



RAPPORT DE Mme BÉRARD, CONSEILLÈRE

Arrêt n° 133 du 5 février 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvois n° 23-21.250, 24-12.950

**Décision attaquée : Conseil de prud'hommes de Brive-la-Gaillarde
du 26 janvier 2023**

**la société La Poste
C/
Mme [E] [N]**

Rapport commun aux dossiers N° 2321250 et 2412950 ¹

**Le présent rapport comporte des propositions de rejet non spécialement
motivé des premiers moyens, pris en leur troisième branche et des seconds
moyens des pourvois**

¹ Ces dossiers sont connexes aux dossiers N° J2314636 et Q2313882, renvoyés à la FS du 8 janvier 2024 à 14h00.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Pourvoi 2321250

Selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Perpignan, 22 août 2023) et les productions, Mme [N] a été engagée par la société La Poste le 16 septembre 1997 en qualité d'agent courrier.

Elle a subi des retenues sur salaire pour participation à des mouvements de grève, au titre des journées des samedi 5 et dimanche 6 février 2022, ainsi que des journées des samedi 23 et dimanche 24 juillet 2022.

Contestant les retenues sur salaires opérées au titre des deux dimanches suivant ses jours de grève, la salariée et le syndicat CGT-FAPT 66 ont saisi la juridiction prud'homale le 7 septembre 2022, aux fins de condamner la société La Poste à verser certaines sommes, à la salariée à titre de rappel de salaire et de dommages-intérêts pour résistance abusive et au syndicat à titre de dommages-intérêts.

Par jugement du 22 août 2023, le conseil de prud'hommes a jugé abusive la retenue sur salaire faite par l'employeur au titre des dimanches ayant suivi les jours de grève et a condamné la société à verser diverses sommes à titre de rappel de salaire et de dommages-intérêts à la salariée et à titre de dommages-intérêts au syndicat.

La société a formé un pourvoi par déclaration du 19 septembre 2023 et a déposé un mémoire ampliatif le 18 janvier 2024 contenant une demande de 4 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La salariée et le syndicat ont constitué avocat en défense le 30 janvier 2024. Ils ont déposé le 25 mars 2024 une requête devant le Premier président de la Cour de cassation en radiation du pourvoi au visa de l'article 1009-1 du code de procédure civile, qui a été rejetée par ordonnance du 4 juillet 2024.

Ils ont déposé un mémoire en défense le 4 septembre 2024 contenant une demande de 4 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, puis un mémoire complémentaire le 10 octobre 2024.

Pourvoi 2412950

Selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Vannes, 22 janvier 2024), Mme [T] a été engagée par la société La Poste le 6 janvier 2014 en qualité de facteur.

Elle a participé à six mouvements de grève d'une journée le samedi entre le 9 octobre 2021 et le 26 mars 2022 et a subi une retenue sur salaire de douze jours.

Contestant les retenues sur salaires opérées au titre des six dimanches suivant ses jours de grève, la salariée a saisi la juridiction prud'homale le 6 juillet 2022, aux fins de condamner la société La Poste à lui verser certaines sommes à titre de rappel de salaire et de dommages-intérêts pour résistance abusive.

Par jugement du 22 janvier 2024, le conseil de prud'hommes a condamné l'employeur à verser à la salariée certaines sommes à titre de rappel de salaires et de dommages-intérêts pour rétention abusive.

La société a formé un pourvoi par déclaration du 18 mars 2024 et a déposé un mémoire ampliatif le 18 juillet 2024 contenant une demande de 4 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La salariée a déposé un mémoire en défense le 19 septembre 2024 contenant une demande de 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

2 - Analyse succincte des moyens

Pourvoi 2321250

Le **premier moyen** fait grief au jugement de constater que la société a opéré une retenue abusive sur le salaire dû à la salariée pour faits de grève du 6 février et du 24 juillet 2022 et de la condamner à verser diverses sommes, à la salariée à titre de rappel de salaires et de dommages-intérêts pour résistance abusive et préjudice moral liés à une sanction pécuniaire illicite et au syndicat CGT-FAPT 66 à titre de dommages-intérêts pour atteinte aux intérêts de la communauté des salariés défendus par le syndicat, alors :

1°/ que l'absence de service fait par suite de cessation concertée du travail par les personnels d'une entreprise de droit privé chargée de la gestion un service public entraîne pour chaque journée une retenue du traitement ou du salaire et de ses compléments autres que les suppléments pour charges de famille ; qu'en cas d'absence de service fait pendant plusieurs jours consécutifs, le décompte des retenues à opérer sur le salaire mensuel s'élève à autant de trentièmes qu'il y a de journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où cette absence de service fait a été constatée, soit jusqu'au retour effectif du salarié, même si, durant certaines de ces journées, il n'avait, pour quelque cause que ce soit, aucun service à accomplir, sans qu'importe, en l'absence de reprise effective du travail, une éventuelle manifestation de sa volonté de limiter la durée de sa participation ; qu'en l'espèce, il ressort des conclusions concordantes des parties, visées par le jugement attaqué et auxquelles il est expressément renvoyé par le conseil de prud'hommes (p.2 §.3 et 4), que Mme [E] [N] a pris part à un mouvement de grève les samedis 5 février et 23 juillet 2022 et n'a repris son service que les lundis suivants ; qu'en condamnant cependant La Poste à lui verser la rémunération des dimanches précédant la reprise effective du travail, durant lesquels aucun service n'avait été accompli par la salariée le conseil de prud'hommes, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L.2512-1, L.2512-5 du code du travail, 2 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 ;

2°/ que les règles issues de l'article L.2512-5 du code du travail complété par l'article 2 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'Etat, des collectivités locales et des services publics, s'appliquent de manière générale aux retenues effectuées sur les rémunérations des personnels des établissements privés chargés d'un service public

sauf lorsqu'un texte spécifique prévoit un autre mode de calcul de ces retenues pour un service public particulier, en conformité avec la décision du Conseil constitutionnel n° 87-230 du 28 juillet 1987 ; qu'en l'espèce, pour condamner La Poste à verser à Mme [N] la rémunération des dimanches non travaillés précédant la reprise effective de son service après la grève, le conseil de prud'hommes a retenu que « suivant le jugement de départage du conseil de prud'hommes de Rennes, du 24 mai 2022 [...] : « la rémunération des salariés grévistes ne doit subir [qu'] un abattement proportionnel à la durée de l'arrêt de travail pour cause de grève. La retenue opérée sur le salaire pour cause de grève doit être strictement proportionnelle à la durée de l'arrêt de travail pour ce motif car, à défaut, il s'agit d'une sanction pécuniaire déguisée » et que « pour motiver ces retenues de salaire, l'employeur reprend le principe édicté par l'arrêt [F] du Conseil d'État en date du 07 juillet 1978, qui fixe comme principe que le nombre de jours décomptés pour participation à une grève est équivalent à l'amplitude entre le premier jour de cessation du travail et le dernier jour non travaillé. Dès lors, toutes les journées comprises dans cette période sont décomptées, y compris celles qui n'étaient pas censées être travaillées (dimanche, jour de repos, jours fériés). Cependant, il est de constater que cette jurisprudence du Conseil d'État ne concerne que les fonctionnaires et ne peut donc pas être appliqué aux agents de la SA La Poste, comme Madame [E] [N] sous contrat de droit privé. Il est donc démontré par les pièces versées aux débats, que l'employeur la SA La Poste a illégalement opéré une retenue sur le salaire de Madame [E] [N] pour les journées du 06 février et du 24 juillet 2022 » ; qu'en se déterminant de la sorte sans constater l'existence d'un texte spécifique prévoyant un autre mode de calcul pour le service public postal, le conseil de prud'hommes a violé derechef les textes susvisés ;

3°/ qu'en cas d'absence de service fait pendant plusieurs jours par un salarié gréviste d'un organisme de droit privé investi d'une mission de service public, le décompte des retenues à opérer sur le salaire mensuel de l'agent gréviste s'élève à autant de trentièmes qu'il y a de journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où cette absence de service fait a été constatée, soit jusqu'au retour effectif du salarié, même si, durant certaines de ces journées, il n'avait, pour quelque cause que ce soit, aucun service à accomplir ; que cette règle ne souffre exception que si le salarié gréviste démontre qu'il entendait cesser sa participation au mouvement de grève en reprenant effectivement le travail avant la fin du conflit ; qu'en ordonnant à La Poste de rémunérer des dimanches de service non fait par Mme [N] quand il ressortait de ses propres constatations l'absence de démonstration, par celle-ci, de ce qu'elle avait entendu cesser sa participation au mouvement de grève en reprenant le travail avant la fin du conflit le conseil de prud'hommes a violé derechef les articles L.2512-1, L.2512-5 du code du travail, 2 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982.

