



**RAPPORT DE Mme DOUXAMI,  
CONSEILLÈRE**

**Arrêt n° 162 du 11 février 2026 (FS-B) – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 24-10.582**

**Décision attaquée : 29 novembre 2023 de la cour d'appel de Paris**

**M. [K][E]**

**C/**

**L'association syndicale libre AFUL-CGT**

---

### **INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur**

*Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre.*

*Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général.*

*Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.*

**Ce rapport comporte une proposition de rejet non spécialement motivé des deuxième et troisième moyens.**

## **1 - Rappel des faits et de la procédure**

M. [E] a été engagé en qualité de responsable des équipes de sécurité et de gardiennage par l'association Foncière urbaine libre du complexe immobilier de la CGT (association AFUL-CGT) à compter du 12 novembre 2007.

Le 1<sup>er</sup> septembre 2017, il a saisi le conseil de prud'hommes de Bobigny de demandes au titre de l'exécution de son contrat de travail, sollicitant, en particulier, des dommages-intérêts en réparation des préjudices nés d'une situation d'astreinte permanente.

Licencié pour faute par lettre du 15 décembre 2017, le salarié a saisi, à nouveau, le 12 janvier 2018, le même conseil de prud'hommes de demandes au titre de la rupture de son contrat de travail, sollicitant notamment qu'il prononce, à titre principal, la nullité de son licenciement ou qu'il dise, à titre subsidiaire, qu'il était sans cause réelle et sérieuse.

Par jugement du 24 février 2020, la juridiction prud'homale a :

- ordonné la jonction des deux instances ;
- condamné l'employeur à payer au salarié diverses sommes au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents ;
- débouté le salarié du surplus de ses demandes ;
- dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile ;
- laissé à chacune des parties la charge de ses propres dépens.

Le 25 mars 2020, le salarié a relevé appel de ce jugement.

Par ordonnance du 28 octobre 2021, le conseiller de la mise en état a déclaré irrecevables les demandes formées par le salarié, pour la première fois, devant la cour d'appel dans ses secondes conclusions remises au greffe le 20 avril 2021 tendant au paiement des diverses sommes au titre de rappel de salaire pour les périodes d'astreinte assimilées à du temps de travail effectif et donc à des heures supplémentaires et des congés payés afférents.

Par arrêt du 4 novembre 2022, la cour d'appel de Paris, statuant sur déféré :

- a dit que la fin de non-recevoir tirée de l'article 564 du code de procédure civile relevait de la compétence de la cour d'appel statuant au fond ;

En conséquence,

- a infirmé l'ordonnance en ce que le conseiller de la mise en état avait retenu sa compétence et jugé que les demandes nouvelles formées par le salarié étaient recevables ;

- s'est déclarée incompétente pour connaître, sur déféré, de la fin de non-recevoir fondée sur l'article 564 du code de procédure civile.

Par arrêt du 29 novembre 2023, la cour d'appel de Paris a notamment :

- déclaré irrecevables les demandes nouvelles du salarié tendant à condamner l'employeur à lui payer diverses sommes à titre de rappel de salaire pour les périodes d'astreinte assimilées à du temps de travail effectif et donc à des heures supplémentaires et des congés payés afférents ;
  - débouté l'employeur de sa demande d'irrecevabilité des pièces n°90,93,94 et 95 du salarié ;
  - confirmé le jugement, sauf en ce qu'il avait débouté le salarié de sa demande de rappel de salaire en lien avec sa classification professionnelle et en ce qui concernait le quantum des heures supplémentaires non rémunérées, les dépens ainsi que les demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- Statuant à nouveau,
- condamné l'employeur à payer au salarié diverses sommes au titre de rappel de salaire de février à septembre 2017 sur sa classification réelle, des congés payés afférents, de rappel de salaire sur les heures supplémentaires non rémunérées, des congés payés afférents et de l'article 700 du code de procédure civile ;
  - ordonné la remise d'un bulletin de paie, d'un certificat de travail et d'une attestation Pôle emploi conformes à l'arrêt ;
  - condamné l'employeur aux dépens de première instance et d'appel.

**- 16 janvier 2024** : déclaration de pourvoi du salarié

**- 15 mai 2024** : dépôt du mémoire ampliatif (demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile : 3 500 euros )

**- 9 juillet 2024** : dépôt du mémoire en défense (demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile : 3500 euros) **13 janvier 2025** : dépôt d'un mémoire complémentaire en défense (demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile : 3000 euros).

Le pourvoi paraît recevable et la procédure régulière.

## **2- Proposition de rejet non spécialement motivé**

- Deuxième moyen (véritable cause du licenciement)

- Rappel du moyen

Le salarié fait grief à l'arrêt attaqué de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté ses demandes en nullité de son licenciement et réintégration, dit que son licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse et l'a débouté de ses demandes en résultant, alors « que lorsque les faits invoqués dans la lettre de licenciement caractérisent une cause réelle et sérieuse de licenciement, le salarié peut néanmoins démontrer que la rupture de son contrat de travail constitue une mesure

de rétorsion à une action en justice introduite pour faire valoir ses droits ; qu'au soutien de sa demande de nullité de son licenciement, M. [E] faisait valoir et offrait de prouver qu'à chaque fois, depuis 2013, qu'il avait sollicité d'être rétabli dans ses droits, il avait systématiquement fait l'objet de reproches de son employeur quant à l'exercice de ses fonctions ; qu'il établissait en particulier avoir fait l'objet, consécutivement au courrier qu'il avait adressé à son employeur le 30 mai 2017, dans lequel il sollicitait le respect de ses fonctions et le paiement de ses astreintes et heures supplémentaires, de divers reproches écrits dont celui d'effectuer des heures supplémentaires, puis consécutivement à sa saisine du conseil des prud'hommes le 1er juin 2017, d'une série de reproches et d'un avertissement plus infondés les uns que les autres avant l'engagement d'une procédure de licenciement avec mise à pied conservatoire; qu'en jugeant que certains des faits reprochés à M. [E] survenus postérieurement à sa saisine du conseil des prud'hommes étaient d'une gravité telle qu'ils justifiaient son licenciement, sans qu'il puisse prétendre que son licenciement serait en lien avec la procédure introduite précédemment, sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée si, nonobstant la cause réelle et sérieuse de son licenciement, celui-ci ne constituait pas une ultime mesure de rétorsion suite à son action en justice, s'inscrivant dans un processus de représailles systématiques à chaque revendication du salarié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 1221-1 et de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

-Motifs de la proposition de rejet non spécialement motivé

Le moyen **n'est pas fondé.**

La cour d'appel a constaté, d'une part, que les faits invoqués dans la lettre de licenciement étaient caractérisés, d'autre part, procédant implicitement mais nécessairement à la recherche prétendument omise, que ces faits avaient été commis postérieurement à l'introduction de l'instance prud'homale et présentaient une gravité telle qu'ils justifiaient le licenciement prononcé, ce dont il résultait que le salarié ne démontrait pas que, comme il le soutenait, cette sanction constituait le point d'orgue des remarques et reproches infondés dont il avait fait l'objet en représaille à l'action en justice qu'il avait engagée pour être rétabli dans ses droits.

Au cas présent, la motivation de la cour d'appel est la suivante ( arrêt 9 dernier § et P10 § 1 à 5):

« M. [E] soutient que la procédure de licenciement serait une mesure de représailles à l'introduction d'une procédure devant le conseil de prud'hommes.

Les faits reprochés sont principalement :

- le défaut de respect de la hiérarchie, par une opposition ou non respect des consignes données par celle-ci,
- des manquements importants dans la gestion et la formation de l'équipe sécurité incendie, qui s'est avérée en difficulté pour gérer le départ d'incendie survenu le 5 octobre 2017 dans les locaux de l'AFUL-CGT.

*S'agissant des manquements dans la gestion et la formation de l'équipe sécurité incendie, ils ont été mis en évidence à la suite de l'incident du 5 octobre 2017, notamment par le rapport réalisé par la société TRAG et l'historique de l'incident réalisé par la société EMS.*

*A la suite du départ d'incendie du 5 octobre 2017, l'association a demandé à M. [E] de réaliser un rapport complet sur l'incident, ce qu'il a refusé de faire.*

*Il a également été constaté après le 5 octobre 2017 un défaut d'affichage des plans réglementaires en matière de sécurité incendie, malgré les demandes de l'employeur.*

*Ces événements postérieurs à l'introduction de la procédure prud'homale étaient d'une gravité telle qu'ils justifiaient le licenciement de M. [E] en tant que tels, sans que celui-ci puisse prétendre que son licenciement serait en lien avec la procédure introduite précédemment. »*

Il sera rappelé<sup>1</sup> que si la lettre de licenciement fixe les limites du débat en ce qui concerne les griefs articulés à l'encontre du salarié et les conséquences que l'employeur entend tirer quant aux modalités de la rupture, il incombe aux juges du fond de rechercher, au-delà des énonciations de la lettre de licenciement, la véritable cause du licenciement (Soc, 23 octobre 1991, pourvoi n°88-44.099, Bull n°427; Soc, 10 avril 1996, pourvoi n°93-41.755, Bull n°149 ; Soc, 12 décembre 2001, pourvoi n°99-43.824 ; Soc, 20 septembre 2006, pourvoi n°04-48.341; Soc, 24 novembre 2021, pourvoi n°20-13.546).

Ainsi lorsque le salarié soutient que le véritable motif de la rupture n'est pas celui invoqué par l'employeur dans la lettre de licenciement, le juge prud'homal est tenu d'en rechercher la véritable cause et il apprécie souverainement la réalité du motif invoqué (Soc, 12 octobre 2005, pourvoi n°03-47.971 ; Soc, 27 septembre 2006, pourvoi n°04-48.688 ; Soc, 13 février 2013, pourvoi n°11-23.902).

Lorsque le licenciement fait suite à une action en justice que le salarié a introduite ou qu'il envisage d'introduire, le régime probatoire appliqué par la chambre sociale distingue trois hypothèses :

- Lorsque la lettre de rupture fait explicitement grief au salarié d'une action en justice engagée ou envisagée, la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, en raison de cette action, constitue à elle seule une atteinte à la liberté fondamentale d'ester en justice et entraîne, quels que soient les autres motifs de licenciement invoqués et leur bien fondé, la nullité du licenciement (Soc., 3 février 2016, pourvoi n°14-18.600, Bull n°18 ; Soc., 8 février 2017, pourvoi n° 15-28.085 ; Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-11.122, publié).

