



RAPPORT DE Mme DELTORT, CONSEILLÈRE

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]

Rapport avec une proposition de rejet non spécialement motivée du second moyen en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [N] a été engagé en qualité d'opérateur logistique par la société Rhodia Polyamide, aux droits de laquelle vient la société Alsachimie, suivant contrat de travail du 22 novembre 2007.

Les relations de travail sont régies par la convention collective nationale des industries chimiques et connexes du 30 décembre 1952.

Le salarié a transmis à son employeur, le 4 octobre 2021, un certificat médical faisant état de la maladie de son enfant et a été absent les 4 et 5 octobre 2021 pour garder celui-ci.

Faisant application de l'article 1225-61 du code du travail autorisant un congé non rémunéré de trois jours maximum par an en cas de maladie d'un enfant de moins de 16 ans et sur présentation d'un justificatif, l'employeur a informé le salarié qu'il prenait en compte le certificat médical présenté pour justifier de son absence durant deux jours et qu'un motif d'absence « autorisée non payée » serait saisie à défaut d'un autre motif d'absence autorisée.

Le salarié a fait valoir que son absence au titre du congé pour enfant malade relevait des dispositions particulières relatives aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin de l'article L. 1226-23 du code du travail et non du cas général mentionné par l'article L.1226-61.

Le 16 novembre 2021, le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement d'un rappel de salaire au titre du maintien de son salaire pendant les deux journées d'absence en application de l'article L. 1226-23 du code du travail.

Par jugement du 20 décembre 2022, le conseil de prud'hommes de Mulhouse a :

- déclaré les demandes de M. [N] recevables et bien fondées ;
- dit et jugé que le maintien du salaire doit être effectif pour les journées des 4 et 5 octobre 2021 ;
- condamné la société Alsachimie à payer à M. [N] les sommes de 316,49 euros brut au titre du rappel de salaire, 31,65 euros brut au titre des congés payés y afférents et 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- débouté la société Alsachimie de sa demande reconventionnelle ;
- condamné la société Alsachimie aux entiers frais et dépens nés de l'instance.

Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi formé le 30 janvier 2023 par l'employeur. Le 30 mai 2023, il a déposé un mémoire ampliatif (SCP Celice, Texidor, Perier) contenant une demande de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le salarié a déposé le 31 juillet 2023 un mémoire en défense (SARL Thouvenin Coudray Grévy). Il demande la somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 10 janvier 2024, le salarié a déposé un mémoire complémentaire.

Le 23 janvier 2024, l'employeur a déposé des observations complémentaires en réplique.

2 - Analyse succincte des moyens

Dans un premier moyen, l'employeur fait grief au jugement attaqué d'AVOIR déclaré les demandes de M. [N] recevables et bien fondées, d'AVOIR dit et jugé que le maintien du salaire doit être effectif pour les journées du 4 et 5 octobre 2021 et de l'AVOIR condamnée à payer à M. [N] les sommes de 316,49 € bruts au titre du

rappel de salaire et 31,65 € bruts au titre des congés payés y afférents ;

1°/ ALORS QUE qu'en application de la règle *specialia generalibus derogant*, le texte particulier doit s'appliquer par exception à la règle générale ; que l'article L. 1226-23 du code du travail, dans sa version applicable issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, prévoit que « 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 » ; que l'article L. 1225-61 du code du travail dispose que « 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 » ; qu'il en résulte que lorsque le salarié doit s'absenter en raison de la maladie de son enfant, il a droit au congé non rémunéré d'une durée maximale de trois jours prévu par l'article L. 1225-61, et non au maintien intégral de son salaire, cette hypothèse particulière n'étant pas prévue par l'article L.