Le **second moyen**, présenté comme subsidiaire, fait grief au jugement de constater que la société a opéré une retenue abusive sur le salaire dû à la salariée pour faits de grève du 6 février et du 24 juillet 2022 et de la condamner à verser diverses sommes à cette salariée à titre de dommages-intérêts pour résistance abusive et préjudice moral liés à une sanction pécuniaire illicite et au syndicat CGT-FAPT 66 à titre de dommages-intérêts pour atteinte aux intérêts de la communauté des salariés défendus par le syndicat, alors : « que ne constitue ni une résistance abusive, ni un comportement fautif découlant d'une « volonté de démoraliser les salariés afin de les dissuader de faire grève » le fait, pour une personne morale gérant un service

public, d'appliquer à ses salariés de droit privé les modalités de décompte des retenues pour fait de grève non strictement proportionnelles issues de la combinaison des articles L. 2512-1, L. 2512-5 du code du travail et 2 de la loi n°82-889 du 19 octobre 1982 validée par le Conseil Constitutionnel, telle qu'interprétée par les juridictions administratives et judiciaires ; que pour condamner La Poste à verser des dommages et intérêts à Mme [N] et au syndicat CGT-FAPT, le conseil de prud'hommes a relevé, d'une part, s'agissant de la salariée, « qu'en infligeant une retenue sur salaire de deux jours lorsqu'un salarié fait grève un jour, ...la SA La Poste s'est rendue coupable en manifestant une volonté de démoraliser les salariés afin de les dissuader de faire grève », d'autre part, concernant le syndicat, « que ...non seulement La Poste porte atteinte aux salariés, mais elle tente clairement d'entraver le droit constitutionnel de grève », quand il ressortait de ses propres constatations que la juridiction administrative avait validé cette pratique pour le calcul de la rémunération des agents de droit public, de sorte qu'elle n'avait commis aucun abus, ni manifesté une volonté d'entraver le droit de grève en l'étendant à ses salariés, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil.

Pourvoi 2412950

Le **premier moyen** fait grief au jugement de juger recevables les demandes de la salariée et de condamner la société à lui verser diverses sommes à titre de rappel de salaires et pour rétention abusive, alors :

1°/ que l'absence de service fait par suite de cessation concertée du travail par les personnels d'une entreprise de droit privé chargée de la gestion un service public entraîne pour chaque journée une retenue du traitement ou du salaire et de ses compléments autres que les suppléments pour charges de famille ; qu'en cas d'absence de service fait pendant plusieurs jours consécutifs, le décompte des retenues à opérer sur le salaire mensuel s'élève à autant de trentièmes qu'il y a de journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où cette absence de service fait a été constatée, soit jusqu'au retour effectif du salarié, même si, durant certaines de ces journées, il n'avait, pour quelque cause que ce soit, aucun service à accomplir, sans qu'importe, en l'absence de reprise effective du travail, une éventuelle manifestation de sa volonté de limiter la durée de sa participation ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations du jugement attaqué que Mme [K] [T] « a été gréviste six journées entre le 9 octobre 2021 et 26 mars 2022 [avec] un total d'absences pendant les grèves de 24 heures » ; que ces six journées étant positionnées le samedi, La Poste a décompté de son salaire les dimanches suivants, précédant la reprise du travail, durant lesquels la salariée n'avait accompli aucun service ; qu'en condamnant La Poste à lui verser la rémunération de ces dimanches au motif que « le dimanche ne doit pas être considéré comme un jour pouvant être travaillé et ne doit pas être comme un jour sans service », le conseil de prud'hommes, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L.2512-1, L.2512-5 du code du travail, 2 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 ;

2°/ que les règles issues de l'article L.2512-5 du code du travail complété par l'article 2 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'Etat, des collectivités locales et des services publics, s'appliquent de manière générale aux retenues effectuées sur les

rémunérations des personnels des établissements privés chargés d'un service public sauf lorsqu'un texte spécifique prévoit un autre mode de calcul de ces retenues pour un service public particulier, en conformité avec la décision du Conseil constitutionnel n° 87-230 du 28 juillet 1987 ; qu'en l'espèce, pour condamner La Poste à verser à Mme [T] la rémunération des dimanches non travaillés précédant la reprise effective de son service après la grève, le conseil de prud'hommes a retenu que « Selon l'article L.1331-2 les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite. L'article L.2512-2 du code du travail précise que le préavis doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme intéressé. Il mentionne le champ géographique et l'heure du début ainsi que la durée limitée ou non, de la grève envisagée. L'article 1er de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 dit " L'absence de service fait, pendant une fraction quelconque de la journée donne lieu à une retenue dont le montant est égal à la fraction du traitement frappée d'indivisibilité en vertu de la réglementation prévue à l'alinéa précédent ». En l'espèce, Madame [T] a prévenu des jours de grève et de la reprise de son travail précisant qu'il n'y a pas de services les dimanches. La direction de La Poste ne réfute pas cela, le dimanche ne doit pas être considéré comme un jour pouvant être travaillé et ne doit pas être comme un jour sans service. L'article 1er de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 dit que la retenue s'applique sur les journées de travail non faites. Madame [T] ne travaille jamais les dimanches, il ne pourra pas lui être retenu la journée du dimanche » ; qu'en se déterminant de la sorte sans constater l'existence d'un texte spécifique prévoyant un autre mode de calcul pour le service public postal, le conseil de prud'hommes a violé derechef les textes susvisés ;

3°/ qu'en cas d'absence de service fait pendant plusieurs jours par un salarié gréviste d'un organisme de droit privé investi d'une mission de service public, le décompte des retenues à opérer sur le salaire mensuel de l'agent gréviste s'élève à autant de trentièmes qu'il y a de journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où cette absence de service fait a été constatée, soit jusqu'au retour effectif du salarié, même si, durant certaines de ces journées, il n'avait, pour quelque cause que ce soit, aucun service à accomplir ; que cette règle ne souffre exception que si le salarié gréviste démontre qu'il entendait cesser sa participation au mouvement de grève en reprenant effectivement le travail avant la fin du conflit ; qu'en ordonnant à La Poste de rémunérer des dimanches de service non fait par Mme [T] au motif inopérant qu' « en l'espèce, Madame [T] a prévenu des jours de grève et de la reprise de son travail précisant qu'il n'y a pas de services les dimanches » quand ressortait de ses propres constatations l'absence de démonstration, par celle-ci, de ce qu'elle avait entendu cesser sa participation au mouvement de grève en reprenant le travail avant la fin du conflit le conseil de prud'hommes a violé derechef les articles L.2512-1, L.2512-5 du code du travail, 2 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982.

Le **second moyen**, présenté comme subsidiaire, fait grief au jugement de condamner la société à verser une certaine somme sous astreinte à la salariée pour rétention abusive, alors : « que ne constitue ni une résistance abusive, ni une sanction pécuniaire illicite le fait, pour une personne morale gérant un service public, d'appliquer à ses salariés de droit privé les modalités de décompte des retenues pour fait de grève non strictement proportionnelles issues de la combinaison des articles L. 2512-1, L. 2512-5 du code du travail et 2 de la loi n°82-889 du 19 octobre

1982 validée par le Conseil Constitutionnel, telle qu'interprétée par les juridictions administratives et judiciaires ; qu'en condamnant La Poste à verser à Mme [T] « une somme de 1 000€ net de dommages et intérêts pour rétention abusive, sous astreinte journalière de 15 € à compter du 15ème jour suivant la notification du jugement » quand, la juridiction administrative ayant validé cette pratique pour le calcul de la rémunération des agents de droit public, La Poste n'avait commis aucun abus, ni manifesté une quelconque volonté d'entraver le droit de grève en l'étendant à ses salariés, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil.

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

- L'employeur peut-il procéder à une retenue sur salaire au titre de la journée du dimanche lorsqu'un salarié d'une entreprise remplissant des missions de service public fait grève le samedi et ne retravaille que le lundi ? (premier moyen)
- Le tribunal peut-il caractériser comme abusif le refus d'une société de payer à une salariée un jour non travaillé faisant suite à un jour de grève alors que cette société se prévalait de la jurisprudence pour justifier son refus ? (second moyen)

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1- Sur la retenue sur salaire résultant de l'exercice du droit de grève dans une entreprise de droit privé chargée de la gestion d'un service public (premier moyen des pourvois)

4.1.1- Rappel des textes et de la jurisprudence

L'article L.2511-1 du code du travail dispose que « *L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux.*

Tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit. ».

C'est à l'employeur d'établir que le salarié est gréviste (Soc., 6 février 2001, pourvoi n° 98-46.427, Bulletin civil 2001, V, n° 39).

Le salarié qui s'est associé à un mouvement de grève doit être légalement considéré, sauf preuve contraire de sa part, comme gréviste pour toute la durée du mouvement (Soc., 24 juin 1998, pourvoi n° 96-44.234, 96-44.235, Bull. 1998, V, n° 335).