---

<sup>1</sup>Cette partie du rapport fait de large emprunts à celui de G. Maitral (pourvoi 24-12.595)

Dans le cas contraire, lorsque la lettre de licenciement ne formule aucun grief tiré de l'action en justice du salarié, le régime de preuve applicable dépend du caractère justifié ou non du licenciement.

- Lorsque la rupture du contrat de travail est injustifiée, il appartient à l'employeur de prouver qu'elle n'a pas pour origine une volonté de rétorsion contre l'action intentée ou envisagée par le salarié. Ainsi lorsqu'il n'existe aucun motif de nature à justifier la rupture du contrat de travail, il incombe « à l'employeur d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice ». Cette solution dégagée en matière de rupture de contrats de travail à durée déterminée (Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-11.740 et autres, Bull. n° 27) est également appliquée au licenciement (Soc., 5 décembre 2018, pourvoi n° 17-17.687).

La chambre a précisé que le seul fait qu'une action en justice exercée par le salarié soit contemporaine d'une mesure de licenciement ne fait pas présumer que celle-ci procède d'une atteinte à la liberté fondamentale d'agir en justice (Soc, 4 novembre 2020, pourvoi n°19-12.376, publié).

- Lorsque les faits invoqués dans la lettre de licenciement caractérisent une cause réelle et sérieuse, il appartient au salarié de démontrer que la rupture de son contrat de travail constitue une mesure de rétorsion à une action en justice introduite pour faire valoir ses droits (Soc, 9 octobre 2019, pourvoi n°14-24.773, publié)

V. Également Soc, 30 septembre 2020, pourvoi n°19-10.633

« 4. Lorsque les faits invoqués dans la lettre de licenciement caractérisent une cause réelle et sérieuse de licenciement, il appartient au salarié de démontrer que la rupture de son contrat de travail constitue une mesure de rétorsion à une action en justice introduite pour faire valoir ses droits.

5. La cour d'appel a constaté, d'une part, que les faits invoqués dans la lettre de licenciement étaient caractérisés et, d'autre part, procédant implicitement mais nécessairement à la recherche prétendument omise, que le salarié ne fournissait aucun élément permettant de supposer qu'il avait été licencié en raison de l'action judiciaire engagée à l'encontre de son employeur. »

Troisième moyen (dommages-intérêts pour licenciement vexatoire - défaut de réponse à conclusions)

- Rappel du moyen

Le salarié fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté sa demande de dommages-intérêts pour licenciement vexatoire, alors « qu'au soutien de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement intervenu dans des circonstances vexatoires, M. [E] invoquait le fait que son employeur avait rendu publique au sein de l'entreprise la dispense d'activité dont il avait fait l'objet pendant la procédure de licenciement, en demandant à tous ses salariés de faire respecter

*cette mesure, et que cette attitude, d'autant plus choquante qu'elle émanait d'une association agissant pour le compte de la CGT, avait été dénoncée non seulement par les syndicats du personnel mais également par la presse ; qu'en se bornant à affirmer que le fait pour M. [E] d'avoir été dispensé d'activité puis d'exécution de son préavis ne constituait pas une mesure vexatoire, sans toutefois s'expliquer sur ces circonstances vexatoires, la cour d'appel a **violé l'article 455 du code de procédure civile.** »*

*- Motifs de la proposition de rejet non spécialement motivé.*

Le moyen **manque en fait.**

Contrairement aux allégations du moyen, le salarié ne faisait pas valoir, dans ses conclusions d'appel, à l'appui de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement vexatoire, que l'employeur avait rendu publique au sein de l'entreprise la dispense d'activité dont il avait fait l'objet pendant la procédure de licenciement.

Il soutenait uniquement avoir été subitement et brutalement évincé de son poste de travail après plus de dix ans d'exercice de ses fonctions et précisait qu'à l'occasion de la remise de la convocation préalable, il lui avait été demandé de réunir ses affaires, de quitter immédiatement son poste de travail dans le cadre d'une dispense d'activité et il lui avait été fait interdiction de se présenter sur le site. Et, pour prouver ses allégations, il se prévalait d'une note remise le même jour par le directeur général à l'ensemble des salariés les informant de sa dispense d'activité et de l'invitation qui lui avait été faite de ne plus revenir sur son lieu de travail et leur demandant de respecter et faire respecter cette consigne.

Au cas présent, les conclusions du salarié sont libellées comme suit (conclusions P52 § 4 à 6 et P7 § 1 à 3) :

*« La Cour constatera que M. [E], victime de véritables représailles alors qu'il ne sollicitait, d'un syndicat qui ne cesse d'en revendiquer la stricte application, que le légitime bénéfice de ses droits, s'est vu subitement et brutalement évincé de son poste de travail après plus de dix ans d'exercice de ses fonctions.*

*Il lui avait été ainsi demandé le 10 novembre 2017, à l'occasion de la remise de sa convocation à entretien préalable à un éventuel licenciement, de réunir ses affaires et de quitter immédiatement son poste de travail dans le cadre d'une dispense d'activité et il lui était fait interdiction de se présenter sur le site.*

*M. [E] verse ainsi aux débats une note en date du même jour, remise à l'ensemble des salariés par le directeur général, rédigée en ces termes :*

*"objet : accès complexe pour [K][E]*

*Nous vous informons qu 'à compter de ce jour, [K][E] est dispensé d'activité, il lui a été demandé de ne plus venir dans le complexe jusqu 'à nouvel ordre.*

*Nous vous demandons de respecter et de faire respecter cette consigne".*

*Le caractère vexatoire de cette procédure était tel que le syndicat du personnel CGT, le syndicat multi-professionnel de la NVO mais également le syndicat AFUL-CGT lui-même se mobilisait pour le dénoncer.*

Le Canard enchaîné dédiera à cette brutale éviction un article la relatant en ces termes "Comme au cinéma ! Lorsque [K][E], le responsable de la sécurité du siège de la CGT, à [Localité 5], arrive à son bureau, le 10 novembre, deux cadres de la confédération l'y attendent.

"Vide ton bureau, mets toutes Les affaires personnelles dans des sacs!" aboie son supérieur. 'toute résistance est inutile.

Deux hommes accompagnent L'ancien chef jusqu'à sa voiture.

Il apprend qu'il est mis à pied pour deux mois, avant son licenciement. Son crime? Il réclame que le statut de cadre promis lors de son embauche lui soit reconnu et que ses heures supplémentaires lui soient versées.

Il y a également un article paru dans "Le Canard" (1/11 qu'il est, à tort, soupçonné d'avoir alimenté et que [A][Z] n 'a pas du tout aimé..

Les syndicats CGT de la CGT (du personnel du siège, de l'AFUL-CGT et même de "La Nouvelle Vie ouvrière") ont distribué, ce mardi 14 novembre, un tract de soutien à tout le personnel et, surtout aux quelque 200 membres du comité confédéral national, qui se réunissaient à [Localité 5]. "Nous ne pouvons pas accepter que les méthodes que nous combattons dans les entreprises soient appliquées au sein de la CGT", écrivent-ils.»

### 3 - Analyse succincte des moyens

Le salarié fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevables ses demandes tendant à voir condamner l'employeur à lui verser diverses somme à titre de rappel de salaires pour les périodes d'astreintes assimilées à du temps de travail effectif et donc à des heures supplémentaires, et des congés payés y afférents, et de le débouter en conséquence de sa demande en paiement d'une somme à titre d'indemnité pour travail dissimulé, alors « que si, à peine d'irrecevabilité, les parties doivent présenter, dès les conclusions mentionnées aux articles 905-2 et 908 à 910, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond, demeurent recevables les prétentions destinées à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de la survenance ou de la révélation d'un fait ; qu'il en est ainsi lorsqu'une circonstance de fait ou de droit, postérieure aux premières conclusions, vient modifier les données juridiques du litige ; qu'est en conséquence recevable la demande de rappel de salaire au titre des temps d'astreinte présentée en lieu et place de celle tendant à l'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de la soumission à des temps d'astreinte présentée dans les premières conclusions d'appel, suite à une évolution de jurisprudence survenue entre les premières et les secondes conclusions, qualifiant les temps d'astreinte de temps de travail effectif à certaines conditions; qu'en jugeant que l'arrêt de la CJUE rendue le 9 mars 2021, jugeant que les temps d'astreinte constituent un temps de travail à certaines conditions, ne constituait pas la survenance ou la révélation d'un fait au sens de l'article 910-4 du code de procédure civile, justifiant que le salarié substitue à sa demande de dommages et intérêts, en réparation du préjudice né de la soumission à des astreintes figurant dans ses conclusions d'appelant du 16 juin 2020, une

demande de rappel de salaire au titre de ces mêmes astreintes dans ses conclusions du 20 avril 2021, la cour d'appel a **violé l'article susvisé.** »

#### **4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

L'arrêt rendu par la CJUE le 9 mars 2021 (C-344/19 Radiotelevizija Slovenija) constitue-t-il un fait survenu ou révélé après les premières conclusions d'appel du salarié du 16 juin 2020 rendant recevable sa demande de rappel de salaire pour les périodes d'astreinte assimilées à du temps de travail effectif formulée pour la première fois dans ses dernières conclusions du 20 avril 2021?

#### 5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

##### 5-1 Fait survenu ou relevé après les premières conclusions d'appel au sens de l'article 910-4 du code de procédure civile

L'article 910-4 du code de procédure civile, dans sa version issue du décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 applicable du 1<sup>er</sup> janvier 2020 au 1<sup>er</sup> septembre 2024 dispose : « *A peine d'irrecevabilité, relevée d'office, les parties doivent présenter, dès les conclusions mentionnées aux articles 905-2 et 908 à 910, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond.*

*L'irrecevabilité peut également être invoquée par la partie contre laquelle sont formées des prétentions ultérieures.*

*Néanmoins, et sans préjudice de l'alinéa 2 de l'article 802, demeurent recevables, dans les limites des chefs du jugement critiqués, les prétentions destinées à répliquer aux conclusions et pièces adverses ou à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.* »

Ce texte issu du décret n°2017-891 du 6 mai 2017 consacre un principe de concentration temporelle des prétentions sur le fond dans les premières conclusions, à défaut de quoi les prétentions ultérieures sont irrecevables.