1226-23 ; qu'au cas présent, il résulte des constatations du jugement que M. [N] a été absent les 4 et 5 octobre 2021 et qu'il a fourni, pour justifier de ses absences, un certificat médical du 4 octobre 2021 établissant que « l'état de santé de l'enfant [O] [N] nécessite la présence de son père Monsieur [N] à domicile, pour une surveillance, pendant une période de 2 jours, à compter du lundi 4 octobre 2021 » (jugement, p. 2, al. 11) ; qu'en refusant néanmoins d'appliquer les dispositions de l'article L. 1225-61 du code du travail pour considérer que M. [N] avait droit au maintien de salaire au titre de ses journées d'absence des 4 et 5 octobre 2021, le conseil de prud'hommes a violé l'article L. 1225-61 du code du travail, ensemble le principe « *specialia generalibus derogant* », selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales ;

2/ ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QUE l'article L. 1226-23 du code du travail, dans sa version applicable issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, prévoit que « 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 » ; qu'aucune disposition de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ne se réfère au principe de « législation à droit constant » ; qu' en se référant néanmoins au principe de recodification à droit constant pour 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 et en déduire que M. [N] avait droit au maintien de salaire au titre de ses journées d'absence des 4 et 5 octobre 2021, cependant que ces dispositions avaient été ultérieurement modifiées par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, de sorte que le conseil de prud'hommes n'était plus fondé à se référer à une interprétation jurisprudentielle des dispositions antérieures à la loi nouvelle applicable à M. [N], le conseil de prud'hommes a violé l'article L. 1226-23 dans sa version applicable au litige issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, ensemble l'article 2 du code civil ;

3/ ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE l'article L. 1226-23 du code du travail, dans sa version applicable issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, prévoit que

« 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 » ; que l'application de ces dispositions suppose que le salarié a été empêché d'effectuer sa prestation de travail pour une cause qui lui était personnelle ; que ce texte n'est donc pas applicable dans l'hypothèse où l'absence du salarié est causée par la maladie de son enfant ; qu'en décidant néanmoins que M. [N] avait droit au maintien de son salaire pour les journées du 4 et 5 octobre 2021, après avoir constaté que les absences du salarié avaient été motivées par la maladie de son enfant (jugement, p. 2, al. 11), ce dont il aurait dû déduire que les dispositions susvisées n'étaient pas applicables, le conseil de prud'hommes, qui n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, a violé l'article L.1226-23 du code du travail, ensemble l'article 12 du code de procédure civile.

Dans un deuxième moyen, subsidiaire, la société Alsachimie fait grief au jugement attaqué d'AVOIR déclaré les demandes de M. [N] recevables et bien fondées et l'AVOIR condamnée à payer à M. [N] une somme de « 31,65 € bruts (trente et un euros et soixante-cinq cts) au titre des congés payés y afférents », ALORS QUE le temps de travail effectif s'entend du temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; 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 au salarié en contrepartie d'un travail effectif ; que si l'article L. 1226-23 du code du travail prévoit, dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, que « 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 », il n'assimile pas cette 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 ; qu'en condamnant néanmoins la société Alsachimie à payer à M. [N] une somme de 31,65 € bruts au titre des congés payés afférents à la somme versée en application de l'article L. 1226-23 du code du travail, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé, ensemble les articles L. 3121-1, L. 3141-3, L. 3141-4, L. 3141-5, L. 3141-6 du code du travail.

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

- le régime d'indemnisation d'une absence pour garder un enfant malade en Alsace-Lorraine (premier moyen)
- l'attribution de congés payés (second moyen) : moyen relevé d'office tiré de l'irrecevabilité du moyen et proposition de RNSM

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 le régime d'indemnisation d'une absence pour garder un enfant malade en Alsace-Lorraine

4-11 les règles en matière d'absence du salarié pour enfant malade

Les lois de 1924 ont maintenu en vigueur en Alsace-Moselle les articles 616 du code civil local et 63 du code commercial local, ce dernier relatif au commis commercial, qui garantissaient aux salariés des avantages minimaux et répondaient à la finalité historique de protection du droit du travail. Ces dispositions, qui ont un caractère d'ordre public, maintiennent la rémunération du salarié pendant une période d'absence.

L'article 616 du code civil local disposait :

« L'obligé à la prestation de service ne perdra pas son droit à rémunération par le seul fait qu'il est empêché, pour un temps relativement sans importance, de fournir la prestation de service pour une raison tenant à sa personne mais sans qu'il y ait de sa faute ».

L'article 616 du code civil local codifié sous l'article L. 1226-23 du code du travail, dans sa version applicable du 1^{er} mars 2008 au 1^{er} mai 2008, issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, disposait que :

« 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 ».