Mais notre chambre juge qu'il incombe à l'employeur qui soutient que la reprise du travail, dans le cadre d'un mouvement de grève, n'a pas eu lieu après chacun des arrêts d'en rapporter la preuve.(Soc., 10 juillet 1991, pourvoi n° 89-43.147, Bulletin 1991 V N° 349, déjà cité).

1°/ L'exercice du droit de grève, qui suspend le contrat de travail, a des conséquences sur la rémunération du salarié

La cessation concertée du travail, même en dehors du cadre de l'entreprise, suspend l'exécution du contrat de travail, en sorte que l'employeur est délié de l'obligation de payer le salaire et ses accessoires.(Soc., 21 février 1990, pourvoi n° 89-40.563, Bulletin 1990 V N° 71).

La retenue opérée sur le salaire des grévistes doit être strictement proportionnelle à la durée de l'arrêt de travail. Une retenue effectuée au-delà de cette limite constitue une sanction pécuniaire prohibée (Soc., 16 mai 1989, pourvoi n° 85-45.244, Bulletin 1989 V N° 364 ; Soc., 10 juillet 1991, pourvoi n° 89-43.147, Bulletin 1991 V N° 349 ;

Pour être proportionnel à l'interruption de travail, l'abattement du salaire pour fait de grève doit être calculé sur l'horaire mensuel des salariés (Soc., 27 juin 1989, pourvoi n° 88-42.591, Bulletin 1989 V N° 469 ; Soc., 19 mai 1998, pourvoi n° 97-41.900, Bull. 1998, V, n° 262).

S'agissant des jours fériés et des jours non travaillés, ils n'ont pas à être rémunérés s'ils sont inclus durant une période de grève :

Soc., 24 juin 1998, pourvoi n° 96-44.234, 96-44.235, Bull. 1998, V, n° 335 :

« Mais attendu que l'exercice du droit de grève suspend l'exécution du contrat de travail pendant toute la durée de l'arrêt de travail, en sorte que l'employeur est délié de l'obligation de payer le salaire ; que le salarié qui s'est associé au mouvement de grève doit être légalement considéré, sauf preuve contraire de sa part, comme gréviste pour toute la durée du mouvement ; qu'il ne peut donc prétendre au paiement de sa rémunération pendant cette période, peu important qu'elle comprenne un jour férié chômé et payé aux salariés qui continuent l'exécution de leur contrat de travail. »

Soc., 14 avril 1999, pourvoi n° 97-42.064, Bull. 1999, V, n° 179, sommaire :

« L'exercice du droit de grève suspend l'exécution du contrat de travail pendant toute la durée du contrat de travail, en sorte que l'employeur est délié de l'obligation de payer le salaire ; le salarié qui s'est associé au mouvement de grève doit être légalement considéré, sauf preuve contraire de sa part, comme gréviste, pour toute la durée du mouvement ; il ne peut prétendre au paiement de sa rémunération pendant cette période, peu important qu'elle comprenne un ou plusieurs jours fériés, chômés et payés aux salariés qui continuent l'exécution de leur contrat de travail. »

Soc., 5 février 2002, pourvoi n° 99-43.898, Bulletin civil 2002, V, n° 49, sommaire :

« L'exercice du droit de grève suspend l'exécution du contrat de travail pendant toute la durée de l'arrêt de travail en sorte que l'employeur est délié de l'obligation de payer le salaire. Le salarié qui s'est associé au mouvement de grève doit être légalement considéré, sauf preuve contraire de sa part, comme gréviste pour toute la durée du mouvement et ne peut donc prétendre, fût-ce pour le 1er mai, au paiement de sa rémunération pendant cette période, peu important que certains jours il n'ait eu normalement aucun service à assurer. »

2°/ Les articles L.2512-1 à L.2512-5 du code du travail énoncent des dispositions particulières aux services publics.

a/ Il résulte de l'article L.2512-1 que ces dispositions sont notamment applicables aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou

privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont chargés de la gestion d'un service public.

S'agissant des conséquences de l'exercice du droit de grève sur la rémunération de ces personnels, l'article L.2512-5 précise : « *En ce qui concerne les personnels mentionnés à l'article L. 2512-1 non soumis aux dispositions de l'article 1er de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982², l'absence de service fait par suite de cessation concertée du travail entraîne pour chaque journée une retenue du traitement ou du salaire et de ses compléments autres que les suppléments pour charges de famille. Les retenues sont opérées en fonction des durées d'absence définies à l'article 2 de la loi précitée. »*

En conséquence, s'agissant des personnels des services publics autres que les fonctionnaires de l'Etat et aux personnels des établissements publics de l'État à caractère administratif, en application de l'article 2 de la loi n°82-889 du 19 octobre 1982, l'absence de service fait, résultant d'une cessation concertée du travail, donne lieu, pour chaque journée, à une retenue sur salaire mensuel égale à :

- 1/60e pour une absence de moins d'une heure ;
- 1/50e pour une absence de plus d'une heure mais de moins d'une demi-journée ;
- 1/30e pour une absence de plus d'une demi-journée mais de moins d'une journée.

Soc., 16 mai 1989, pourvoi n° 86-40.005, Bulletin 1989 V N° 363 :

« Ayant constaté qu'une entreprise est chargée de l'exécution d'un service public, un conseil de prud'hommes en déduit à bon droit que la cessation concertée du travail du personnel de cette entreprise entraîne conformément à l'article 2 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982, une retenue de salaire égale à un trentième du traitement mensuel dès lors que la grève avait dépassé une demi-journée sans excéder une journée. »

voir aussi : Soc., 27 juin 2007, pourvoi n° 06-42.084.

Cette retenue sur salaire s'applique à chaque jour de grève, même si celle-ci dure plusieurs jours consécutifs :

Soc., 17 mars 1993, pourvois n° 91-43.168 et s., Bulletin 1993 V N° 87 :

« Violent l'article L. 521-6 du code du travail et l'article 2 de la loi du 19 octobre 1982, la cour d'appel qui a écarté l'application de ce texte pour la détermination du montant des retenues que l'employeur fait sur le salaire des employés ayant participé à une grève ; en effet, l'absence de service fait par suite d'une grève donne lieu à une retenue du traitement ou du salaire opérée en fonction des durées d'absence définies à l'article 2 de la loi précitée, soit une retenue égale à 1/160ème du traitement mensuel en cas d'arrêt n'excédant pas une heure, à 1/50ème du traitement mensuel en cas d'arrêt dépassant 1 heure sans excéder une demi-journée et à 1/30ème de traitement mensuel lorsque l'arrêt dépasse une demi-journée ; cette retenue s'applique à chaque jour de grève, même si celle-ci dure plusieurs jours consécutifs. »

² Cette disposition a été abrogée par la loi n°87-588 du 30 juillet 1987, qui précise en son article 89 (en ses dispositions non contraires à la Constitution : cf. Cons. const. 28-7-1987 n° 87-230 : Recueil p. 48) : «I. - Les articles 1er, 2, 5 et 6 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'Etat, des collectivités locales et des services publics sont abrogés.». Mais, par décision 87-230 DC du 28 juillet 1987, le Conseil constitutionnel a dit que « les références faites aux articles 1 et 2 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 par l'article L. 521-6 du code du travail conservent leur effet ».

Appliquant selon le même mode de calcul pour la retenue à un agent public, le Conseil d'Etat a précisé, dans l'arrêt [F], que la retenue s'appliquait à toutes les journées à l'intérieur de la période d'absence de service constatée, et donc les journées, fériées ou non, durant lesquelles l'agent n'avait aucun service à assurer :

CE, 7 juillet 1978, req. n°03918, publié au recueil Lebon :

« Considérant, d'une part, qu'il ressort des pièces versées au dossier, notamment des attestations du Président de l'Université Paris VII, et en l'absence de toute justification contraire produite par le requérant, que ce dernier doit être regardé comme n'ayant pas accompli ses obligations de service dans cet établissement pendant la grève qui a eu lieu du 25 octobre au 6 novembre 1974 ;

Considérant, d'autre part, qu'en cas d'absence de service fait pendant plusieurs jours consécutifs, le décompte des retenues à opérer sur le traitement mensuel d'un agent public s'élève à autant de trentièmes qu'il y a de journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où cette absence de service fait a été constatée, même si, durant certaines de ces journées, cet agent n'avait, pour quelque cause que ce soit, aucun service à accomplir ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le requérant n'est pas fondé à soutenir qu'en décidant d'opérer des retenues sur son traitement pour la période entre le 25 octobre et le 6 novembre 1974, puis en refusant de rapporter cette décision, l'autorité administrative aurait commis soit une erreur de fait, en estimant qu'il y avait absence de service fait, soit une erreur de droit, en tenant compte, à l'intérieur de cette période, des journées, fériées ou non, durant lesquelles il n'avait aucun service à assurer ;