La circulaire du 4 août 2017 de présentation des dispositions du décret n°2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, modifié par le décret n°2017-1227 du 2 août 2017 (NOR : JUSC1721995C) explique (P9 et 10):

« *Création d'un article 910-4 nouveau : la concentration des prétentions au sein de l'instance d'appel*

*Une concentration des prétentions est introduite au sein même de l'instance d'appel-sans que ne soient remis en cause le principe /règles relatifs aux moyens nouveaux et prétention nouvelles définis par les articles 563 à 567 du code de procédure civile. L'objectif de cette disposition est de contraindre les parties à lister dans leurs premières écritures l'ensemble de leurs prétentions au fond afin d' éviter des*

échanges multiples et d'écourter la procédure d'appel. Cette concentration nouvelle ne vise que les prétentions et non les moyens qui peuvent être présentés jusqu'à la clôture de l'instruction ou en l'absence de mise en état, jusqu'à l'ouverture des débats sous réserve de ne pas présenter un caractère tardif.

La notion de prétention au fond correspond à ce qui est sollicité en demande (demande principale ou additionnelle, demande d'intervention) ou en défense (demande reconventionnelle, demande d'intervention) et aux moyens de défense au fond.

Cette concentration nouvelle conduit à distinguer les conclusions formulant des prétentions nouvelles de simple répliques et ne fait pas échec à la prise en compte, le cas échéant, d'une évolution du litige.

L'alinéa 1er de l'article 910-4 nouveau prévoit ainsi qu'à peine d'irrecevabilité, relevée d'office, les parties doivent présenter, dès les conclusions visées aux articles 905-2, 908 à 910, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond.

L'alinéa 2 précise que demeurent néanmoins recevables, dans les limites des chefs du jugement critiqués, les prétentions destinées à répliquer aux conclusions et pièces adverses ou à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ; ceci sans préjudice des dispositions de l'article 783 alinéa 2 qui prévoient notamment que sont recevables après l'ordonnance de clôture, les demandes en intervention volontaire et les conclusions relatives aux loyers, arrérages, intérêts et autres accessoires échus et aux débours faits jusqu'à l'ouverture des débats, si leur décompte ne peut faire l'objet d'aucune contestations sérieuse. »

V. Pour un exemple où l'exception tenant faire juger une question née postérieurement aux premières conclusions de la survenance ou de la révélation d'un fait a été retenue :

Soc, 11 décembre 2024, pourvoi n°23-13.265

« 7. D'abord, selon l'article 564 du code de procédure civile, les parties peuvent soumettre à la cour d'appel de nouvelles prétentions pour faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.

8. Ensuite, aux termes de l'article 910-4 du code de procédure civile, à peine d'irrecevabilité, relevée d'office, les parties doivent présenter, dès les conclusions mentionnées aux articles 905-2 et 908 à 910, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond. L'irrecevabilité peut également être invoquée par la partie contre laquelle sont formées des prétentions ultérieures.

Néanmoins, et sans préjudice de l'alinéa 2 de l'article 802, demeurent recevables, dans les limites des chefs du jugement critiqués, les prétentions destinées à répliquer aux conclusions et pièces adverses ou à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.

9. La cour d'appel a relevé que le salarié n'avait eu connaissance des embauches réalisées postérieurement à son licenciement par la société, sans que celle-ci ne lui proposât ces postes, alors qu'il avait manifesté sa volonté de bénéficier de la priorité de réembauche, qu'à la lecture du registre unique du personnel actualisé au 31

décembre 2021, communiqué par la partie adverse avec ses dernières conclusions deux jours avant l'audience des plaidoiries.

10. En l'état de ces seules constatations, elle a exactement déduit que la demande de dommages-intérêts pour non-respect de la priorité de réembauche, née de la révélation de la production en cause d'appel du registre du personnel actualisé, constituait une prétention nouvelle recevable. »

V. Pour un exemple où cette même exception n'a pas été retenue :

-1° Civ, 16 mars 2022, pourvoi n°20-20.334

« Vu l'article 910-4 du code de procédure civile :

8. Selon ce texte, à peine d'irrecevabilité, les parties doivent présenter, dès les premières conclusions, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond.

9. Pour déclarer recevable et fondée la demande de dommages-intérêts de l'agent immobilier au titre de son préjudice moral, l'arrêt retient que celle-ci est recevable en application de l'article 564 du code de procédure civile dès lors qu'elle porte sur une question née de la survenance ou la révélation d'un fait, en l'espèce l'échec des procédures pénales par le non-lieu partiel ordonné le 3 août 2016 et la relaxe prononcée le 21 juin 2017.

10. En statuant ainsi, alors que l'agent immobilier n'avait pas formé cette prétention dès ses premières conclusions déposées devant elle le 12 septembre 2019, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

La doctrine apporte les éléments suivants à propos des exceptions prévues par l'article 910-4 du code de procédure civile :

P. N. et C. Gerbay (Guide du procès civil en appel LexisNexis 2025/26 n°1180 à 1182)

«Les exceptions

1180 Le texte réserve les hypothèses prévues par l'article 914-3 du Code de procédure civile: les loyers, arrérages, intérêts et autres accessoires échus et débours peuvent être intégrés aux écritures jusqu'à l'ouverture des débats si leur compte ne peut faire l'objet d'aucune contestation sérieuse. Les loyers, arrérages et autres concernés s'entendent, à notre sens, de ceux de la période postérieure à celle définie par les articles 906-2, 908, 909 et 910.

Et les prétentions échappent à toute contrainte temporelle dans les deux cas (CPC, art. 915-2, dernier al.).

a) S'il s'agit de "répliquer aux conclusions et pièces adverses". Cela peut viser la demande reconventionnelle formée sur une demande reconventionnelle, ce qui est désormais admis (en dernier lieu : Cass. 2e civ., 10 janv. 2013, n° 10-28.735) ; en matière de partage, dès lors que les parties sont respectivement demanderesses et défenderesses quant à l'établissement de l'actif et du passif, il a été admis que toute demande doit être considérée comme une défense à une prétention adverse: l'irrecevabilité prévue par l'ancien premier alinéa de l'article 910-4, devenu 915-2, alinéa 2 est exclue (Cass. 1° civ., 9 juin 2022, n° 20-20.688. - Cass. 1°civ., 9 juin 2022, n° 19-24.368 : Dalloz actualité, 22 juin 2022, obs.N. Hoffschir).

b) S'il s'agit de "faire juger les questions nées postérieurement aux premières conclusions de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait".

Cette exception est plus aisée à comprendre. Ces situations peuvent provoquer une prétention recevable au-delà de la période réglementée. Au demeurant, cette formulation est calquée sur celle de l'article 564 du Code de procédure civile relatif aux prétentions nouvelles en appel. Ainsi, cette prétention nouvelle ne subira pas les conséquences du principe de concentration.

En revanche, la terminologie "premières conclusions" est ici reprise (V. supra, n° 1174). Au visa de l'ancien article 910-4 (dont l'article 915-2, al. 2 est la copie conforme), la Cour de cassation a jugé irrecevable une demande de fixation de créance de l'assureur au motif que la procédure collective était antérieure aux premières conclusions (Cass. 2e civ., 20 oct. 2022, n° 21-16.907: Gaz. Pal. 18 avr. 2023, p. 66, obs. Th. Goujon-Bethan). »

- F. Ferrand (Répertoire de procédure civile, appel, principe de l'interdiction des prétentions nouvelles et ses limites n°295)

« Exceptions au principe de concentration temporelle des prétentions en appel.

On le sait bien, les prohibitions absolues ne sont pas tenables en procédure d'appel. C'est pourquoi l'alinéa 2 de l'article 910-4 du code de procédure civile dispose que "néanmoins, et sans préjudice de l'alinéa 2 de l'article 802, demeurent recevables, dans les limites des chefs du jugement critiqués, les prétentions destinées à répliquer aux conclusions et pièces adverses ou à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait". Cette disposition réglementaire distingue donc entre plusieurs types de situation : 1° tout d'abord les cas visés à l'alinéa 2 de l'article 802 du code de procédure civile : il s'agit des demandes en intervention volontaire, des conclusions relatives aux loyers, arrérages, intérêts et autres accessoires échus et aux débours faits jusqu'à l'ouverture des débats, si leur décompte ne peut faire l'objet d'aucune contestation sérieuse ; en ce qui concerne les sommes dues au titre des loyers, arrérages et intérêts, cette disposition permet de demander en appel les montants portant sur la période ultérieure à celles prévues, pour le dépôt des écritures, dans les articles 905-2, 908, 909 et 910 du code ; 2° les prétentions destinées à répliquer aux conclusions et pièces adverses : elles sont recevables dès lors qu'elles demeurent dans les limites des chefs de jugement critiqués, mais quelles situations concrètes sont-elles visées ici, qui se lisent en miroir avec l'exception similaire prévue à l'article 564 du code de procédure civile ? (Interrogatifs, V. Ph. GERBAY et N. GERBAY, Guide du procès civil en appel 2021/22, op. cit., no 1099, qui se demandent si une demande reconventionnelle sur la demande reconventionnelle de l'intimé serait envisageable. – V. pour une illustration, Civ. 1re, 9 juin 2022, no 20-20.688 , publié au Bull. ; D. actu. 24 juin 2022, obs. Guiguet-Schiélé ; D. 2022. 1159 ; AJ fam. 2022. 499, obs. Casey : en application de l'alinéa 2 de l'article 910-4, "l'irrecevabilité prévue par son alinéa 1er ne s'applique pas aux prétentions destinées à répliquer aux conclusions et pièces adverses. 6. Tel est le cas en matière de partage où, les parties étant respectivement demanderesses et défenderesses quant à l'établissement de l'actif

*et du passif, toute demande doit être considérée comme une défense à une prétention adverse") ; 3° les prétentions tendant à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait: cette situation n'est pas une hypothèse d'école, et l'alinéa 2 de l'article 910-4 permet alors de faire tomber l'exigence de concentration temporelle dans un des cas lui-même visé à l'article 564 du code de procédure civile, qui dispose que les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions « si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ».*

Ce principe de concentration temporelle des prétentions sur le fond issu de l'article 910-4 du code de procédure civile doit être distingué du principe de l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel issu de l'article 564 du même code.