L'article L. 1226-23 du code du travail, dans sa version issue de la loi n°2008-67 du 21 janvier 2008 et actuellement applicable, a réintroduit la notion de durée initialement qualifiée de « relativement sans importance » qui avait disparu dans la version applicable quelques mois en 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. »

Cet article figure dans le chapitre IV relatif à la maladie, l'accident et l'inaptitude médicale et dans la section 4 afférente aux dispositions particulières aux départements précités.

L'article L. 1226-24 du code du travail relatif au commis commercial et dont le contenu est le suivant figure dans le même chapitre et la même section que l'article L. 1226-23:

« 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.

Est un commis commercial le salarié qui, employé par un commerçant au sens de l'article L. 121-1 du code de commerce, occupe des fonctions commerciales au service de la clientèle. »

Ce dernier article, outre son application réservée aux seuls commis commerciaux, comporte une durée de six semaines pour le maintien du salaire et précise le cas dans lequel ce maintien intervient, à savoir un accident dont il n'est pas fautif.

L'article L. 1225-61 du code du travail, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2008, dont l'application est sollicitée par l'employeur, est le suivant:

« 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. »

Cet article figure sous le chapitre V relatif à la maternité, la paternité, l'adoption et d'éducation des enfants, dans la section 4 afférente aux congés d'éducation des enfants et plus précisément dans la sous-section 2 qui traite du congé pour enfant malade et du congé de présence parentale.

Dans le mémento de Droit social (Editions Francis Lefebvre), il est précisé que l'employeur doit accorder à tout salarié en faisant la demande un congé en cas de maladie ou d'accident, constatés par un certificat médical, d'un enfant de moins de 16 ans dont il assume la charge, que ce congé n'est pas rémunéré sauf en Alsace-Moselle ou en cas de disposition conventionnelle, que la durée du congé est en principe de 3 jours et qu'elle est portée à 5 jours dans certaines conditions : enfant âgé d'un an ou charge de plus de 3 enfants ou plus âgés de moins de 16 ans.

L'arrêt suivant rendu le 19 juin 2002 pourvoi n° 00-41.736 Bulletin civil 2002, V, n° 206 y est cité :

« Attendu que M. [Y...] , salarié en qualité d'ouvrier de la société Walter, dont le siège social est à Brumath (Bas-Rhin), a saisi la juridiction prud'homale d'une demande, en paiement de la somme retenue sur son salaire au titre de deux

journées de congé prises les 26 et 27 mars 1998 pour s'occuper de ses enfants malades ;

Attendu que l'employeur fait grief au jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Schiltigheim, 3 décembre 1999) de l'avoir condamné au paiement d'une somme en application de l'article 616 du Code civil local, alors, selon les moyens :

1°) que l'article 616 du Code civil local pose trois conditions essentielles pour être appliqué : le salarié doit avoir été empêché de fournir sa prestation pour une cause tenant à sa personne, le salarié ne doit pas avoir commis de faute, l'empêchement doit être d'une durée relativement sans importance ; que ces conditions sont cumulatives ; que sur les trois conditions, la première en l'occurrence celle liée au fait que le salarié doit avoir été empêché de fournir sa prestation pour une cause tenant à sa personne n'est pas remplie en l'espèce ; qu'en effet la garde d'un enfant malade n'entre pas dans les prévisions de l'article 616 du Code civil local ; que les dispositions en question exigent une cause personnelle au salarié ; qu'il n'y a donc pas lieu de se référer à la lecture stricte du texte à de prétendues raisons directes ou indirectes ; que la garde d'un enfant malade ne vise pas un motif propre et personnel au salarié mais rattaché à un tiers à ce dernier, sans rapport direct avec l'obligation contractuelle issue du contrat de travail ; que ce texte ne vise par conséquent pas plus la garde d'un enfant malade que la recherche d'emploi ou le déménagement parfois cité par la doctrine, ces éléments n'étant nullement étayés à la lecture du texte ; que ce texte ne prévoit en effet aucune cause indirecte au salarié ;