DECIDE : Article 1er - La requête du sieur X... est rejetée. »

- Le Conseil d'Etat fait échapper à cette retenue de trentièmes des jours inclus dans cette période, y compris de jours où l'agent n'avait aucun service à accomplir, que les jours de congé annuel lorsque l'agent a été au préalable autorisé par le chef de service à prendre ses congés au cours d'une période déterminée :

CE, 27 juin 2008, req. n° 305350, publié au recueil Lebon :

« Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : Les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire ;

Considérant, d'autre part, que l'article 4 de la loi de finances rectificative du 29 juillet 1961, complété par la loi du 22 juillet 1977, définit le service non fait de la manière suivante : Il n'y a pas de service fait : 1° Lorsque l'agent s'abstient d'effectuer tout ou partie de ses heures de service ; 2° Lorsque l'agent, bien qu'effectuant ses heures de service, n'exécute pas tout ou partie des obligations de service qui s'attachent à sa fonction telles qu'elles sont définies dans leur nature et leurs modalités par l'autorité compétente dans le cadre des lois et règlements ;

Considérant, enfin, qu'aux termes de l'article 1er du décret du 6 juillet 1962 : Les traitements et les émoluments assimilés aux traitements (...) se liquident par mois et sont payables à terme échu. Chaque mois, quel que soit le nombre de jours dont il se compose, compte pour trente jours. Le douzième de l'allocation annuelle se divise, en conséquence, par trentième ; chaque trentième est indivisible ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'absence de service fait due en particulier à la participation à la grève, pendant une fraction quelconque de la journée, donne lieu à une retenue dont le montant est égal à la fraction du traitement frappé d'indivisibilité en vertu des dispositions précitées, c'est-à-dire au trentième de la rémunération mensuelle ; qu'en outre, eu égard au caractère mensuel et forfaitaire du traitement tel que défini à l'article 1er du décret du 6 juillet 1962, en cas d'absence de service fait pendant plusieurs jours consécutifs, le décompte des retenues à opérer sur le traitement

mensuel d'un agent public s'élève en principe à autant de trentièmes qu'il y a de journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où cette absence de service fait a été constatée, même si durant certaines de ces journées, cet agent n'avait aucun service à accomplir ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que Mme A, agent de la direction des services fiscaux de la Drôme, a participé à un mouvement de grève le mardi 13 mai et le lundi 19 mai 2003 et qu'elle a été absente du service, d'une part, le mercredi 14 mai, jour où elle était dispensée de tout service en raison du temps partiel qu'elle avait été autorisée à accomplir, d'autre part, le jeudi 15 et le vendredi 16 mai, jours où elle se trouvait en congé annuel et enfin les samedi 17 et dimanche 18 mai, jours où elle bénéficiait du repos hebdomadaire ;

Considérant que, pour annuler la décision du 23 juillet 2003 par laquelle la direction des services fiscaux a procédé à une retenue de traitement pour les journées des 14 au 18 mai 2003, le tribunal administratif s'est borné à relever que Mme A n'avait aucun service à effectuer durant ces cinq journées, sans tenir compte de la circonstance que l'intéressée avait participé à un mouvement de grève qui s'était déroulé du mardi 13 au lundi 19 mai ; que le tribunal administratif a ainsi entaché son jugement d'un erreur de droit ; que le ministre est, dès lors, fondé à en demander l'annulation ; »

Dans cette espèce, le Conseil d'Etat, qui a constaté que la salariée avait participé à une grève du mardi 13 mai au lundi 19 mai 2003, a statué au fond.

Il a considéré comme devant faire l'objet d'une retenue de trentième :

- le mardi 13 et le lundi 19 mai où elle aurait dû travailler, mais aussi :
- le mercredi 14 mai où elle n'avait aucun service à raison d'un temps partiel,
- les samedis 17 et dimanche 18 mai où elle se trouvait en repos hebdomadaire.

Ont en revanche été considérées comme ne pouvant donner lieu à retenue sur traitement les journées des jeudi 15 et vendredi 16 mai 2003 où la salariée avait été autorisée à prendre une partie de ses congés annuels.

- Enfin, le Conseil d'Etat a jugé qu'une retenue sur salaire pouvait être pratiquée au titre de la participation d'un salarié à une journée de grève durant une journée de récupération accordé par son chef de service (CE, 4 décembre 2013, req.n°351229).

Il a, à cette occasion rappelé le principe de retenue de trentièmes par jours d'absence de service fait :

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'absence de service fait, due en particulier à la participation à une grève, pendant une fraction quelconque de la journée, donne lieu à une retenue dont le montant est égal à la fraction du traitement frappé d'indivisibilité, c'est-à-dire au trentième de la rémunération mensuelle ; qu'en outre, eu égard au caractère mensuel et forfaitaire du traitement tel que défini à l'article 1er du décret du 6 juillet 1962, le décompte des retenues à opérer sur le traitement mensuel d'un agent public s'élève, en principe, à autant de trentièmes qu'il y a de journées où cette absence de service fait a été constatée, même si, durant certaines de ces journées, cet agent n'avait aucun service à accomplir ; que l'application des règles de décompte des retenues sur le traitement mensuel de l'agent en grève ne saurait toutefois porter atteinte à son droit au congé annuel lorsque cet agent a été, préalablement au dépôt d'un préavis de grève, autorisé par son chef de service à prendre ses congés au cours d'une période déterminée ; »

- Dans le droit fil de cette jurisprudence, la cour administrative d'appel de Paris, dans un arrêt N° 19PA00669 du 17 mars 2021 ayant fait l'objet d'un refus d'admission du pourvoi (CE, 14 mai 2021, n°452554), a approuvé la retenue de trentièmes par jours d'absence de service fait, pour les journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où l'absence de service fait a été constatée, en ce compris celles où le salarié n'avait aucun service à accomplir.

Là encore, ces jours se trouvaient « encadrés » par des jours de grève car l'arrêt constate :

« Il ressort des pièces du dossier, notamment de l'examen du planning annuel de M. [W] pour l'année 2016, que, si ce dernier a participé à un mouvement de grève lors des journées des 22 mars 2016, 30 mars 2016, 14 juin 2016, 22 juin 2016 et 28 juin 2016, il a par ailleurs été absent du service lors des journées comprises entre le 22 mars et le 30 mars 2016, ainsi qu'entre le 14 juin et le 22 juin 2016, au titre de jours de repos liés à l'aménagement de son temps de travail, sans qu'il ne soit ni soutenu ni même allégué par l'intéressé qu'au cours de ces périodes ou journées ou pour partie d'entre elles, il se serait trouvé en position de congés annuels préalablement autorisés par sa hiérarchie. »

L'administration a été amenée à se référer à l'arrêt [F] :

En réponse à une question ministérielle³ n°33988 du 15 janvier 1996, relative à l'interprétation à donner à l'arrêt [F] et s'inquiétant que des enseignants puissent subir des retenues sur salaire le samedi et le dimanche lorsque le dernier jour est un vendredi et le jour de reprise de travail le lundi, il a été répondu que les règles en matière de retenue « *peuvent en effet être interprétées, s'agissant des samedis et dimanches, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat citée* ».

La circulaire du 30 juillet 2003 relative à la mise en oeuvre des retenues sur la rémunération des agents publics de l'Etat en cas de grève⁴ précise en son point 2.1 « Le décompte des jours de grève » :

« Le décompte des jours de grève donnant lieu à retenue sur rémunération repose sur le principe selon lequel les périodes de grèves sont considérées comme un tout.

La jurisprudence administrative a précisé les modalités de mise en oeuvre de ce principe. La décision du Conseil d'Etat du 7 juillet 1978, [F] (Rec. CE, p. 304) retient l'approche suivante du décompte des jours de grève : « en l'absence de service fait pendant plusieurs jours consécutifs, le décompte des retenues à opérer sur le traitement mensuel d'un agent public s'élève à autant de trentièmes qu'il y a de journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où cette absence de service fait a été constatée, même si, durant certaines de ces journées, cet agent n'avait, pour quelque cause que ce soit, aucun service à accomplir ».

Le calcul de la retenue peut donc porter sur des jours au cours desquels l'agent n'était pas soumis à des obligations de service (jours fériés, congés, week-ends). Cela s'applique, par exemple, dans le cas d'un week-end, lorsque l'agent a fait grève le vendredi et le lundi, auquel cas la jurisprudence conduit à procéder à la retenue de deux trentièmes à raison du samedi et du dimanche.

