

Lyon, le 09 juin 2011

«Le Capitole»
97, cours Gambetta
69481 Lyon Cedex 03
Tél. +33 (0)4 72 84 12 12
Fax +33 (0)4 72 84 12 00

www.capstan.fr

Depuis le dernier arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 2011 (confirmatif de trois autres arrêts rendus par cette même Cour), certaines juridictions du fond continuent encore de résister à la position de la Cour de cassation selon laquelle la notion de « service effectif » à prendre en compte pour le calcul de la prime d'ancienneté doit s'entendre de l'ancienneté réelle dans l'entreprise et non de « l'ancienneté théorique », c'est-à-dire de l'ancienneté dans la grille de classification en vigueur au jour du basculement dans le nouveau système de rémunération.

A titre d'exemple, un tout récent jugement du Conseil de Prud'hommes de Metz du 4 mai 2011 vient de refuser à un salarié des Hôpitaux privés de Metz un rappel de salaire au titre d'un rattrapage de prime d'ancienneté en ne s'alignant pas sur l'interprétation de la Cour de cassation.

Mais c'est surtout un arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai le 15 avril 2011 qui s'avère plus intéressant à analyser en ce qu'il semble ouvrir une nouvelle piste et peut susciter un nouvel espoir permettant d'envisager un revirement de jurisprudence.

Dans cette affaire, un salarié réclamait là-encore une modification de sa prime d'ancienneté à la hausse, sur la base de sa date d'entrée dans l'établissement et donc de son ancienneté réelle.

Par jugement en date du 10 mai 2010, le Conseil de prud'hommes de Boulogne-sur-mer avait débouté le salarié de ses demandes se fondant sur l'interprétation soutenue par l'employeur.

Un appel a donc été formé par le salarié devant la Cour d'appel de Douai qui a rendu le 15 avril 2011 un arrêt tout à fait novateur dans sa motivation.

Alors que la Cour d'appel aurait pu simplement reprendre à son compte la position de la Cour de cassation quant à l'interprétation de l'article 08.02.1 au regard du calcul de la prime d'ancienneté, **elle invoque pour la première fois, à ma connaissance, une disposition conventionnelle issue non pas de l'avenant n° 2002- 02 mais de l'article 62 de l'avenant n° 2009-01 du 3 avril 2009 portant toilettage de la convention collective pour surseoir à statuer et ordonner une « réouverture des débats ».**

Dans ses écritures, l'employeur avait évoqué le fait que lors de la mise en place de l'avenant portant toilettage de la convention collective les partenaires sociaux avaient clairement rappelé, s'agissant de la prime d'ancienneté calculée à raison de 1 % par année de service, que cette disposition s'entendait « sous réserve des dispositions spécifiques relatives au reclassement des personnels présents au 1^{er} juillet 2003, prévue par l'avenant n° 2002-02 du 25 mars 2002 ».

Dans sa motivation, la Cour d'appel de Douai prend soin de rappeler que cette précision n'aurait, a priori, aucun intérêt si pour ces personnels présents au 1^{er} juillet 2003, l'ancienneté à prendre en compte était l'ancienneté réelle.

Elle a souhaité donc que s'instaure à nouveau un débat contradictoire sur ce sujet qui, à ses yeux, mérite un éclaircissement lui permettant de prendre définitivement position sur ce sujet.

Il est donc manifeste que les Magistrats, à la lecture des pièces et conclusions déposées par l'employeur ont eu un doute sur l'interprétation qu'il convenait de donner en définitive à la notion de « service effectif » tel que mis en place par l'article 08.01.1.

Pour la Cour d'appel, il apparaît en effet qu'il est troublant qu'un avenant postérieur à la convention collective prenne soin de distinguer pour le calcul d'une prime d'ancienneté (dont il est invoqué qu'elle doit se calculer en fonction de l'ancienneté réelle dans l'entreprise), la situation des salariés en place lors du changement de système de rémunération et ceux qui viendront à être embauchés postérieurement au changement de système.