F. Ferrand expose à cet égard (Répertoire de procédure civile, appel, principe de l'interdiction des prétentions nouvelles et ses limites n°296) :

*« Il convient de distinguer ce principe de concentration des prétentions - qui rend irrecevables en principe (V. les exceptions énoncées à l'alinéa 2 de l'article 910-4, supra, n° 295) les prétentions formulées dans des conclusions ultérieures - du principe de l'irrecevabilité des prétentions en application de l'article 564 du code de procédure civile. Une prétention non nouvelle par rapport à la première instance peut être déclarée irrecevable (d'office ou sur demande de l'adversaire) parce qu'elle n'a pas été formulée dans les premières conclusions en appel. Une prétention nouvelle peut être 1 ° soit irrecevable, car ne relevant pas d'une des exceptions textuelles du code; 2° soit irrecevable parce que, bien qu'étant exceptionnellement admise, elle n'a pas été formulée dans les premières conclusions en appel ; 3° soit recevable, car exceptionnellement admissible et formulées dans le premier jeu de conclusions. »*

Ainsi, la Cour de cassation a jugé :

1°Civ, 16 mars 2022, pourvoi n°20-20.334

*« Vu l'article 910-4 du code de procédure civile :*

*8. Selon ce texte, à peine d'irrecevabilité, les parties doivent présenter, dès les premières conclusions, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond.*

*9. Pour déclarer recevable et fondée la demande de dommages-intérêts de l'agent immobilier au titre de son préjudice moral, l'arrêt retient que celle-ci est recevable en application de l'article 564 du code de procédure civile dès lors qu'elle porte sur une question née de la survenance ou la révélation d'un fait, en l'espèce l'échec des procédures pénales par le non-lieu partiel ordonné le 3 août 2016 et la relaxe prononcée le 21 juin 2017.*

*10. En statuant ainsi, alors que l'agent immobilier n'avait pas formé cette prétention dès ses premières conclusions déposées devant elle le 12 septembre 2019, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »*

2° Civ 20 octobre 2022, pourvoi n°21-16.907 (publié)

« Vu l'article 910-4 du code de procédure civile :

5. Selon ce texte, à peine d'irrecevabilité, relevée d'office, les parties doivent présenter, dès les conclusions mentionnées aux articles 905-2 et 908 à 910, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond. Néanmoins, et sans préjudice de l'alinéa 2 de l'article 802, demeurent recevables, dans les limites des chefs du jugement critiqués, les prétentions destinées à répliquer aux conclusions et pièces adverses ou à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.

6. Pour fixer à la somme de 920 000 euros la créance de la société Allianz IARD dans la procédure collective de la société Demax, l'arrêt retient que dans des conclusions du 24 février 2020, la société Allianz IARD sollicitait la confirmation du jugement frappé d'appel, ce qui emportait condamnation financière de la société Demax alors que la procédure collective la concernant a été ouverte le 29 janvier 2019, mais qu'avant que la cour ne statue, dans ses dernières écritures du 21 octobre 2020, elle a opportunément ajusté sa demande pour solliciter uniquement la fixation de la créance dans la procédure collective, ce qui tend à la même prétention que celle initialement formulée, sauf à tenir compte de l'élément juridique nouveau et en déduit que l'irrecevabilité ne sera pas retenue.

7. En statuant ainsi, alors que la demande de fixation de la créance de la société Allianz IARD constituait une prétention, qu'elle n'était pas destinée à répliquer aux conclusions de l'appelant ni à faire juger une question née, postérieurement aux premières conclusions, de la révélation d'un fait, la procédure collective et la déclaration de créance de la société Allianz IARD étant antérieures aux premières conclusions déposées par celle-ci, la cour d'appel, qui ne pouvait que déclarer irrecevable cette prétention, a violé le texte susvisé. »

Aux termes de l'article 564 du code de procédure civile : « A peine d'irrecevabilité soulevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions, si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger des questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ».

J. Pellerin observe (Droit et pratique de la procédure civile - Dalloz action 2021-2022 n°643-94) : « Les auteurs s'accordent à penser que par cet article 564 du code de procédure civile, il est fait référence à l'évolution du litige de l'article 555 qui permet d'appeler pour la première fois en appel une partie non présente en instance.

Il est clair que l'élément visé au soutien de la demande doit avoir un lien avec le litige initial.

S'il s'agit de l'intervention d'un tiers qui apporte un nouvel éclairage aux débats, voire déplace l'enjeu du procès et présente des demandes nouvelles, il paraît alors incontestable que les parties présentes au procès depuis l'origine, puissent réagir et avancer de nouvelles prétentions justifiées par l'immixtion de ce tiers.

S'agissant de la survenance ou de la révélation d'un fait, en réalité de l'évolution du litige, il est normal qu'une demande nouvelle puisse alors être formulée contre une personne déjà présente en première instance, puisqu'en application de l'article 555

*du code de procédure civile, cette situation permettrait d'appeler un tiers même aux fins de condamnation ».*

A cet égard, N. Gerbay expose (Jurisclasseur procédure civile fasc 900-95 appel-effet dévolutif-prétentions nouvelles n°93 et 94)

*"En admettant la recevabilité des prétentions , formulées pour la première fois, en appel, à l'effet de faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la révélation d'un fait, l'article 107 du décret n° 72-788 du 28 août 1972 auquel s'est substitué l'article 564 du Code de procédure civile apportait l'exception la plus remarquée au principe de l'interdiction de formuler en appel des prétentions nouvelles et, en même temps, l'atteinte la plus sensible au principe du double degré de juridiction. Cette disposition doit, comme on le sait, être rapprochée de celle de l'article 555 du Code de procédure civile qui permet d'appeler devant la cour, même aux fins de condamnation, les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité, quand l'évolution du litige implique cette mise en cause (V. n° 139 ).*

*C'est en effet l'évolution du litige qu'évoquent les termes " survenance " ou " révélation d'un fait", précision étant faite que le mot " survenance " a été ajouté au texte originaire par le décret n° 81-500 du 12 mai 1981, cela, afin d'explicitier que " la révélation d'un fait s'entend aussi bien de la survenance d'un fait nouveau que de la révélation d'un fait préexistant " (rapp. au Premier ministre exposant les motifs de ce décret). C'est donc, ici aussi, l'évolution du litige qui constitue le point central autour duquel doit s'ordonner le commentaire et ce, d'autant que les questions nées de l'intervention d'un tiers à l'instance d' appel, qui peut d'ailleurs être aussi une intervention volontaire, sont elles-mêmes constitutives de prétentions nouvelles .*  
*Cependant, l'évolution du litige n'est pas une condition générale de recevabilité des prétentions nouvelles en appel . La notion d'évolution du litige est circonscrite, elle est étrangère à la recevabilité des demandes nouvelles formées en appel contre une personne qui était partie au procès devant le tribunal (Cass. 3e civ., 17 oct. 2019, n° 18-19.348, F-D : JurisData n° 2019-018281 ).*

*§ 94 On conçoit, dans ces conditions, que les notions de survenance, ou de révélation d'un fait aient été interprétées par les juridictions de la même manière que l'a été celle d'évolution du litige en tant que justifiant les demandes en intervention forcée ; c'est donc, ici aussi, une interprétation restrictive qui a prévalu."*

L'article 555 du code de procédure civile relatif à l'intervention forcée en cause d'appel, dispose : « Ces mêmes personnes (rajout du rapporteur : les personnes qui n'ont été ni parties ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité) peuvent être appelées devant la cour, même aux fins de condamnation, quand l'évolution du litige implique leur mise en cause. »

La Cour de cassation a jugé, par une formulation constamment reprise par les chambres civiles :

Ass. Plén.11 mars 2005, pourvoi n°03-20.484, Bull n°4

sommaire : « Au sens de l'article 555 du nouveau Code de procédure civile, l'évolution du litige impliquant la mise en cause d'un tiers devant la cour d'appel n'est caractérisée que par la révélation d'une circonstance de fait ou de droit née du jugement ou postérieurement à celui-ci et modifiant les données juridiques du litige. Ainsi, une cour d'appel ayant constaté que les désordres décrits dans les expertises ordonnées en première instance et en appel étaient identiques et que leurs causes avaient été décelées par le premier expert, a retenu à bon droit que la dernière expertise n'avait pas modifié les données juridiques du litige, dont l'évolution ne résidait que dans la nature et le coût des réparations. »

Elle a précisé que la modification ou l'évolution de la jurisprudence constituait une évolution du litige au sens de l'article 555 du code de procédure civile rendant la demande nouvelle recevable en appel.