Par ailleurs, les jours de grève ne peuvent en aucun cas être considérés comme des jours de congé ou des jours relevant de l'aménagement et de la réduction du temps de travail (ARTT). Il ne saurait donc y avoir compensation des jours de grève par l'octroi de jours de congé. »

- A l'égard de fonctionnaires de La Poste, on trouve des décisions de tribunaux administratifs ayant approuvé la retenue de trentièmes en rappelant qu'en « *cas d'absence de service fait pendant plusieurs jours consécutifs, le décompte des retenues à opérer sur le traitement mensuel d'un agent public s'élève en principe à autant de trentièmes qu'il y a de journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où cette absence de service fait a été constatée, même si durant certaines de ces journées, cet agent n'avait aucun service à accomplir* »,:

³ JOAN 19 février 1996, p.916. Citée par les mémoires ampliatifs.

⁴ NOR : FPPA0300123C, JORF n°179 du 5 août 2003.

- Pour une journée de repos hebdomadaire incluse entre deux jours de grève :

Tribunal administratif de Versailles, 15 juin 2015, requête n° 1202586 :

« 4. Considérant qu'en raison du caractère mensuel et forfaitaire du traitement des agents publics, La Poste était tenue d'opérer une retenue de 3/30e sur le traitement de Mme [H] au titre de ses absences des vendredi 6, samedi 7 et dimanche 8 mai 2011, dès lors que l'intéressée, ayant participé à deux mouvements de grève les vendredi 6 mai et dimanche 8 mai, devait être regardée comme n'ayant effectué aucun service sur l'ensemble de la période et ce, alors même que le samedi 7 mai elle n'avait pas d'obligation de service et se trouvait en repos hebdomadaire ; qu'elle ne peut utilement invoquer ni la circonstance tirée de ce que les deux mouvements de grève correspondent à deux préavis déposés par des organisations syndicales différentes, ni le fait que le samedi 7 mai 2011 n'ait pas fait l'objet d'un préavis de grève ; »

- mais aussi pour deux journées de repos suivant un jour de grève :

Tribunal administratif de Rennes, 9 février 2023, requête n°2100832 :

« 7. Il ressort des pièces du dossier que M. [D] a été gréviste le 8 janvier 2020, a été en repos du 9 au 11 janvier inclus, avant de reprendre le travail le 12 janvier. En vertu de ce qui précède, alors que M. [D], qui a été absent du service du 8 au 11 janvier 2020, la société La Poste était fondée à lui appliquer la retenue en litige. Par suite, le moyen doit être écarté. »⁵

(Voir aussi dans le même sens : TA Rennes, 9 février 2023, requêtes n° 2100831 et n°2100830.)

- Et également pour le dimanche suivant une journée de grève, le samedi :

Tribunal administratif de Bordeaux, 28 février 2024, requête n°2201451 :

«4. Il ressort des pièces du dossier qu'à la suite d'un préavis de grève déposé par le syndicat SUD PTT d'une durée de 24 heures pour le samedi 11 décembre 2021, M. [J] [Q] s'est déclaré gréviste pour cette journée. En vertu de ce qui a été dit aux points précédents, alors même que le requérant n'avait aucun service à accomplir le dimanche 12 décembre, lendemain de cette journée de grève et que le syndicat SUD PTT a déposé un préavis de grève pour la seule journée du samedi 11 décembre 2021, la société la Poste était fondée à appliquer à M. [J] [Q] une retenue d'un trentième pour le dimanche 12 décembre 2021 dès lors que cette journée correspond au dernier jour inclus où l'absence de service fait a été constatée. Par suite, les conclusions du requérant tendant à l'annulation de la décision implicite par laquelle La Poste a refusé de lui rembourser un trentième de traitement qu'il estime indument prélevé sur sa paie de janvier 2022 doivent être rejetées, ainsi que, par voie de conséquence, ses conclusions à fin d'injonction et ses conclusions relatives aux frais liés à l'instance. »

Tribunal administratif d'Orléans, 25 avril 2024, requête n° 2204286 :

⁵ La Cour administrative de Nantes, par un arrêt n° 23NT00988 du 16 juillet 2024, a annulé le jugement ainsi que la retenue de quatre jours sur le traitement du mois de février 2020 et a enjoint à La Poste de réexaminer la situation de M. [D] dans un délai de deux mois à compter de la notification du présent arrêt. Elle l'a fait cependant par des motifs tenant à l'office du juge de l'excès de pouvoir et au fait que la décision procédant à une retenue de six jours sur le traitement du mois de février 2020 est entachée d'un vice d'incompétence justifiant son annulation.

« 4. Mme [G] soutient avoir participé au mouvement de grève organisé par le syndicat sud PTT pour la seule journée du samedi 18 juin 2022. Si, ainsi qu'elle l'indique, il ne ressort pas des pièces du dossier que le mouvement de grève se serait poursuivi au-delà de cette journée et qu'elle n'aurait pas repris le travail dès le lundi suivant, eu égard à ce qui a été dit aux points précédents, alors même qu'elle n'avait aucun service à accomplir le dimanche 19 juin 2022, lendemain de cette journée de grève, La Poste était fondée à lui appliquer une retenue d'un trentième pour le dimanche 19 juin 2022 dès lors que cette journée correspond au dernier jour inclus où l'absence de service fait a été constatée, la circonstance que l'intéressée ait indiqué n'entendre faire grève que 24 heures étant sans incidence sur l'appréciation du nombre de retenues pour faits de grève. »

Tribunal administratif de Dijon, 8 juillet 2024, requête n° 2201788 :

« Il ressort des pièces du dossier qu'à la suite d'un préavis de grève déposé par la fédération Sud PTT d'une durée de 36 heures, du vendredi 14 janvier 2022 à 12h00 au samedi 15 janvier 2022 à 24h00, M. [V] s'est déclaré gréviste la journée du 14 janvier 2022. Ainsi qu'il a été dit au point précédent, alors même que le requérant n'avait aucun service à accomplir les samedi 15 et dimanche 16 janvier 2022, et que la fédération Sud PTT a déposé un préavis de grève pour les seules journées du vendredi 14 janvier à 12h00 au samedi 15 janvier à 24h00, la société La Poste était fondée à appliquer à M. [V] une retenue de trois trentièmes pour les journées comprises du premier jour inclus, le vendredi 14 janvier, au dernier jour inclus, le dimanche 16 janvier, où l'absence de service fait a été constatée. Par suite, les conclusions du requérant tendant à l'annulation de la décision implicite par laquelle la société La Poste a refusé de lui rembourser 2/30ème de traitement qu'il estime indument prélevé sur sa paie de février 2022 doivent être rejetées, ainsi que, par voie de conséquence, ses conclusions à fin d'injonction. »

- Une décision de la cour administrative de Marseille, rendue le 18 octobre 2016, requête n°14MA03964, bien que d'irrecevabilité, éclaire quelque peu le contexte de ce contentieux à La Poste, qui semble résulter d'un changement de politique :

La cour administrative d'appel a en effet jugé irrecevable le syndicat Sud PTT Hérault, qui avait demandé au tribunal administratif de Montpellier d'annuler la décision orale du directeur de la plateforme industrielle du courrier du Languedoc de retenir un trentième du traitement des fonctionnaires et agents contractuels de La Poste pour la journée suivant le seul jour de grève qu'ils ont déclaré vouloir effectuer à l'occasion d'un préavis de grève de 36 heures du vendredi 12 h au samedi 24 h. Elle l'a fait au visa notamment de « l'arrêt n° 03918 « [F] » du Conseil d'Etat du 7 juillet 1978 », en considérant que :

« ... la simple déclaration d'intention du directeur, lors d'une réunion mensuelle de discussion entre les salariés et les responsables du service, par le directeur d'appliquer à compter du 1er février 2013 la jurisprudence en vigueur dégagée par l'arrêt « [F] » du Conseil d'Etat relative au mode de calcul des retenues sur salaires pour fait de grève aux personnels grévistes de la plate forme industrielle du courrier du Languedoc n'était pas de nature à modifier l'ordonnancement juridique ; que, par suite, elle ne constitue pas une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; que, dès lors, La Poste est fondée à soutenir que la demande du syndicat tendant à l'annulation de cette prétendue décision est irrecevable ; ».

b/ Font exception au mode de calcul légal des retenues sur salaire applicable aux personnels des services publics la situation où des dispositions légales spécifiques prévoient une autre forme de retenue :

Soc., 8 juillet 2020, pourvoi n° 19-13.767 :

« Si l'article L. 2512-5 du code du travail, complété par l'article 2 de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'Etat, des collectivités locales et des services publics, s'applique de manière générale aux retenues effectuées sur les rémunérations des personnels des établissements privés chargés d'un service public, il en va autrement lorsqu'un texte spécifique prévoit un autre mode de calcul de ces retenues pour un service public particulier, en conformité avec la décision du Conseil constitutionnel n° 87-230 du 28 juillet 1987.

S'agissant des transports terrestres de voyageurs, l'article L. 1324-11 du code des transports, issu de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, prévoit que « la rémunération d'un salarié participant à une grève, incluant le salaire et ses compléments directs et indirects à l'exclusion des suppléments pour charges de famille, est réduite en fonction de la durée non travaillée en raison de la participation à cette grève ».