2°) que le salarié connaissant d'une absence au titre de l'article 616 du Code civil local doit justifier de la nécessité impérieuse de sa présence auprès de ses enfants et de l'impossibilité de les faire garder par d'autres membres de sa famille, ou par des tiers ; qu'il appartient au salarié de démontrer que les raisons de son empêchement constituent un obstacle insurmontable à l'exercice de son travail ; que le conseil ne pouvait se fonder sur le seul certificat délivré par le docteur [X...] le 26 mars 1998 qui comportait comme seule mention "la présence de son père est indispensable auprès d'elles", que la preuve du caractère insurmontable de l'absence de possibilité de garde par d'autres personnes tierces quelles qu'elles soient n'a pas été rapportée par le salarié ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 616 du Code civil local maintenu en vigueur par la loi du 1er juin 1924 dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, 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 ; qu'il en résulte que l'absence de courte durée d'un salarié nécessitée par la garde de son enfant malade entre dans les prévisions de ce texte ;

Et attendu que le conseil de prud'hommes qui a constaté, d'une part, que le temps d'absence du salarié n'avait duré que deux jours et que son empêchement, lié à la maladie de ses enfants n'était pas dû à un comportement fautif de sa part, et, d'autre part, que le caractère imprévisible de cette maladie avait exigé une réponse immédiate, a légalement justifié sa décision ; que les moyens ne sont pas fondés ».

Il résulte de cet arrêt qu'en application de l'article 616 du code civil local, maintenu en vigueur par la loi du 1er juin 1924 dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, l'absence de courte durée d'un salarié nécessitée par la garde de son enfant malade fait partie des cas envisagés par ce texte.

Dans un arrêt plus récent, rendu après la recodification de 2008, l'article L. 1226-23 du code du travail a été appliqué s'agissant de l'absence d'une salariée en raison de la maladie de son concubin pendant dix jours, ce dont il se déduit que l'application de cet article vise également les absences pour maladie d'un proche du salarié :

« Mais attendu qu'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 ;

Et attendu qu'ayant constaté que la salariée avait été absente pour une durée de seulement dix jours et qu'un certificat médical du médecin traitant attestait que l'état de santé de son concubin nécessitait sa présence indispensable à son chevet, le conseil de prud'hommes, qui a caractérisé une cause personnelle indépendante de la volonté de la salariée et souverainement retenu l'existence d'une durée relativement sans importance, a, sans être tenu d'effectuer une recherche que ses constatations rendaient inopérante, légalement justifié sa décision ; » (Soc., 15 mars 2017, pourvoi n° 15-16.676, Bull. 2017, V, n° 48).

La rapporteure, Mme Goasguen note que ces dispositions issues du code civil local ont été transposées dans le code du travail à l'occasion de la recodification intervenue en 2008 (loi n°2008-67 du 21 janvier 2008) et que l'article 1226-23 du code du travail vise l'ensemble des salariés du secteur privé, à l'exception des « commis commerciaux » pour lesquels les dispositions particulières, assez comparables, sont prévues par l'article L. 1226-24 du même code, ce qui a été rappelé ci-dessus.

La rapporteure note qu'aucune durée n'était prévue par l'article 616 du code civil local (devenu L. 1226-24 du code du travail) et qu'il appartient au juge d'apprécier si, compte tenu des circonstances de l'espèce, les absences du salarié constituent un temps relativement sans importance. Ainsi, la motivation d'un conseil de prud'hommes qui, par une disposition d'ordre général, avait décidé que par analogie à d'autres dispositions du droit local, la durée du « temps relativement sans importance » ne saurait excéder six semaines viole le texte en question (Soc., 25 novembre 1992 n° 90-41118, Bull. civ. V n° 574 ; Soc., 2 mars 1994 n° 91-42.424).

La rapporteure a également relevé que dans sa rédaction d'origine, avant la recodification, l'article 616 du code civil local visait une cause personnelle au salarié « sans sa faute » et que si les indisponibilités dues à la maladie ou l'accident frappant le salarié étaient concernées au premier chef, l'application du texte n'était pas cantonnée à ces hypothèses.

Un arrêt avait été rendu précédemment concernant un commis commercial qui avait été absent pour garder son enfant malade au visa de l'article L. 1226-24 du code du travail :

« 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 ;

Et attendu qu'ayant constaté que M. [X...] , qui a la qualité de commis commercial, n'avait été absent que trois jours pour rester auprès de son enfant malade, le conseil de prud'hommes, statuant en référé, a pu décider que l'employeur était tenu, en application du droit local, de lui maintenir sa rémunération ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; » (Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-42.677).