• Un argumentaire peut donc être développé sur la base de l'article 62 de l'avenant n° 2009-01 du 3 avril 2009

Afin de mettre en conformité avec le droit positif (loi et jurisprudence) un certain nombre de dispositions devenues au fil du temps obsolètes ou contraires à l'évolution du droit social, les partenaires sociaux ont entrepris une négociation qui aboutira le 3 avril 2009 à un accord portant « toilettage de la Convention Collective ».

L'objet même de cet accord n'était donc pas de modifier la convention collective mais uniquement après relecture de celle-ci, de rendre plus compréhensible certains dispositifs qui pouvaient prendre leur source dans des textes abrogés ou de supprimer certains passages de la convention collective se révélant contraires aux lois et règlements en vigueur ou à la jurisprudence sur les sujets traités.

Or, à cette occasion, les partenaires sociaux ont été amenés à revisiter les modalités d'application de l'article 08.01.1 portant création du système de rémunération et donc de la prime d'ancienneté mise en place par l'avenant du 25 mars 2002.

Force est de constater, alors même que les partenaires sociaux avaient connaissance à la date de signature de l'avenant du 3 avril 2009 de l'arrêt rendu le 11 juillet 2007 par la Cour de Cassation sur l'interprétation faite par les hauts magistrats du calcul de la prime d'ancienneté au regard de la notion de « service effectif » qu'aucun « toilettage » de ce dispositif n'a été évoqué tant par la Fédération employeur que par l'ensemble des organisations syndicales de salariés partie à la négociation.

Tout au contraire, dans le cadre de cette négociation, les partenaires sociaux ont pris soin de préciser par un renvoi express dans le texte de l'article 08.01.1 que les modalités de calcul de la prime d'ancienneté de 1% par année de service effectif dans la limite de 30 % devait bien s'entendre « sous réserve des dispositions spécifiques relatives au reclassement des personnels présents au 1^{er} juillet 2003 prévues par l'avenant n°2002-02 du 25 mars 2002 ».

Il est donc manifeste que par ce renvoi, les partenaires sociaux ont bien réaffirmé la spécificité de l'application de ce dispositif au personnel en place lors du basculement entre l'ancien et le nouveau système de rémunération mettant en place la prime d'ancienneté en complément du « coefficient métier ».

Or, un tel ajout volontaire des partenaires sociaux au texte initial à l'occasion d'un avenant destiné à toiletter la convention collective pris postérieurement à l'arrêt rendu par la Chambre Sociale le 11 juillet 2007 ne peut se concevoir qu'en raison des spécificités des règles d'application de la prime d'ancienneté pour les personnels en place à la date du 1er juillet 2003.

Comme l'indiquent les Magistrats de la Cour d'Appel de DOUAI dans l'arrêt rendu le 15 avril 2011, cette précision conventionnelle postérieure à l'avenant d'origine du 25 mars 2002 **n'aurait strictement aucun sens si pour ces personnels, l'ancienneté à prendre en compte était l'ancienneté réelle et non pas l'ancienneté dans la grille au jour du basculement entre l'ancien et le nouveau système de rémunération.**

C.A. Douai – Chambre Sociale 15 avril 2011 (Extrait).

« La question posée est donc de savoir comment il faut interpréter la notion de service effectif à laquelle renvoie l'article 08.01.1 de la convention collective ci-dessus rappelée pour le calcul de la prime d'ancienneté résultant de l'avenant du 25 mars 2002. »

Ainsi que le fait valoir à juste titre la fondation, l'interprétation de cette notion doit se faire à la lumière de celle de l'ensemble de l'avenant en recherchant la commune intention des partenaires sociaux ayant négocié cet avenant en application des articles 1156 et 1161 du Code Civil.

Sur ce point, la Cour constate qu'une précision a été apportée par l'avenant n°2009-01 du 3 avril 2009 portant mise à jour de la convention collective qui a prévu à l'article 08.08.1 :

« Sous réserves des dispositions spécifiques relatives au reclassement des personnels présents au 1^{er} juillet 2003 prévues par l'avenant n°2002-02 du 25 mars 2002 » précision qui n'aurait a priori aucun intérêt si pour ces personnels présents au 1^{er} juillet 2003, l'ancienneté à prendre en compte était l'ancienneté réelle ».