Il en résulte que c'est à bon droit que le conseil de prud'hommes a dit que l'employeur était fondé à appliquer une retenue sur salaire proportionnelle aux heures non travaillées en raison de la grève en application de l'article L. 1324-11 du code des transports. »

Dans le domaine spécifique du transport aérien, notre chambre a jugé (Soc., 12 octobre 2017, pourvoi n° 16-12.550, Bull. 2017, V, n° 181) au visa des articles L. 1114-3 et L. 1114-7 du code des transports et de la loi n° 2012-375 du 19 mars 2012 relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports, que les dispositions du code des transports, dont la finalité est l'information des usagers vingt-quatre heures à l'avance sur l'état du trafic afin d'éviter tout déplacement et encombrement des aéroports et préserver l'ordre public, n'autorisaient pas l'employeur, en l'absence de service minimum imposé, à utiliser les informations issues des déclarations individuelles des salariés afin de recomposer les équipages et réaménager le trafic avant le début du mouvement.

En considération de cette règle et du contexte particulier de l'organisation du service du personnel navigant sur plusieurs jours, notre chambre a retenu que « *le personnel navigant s'étant déclaré gréviste sur la première journée de sa rotation et n'étant pas en mesure d'assurer son service tel qu'il avait été programmé, entre deux passages à l'une des bases d'affectation du personnel navigant de l'entreprise, l'employeur ne peut être tenu de lui verser un salaire pour les journées suivantes de la rotation.* » (Soc., 8 septembre 2021, pourvoi n° 19-21.025, publié)

Mais c'est en appliquant les articles L 521-2 et L 521-6 du code du travail, auxquels les articles L.2512-1 et L.2512-5 ont succédé, que notre chambre a jugé que le temps de repos d'agents de la SNCF, postérieur à la fin d'un mouvement de grève, doit être rémunéré :

Soc., 15 janvier 2003, pourvoi n° 00-46.527 :

« [...] 2°/ que l'exercice du droit de grève suspend l'exécution du contrat de travail en sorte que l'employeur est délié de l'obligation de payer le salaire ; que le salarié qui s'est associé à un mouvement de grève, doit être légalement considéré, sauf preuve contraire de sa part comme gréviste pour toute la durée du mouvement peu important que certains jours il n'ait eu aucun service à assurer ; qu'il appartient donc à l'agent SNCF qui prétend n'avoir pas suivi la grève jusqu'à son terme de démontrer qu'il s'est manifesté auprès de la direction pour une reprise de fonction et pour prendre connaissance des modifications éventuelles de sa commande ; qu'en considérant que le salarié avait

clairement manifesté sa volonté de mettre fin à sa participation au mouvement de grève en téléphonant à l'employeur pour confirmer ses repos périodiques, le conseil de prud'hommes a violé les articles L 521-2 et L 521-6 du Code du travail ;

3°/ que le salarié qui prétend s'être désolidarisé de la grève , ne pourra obtenir paiement de son salaire que s'il démontre s'être mis à la disposition de l'employeur pour reprendre son poste selon le planning de l'entreprise ; qu'il est constant que selon préavis, le mouvement de grève litigieux a été déclenché le 21 octobre 1998 à partir de 20 heures et qu'il s'est terminé le 26 octobre 1998 à 8 heures ; que dans ses écritures la SNCF a fait valoir que selon le planning initialement, M. [X...] était prévu en repos périodique les 24 et 25 octobre avec une reprise de service le 26 octobre à 6 heures 45 ; qu'en relevant que le temps de repos dont la retenue était contestée n'était pas inclus dans la période prévue du préavis de grève déposé mais se situait au terme de celui-ci, sans s'expliquer comme l'y invitait la SNCF sur la date et l'heure de reprise de service du salarié selon le planning de son roulement, le conseil de prud'hommes n'a pas justifié sa décision au regard des articles L 521-2 et L 521-6 du Code du travail ;

[...]

Et attendu, ensuite, qu'appréciant la valeur et la portée des attestations produites devant lui, le conseil de prud'hommes a estimé que M. [X...] avait signifié clairement à sa hiérarchie son intention de mettre fin à sa participation au mouvement de grève et qu'en conséquence le temps de repos inclus dans la période d'arrêt de travail postérieure à cette manifestation non équivoque de volonté devait être rémunéré ; que les moyens ne sont pas fondés. »

Soc., 30 janvier 2008, pourvoi n° 06-43.938 :

« Sur le moyen unique :

Attendu, selon le jugement attaqué (conseil de prud'hommes de Paris, 28 avril 2006), que M. [X...], agent de la SNCF exerçant à l'établissement de Paris Nord, a participé à un mouvement national de grève pour lequel des préavis ont été déposés pour la période du 12 mai 2003 au 14 mai 2003 ; que le mouvement, interrompu le 15 mai 2003 dans l'établissement où exerce M. [X...] s'est poursuivi au niveau national ; que l'employeur a opéré sur le salaire de celui-ci, pour une période postérieure à la cessation du mouvement dans l'établissement, une retenue correspondant au temps de repos de celui-ci jusqu'à sa reprise de service ;

Attendu que l'employeur fait grief au jugement attaqué d'avoir jugé illégale la retenue sur salaire, alors, selon le moyen, qu'il appartient au salarié qui prétend s'être désolidarisé de la grève à laquelle il s'est associé de démontrer qu'il n'a pas été gréviste pendant la durée du mouvement, que, dans ses conclusions d'appel, la SNCF a indiqué que la grève commencée le 12 mai 2003, avait été reconduite au niveau national jusqu'au 16 mai à 6 heures 29 ; qu'en énonçant que la grève avait pris fin le 15 mai 2003, entre 12 heures et 13 heures au moment du vote de la fin de la grève au sein de l'ETC Paris Nord, sans s'expliquer sur la poursuite du mouvement de grève au niveau national jusqu'au 16 mai, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision au regard de l'article L. 521-6 du code du travail et de l'article 195-2 du Référentiel ressources humaines ;

Mais attendu que le conseil de prud'hommes, qui a constaté qu'il avait été mis fin au mouvement de grève dans l'établissement dont dépendait l'agent, en a exactement déduit que le temps de repos de celui-ci, inclus dans la période postérieure, devait être rémunéré, peu important que le préavis ait été reconduit au niveau national ; que le moyen n'est pas fondé.»

4.1.2- En l'espèce

La loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales, a modifié la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

Cette loi rappelle en son article 1^{er} que la transformation de la personne morale de droit public La Poste à compter du 1^{er} mars 2010 en une société anonyme

dénommée La Poste « ne peut avoir pour conséquence de remettre en cause le caractère de service public national de La Poste. »

Elle énonce en son article 2 : « La Poste et ses filiales constituent un groupe public qui remplit des missions de service public et d'intérêt général et exerce d'autres activités dans les conditions définies par la présente loi et par les textes qui régissent chacun de ses domaines d'activité.

« Les réseaux postaux ont une dimension territoriale et sociale importante qui permet l'accès universel à des services locaux essentiels.

« I. - Les missions de service public et d'intérêt général sont :

« 1° Le service universel postal, dans les conditions définies par le code des postes et des communications électroniques, notamment ses articles L. 1 et L. 2 ;

« 2° La contribution, par son réseau de points de contact, à l'aménagement et au développement du territoire dans les conditions fixées à l'article 6 de la présente loi ;

« 3° Le transport et la distribution de la presse dans le cadre du régime spécifique prévu par le code des postes et des communications électroniques, notamment son article L. 4 ;

« 4° L'accessibilité bancaire dans les conditions prévues par le code monétaire et financier, notamment ses articles L. 221-2 et L. 518-25-1.

« II. - La Poste assure selon les règles de droit commun toute autre activité de collecte, de tri, de transport et de distribution d'envois postaux, de courrier sous toutes ses formes, d'objets et de marchandises.

« La Poste exerce, à travers sa filiale La Banque postale, des activités dans les domaines bancaire, financier et des assurances, dans les conditions prévues notamment au code monétaire et financier.

« La Poste est habilitée à exercer en France et à l'étranger, elle-même et par l'intermédiaire de filiales ou participations, toutes activités qui se rattachent directement ou indirectement à ses missions et activités telles que définies par la loi, ainsi que toute autre activité prévue par ses statuts. »

1°/ Il sera observé à titre liminaire que le moyen du pourvoi X2412950 fait grief au jugement **d'avoir jugé recevable la demande de la salariée.**

Cependant, la société La Poste, qui n'a pas soulevée de fin de non recevoir devant le juge du fond, ne développe aucune critique sur ce point. A cet égard, le moyen est donc inopérant.

Sur le fond, **la première branche du premier moyen respectif des pourvois n°Y2321250 et n°X2412950** reproche aux jugements de ne pas avoir tiré les conséquences légales de leurs constatations, dès lors qu'ils avaient constaté que les salariés grévistes le samedi, n'avaient repris leur service que le lundi.