1° Civ, 15 janvier 1985, pourvoi n°83-14.058, Bull n°21

sommaire : « Une modification de jurisprudence survenue depuis la décision des premiers juges et s'appliquant à des litiges similaires constitue un élément nouveau et donc une évolution du litige, au sens de l'article 555 du nouveau code de procédure civile. Dès lors, une Cour d'appel, qui a relevé une telle modification de jurisprudence, est fondée à déclarer recevable un appel en garantie formé pour la première fois en cause d'appel. »

Commentant cet arrêt, R. Perrot a indiqué (« Appel, intervention forcée en cause d'appel : évolution du litige et revirement de jurisprudence » RTD civ. 1985 P621) : « La solution ne manque pas de réalisme. Un plaideur raisonnable aménage ses prétentions et choisit ses moyens en fonction de la jurisprudence qu'il connaît à un moment déterminé : si elle vient à changer entre le premier et le second degré, au point de lui révéler de nouveaux droits, il serait malséant de lui faire grief de ne pas avoir devancé le revirement dont il peut espérer tirer profit, alors que devant les premiers juges il avait eu la sagesse d'ajuster ses prétentions à ce que la jurisprudence du temps lui permettait d'obtenir. »

Soc, 10 janvier 1995, pourvoi n°92-40.084

« Attendu que la société Vacances Héliades fait d'abord grief à l'arrêt attaqué (Paris, 28 octobre 1991) d'avoir déclaré recevable l'assignation de cette société en intervention forcée faite pour la première fois en cause d'appel, alors, selon le moyen, que l'intervention forcée d'un tiers en cause d'appel suppose qu'un élément modifiant les données du litige est intervenu depuis la procédure de première instance ; que ne sont pas constitutives d'une évolution du litige les décisions rendues par la Cour de Cassation en mars et mai 1990 consacrant l'abandon de l'existence d'un lien de droit entre les entreprises concernées par un transfert d'activité dès lors que les décisions jurisprudentielles antérieures appliquaient déjà l'article L. 122-12 en l'absence de lien de droit entre les employeurs successifs ; qu'ainsi, la salariée, ayant soutenu en première instance que la baisse d'activité d'ARTT était consécutive au transfert effectué au profit de Vacances Héliades, pouvait parfaitement assigner cette société devant les premiers juges ; qu'en

déclarant néanmoins recevable l'intervention forcée de cette société, faite pour la première fois en appel, la cour d'appel a violé l'article 555 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'une modification de jurisprudence survenue depuis la décision des premiers juges et s'appliquant à des litiges similaires constitue l'évolution du litige au sens de l'article 555 du nouveau code de procédure civile ; que le moyen n'est pas fondé ; »

Encore faut-il qu'il y ait eu une véritable évolution ou modification de la jurisprudence.

Civ 3°, 1<sup>er</sup> février 1995, pourvoi n°93-13.205

« Attendu qu'ayant retenu qu'aucun élément nouveau n'était intervenu depuis le dépôt du rapport d'expertise au cours de l'instance devant les premiers juges, l'arrêt de cassation n'ayant fait qu'appliquer une jurisprudence constante depuis plusieurs années, la cour d'appel en a justement déduit qu'il n'y avait pas eu d'évolution du litige, impliquant les mises en cause sollicitées ;  
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »

Le manuel droit et pratique de la procédure civile (Dalloz action 2021-2022 n°642-284) observe à propos de la notion d'évolution du litige nécessaire à la recevabilité de l'intervention forcée : « Évolution du litige et modifications législatives ou jurisprudentielles. La modification de la jurisprudence, voire de la loi, à condition toutefois pour cette dernière qu'elle soit applicable immédiatement, peut changer les données du litige et conduire le praticien à rechercher en cause d'appel une personne qui n'était pas partie en première instance. Chacun se souvient de la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents, qui était d'application immédiate, et qui a même donné lieu à de nombreuses cassations d'arrêts pourtant rendus convenablement au regard de la loi, lors applicable. Une telle modification constitue une évolution du litige. Plus fréquemment se pose le problème de la modification de la jurisprudence, car elle s'impose nécessairement au cours du procès. En principe, elle constitue une évolution du litige. Toutefois, il doit s'agir d'une jurisprudence véritablement nouvelle, et non de la réaffirmation d'une jurisprudence déjà existante, ou de l'harmonisation de jurisprudences divergentes, ou de la suite logique et prévisible d'une évolution jurisprudentielle connue. »

Toutefois, la notion d'évolution du litige est circonscrite, elle est étrangère à la recevabilité des demandes nouvelles formées en appel contre une personne qui était partie en première instance (2° Civ, 9 juillet 1997, pourvoi n°95-20.740 ; 2° Civ, 1<sup>er</sup> juillet 2010, pourvoi n°09-15.594, Bull n°128)

Plus récemment, 3° Civ, 17 octobre 2019, pourvoi n°18-19.348

« Vu les articles 555, 564, 565, 566 et 633 du code de procédure civile ;  
Attendu que, pour déclarer irrecevables les demandes formées à titre subsidiaire par la société Otto-Dds, l'arrêt retient qu'il n'est justifié d'aucune évolution du litige permettant la prise en compte de demandes nouvelles ;

Qu'en statuant ainsi, alors que *la notion d'évolution du litige est étrangère à la recevabilité des demandes nouvelles formées en appel contre une personne qui était partie au procès devant le tribunal, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »*

5-2 L'arrêt rendu le 9 mars 2021 par la CJUE (C-344/19 Radiotelevizija Slovenija)

Selon<sup>1</sup> l'article L. 3121-1 du code du travail, la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

L'article L. 3121-5 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 définit le temps d'astreinte :

*« Une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise. »*

La durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif.

L'article L. 3121-6, dans la rédaction antérieure à la loi du 8 août 2016 ajoutait :

*« Exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien prévue à l'article L. 3131-1 et des durées de repos hebdomadaire prévues aux articles L. 3132-2 et L. 3164-2. »*

Cette définition a été reprise par l'article L. 3121-9, dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016, ce texte étant classé parmi les dispositions d'ordre public :

*« Une période d'astreinte s'entend comme une période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise.*

*La durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif.*

*La période d'astreinte fait l'objet d'une contrepartie, soit sous forme financière, soit sous forme de repos.*

*Les salariés concernés par des périodes d'astreinte sont informés de leur programmation individuelle dans un délai raisonnable ».*

L'article L. 3121-10 ajoute : *« Exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est prise en compte pour le calcul de la durée minimale de repos quotidien prévue à l'article L. 3131-1 et des durées de repos hebdomadaire prévues aux articles L. 3132-2 et L. 3164-2. »*

La notion de temps de travail effectif ne relève pas exclusivement du code du travail, mais elle constitue d'abord une notion de droit communautaire.

---

<sup>1</sup>Cette partie du rapport fait de larges emprunts à ceux de P. Flores (Soc, 26 octobre 2022, pourvoi n°21-14.178 ; Soc, 6 novembre 2024, pourvoi n°23-17.679 )

Elle a été définie par la directive européenne 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, dont les dispositions ont été codifiées par la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 qui a pour objet de fixer des prescriptions minimales destinées à améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs par un rapprochement des réglementations nationales concernant, notamment, la durée du temps de travail.

Ainsi, l'article 2, point 1 de la directive 2003/88 définit la notion de « *temps, de travail* » comme « *toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur, et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales* » tandis qu'il est mentionné au point 2 de ce même article que la notion de « *période de repos* » s'entend de toute période qui n'est pas du temps de travail.

Par un arrêt rendu le 3 octobre 2000 (Simap, C-303/98), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit : « Le temps de garde qu'effectuent les médecins des équipes de premiers soins selon le régime de la présence physique dans l'établissement de santé, doit être considéré dans sa totalité comme du temps de travail et, le cas échéant, comme des heures supplémentaires au sens de la directive 93/104. S'agissant des gardes selon le système qui veut que lesdits médecins soient accessibles en permanence, seul le temps lié à la prestation effective de services de premiers soins doit être considéré comme du temps de travail »

Par un arrêt rendu le 9 septembre 2003 (Jaeger, C-151/02), la Cour de Justice de l'Union européenne a précisé : « *En tout état de cause, les notions de "temps de travail" et de "période de repos" au sens de la directive 93/104 ne doivent pas être interprétées en fonction des prescriptions des différentes réglementations des Etats membres, mais elles constituent des notions de droit communautaire qu'il convient de définir selon des caractéristiques objectives, en se référant au système et à la finalité de ladite directive, ainsi que la Cour l'a fait aux points 48 et 50 de l'arrêt SIMAP, précité.*

Seule une telle interprétation autonome est de nature à assurer à cette directive sa pleine efficacité ainsi qu'une application uniforme desdites notions dans l'ensemble des Etats membres.

Dès lors, la circonstance que la définition de la notion de temps de travail fait référence aux « *législations et/ou pratiques nationales* » ne signifie pas que les Etats membres peuvent déterminer unilatéralement la portée de cette notion. Aussi ces Etats ne sauraient-ils subordonner à quelque condition que ce soit le droit des travailleurs à ce que les périodes de travail et, corrélativement, celles de repos, soient dûment prises en compte, un tel droit résultant directement des dispositions de cette directive. Toute autre interprétation tiendrait en échec l'objectif de la directive 93/104 d'harmoniser la protection de la sécurité et de la santé des

travailleurs au moyen de prescriptions minimales (voir arrêt du 12 novembre 1996, Royaume-Uni c/ Conseil, C 84/94, Rec. p. I-5755, points 45 et 75). ».

Elle a dit pour droit :

« 1°) La directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprétée en ce sens qu'il convient de considérer un service de garde ("bereitschaftsdienst") qu'un médecin effectue selon le régime de la présence physique dans l'hôpital comme constituant dans son intégralité du temps de travail au sens de cette directive, alors même que l'intéressé est autorisé à se reposer sur son lieu de travail pendant les périodes où ses services ne sont pas sollicités, en sorte que celle-ci s'oppose à la réglementation d'un Etat membre qui qualifie de temps de repos les périodes d'inactivité du travailleur dans le cadre d'un tel service de garde.