Il importe ici de préciser que cet ajout de partenaires sociaux destiné à mettre en exergue « la spécificité » des modalités de reclassement propre au personnel en place à la date d'application de l'avenant du 25 mars 2002 trouve sa source dans un texte conventionnel et non simplement dans un avis rendu par un comité de suivi.

Il est bien certain que si la Cour estimait finalement que cette précision conventionnelle ultérieure à l'avenant du 25 mars 2002 devait s'interpréter comme emportant nécessairement prise en compte de la situation d'ancienneté théorique pour les salariés en place lors de la mise en œuvre dudit avenant, ce serait une étape importante pour espérer une évolution de la jurisprudence.

Si un nouveau pourvoi en cassation était intenté par la partie « salariée », il s'agirait alors d'un nouveau moyen sur lequel, comme nous le rappelions, la Chambre sociale n'a jamais encore eu à statuer.

Il importe, cependant, que ce moyen ait été soulevé devant les juridictions du fond.

Il ne sera pas possible d'intenter un pourvoi en cassation sur un moyen nouveau et non débattu devant le Juge prud'homal ou les Magistrats de la Cour d'appel.

A l'inverse et même si ce moyen n'a pas été soulevé devant le Juge prud'homal, il est toujours possible de faire valoir cette nouvelle argumentation devant la Cour d'appel.

• **Par ailleurs, la lecture des différents arrêts de la Cour de cassation ne convainc pas.**

La Cour de cassation a, à chaque fois, statué sur les moyens qui lui ont été présentés et débattus devant les juridictions du fond à travers deux problèmes.

- 1/ Le sens à donner à l'avis n°6 du Comité de suivi.
- 2/ Comment apprécier la notion de situation « réelle ».

Sur le premier moyen, tout débat doit aujourd'hui être considéré comme clos. Un avis d'un Comité de suivi ne pouvant pas valoir avenant interprétatif, ce seul fondement permet aux Magistrats d'écarter de toute analyse le sens et la portée de cet avis.

Sur le deuxième moyen, la Cour de cassation se contente de procéder par affirmation.

Pour la Cour de cassation et dans la mesure où le nouveau système de rémunération intégrant la prime d'ancienneté se substitue à l'ensemble des éléments de rémunération existant au moment du passage à la convention collective renouvelée, la prime d'ancienneté doit nécessairement s'entendre comme correspondant à la totalité des services effectifs accomplis par le salarié dans l'Association.

Sur ce deuxième point, la Cour n'a, pour l'heure, jamais eu à répondre à toute une série d'arguments qui militent pourtant contre une telle affirmation de principe.

Ces arguments sont en synthèse les suivants :

Dans un premier temps, avant la rénovation, l'ancienneté a toujours été considérée comme étant une **ancienneté dans la fonction** (c'est-à-dire dans les échelons de la grille dont relève le salarié) et les partenaires sociaux ont d'ailleurs mis en place des mécanismes de reprise d'ancienneté dans la fonction (article 08.02).

L'ancienneté dans les effectifs (c'est-à-dire l'ancienneté au service de l'employeur) n'a jamais été une notion retenue par les partenaires sociaux.

Par ailleurs, les nouvelles orientations prises par l'avenant du 25 mars 2002 en termes de classification (passage d'un système de grille indiciaire par fonction à un coefficient unique) et de rémunération (notamment, création d'une prime d'ancienneté de 1% par an plafonnée à 30%), même s'il se substitue à l'ancien, n'impliquent pas pour autant que pour effectuer le reclassement de chaque salarié au 1^{er} juillet 2003, date d'entrée en vigueur de l'avenant du 25 mars 2002, les partenaires sociaux n'aient pas tenu compte de l'ancien système.