Les mémoires ampliatifs soutiennent que la société n'avait pas à rémunérer les salariés dans un contexte où ils n'avaient accompli aucun service le dimanche, en se référant notamment à l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 juillet 1978, précité, quant à la règle de droit applicable.

Ils précisent aussi, dans la prémisse mineure, qu'est sans emport, en l'absence de reprise effective du travail, une éventuelle manifestation de la volonté du salarié de limiter la durée de sa participation.

En d'autres termes, le moyen soutient que l'absence de service fait le dimanche justifie la retenue de salaire, peu important que le salarié ait déclaré qu'il ne serait en grève que le samedi et/ou que le préavis de grève n'ait été fait que pour la seule journée du samedi.

Dans le cadre du dialogue des juges auquel nous invite le pourvoi, qui soutient que *« la grille d'analyse de la Cour de Cassation n'est pas strictement identique à celle du Conseil d'Etat en ce qu'elle repose sur la notion de durée du mouvement de grève »*, notre chambre devra se poser la question de savoir si l'on peut tirer de l'arrêt [F] la conclusion que même si un dimanche se situe après une grève mais avant la reprise effective du service, il doit faire l'objet d'une retenue, au constat de l'absence de service fait

Doit-on, comme nous y invite le pourvoi, retenir que *« de la même manière qu'un salarié fait grève en cessant le travail, il cesse de faire grève en reprenant effectivement le travail, en l'occurrence le lendemain du dernier jour non travaillé »* ?

La participation du salarié à un mouvement de grève suffit-elle à caractériser qu'une absence de service contiguë à une période de grève résulte d'une cessation concertée du travail au sens de l'article 2 de la loi n°82-889 du 19 octobre 1982 ?

Le contrat de travail, suspendu par l'effet de la grève pour la journée du samedi, le reste-t-il pour la journée du dimanche jusqu'à la reprise effective du service, le lundi ?

Ayant à l'esprit, tant l'observation liminaire du pourvoi, relative au droit du *« législateur d'apporter au droit de grève les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public »* et ses références aux décisions du Conseil Constitutionnel 2007-556 du 16 août 2007 et 87-230 du 28 juillet 1987, que les circonstances de l'espèce, notre chambre devra également se poser la question de savoir si la retenue sur salaire d'un dimanche précédant la reprise du service est justifiée par la continuité du service public, dans un contexte où le salarié ne travaille jamais le dimanche.

En effet, dans sa décision du 28 juillet 1987 (87-230 DC, 28 juillet 1987, cons.8.) qui porte précisément sur les retenues sur salaire opérées au titre du service non fait, il a reconnu *« qu'il appartient également au législateur de définir les conséquences pécuniaires aussi bien de l'absence de service fait ou de travail résultant d'une cessation concertée du travail que de l'exécution partielle du travail ou du service, en prenant en considération notamment les règles comptables de liquidation de la rémunération des intéressés ainsi que les contraintes d'ordre pratique inhérentes tant aux modalités de détermination de la cessation du travail qu'au décompte de la durée de la grève, ainsi que l'incidence des grèves d'une durée inférieure à une journée sur le fonctionnement des services publics. »*

On notera que dans le considérant 10 de la décision n° 87-230 du 28 juillet 1987, le Conseil Constitutionnel a relevé *« qu'il n'y a pas service fait lorsque l'agent s'abstient d'effectuer tout ou partie de ses heures de service ou lorsque, bien qu'effectuant ses heures de service, il n'exécute pas tout ou partie des obligations de service qui s'attachent à sa fonction dans le cadre des lois et règlements »*, qu'il faut, dans le cadre des obligations de service que *« l'inexécution soit suffisamment*

manifeste pour pouvoir être matériellement constatée sans qu'il soit besoin de porter une appréciation sur le comportement de l'agent » et que, « sous cette condition qui devra être observée dans les mesures individuelles d'application et pour le respect de laquelle le fonctionnaire dispose des voies de droit normales, la retenue sur traitement demeure une mesure de portée comptable ; que cette retenue, eu égard tant à sa justification qu'aux conditions de son application, ne porte pas atteinte au droit de grève ».

2°/ La deuxième branche du premier moyen respectif des pourvois n°Y2321250 et n°X2412950 critique le mode de calcul retenu par le conseil de prud'hommes pour apprécier le montant du rappel de salaire en soutenant qu'il n'est pas conforme aux règles applicables au service public de la Poste qui ne relève pas d'une législation spécifique.

Il doit être constaté que la retenue sur salaire a été jugée injustifiée pour la seule journée du dimanche.

L'opérance du moyen dépendra du point de savoir si le service non fait le dimanche suivant le jour de grève relève ou non d'une cessation concertée du travail au sens de l'article 2 de la loi n°82-889 du 19 octobre 1982.

3°/ Leur troisième branche postule que la règle de la retenue d'un trentième par jour de service non fait ne souffre exception que si le salarié gréviste démontre qu'il entendait cesser sa participation au mouvement de grève en reprenant le travail avant la fin du conflit.

Elle soutient qu'il ressort des propres constatations des jugements que les salariées ne démontreraient pas avoir entendu cesser leur participation au mouvement en reprenant le travail avant la fin du conflit.

Si une telle question peut se poser dans le cas d'un préavis de grève de plusieurs jours, ou si, ayant annoncé faire grève plusieurs jours un salarié soutient ensuite n'avoir grève qu'un seul jour, celle-ci paraît en revanche sans objet dans l'hypothèse d'une grève durant une seule journée.

Tel est le cas des salariés concernés par les pourvois, qui au demeurant, le relèvent. (Ex pourvoi X2412950, page 7, §2) « *Or le contentieux dont elle est aujourd'hui saisie porte ici précisément sur une grève d'une seule journée* ».

Le moyen est donc inopérant.

Au demeurant, dans ses écritures devant le conseil de prud'hommes, la société La Poste a bien précisé que la salariée n'avait fait grève que les samedis, justifiant la non rémunération des dimanches comme des « journées précédant son retour effectif ».

La règle de droit énoncée n'avait donc nul lieu de s'appliquer puisqu'en faisant grève le samedi, la salariée a bien fait grève durant toute la durée du mouvement de grève.

S'agissant du pourvoi X2412950, il manque en outre par le fait qui lui sert de base, dès lors que le jugement constate dans l'exposé des faits que la salariée a été gréviste six journées entre les 9 octobre 2021 et le 26 mars 2022 et que la Poste lui a retenu douze journées, puis dans les prétentions qu'elle a fait grève le samedi,

puis dans les motifs qu'elle a prévenu des jours de grève et de la reprise de son travail précisant qu'il n'y a pas de service les dimanches.

Pris en cette branche, le moyen justifie, dans les deux pourvois, d'un rejet non spécialement motivé.

4.2- Sur la caractérisation d'un abus (second moyen subsidiaire)

4.2.1- Rappel des textes et de la jurisprudence

1°/ L'abus dans la responsabilité délictuelle

L'article 1240 du code civil, en sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a remplacé l'ancien article 1382 qui pose le principe de la responsabilité du fait personnel selon lequel « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

La Cour de cassation juge que la défense à une action en justice ne peut, sauf circonstances particulières qu'il appartient au juge de spécifier, dégénérer en abus lorsque sa légitimité a été reconnue par le premier juge, malgré l'infirmité dont sa décision a été l'objet (Soc., 18 juin 2014, pourvoi n° 13-15.848 ; Civ. 1ère, 11 octobre 2017, pourvoi n° 16-19.316 ; Civ. 3ème, 6 juin 2019, pourvoi n°18-15.079 ; 3e Civ., 7 septembre 2023, pourvoi n° 21-18.611).

Au visa de l'article 1382 du code civil, la Cour de cassation censure au titre de motifs impropres les décisions caractérisant une résistance abusive par le fait que la position d'un organisme était contraire à la jurisprudence (2e Civ., 16 décembre 2011, pourvoi n° 09-69.992 ; Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 11-26.887 ; Soc., 1 mars 2017, pourvoi n° 15-26.943).

En revanche, elle a approuvé une cour d'appel d'avoir débouté un assuré de sa demande de condamnation d'un l'organisme de retraite qui, précisément, se prévalait de la jurisprudence pour justifier sa position :

2e Civ., 25 novembre 2021, pourvoi n° 20-17.234, publié :

6. L'arrêt retient que la Caisse, dont l'analyse opposée à l'assuré avait été retenue par plusieurs cours d'appel, a adopté une position déjà judiciairement confirmée.

7. De ces énonciations, la cour d'appel a pu déduire l'absence de faute de la Caisse engageant sa responsabilité à l'égard de l'assuré.