2° ) La directive 93/104 doit également être interprétée en ce sens que dans des circonstances telles que celles au principal, elle s'oppose à la réglementation d'un Etat membre qui, s'agissant du service de garde effectué selon le régime de la présence physique dans l'hôpital, a pour effet de permettre, le cas échéant au moyen d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise fondé sur une telle convention, une compensation des seules périodes de garde pendant lesquelles le travailleur a effectivement accompli une activité professionnelle »

Sur la distinction entre astreinte et temps de travail effectif, notamment dans des hypothèse de travaux de surveillance et de permanence, la Cour de cassation a jugé:

- Soc, 17 mars 2010, pourvoi n°08-40.037

« Mais attendu qu'ayant relevé, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation des éléments qui lui étaient soumis, que le salarié ne rapportait pas la preuve qu'il ne pouvait pas vaquer à des occupations personnelles durant les périodes de coupure et en bout de ligne, d'une part, qu'il se trouvait sous la surveillance et l'autorité de l'employeur aux directives duquel il devait répondre à tout moment de la journée, d'autre part, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inutile ni d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, a pu en déduire que l'existence d'un temps de travail effectif n'était pas caractérisée; que le moyen n'est pas fondé ; »

Soc, 17 mars 2010, pourvoi n°08-43.127

« Attendu que pour dire que M. [X] est employé à temps complet par la clinique et condamner celle-ci à lui verser certaines sommes à titre de rappel de salaire et de congés payés afférents, l'arrêt retient que si le logement de trois pièces mis à la disposition du salarié au sein de la clinique dispose d'une entrée extérieure, il communique aussi avec l'intérieur de l'établissement et peut être ouvert avec le passe-partout de celui-ci, qu'ainsi il n'est pas simplement demandé à M. [X] de pouvoir être joint afin d'intervenir en cas d'appel, mais d'être à la disposition permanente et immédiate de la clinique, prêt à intervenir sans délai conformément aux exigences réglementaires, donc sans pouvoir vaquer à des occupations

personnelles et que, par son immédiateté, une telle obligation ne répond pas à la définition de l'astreinte donnée par l'article L. 3121-5 du code du travail ;

*Qu'en se déterminant ainsi, par la seule considération tirée de la situation géographique du logement de fonction, sans caractériser l'impossibilité pour le salarié de vaquer librement à des occupations personnelles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ; »*

- Soc, 9 novembre 2020, pourvoi n°08-40.535, Bull n°255

*« Mais attendu qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que compte tenu de l'obligation pour la société employeur d'assurer une permanence téléphonique continue de sécurité 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24, le salarié exerçait le soir et la nuit les fonctions attribuées pendant la journée à un autre membre du personnel spécialement affecté à la réception des appels d'urgence, la cour d'appel a caractérisé l'exercice d'un travail effectif ; que le moyen n'est pas fondé ; »*

Soc, 6 avril 2011, pourvoi n°10-16.203, Bull n°91

*« Attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui a constaté que lors des permanences nocturnes, l'éducateur devait assurer la surveillance des enfants, entre 22 heures et 7 heures 30, de sorte qu'il ne pouvait vaquer à des occupations personnelles, a caractérisé l'exercice d'un travail effectif ; »*

Soc, 8 juin 2011, pourvoi n°09-70.324, Bull n°153

*« Mais attendu que constitue un travail effectif, le temps pendant lequel le salarié est tenu de rester sur le lieu de travail dans des locaux déterminés imposés par l'employeur, peu important les conditions d'occupation de tels locaux, afin de répondre à toute nécessité d'intervention sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ;*

*Et attendu qu'ayant constaté qu'une permanence des soins devait être assurée en continuité au sein du Centre par les médecins de l'établissement contraints de demeurer sur place ou de se tenir dans un local de garde prévu à cet effet afin de rester pendant toute la durée de leur garde à la disposition immédiate de l'employeur sur leur lieu de travail, la cour d'appel en a exactement déduit que ces gardes constituaient du temps de travail effectif ; que le moyen n'est pas fondé. »*

Il résulte de ces décisions que le lieu d'exercice de la permanence n'est déterminant pour la qualification de temps de travail effectif que lorsque l'employeur impose que cette permanence soit exécutée dans les locaux de l'entreprise.

Soc, 14 septembre 2016, pourvoi n°14-17.840

*« Mais attendu que constitue un travail effectif le temps pendant lequel le salarié est tenu de rester sur le lieu de travail dans des locaux déterminés imposés par l'employeur, peu important les conditions d'occupation de tels locaux, afin de répondre à toute nécessité d'intervention sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ;*

*Et attendu qu'ayant constaté que, pendant les 4 h 30 consacrées tant au repas du soir qu'au repos, les salariés des formations locales de sécurité étaient tenus de*

demeurer dans des locaux spécialement aménagés sur le site, appelés base-vie, au-dessus du PC sécurité, qu'ils devaient être en mesure de répondre dans les trois minutes à toute alarme diffusée par les hauts-parleurs pour exécuter des missions diverses allant du secourisme à la protection des installations nucléaires contre des intrusions ou la lutte contre un incendie ; que la nature particulière des risques générés par les activités nucléaires du Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives impliquait une intervention immédiate et efficace de ces agents, tant pendant le temps des repas que celui du repos ; qu'ayant ainsi fait ressortir que les salariés concernés ne pouvaient pas vaquer à des occupations personnelles, la cour d'appel, qui n'avait pas à se livrer à une recherche que ses constatations rendait inopérante, a exactement décidé que cette période constituait un temps de travail effectif qui devait être rémunéré comme tel ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »

En revanche, même si la permanence doit être tenue depuis un logement de fonction, la qualification de temps de travail effectif sera écartée au profit de l'astreinte lorsque la nature de la sujétion imposée au salarié lui permet de vaquer à des occupations personnelles.

Soc, 13 octobre 2021, pourvoi n°20-16.048

« Ayant souverainement constaté que, en dehors des interventions représentant deux heures de travail effectif par garde administrative de vingt-quatre heures ayant donné lieu à rappel de salaire, la sujétion imposée au salarié de se tenir dans un studio privatif mis à sa disposition au sein de l'établissement afin d'être en mesure de répondre au téléphone et d'intervenir pour assurer la continuité du fonctionnement de l'établissement dans le cadre de l'urgence, ainsi que la continuité du service public hospitalier, ne l'empêchait pas de vaquer librement à des obligations personnelles, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, en a exactement déduit que ces périodes ne constituaient pas du temps de travail effectif et a légalement justifié sa décision. »

Le juge doit donc examiner la nature de la sujétion à laquelle le salarié est soumis pour déterminer si le temps litigieux constitue une astreinte ou du temps de travail effectif.

Soc, 8 septembre 2016, pourvoi n°14-23.714, Bull n°157

« Mais attendu que constitue un travail effectif, au sens de l'article L. 3121-1 du code du travail, le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; que selon l'article L. 3121-5 du même code, constitue au contraire une astreinte la période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif ;

*Et attendu qu'ayant constaté que la sujétion imposée au salarié de se tenir, durant les permanences, dans un logement de fonction mis à disposition à proximité de l'établissement, afin d'être en mesure d'intervenir en cas d'urgence, ne l'empêchait pas de vaquer à des occupations personnelles, la cour d'appel, qui, sans être tenue de procéder à une recherche que ses énonciations rendaient inopérante, en a exactement déduit que la période litigieuse ne constituait pas du temps de travail effectif ; »*

Soc, 15 septembre 2021, pourvoi n°19-26.331

« Vu les articles L. 3121-1 et L. 3121-9 du code du travail :

7. Aux termes du premier de ces textes, la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

8. Selon le second, constitue au contraire une astreinte la période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif. La période d'astreinte fait l'objet d'une contrepartie, soit sous forme financière, soit sous forme de repos.

9. Pour condamner l'employeur à payer au salarié diverses sommes au titre de la durée du travail, l'arrêt retient que le salarié produit des décomptes corroborés par de nombreux témoignages de collègues faisant ressortir l'obligation, pour assurer la prise en charge des adolescents dans des lieux en dehors d'un établissement (en suivant l'itinérance d'une troupe de cirque) avec des hébergements précaires (caravanes ou location de chambres dans des centres de vacances), de se maintenir en permanence à la disposition de l'employeur.

10. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le salarié supportait des sujétions particulières caractérisant l'impossibilité pour lui de vaquer librement à des occupations personnelles durant l'intégralité des semaines travaillées en-dehors d'un établissement ou était soumis à un régime d'astreinte, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ; »

Par un arrêt rendu le 9 mars 2021 (C344/19, D.J c/Radiotelevizija Slovenija), la CJUE a jugé que relève de la notion de « temps de travail effectif », au sens de la directive 2003/88, l'intégralité des périodes de garde, y compris celles sous régime d'astreinte, au cours desquelles les contraintes imposées au travailleur sont d'une nature telle qu'elles affectent objectivement et très significativement la faculté, pour ce dernier, de gérer librement, au cours de ces périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités et de consacrer ce temps à ses propres intérêts. Inversement, lorsque les contraintes imposées au travailleur au cours d'une période de garde déterminée n'atteignent pas un tel degré d'intensité et lui permettent de gérer son temps et de se consacrer à ses propres intérêts sans contraintes majeures, seul le temps lié à la prestation de travail qui est, le cas échéant, effectivement réalisée au cours d'une telle période constitue du "temps de travail", aux fins de l'application de la directive 2003/88 (CJUE 9 mars 2021, C-344/19, D.J. c/Radiotelevizija Slovenija, points 37 et 38).

La CJUE a précisé (point 68) : «*Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'il y a lieu de répondre aux questions posées que l'article 2, point 1, de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens qu'une période de garde sous régime d'astreinte, au cours de laquelle un travailleur doit uniquement être joignable par téléphone et pouvoir rejoindre son lieu de travail, en cas de besoin, dans un délai d'une heure, tout en pouvant séjourner dans un logement de fonction mis à sa disposition par son employeur sur ce lieu de travail, sans être tenu d'y demeurer, ne constitue, dans son intégralité, du temps de travail, au sens de cette disposition, que s'il découle d'une appréciation globale de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment des conséquences d'un tel délai et, le cas échéant, de la fréquence moyenne d'intervention au cours de cette période, que les contraintes imposées à ce travailleur pendant ladite période sont d'une nature telle qu'elles affectent objectivement et très significativement la faculté pour ce dernier de gérer librement, au cours de la même période, le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités et de consacrer ce temps à ses propres intérêts. Le caractère peu propice aux loisirs de l'environnement immédiat du lieu concerné est sans pertinence aux fins d'une telle appréciation.* »

M.Morand (« Travailler effectivement pendant les temps d'inaction » SSL 2020, n°1974, P11) a considéré que les conséquences des arrêts rendus par la CJUE en droit interne allaient être limitées :

« Le régime des astreintes

*Avant de bénéficier d'un régime juridique législatif, le régime des astreintes avait été préfiguré par les principes posés par la Cour de cassation qui n'avait pas pu qualifier cette situation comportant des périodes actives d'intervention et des périodes inactives. La Cour de cassation avait alors considéré que si le temps d'activité n'était pas du travail effectif il ne pouvait pas être considéré comme un temps de repos, de sorte qu'un salarié ne bénéficiait pas de son repos hebdomadaire lorsqu'il était d'astreinte (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-18.452).*