Cette volonté des partenaires sociaux de s'appuyer sur le système des grilles indiciaires pour effectuer le reclassement des salariés **résulte expressément des dispositions des articles 7 et 12 de l'avenant du 25 mars 2002.**

Sur l'article 7 :

Cet article, relatif aux **modalités d'application de l'avenant**, mentionne en son avant-dernier alinéa :

« (...). Lorsque les salariés **sont maintenus provisoirement dans un échelon au titre de l'aménagement et de la réduction du temps de travail**, alors qu'ils auraient dû être classés à l'échelon supérieur, **leur reclassement s'effectue après les avoir positionnés à**

l'échelon supérieur qui aurait dû être le leur s'ils n'avaient pas été maintenus provisoirement dans un échelon inférieur. »

Dans le cadre de la mise en place de la réduction du temps de travail par voie d'un avenant 99-01 du 2 février 1999, il a été demandé aux salariés cadres et non cadres une participation (article 9 c), laquelle s'est traduite, pour les non cadres, par un maintien dans l'échelon prolongé de 16 mois et, pour les cadres, par une prolongation de 16 mois de la période de 3 années à l'issue de laquelle l'ancienneté était majorée.

Ce maintien dans l'échelon occupé pendant une durée supérieure à celle fixée pour cet échelon a donc conduit à un gel de rémunération et à un gel de l'évolution dans la grille, c'est-à-dire un gel de l'ancienneté dans la grille.

L'article 7 supprime cette neutralisation d'ancienneté : les partenaires sociaux ont décidé qu'il fallait, pour le reclassement au 1^{er} juillet 2003, repositionner chaque salarié à l'échelon supérieur qui aurait dû être le sien, s'il n'avait pas été maintenu provisoirement dans un échelon inférieur.

Ce qui implique qu'il existe un lien de cause à effet direct entre le positionnement du salarié dans sa grille au moment du reclassement et ce reclassement.

Ce lien de cause à effet ne concerne pas la détermination du coefficient applicable à compter du 1^{er} juillet 2003, lequel est relatif à l'emploi occupé et identique à tous les salariés occupant le même emploi, quelle que soit leur ancienneté.

Ce lien de cause à effet direct entre le positionnement du salarié dans sa grille et le reclassement concerne exclusivement la détermination du taux d'ancienneté applicable.

Sur l'article 12 :

Cet article stipule :

« A compter de la date d'application du présent avenant fixée à l'article 16, les mesures conventionnelles relatives à la neutralisation de l'ancienneté sont supprimées.

Sont concernés les salariés dont l'application de la neutralisation est en cours ainsi que les salariés qui n'ont pas encore fait l'objet de son application.

Lors du reclassement d'un salarié au titre du présent avenant, l'échelon ou le pourcentage d'ancienneté pris en compte est celui auquel il aurait accédé sans la neutralisation de l'ancienneté.

En outre, dans cet échelon ou ce pourcentage d'ancienneté, l'ancienneté est majorée pour les salariés concernés de leur période réelle de neutralisation »

Cet article met encore en évidence le lien direct de cause à effet entre le repositionnement d'un salarié dans sa grille et le reclassement.

Il évoque surtout expressément l'assimilation du pourcentage d'ancienneté attribué lors du reclassement, à l'échelon occupé.

Il résulte expressément des dispositions susmentionnées (article 7 et article 12) qu'au moment du reclassement, l'ancienneté est déterminée en référence à un échelon, lequel ne se conçoit que dans une grille d'emploi.

La référence à la grille d'emploi est donc une référence directe, pour la détermination du taux d'ancienneté au moment du reclassement, à l'ancien système de classification et de

rémunération, nonobstant le fait que la prime d'ancienneté afférente puisse évoluer, par la suite, de manière autonome à hauteur de 1% par an.

Pour le salarié ayant subi une neutralisation d'ancienneté, l'ancienneté est déterminée par la position dudit salarié dans la grille à laquelle il aurait accédé sans neutralisation de son ancienneté.

Pour le salarié n'ayant pas subi de neutralisation d'ancienneté, l'ancienneté est déterminée par la position dudit salarié dans sa grille stricto sensu.

Si les partenaires sociaux avaient considéré que l'ancienneté était liée à la date d'embauche, tant les dispositions de l'article 7 que celles de l'article 12 ci-dessus évoquées n'auraient strictement aucun sens.

En effet, la date d'embauche étant un élément invariable, ils n'auraient pas eu besoin de préciser que le reclassement devait s'effectuer après positionnement à l'échelon supérieur.

Ces dispositions applicables au moment du reclassement, ne s'entendent que si l'ancienneté prise en compte à cette date est l'ancienneté dans la grille.

Philippe RICHARD