



Direction
départementale du travail,
de l'emploi et de la
formation professionnelle

7^{ème} section
d'inspection du Travail

Immeuble « Le République »
77, rue Léon Gambetta
B.P. 685
59033 LILLE CEDEX

Téléphone : 03 20 12 20 47
Télécopie : 03 20 42 81 44



COPIE

L'inspecteur du travail

à

AUCHAN FRANCE

M. Joël FABIANI

Directeur des ressources humaines

200, rue de la Recherche

59 650 VILLENEUVE D'ASCQ

Lille, le 23 mars 2005

Affaire suivie par : **Guillaume DAUTEL**

Objet : Observations

Réf. : GD/KG/N°2005-215

LRAR (4392 7156 6)

Monsieur,

Je fais suite à la réponse du 20 septembre 2004 que vous avez faite à mon courrier du 16 août 2004 et vous communique les observations suivantes :

1) Rémunération et respect du SMIC :

Après analyse des tableaux que vous m'avez transmis, je note que certains salaires des niveaux de classification les plus bas (de 115 à 145 pour l'ancienne classification et de 1A à 2A pour la plus récente) sont inférieurs au SMIC (garantie mensuelle de rémunération ou GMR comprise) et ce manifestement depuis l'année 2000.

En effet, depuis cette date, vous avez inclut le paiement du temps de pause dans l'assiette permettant de mesurer le respect du SMIC et de la GMR, alors qu'il y a tout lieu de l'en exclure. Le temps de pause doit en effet être payé en plus du salaire de base et du complément différentiel de rémunération.

Il en est ainsi en raison :

- de la loi, du règlement et de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui précisent les éléments de rémunération pouvant être intégrés à l'assiette du SMIC.
La circulaire du 3 mars 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail le résumait d'ailleurs bien s'agissant à la fois du SMIC et du complément différentiel de rémunération institué par l'article 32 de la loi du 19 janvier 2000 : « Le mécanisme de garantie s'entend indépendamment des primes qui ne sont pas intégrées actuellement dans l'assiette du SMIC. Il convient donc de se référer pour l'assiette de la garantie à l'assiette actuelle du SMIC horaire.
Selon l'article D. 141-3 du code du travail, le salaire horaire à prendre en considération pour l'application du SMIC est celui qui correspond à une heure de travail effectif, compte tenu des avantages en nature et des majorations diverses ayant le caractère d'un complément de salaire, à l'exclusion des remboursements de frais et des majorations de salaire pour heures supplémentaires.
La doctrine administrative et la jurisprudence de la Cour de Cassation ont précisé l'interprétation de ces dispositions. Sont ainsi exclus de l'assiette les éléments qui ne correspondent pas directement à la contrepartie du travail fourni.
Les primes de ce fait actuellement exclues de l'assiette du SMIC (primes d'ancienneté, d'assiduité, prime de transport, prime de chantier, etc.) seront donc versées en plus de la garantie, et ne pourront être comptabilisées pour atteindre son montant.
Quant aux éléments dont la périodicité de paiement est supérieure à celle de la paie (primes de 13^e mois, de vacances, de fin d'année), ils ne sont pris en compte que pour le mois où ils sont versés » ;



- des stipulations de la convention collective nationale étendue du commerce à prédominance alimentaire, qui institue un avantage conventionnel en énonçant qu'« Une pause payée est attribuée à raison de 5 % du temps de travail effectif » (article 5.4) et en précisant qu'« On entend par " pause " un temps de repos - payé ou non - compris dans le temps de présence journalier dans l'entreprise pendant lequel l'exécution du travail est suspendue » (même article) et que « La durée du travail s'entend du travail effectif telle que défini à l'article L. 212-4 du code du travail. Elle ne comprend donc pas l'ensemble des pauses (ou coupures), qu'elles soient ou non rémunérées, notamment celles fixées à l'article 5.4 ci-dessus » (article 5.5).
Par ailleurs, si l'on se réfère aux différents avenants relatifs aux salaires minimaux, signés en 2000, l'on note que l'indemnité spécifique mensuelle (qui avait été instituée à l'article 5.20 de la convention collective, abrogé en octobre 2001 et qui ne pouvait être inférieure au complément différentiel institué par la loi – voir les arrêtés d'extension) s'ajoute au total mensuel, composé du salaire mensuel (obtenu en multipliant le taux horaire par le temps de travail effectif de 151,67) et du paiement du temps de pause.
Inclure ce temps de pause payé dans l'assiette du SMIC revient de fait à supprimer l'avantage conventionnel ;
- du texte de vos accords collectifs de travail et singulièrement de celui du 17 juillet 2003, qui précise que « Ce temps [de pause payé] n'est pas inclus dans le temps de travail effectif » (article 2.4) ;
- de votre propre pratique, qui jusqu'en 1999, consistait manifestement à payer le temps de pause en plus du salaire de base.

En ne rémunérant pas l'ensemble des salariés de l'entreprise au moins au niveau du SMIC, vous enfreignez le texte des articles L. 141-1 à L. 141-9 du code du travail ainsi que celui de l'article 32 de la loi du 19 janvier 2000 et vous exposez par voie de conséquence :

- aux sanctions pénales prévues par l'article R. 154-1 du code qui indique que « Sont passibles de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe [1 500 euros au plus] les employeurs qui paient les salaires inférieurs au minimum prévu par les articles L. 141-1 à L. 141-9, les employeurs qui paient des salaires mensuels inférieurs aux minima définis à l'article 32 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail ainsi que les employeurs qui paient des rémunérations inférieures à la rémunération mensuelle minimale garantie par la section II au chapitre Ier du titre IV du livre I^{er}.
L'amende sera appliquée autant de fois qu'il y aura de travailleurs rémunérés dans des conditions illégales.
En cas de récidive dans le délai d'un an, le contrevenant est passible de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe en récidive [3 000 euros au plus].
En cas de pluralité de contraventions entraînant des peines de récidive, l'amende sera appliquée autant de fois qu'il aura été relevé de nouvelles contraventions » ;
- aux actions civiles en paiement de salaire et attribution de dommages-intérêts, qui pourraient être engagées par les salariés lésés.