*Ce qui pourrait évoluer au regard de la jurisprudence de l'Union ce serait que la Cour de cassation motive ses décisions à la lumière de l'article 2 de la directive 2003/88 telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour de Justice.*

*Une intervention législative fut nécessaire pour rendre compatible les temps d'activité et temps de repos. Tel a été l'objet de l'article 3 de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003. Dès lors, exception faite du temps d'intervention, le temps d'astreinte peut être pris en compte pour le calcul de la durée minimale du repos quotidien et du repos hebdomadaire (C. trav., art. L. 3121-10). La jurisprudence pour appréhender la véritable qualification du temps d'astreinte a admis que le temps de trajet, à la différence du principe posé par l'article L. 3121-4 du Code du travail pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat faisait partie intégrante du temps d'intervention et constituait en conséquence un temps de travail effectif (Cass. soc., 31 oct. 2007, no 06-43.834). Quant au temps d'astreinte au sens de l'article L. 3121-9 du Code du travail à l'instar de la jurisprudence relative au temps de pause, la jurisprudence a été amenée à apprécier le degré des contraintes imposées au salarié et, en fonction de celles-ci, si le salarié était ou non dans la possibilité de vaquer librement à des*

occupations personnelles. Ainsi en prenant aussi quelques exemples, il a été jugé que constituent un travail effectif :

-les services de permanence effectués par un ambulancier qui peuvent s'exécuter au local de l'entreprise, en tout autre endroit fixé par l'employeur ou au domicile du salarié (Cass. soc., 28 oct. 2008, n° 07-41.254) ;

-le fait pour un concierge gardien d'immeuble d'exercer, à son domicile le soir et la nuit, les fonctions attribuées pendant la journée à un autre salarié spécialement affecté à cette tâche (Cass. soc., 9 nov. 2010, no 08-40.535) ;

-des veilles de nuit effectuées par un salarié dans un établissement d'accueil pour personnes autistes dans des conditions dont il résulte qu'il ne peut vaquer à des occupations personnelles (Cass. soc., 28 mai 2014, n° 13-10.339).

En revanche n'est pas considérée comme travail effectif la sujétion imposée à un salarié de se tenir, durant les permanences dans un logement de fonction à disposition à proximité de l'établissement afin d'être en mesure d'intervenir en cas d'urgence, mais qui ne l'empêche pas de vaquer à des occupations personnelles (Cass. soc., 8 sept. 2016, no 14-23.714).

La jurisprudence est aussi abondante lorsque le salarié bénéficie d'un logement de fonction. Ainsi, la sujétion imposée à un salarié d'être présent dans un logement de fonction en vue d'intervenir en cas d'urgence dans le cadre de la sécurité des personnes et des biens (dans un foyer de jeunes travailleurs) sans autres sujétions que rondes ou interventions ponctuelles ne constitue qu'une période d'astreinte sauf s'agissant des périodes d'interventions (Cass. soc., 13 janv. 2016, no 14-23.309).

En revanche, lorsque le gardien dont le logement de fonction se trouve dans les locaux de l'entreprise doit réaliser des tâches précises et régulières lui interdisant dans les faits toute possibilité réelle de vaquer librement à des occupations personnelles, la Cour de cassation considère que le salarié est en permanence à la disposition de l'employeur, dans le cadre d'un temps de travail effectif, et non en situation d'astreinte (Cass. soc., 6 févr. 2001, no 98-44.875).

L'apport des décisions de la CJUE, c'est une grille de lecture plus générale qui postule une appréciation globale de l'ensemble des circonstances de l'espèce prenant en considération les délais (délai pour se rendre sur le lieu d'intervention) et le cas échéant de la fréquence moyenne d'intervention ainsi que des contraintes imposées pendant ladite période. On peut tout d'abord penser que c'est à travers cette grille de lecture que la Cour de cassation aura désormais à se prononcer pour apprécier la véritable qualification du temps d'astreinte.

Ensuite, cette jurisprudence nuance l'approche faite par le Comité européen des droits sociaux qui a estimé que l'assimilation à des astreintes à des temps de repos constitue une violation de la Charte sociale européenne au regard notamment d'une durée de travail journalière raisonnable (CEDS, 7 déc. 2004, récl. no 22/2003 et CEDS, 23 juin 2010, récl. no 55/2009). Pour autant, et enfin, mais ce n'est pas le moins important dans l'affaire C-344/19, la Cour rappelle que la qualification d'un temps de garde comme temps de repos « est sans préjudice du devoir pour les employeurs de respecter les obligations spécifiques qui leur incombent, en vertu de la directive 89/391, afin de protéger la sécurité et la santé de leurs travailleurs (pt 61) ». « Il s'ensuit que, compte tenu de leur obligation de protéger les travailleurs contre les risques psychosociaux susceptibles de se présenter dans l'environnement

de travail de ces derniers, les employeurs ne peuvent instaurer des périodes de garde à ce point longues ou fréquentes qu'elles constituent un risque pour la sécurité ou la santé de ceux-ci, indépendamment du fait que ces périodes soient qualifiées de «périodes de repos» au sens de l'article 2, point 2, de la directive 2003/88. Il appartient aux États membres de définir, dans leur droit national, les modalités d'application de cette obligation. » (pt 65)

Sur cette problématique, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), la Cour de cassation a jugé que l'assimilation des temps d'astreinte à du temps de repos n'est pas contraire au droit à la protection de la santé, au repos et aux loisirs tels que prévus par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 24 octobre 1946, dès lors que l'astreinte fait l'objet, dans sa mise en place et ses modalités, de garanties destinées à en limiter le recours et à en faciliter le contrôle (Cass. soc., 22 juin 2011, n° 11-40.022, QPC).

Néanmoins, il n'est pas certain que le contenu de l'accord collectif à l'origine des astreintes (C. trav., art. L. 3121-11) ou à défaut le contenu de la consultation du CSE (C. trav., art. L. 3121-12) permette de répondre à cet objectif de protection de la santé. Le droit interne paraît insuffisant en ce sens qu'il devrait prévoir en renvoyant à la négociation collective ou à défaut à la décision unilatérale de l'employeur, que ces normes ont à définir les limites en fréquence et en durée des périodes d'astreintes.

Dès lors il nous semble que l'impact de ces décisions sur l'appréciation de la jurisprudence nationale de la qualification de ces temps d'inaction sera limité. En revanche l'impact des périodes d'astreintes "non travaillées" sur la santé des salariés paraît devoir nécessiter une évolution législative afin d'éviter les "mésaventures" du forfait en jours s'agissant du contrôle de la charge de travail du salarié. »

Par la suite, la Cour de cassation a jugé :

Soc, 26 octobre 2022, pourvoi n°21-14.178, publié

« Vu l'article L. 3121-1 du code du travail et l'article L. 3121-5 du même code, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

7. Aux termes du premier de ces textes, la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

8. Selon le second, constitue au contraire une astreinte la période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif.

9. La Cour de justice de l'Union européenne juge que relève de la notion de "temps de travail effectif", au sens de la directive 2003/88, l'intégralité des périodes de garde, y compris celles sous régime d'astreinte, au cours desquelles les contraintes imposées au travailleur sont d'une nature telle qu'elles affectent objectivement et très significativement la faculté, pour ce dernier, de gérer librement, au cours de ces périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités

et de consacrer ce temps à ses propres intérêts. Inversement, lorsque les contraintes imposées au travailleur au cours d'une période de garde déterminée n'atteignent pas un tel degré d'intensité et lui permettent de gérer son temps et de se consacrer à ses propres intérêts sans contraintes majeures, seul le temps lié à la prestation de travail qui est, le cas échéant, effectivement réalisée au cours d'une telle période constitue du "temps de travail", aux fins de l'application de la directive 2003/88 (CJUE 9 mars 2021, C-344/19, D.J. c/Radiotelevizija Slovenija, points 37 et 38).

10. Pour débouter le salarié de ses demandes à titre d'heures supplémentaires, l'arrêt retient que, conformément aux dispositions de la convention collective applicable, les dépanneurs de la société étaient tenus de se tenir en permanence ou à proximité immédiate des ou dans les locaux de l'entreprise, en dehors des heures et jours d'ouverture, afin de répondre sans délai à toute demande d'intervention. L'arrêt ajoute qu'il était constitué des équipes de trois ou quatre dépanneurs, munis d'un téléphone qui intervenaient à la demande du dispatcheur, lequel contrairement aux autres salariés, était spécialement affecté à la réception continue des appels d'urgence. L'arrêt en déduit que ces périodes étaient des astreintes et non pas des permanences constituant un temps de travail effectif.

11. En se déterminant ainsi, alors que le salarié invoquait le court délai d'intervention qui lui était imparti pour se rendre sur place après l'appel de l'usager, sans vérifier si le salarié avait été soumis, au cours de ses périodes d'astreinte, à des contraintes d'une intensité telle qu'elles avaient affecté, objectivement et très significativement, sa faculté de gérer librement, au cours de ces périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels n'étaient pas sollicités et de vaquer à des occupations personnelles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. »

La notice au rapport relative à cet arrêt expose :

« Un salarié, qui effectuait des permanences de dépannages d'urgence sur route et autoroutes réclamait le paiement d'heures supplémentaires en soutenant notamment que les périodes d'astreinte devaient être requalifiées en temps de travail effectif. La cour d'appel a certes retenu l'accomplissement de très nombreuses heures supplémentaires, mais a écarté la demande de requalification des astreintes en temps de travail effectif.

Avec le présent arrêt, la Cour de cassation prend en compte les arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne le 9 mars 2021 (CJUE, arrêt du 9 mars 2021, Stadt Offenbach am Main (Période d'astreinte d'un pompier), C-580/19 ; CJUE, arrêt du 9 mars 2021, Radiotelevizija Slovenija (Période d'astreinte dans un lieu reculé), C-344/19) et précise la méthode que doivent suivre les juges du fond pour apprécier si les périodes contestées constituent ou non du temps de travail effectif.