Elle l'a fait, alors même que, dans le même arrêt, soulevant un moyen d'office, elle a opéré un revirement de jurisprudence en écartant les dispositions législatives et réglementaires sur lesquelles s'était fondées la cour d'appel pour débouter l'assuré de sa demande principale.

2°/ L'abus dans la responsabilité contractuelle

a/ En matière de responsabilité contractuelle, l'article 1231-1 du code civil, issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, qui a remplacé l'ancien article 1147, dispose que « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.* »

L'article 1231-6 du même code, qui a remplacé l'ancien article 1153, dispose quant à lui en son alinéa 3 que « *le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire.*

La Cour de cassation exerce un contrôle sur les motifs par lesquels les juges du fond caractérisent un préjudice distinct du retard de paiement en matière de responsabilité contractuelle (Soc., 1 juin 2022, pourvoi n° 20-16.836 ; Soc., 14 décembre 2022, pourvoi n° 21-12.552).

b/ Dans le cadre du contrat de travail, l'article L.1132-2 dispose qu'« *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève.* »

Notre chambre a jugé que « constitue une mesure discriminatoire, au sens de l'article L. 521-1 du Code du travail, la décision de l'employeur de procéder à des retenues sur le montant du "treizième mois" en proportion des journées de grève, dès lors que toutes les absences des salariés, autorisées ou non, ne donnaient lieu à une telle retenue » (Soc., 10 décembre 2002, pourvoi n° 00-44.733, Bull. 2002, V, n° 371).

L'article L.1134-5 du code du travail dispose en son dernier alinéa que « *les dommages-intérêts réparent l'entier préjudice né de la discrimination pendant toute sa durée* ».

Il résulte par ailleurs de l'article L.2511-1 du code du travail que l'exercice du droit de grève « *ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux.* »

- Notre chambre a rejeté un pourvoi faisant grief à une cour d'appel, au visa de l'article 1147 du code civil devenu 1231-1, d'avoir constaté une discrimination liée à l'exercice du droit de grève pour en déduire l'existence d'un préjudice alors qu'elle avait déjà indemnisé le salarié de cette discrimination en lui accordant un rappel de salaire au titre de la retenue injustifiée pour fait de grève.

Soc., 7 novembre 2018, pourvoi n° 17-15.833 :

« Attendu que la société fait grief à l'arrêt de la condamner à payer au salarié une somme en réparation du préjudice subi du fait de la discrimination à laquelle le salarié aurait été exposé alors, selon le moyen, que le juge ne peut déduire de la seule faute commise par l'employeur l'existence nécessaire d'un préjudice en l'absence d'un texte ou d'une règle consacrant le principe, le salarié prétendant avoir subi ce préjudice devant en établir l'existence ; que le juge ne peut donc, malgré son pouvoir souverain d'appréciation de l'existence d'un préjudice et de l'évaluation de celui-ci, se fonder uniquement sur l'existence d'une discrimination liée à l'exercice du droit de grève pour accorder une indemnisation venant s'ajouter à l'octroi des sommes dont un salarié a été privé en raison de cette

discrimination ; qu'en l'espèce, pour la condamner à verser au salarié la somme de 1 000 euros, la cour d'appel s'est bornée à constater une discrimination liée à l'exercice du droit de grève pour en déduire l'existence d'un préjudice ; qu'en se déterminant ainsi, cependant qu'elle avait déjà indemnisé le salarié de cette discrimination en lui accordant la somme de 309,73 euros en brut au titre de la retenue injustifiée pour fait de grève en avril 2012, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil (devenu 1231-1) ;

Mais attendu que la cour d'appel ayant souverainement apprécié le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite, le moyen n'est pas fondé ; »

Depuis, notre chambre a sanctionné une cour d'appel qui avait débouté un salarié de sa demande de dommages-intérêts au titre d'une discrimination sans observer la règle de preuve applicable en la matière (Soc., 6 juillet 2022, n° 21-12.073).

Il pourrait en être inféré que l'existence d'une discrimination justifie sa réparation.

4.2.2- En l'espèce

Pourvoi n°Y2321250

Pour condamner la société La Poste à payer à la salariée une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour sanction pécuniaire illicite, le jugement rappelle les dispositions des articles L.2511-1 et L.1132-2 du code du travail. Il retient que l'arrêt [F] du 7 juillet 1978 du Conseil d'Etat dont se prévaut l'employeur « fixe comme principe que le nombre de jours décomptés pour participation à une grève est équivalent à l'amplitude entre le premier jour de cessation du travail et le dernier jour non travaillé. Dès lors, toutes les journées comprises dans cette période sont décomptés, y compris celles qui n'étaient pas censées être travaillées (dimanche, jour de repos, jours fériés.....). », mais que cette jurisprudence ne concerne que les fonctionnaires et ne peut donc être appliqué à la salariée sous contrat de droit privé. Il retient ensuite que l'employeur a illégalement opéré une retenue sur salaire pour les journées des 6 février et 24 juillet 2022 et qu'il s'est rendu coupable de résistance abusive à l'encontre de la salariée concernant ses jours de paye, malgré sa contestation après avoir reçu sa paye.

Il retient que cette situation a nécessairement causé un préjudice moral à la salariée par les motifs suivants : « *En effet, en infligeant une retenue sur salaire de 2 jours lorsqu'un salarié fait grève 1 jour, l'employeur la SA La Poste s'est rendu coupable en manifestant une volonté à démoraliser les salariés, afin de les dissuader de faire grève.* »

Par ailleurs, pour condamner la société à payer au syndicat une certaine somme à titre de dommages-intérêts, l'arrêt retient que l'employeur « *tente clairement d'entraver le droit constitutionnel de grève* » et que cette pratique porte atteinte aux intérêts de la communauté des salariés défendus par le syndicat.

Le moyen rappelle en prémisses que ne constitue pas une résistance abusive le fait, pour une personne morale gérant un service public de se prévaloir des dispositions légales telles qu'interprétées par la jurisprudence pour justifier sa décision de retenue sur salaire.

Il appartiendra à notre chambre d'apprécier les mérites de ce moyen présenté comme subsidiaire en considération de la jurisprudence précitée.

Un **rejet non spécialement motivé** pourrait être envisagé au motif de l'inopérance du moyen en ce qu'il critique des motifs surabondants, le jugement ayant justifié le préjudice subi par l'atteinte au droit de grève du salarié qu'il a constatée.

Il en va de même relativement au chef du jugement ayant condamné l'employeur à verser des dommages-intérêts au syndicat au titre d'une atteinte à l'intérêt collectif de la profession.

En effet, le jugement a caractérisé l'atteinte effective à l'intérêt collectif de la profession en constatant que la retenue opérée au titre d'une journée non travaillée suivant un jour de grève entrave le droit constitutionnel de grève et, énonçant que « la pratique » de La Poste est grave, fait ainsi ressortir qu'elle dissuade nécessairement des salariés qui ne travaillent pas le dimanche de faire grève le samedi.

Par ailleurs, ainsi qu'il l'a été rappelé plus haut, la décision du Conseil Constitutionnel du 28 juillet 1987 exclut le caractère de sanction pécuniaire de la retenue sur traitement au profit d'une « mesure de portée comptable » à condition qu'elle soit justifiée par un « service non fait » qu'elle a défini. Et il résulte du considérant 10 de cette décision que c'est sous réserve de remplir ces conditions que cette retenue ne porte pas atteinte au droit de grève.

En conséquence, une retenue injustifiée constituerait une atteinte au droit de grève.

Il pourrait en conséquence être retenu que l'atteinte au droit de grève, principe de valeur constitutionnelle, cause un préjudice aux salariés qui le subissent, ainsi qu'un préjudice au syndicat qui invite ses adhérents à participer au mouvement de grève.

Au-delà, la juridiction prud'homale a souverainement apprécié le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite.

Pourvoi n°2412950

Pour condamner la société La Poste à payer à la salariée une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour rétention abusive, le jugement rappelle les dispositions des articles L.1131-2 du code du travail prohibant les amendes et sanctions pécuniaires et constate que la retenue sur salaire était injustifiée, la salariée ayant prévenu de ses jours de grève le samedi, de ce qu'il n'y a pas de service le dimanche et de la reprise de son travail.

Un **rejet non spécialement motivé** pourrait être envisagé en ce que le moyen manque par le fait qui lui sert de base, dès lors que le jugement n'a pas retenu le fait que la société se prévalait de la jurisprudence administrative pour caractériser la rétention abusive, en réparation de laquelle elle a alloué des dommages-intérêts à la salariée.

En outre, sous le bénéfice des observations qui précèdent, une retenue injustifiée constitue une atteinte au droit de grève.

Ainsi, le second moyen de chacun des pourvois n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation et le sort des chefs des jugements relatifs à l'allocation de dommages-intérêts aux salariées (et au syndicat dans le pourvoi n°Y2321250) dépendra de l'appréciation des mérites des seuls premiers moyens.