Je ne saurai dès lors que trop vous conseiller de prendre l'initiative d'une régularisation des situations non-conformes au droit (en concertation avec les organisations syndicales de l'entreprise). En tout état de cause, vous me ferez connaître la teneur de vos décisions en la matière dans le délai d'un mois, afin que je puisse valablement déterminer les suites à donner à ces constats.



Enfin, vous m'indiquez dans votre courrier que vous alliez procéder, « *au plus tard sur le bulletin de paie de novembre prochain [2004]* » à une modification des mentions figurant sur les bulletins de paie, aux fins qu'ils respectent les stipulations conventionnelles de branche et fassent apparaître sur une ligne distincte le temps de pause et son paiement. Vous m'en attesterez par retour.

2) Jours fériés et accords collectifs de travail :

Je suis très surpris de la réponse que vous m'avez faite sur ce point, qui est parfaitement dilatoire.

D'abord, parce que je vous posais une question qui est restée sans réponse (pour mémoire : « *Vous prendrez soin de me faire connaître la manière dont vous procédez pour permettre aux salariés de bénéficier de leurs 6 jours fériés chômés (et singulièrement pour les 2 jours non prévus à votre accord)* » - cf. article 5.15 de la convention collective nationale étendue du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire et article 5.1 de votre accord d'entreprise du 17 juillet 2003).

Ensuite, parce que vos explications – laconiques – révèlent une bien légère conception du droit de la négociation collective. Ainsi, vous expliquez avoir dérogé au texte de la convention collective de branche et de votre accord d'entreprise, après « *échanges intervenus avec les partenaires sociaux* » ou « *débats paritaires nécessaires* » ou encore « *en prenant en considération la loi nouvelle relative à la journée de travail supplémentaire dite 'journée de solidarité'* » !

J'estime pour ma part que vous ne pouvez ignorer que :

- la convention ou l'accord collectif de travail est un acte écrit, conclu entre la partie patronale et la partie salariale, représentée par les organisations syndicales et qu'il ne peut y être dérogé que par conclusion d'un nouvel accord (dit avenant) ou par la dénonciation de l'accord en vigueur (voir en particulier les articles L. 132-7, L. 132-8, L. 135-1, L. 135-2 et L. 135-3 du code du travail). A aucun moment la loi n'envisage la possibilité de renoncer à leur application par simple échange de vue ou « *débats paritaires* » (seraient-ils nécessaires) ;
- la journée dite « de solidarité » a été instituée par la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 (codifiée aux articles L. 212-16 et L. 212-17 du code du travail), qui prévoyait qu'« *Une convention, un accord de branche ou une convention ou un accord d'entreprise détermine la date de la journée de solidarité. Cet accord peut prévoir soit le travail d'un jour férié précédemment chômé autre que le 1er mai, soit le travail d'un jour de réduction du temps de travail tel que prévu à l'article L. 212-9, soit toute autre modalité permettant le travail d'un jour précédemment non travaillé en application de dispositions conventionnelles ou des modalités d'organisation des entreprises* ». La date de première mise en œuvre ayant été fixée à l'année 2005.

Or, vous avez fait ouvrir 20 magasins un jour férié chômé au mépris des clauses prévu par votre accord d'entreprise et prétextez avoir fait application d'une loi non votée à l'époque des faits... Je vous avoue par conséquent continuer de m'interroger sur le sens à donner à votre pratique comme à votre façon de la justifier. J'attends donc toujours que vous vous expliquiez à ce sujet.

Je vous informe tout de même qu'en procédant de la sorte, vous vous exposez aux litiges civils qui pourraient naître des actions engagées auprès du Tribunal de grande instance (dommages-intérêts pour non-respect des conventions et accords collectifs de travail) et commettez l'entrave au libre exercice du droit syndical (article L. 481-2 du code du travail).



3) Règlement intérieur :

Compte tenu que le nouvel article VIII de votre règlement intérieur n'a pas fait l'objet des mesures de publicités prévues par l'article L. 122-36 du code du travail et qu'aucune date à partir de laquelle il entre en vigueur n'a été fixée, il reste un projet sur lequel je ne peux me prononcer par la voie de la décision administrative (article L. 122-37 du code du travail).

Je vous indique tout de même (comme j'avais eu l'occasion d'en avertir MM. GUILBERT et CORTEQUISSE lors d'une entrevue du 20 novembre 2003) que la rédaction actuelle de cet article relatif à l'exercice des libertés individuelles au temps et au lieu de travail, par son caractère général et absolu, entre en contradiction avec les termes de l'article L. 120-2 du code du travail (*« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »*).

Ce projet d'article est, au surplus, élaboré à titre préventif, sans qu'aucun trouble ne soit avéré, ce qui ne le justifie pas au regard de l'article précité comme de l'article L. 122-35 du code du travail (*« [Le règlement intérieur] ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confessions, de leur apparence physique, de leur patronyme, ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale »*).

En cas d'entrée en vigueur (ce dont je dois être informé), l'article en cause est donc susceptible de faire l'objet d'une décision en exigeant le retrait.

Je vous prie d'agréer, Monsieur, mes salutations.

L'Inspecteur du travail,

Guillaume DAUTEL

Copie de la présente est adressée pour information à MM. les délégués syndicaux centraux des organisations syndicales CFDT et CGT.