En application de l'article L. 3121-1 du code du travail, « la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles », alors que selon l'article L. 3121-5 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, devenu l'article L. 3121-9, constitue au contraire une astreinte la période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de

*l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif (Soc., 31 mai 2006, pourvoi n° 04-41.595, Bull. 2006, V, n° 197). La notion de temps de travail constitue toutefois une notion du droit de l'Union européenne "qu'il convient de définir selon des caractéristiques objectives, en se référant au système et à la finalité" de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (CJCE, arrêt du 9 septembre 2003, Jaeger, C-151/02, point 58).*

*Lors d'une permanence assurée en dehors de l'entreprise, la qualification d'astreinte repose d'abord sur la faculté que peut avoir le salarié de vaquer à des occupations personnelles en dehors des temps d'intervention, ce qui doit conduire le juge à vérifier la nature des sujétions qui lui sont réellement imposées (Soc., 8 septembre 2016, pourvoi n° 14-23.714, Bull. 2016, V, n° 157).*

*Reprenant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 9 mars 2021, Radiotelevizija Slovenija, C-344/19, points 37 et 38), la Cour de cassation précise que l'examen des sujétions pesant sur le salarié ne se limite pas aux tâches qui lui sont imposées pendant les permanences, mais doit également porter sur le point de savoir « si le salarié avait été soumis, au cours de ses périodes d'astreinte, à des contraintes d'une intensité telle qu'elles avaient affecté, objectivement et très significativement, sa faculté de gérer librement, au cours de ces périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels n'étaient pas sollicités et de vaquer à des occupations personnelles ». Or, en l'espèce, le salarié invoquait le court délai d'intervention qui lui était imparti pour se rendre sur place après l'appel de l'usager. Dès lors, la cour d'appel, qui avait retenu l'existence de 737,47 heures supplémentaires en 2013, 873,31 en 2014 et 762,46 en 2015 hors astreinte, devait vérifier si les contraintes imposées au travailleur étaient "d'une nature telle qu'elles affectent objectivement et très significativement la faculté, pour ce dernier, de gérer librement, au cours de ces périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités et de consacrer ce temps à ses propres intérêts" (CJUE, arrêt du 9 mars 2021, Stadt Offenbach am Main, C-580/19, point 38).*

*La qualification d'astreinte, qui exclut celle de temps de travail effectif, implique de procéder à une analyse qualitative des conditions concrètes de l'exercice des permanences pour s'assurer que, entre deux interventions, le salarié peut effectivement vaquer à des occupations personnelles.»*

Commentant arrêt, G. François a observé (« Durée du travail, permanence constituant du travail effectif et astreinte, quel critère de distinction? » La Semaine Juridique Sociale n°45, 15 novembre 2022, 1284) :

« L'appréciation in concreto du juge national

Même si certains ont fait valoir que les conséquences en droit interne de ces décisions devraient être très limitées (M. Morand, Travailler effectivement pendant les temps d'inaction: SSL 2021, n° 1974, p. 11 et s.), la Cour de cassation n'avait pas d'autre choix que d'introduire dans notre droit le critère de la contrainte significative imposée par l'employeur (V. not. sur la question de l'influence de la Cour

de justice sur le droit de la durée du travail interne : J.-Ph. Lhernould, *L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la Cour de justice de l'Union européenne* : Dr. soc. 2010, p. 893 et s.). Ainsi, la Haute Juridiction estime, à l'instar de la Cour de justice, qu'une permanence ne peut être qualifiée d'astreinte lorsque l'employeur impose au salarié, pendant cette période, des contraintes d'une telle intensité que ce dernier ne peut librement vaquer à ses occupations personnelles. Comme le souligne à juste titre un auteur, le terme « contrainte » résonne fortement avec la subordination et, en particulier, le pouvoir de l'employeur de donner au salarié des ordres et des directives (S. Tournaux, *Reconfigurer les temps de vie du salarié* : Dr. soc. 2022, p. 5 et s., spéc. p. 7 : pour qui le vocabulaire employé, et notamment le terme « contrainte », montre clairement que la jurisprudence fait le lien entre pouvoir de direction et temps de travail effectif ). Chaque fois que des contraintes importantes seront caractérisées pendant une période de permanence, celle-ci sera qualifiée de temps de travail effectif . On relèvera que la Cour de cassation, avant d'intégrer en droit du travail français – avec l'arrêt commenté – le concept de contrainte significative, issu de la jurisprudence de la Cour de justice, préférait le terme de « sujétion » (V. not. : Cass. soc., 1er juill. 2020, n° 18-21.792. – Cass. soc., 17 févr. 2021, n° 19-23.367. – Cass. soc., 15 sept. 2021, n° 19-26.331). Certes, l'idée est sans doute assez proche. Un salarié de permanence soumis à des sujétions très importantes doit pouvoir revendiquer que la période de permanence s'analyse comme du temps de travail effectif et non comme une période d'astreinte (assimilée par le législateur français à du repos, en intégralité). Faut-il dès lors considérer que le juge français s'était déjà calé sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ? En réalité, entre la jurisprudence française, qui retenait le critère de « sujétion », et la jurisprudence de la Cour de justice, qui retient le critère de « contrainte significative », la véritable différence réside dans le fait que cette dernière s'est employée à préciser le critère de « contrainte significative » dans un souci de prévisibilité de la règle de droit : la Cour de justice donne une liste précise des indicateurs qui permettent de considérer que la contrainte imposée au salarié par l'employeur était significative et de nature à affecter sa faculté de se consacrer, pendant la période de permanence, à ses propres intérêts. (...) Le principal indicateur d'une contrainte significative pendant la période de permanence est la brièveté du délai d'intervention. (...) Parmi les critères subsidiaires, on trouve l'obligation faite au salarié de ne pas quitter son domicile durant la période d'astreinte.(...) Comme autre indicateur de l'intensité de la contrainte, la Cour de justice invoque la fréquence très importante des interventions lors d'une période d'astreinte. »

Au cas présent, dans ses premières conclusions d'appel, le salarié a demandé la condamnation de son employeur au paiement de dommages-intérêts en réparation des préjudices nés d'une situation d'astreinte permanente.

Dans ses dernières conclusions d'appel, il modifié sa demande, en sollicitant la condamnation de son employeur au paiement d'un rappel de salaire pour les périodes d'astreinte assimilées à du temps de travail effectif et donc à des heures supplémentaires.

La motivation de la cour d'appel est la suivante (arrêt P5 § 4 à 7 et P8 §1 à 4) :

*«En vertu de l'article 910-4 du code de procédure civile, à peine d'irrecevabilité, relevée d'office, les parties doivent présenter, dès les conclusions mentionnées aux articles 905-2 et 908 à 910, l'ensemble de leurs prétentions sur le fond. L'irrecevabilité peut également être invoquée par la partie contre laquelle sont formées des prétentions ultérieures.*

*Néanmoins, et sans préjudice de l'alinéa 2 de l'article 802, demeurent recevables, dans les limites des chefs du jugement critiqués, les prétentions destinées à répliquer aux conclusions et pièces adverses ou à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.*

*L'AFUL-CGT soulève l'irrecevabilité de la demande en paiement du rappel de salaire formée par le salarié pour la période d'astreinte assimilée à du temps de travail effectif et donc à des heures supplémentaires d'un montant de 506.457 €, outre 50.645 € au titre des congés payés y afférents.*

*Elle fait valoir que celles-ci ne figuraient ni dans ses demandes devant le conseil de prud'hommes, ni dans ses premières conclusions d'appel au fond transmises au greffe le 16 juin 2020 et qu'elles ont été formées pour la première fois devant la cour d'appel dans ses deuxièmes conclusions remises au greffe le 20 avril 2021.*

*Au regard des dispositions de l'article 910-4 les demandes concernées ayant été formées pour la première fois dans les secondes conclusions devant la cour d'appel, elles sont irrecevables, dès lors qu'il n'est pas démontré qu'elles sont destinées à répliquer aux conclusions et pièces adverses ou à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.*

*Dans ses conclusions devant le conseiller de la mise en état, M. [E] invoquait la survenance entre les premières et les deuxièmes conclusions devant la cour d'appel d'un arrêt de la CJUE du 9 mars 2021, C-344/19, relatif à la notion de "temps de travail" au sens de la directive 2003/88, évoquant les critères à prendre en considération pour retenir ou non qu'une astreinte constitue un temps de travail.*

*Cette jurisprudence n'est toutefois pas constitutive de la survenance ou la révélation d'un fait au sens de l'article 910-4 du code du travail.*

*En conséquences, les demandes de M. [E] tendant à voir condamner l'AFUL-CGT à lui verser les sommes de :*

- 506.457 € à titre de rappel de salaires pour les périodes d'astreintes assimilées à du temps de travail effectif et donc à des heures supplémentaires,*
- 50.645 € au titre des congés payés y afférents, seront déclarées irrecevables. »*

Le MA soutient que :

- l'arrêt rendu le 9 mars 2021 par la CJUE (C344-19) constituait une évolution évidente de la jurisprudence puisque jusqu'alors, l'astreinte telle que définie par le code du travail ne pouvait donner lieu qu'à compensation et non à rémunération du travail effectif;*
- un tel changement de jurisprudence constituait la révélation d'une circonstance de fait ou de droit postérieure aux premières conclusions modifiant les données*

juridiques du procès justifiant que le salarié rectifie le fondement juridique de sa demande.

Le MD réplique que :

- le principe suivant lequel en cas de sujétions imposées par l'employeur, l'astreinte peut être qualifiée de temps de travail effectif est loin d'être nouveau et s'est régulièrement illustré dans la jurisprudence française avant l'arrêt de la CJUE dont se prévaut le salarié ;
- ce qui est nouveau, depuis cet arrêt, c'est la sanction qui s'attache à la réalisation d'un travail effectif : alors que jusque-là, en droit français, cette situation donnait lieu à une réparation indemnitaire, la CJUE est venue affirmer qu'elle ouvrait droit au paiement de salaire ;
- dès lors que la possibilité de faire requalifier une astreinte en temps de travail effectif était inscrite dans le droit positif interne bien avant l'arrêt de la CJUE dont se prévaut le salarié, il lui appartenait, dès ses premières conclusions, de formuler une demande à ce titre, quitte ensuite dès lors que cet arrêt avait été rendu, à en tirer les conséquences en requalifiant sa demande.

La Cour appréciera la pertinence du moyen à la lumière de ces développements.