S'agissant de la recodification, la chambre sociale précise dans le sommaire de l'arrêt rendu le 27 janvier 2010 (Soc., 27 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.376, Bull. 2010, V, n° 22) que « sauf dispositions expresses contraires, la recodification du code du travail est intervenue à droit constant », ce qu'elle a ensuite rappelé à plusieurs reprises : Soc., 27 janvier 2010, n° 08-44.376, Bull n°22 ; Soc., 13 mars 2012, n°10-21.785, Bull n°99 ; Soc., 28 octobre 2015, n°14-12.598 Bull. 2015, V, n° 204 ; Soc., 26 octobre 2016, pourvoi n° 14-26.935, Bull. 2016, V, n° 200 ; Ass. plén., 9 janvier 2015, pourvoi n° 13-80.967, Bull. crim. 2015, Ass. plén, n° 1.

Par ailleurs, dans sa décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, le Conseil constitutionnel a également rejeté le grief tiré de la violation du principe de codification à droit constant et des articles 34 et 37 de la Constitution. Dans le dossier documentaire, il est précisé que dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le gouvernement avait été 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'avaient pas été codifiées, d'améliorer le plan du code et de remédier, le cas échéant, aux erreurs ou insuffisances de codification. Il est ajouté que les dispositions codifiées 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.

4- 12 le moyen

La première branche, du premier moyen invoque une violation de l'article L. 1225-61 du code du travail, ensemble le principe « specialia generalibus derogant », selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales.

Elle énonce en sa prémisse qu'en application de cette règle, le texte particulier doit s'appliquer par exception à la règle générale et expose que l'article L. 1226-23 du code du travail, dans sa version applicable issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier

2008, prévoit le maintien du salaire en cas de suspension du contrat de travail pour une cause personnelle indépendante de la volonté du salarié et pour une durée relativement sans importance et que l'article L. 1225-61 de ce même code prévoit un congé non rémunéré en cas de maladie ou d'accident, constatés par certificat médical, d'un enfant de moins de seize ans, dont la charge est assumée par le salarié, d'une durée maximale de trois jours par an et de 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.

L'employeur en déduit qu'en cas d'absence pour maladie d'un enfant, le salarié bénéficie d'un congé non rémunéré d'une durée maximale de trois jours prévu par l'article L. 1225-61 et ne peut pas prétendre au maintien de son salaire dès lors que cette hypothèse particulière n'est pas prévue par l'article L.1226-23. Il conteste en conséquence l'application par le conseil de prud'hommes de cet article au détriment de l'article L. 1225-61 du code du travail.

La deuxième branche, subsidiaire, invoque une violation de l'article L. 1226-23 dans sa version applicable au litige issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, ensemble l'article 2 du code de procédure civile, rappelle les dispositions de l'article L. 1226-23 du code du travail, dans sa version applicable issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, et fait valoir qu'aucune disposition de cette loi ne se réfère au principe de législation à droit constant de sorte que la juridiction prud'homale ne pouvait se référer à ce principe pour appliquer les 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 pour ordonner le maintien du salaire.

La troisième branche reproche au conseil de prud'hommes de ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses constatations et d'avoir violé les articles L.1226-23 du code du travail et 12 du code de procédure civile.

Elle soutient qu'en application de l'article L. 1226-23 du code du travail, dans sa version issue de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008, le maintien du salaire suppose que l'empêchement du salarié d'effectuer sa prestation de travail ait une cause personnelle et qu'en conséquence, ce texte ne s'applique pas en cas d'absence du salarié pour maladie de son enfant. Elle en déduit que la juridiction prud'homale ne pouvait pas maintenir le salaire pour une absence motivée par la maladie d'un enfant.

L'employeur, en application de la règle *specialia generalibus derogant* qui implique qu'en cas de conflit entre une loi générale et une loi spéciale, seule cette dernière l'emporte, soutient que l'article L. 1225-61, en ce qu'il prévoit spécifiquement la situation du salarié ne pouvant pas travailler en raison de la maladie de son enfant, est applicable alors que l'article L. 1226-23 concerne l'état du salarié lui-même mais pas celui de son enfant. Il en conclut que le conseil de prud'hommes s'est fondé à tort sur la recodification du code du travail pour faire prévaloir le texte de droit local dans ses anciennes versions issues de la loi du 1^{er} juin 1924 et de l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007. Il conteste le principe de la recodification à droit constant puisque le législateur a, par la loi du 21 janvier 2008, modifié l'article L. 1226-23 en ce qu'il a supprimé la condition liée à l'absence de faute et que par rapport à la version de 2007, il a instauré une restriction en réservant le maintien de

salaires en cas de suspension du contrat de travail pour une durée relativement sans importance.

Il en conclut que la maladie affectant l'enfant ne constitue pas une cause de suspension du contrat de travail du parent salarié au sens de l'article L. 1226-23, cette situation étant expressément prévue par l'article L. 1225-61.

4-13 Motivation de la juridiction

En l'espèce, le conseil de prud'hommes a statué comme suit :

« Il résulte de ce principe de codification à droit constant appliqué à la codification du Droit Local alsacien mosellan que la jurisprudence issue des textes antérieurs à la codification demeure applicable.

Cette jurisprudence dispose que 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 :

« [...] Mais attendu qu'aux termes de l'article 616 du Code Civil local maintenu en vigueur par la loi du 1er juin 1924 dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, 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 ; qu'il en résulte que l'absence de courte durée d'un salarié nécessitée par la garde de son enfant malade entre dans les prévisions de ce texte ;

Et attendu que le conseil de prud'hommes qui a constaté, d'une part, que le temps d'absence du salarié n'avait duré que deux jours et que son empêchement, lié à la maladie de ses enfants n'était pas dû à un comportement fautif de sa part, et, d'autre part, que le caractère imprévisible de cette maladie avait exigé une réponse immédiate, a légalement justifié sa décision ; que les moyens ne sont pas fondés ;

De ce qui précède, le Conseil constate que la partie défenderesse n'apporte pas d'éléments probants pouvant justifier que dans ce cas précis l'article L. 1225-61 du code du travail doit impérativement s'appliquer en Alsace Moselle. »

En conséquence, le Conseil ne peut que faire droit à la demande de rappel de salaire de Monsieur [N] soit la somme de 316-49 € brut ainsi que 31,65 € brut au titre des congés payés y afférents. »

Il appartiendra à notre chambre de dire si la motivation des premiers juges, qui ont retenu l'existence du droit à rémunération au profit du salarié absent pour garder un enfant malade en Alsace Moselle et la recodification à droit constant, encourt les griefs du moyen.

4-2 L'allocation d'une indemnité compensatrice de congés payés en cas d'absence pour maladie d'un enfant malade

Le **second moyen**, présenté comme étant subsidiaire, conteste la condamnation de l'employeur à une certaine somme à titre de congés payés afférents, invoque la violation des article L. 1226-23, L. 3121-1, L. 3141-3, L. 3141-4, L. 3141-5, L. 3141-6 du code du travail.

Il rappelle la définition du temps de travail effectif et rappelle qu'à de rares exceptions, la rémunération, qui sert d'assiette à l'indemnité de congé payé, s'entend de celle versée au salarié en contrepartie d'un travail effectif.

Il énonce que si l'article L. 1226-23 du code du travail prévoit, dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, le maintien du salaire en cas de suspension du contrat de travail pour une cause personnelle indépendante de la volonté du salarié et pour une durée relativement sans importance, cette période d'absence n'est pas assimilée à un temps de travail effectif ouvrant droit à congés payés de sorte que les sommes versées en application de ce texte n'entraient pas dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congé payé.

Il cite l'arrêt suivant dont le sommaire de l'arrêt Soc., 24 mars 2004, n° 02-40525, Bull. V, n°99 est le suivant: « *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* ».

Réponse au moyen

Le moyen, mélangé de fait et de droit, pourrait être considéré comme nouveau et donc irrecevable dans la mesure où dans ses écritures devant les premiers juges, l'employeur s'est contenté de contester le droit à rémunération du salarié et n'a soulevé aucune moyen, même à titre subsidiaire, sur la demande d'indemnité de congés payés afférente.

En effet, la lecture du jugement révèle l'absence de débat devant les premiers juges au sujet de l'assimilation ou pas des jours d'absence du salarié pour garder un enfant malade à un temps de travail effectif susceptible d'être intégré à l'assiette de calcul de l'indemnité de congé payé.

Ce moyen pourrait faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé conformément à l'article 1014 du code de procédure civile.