



**AVIS DE Mme MOLINA,
AVOCATE GÉNÉRALE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 985 du 2 octobre 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-19.326

Décision attaquée : Cour d'appel d'Angers du 6 avril 2023

M. [M] [T]

C/

La société Les Trois paroisses

M. [M] [T] a été engagé par la société [N] Fils l'Ebeaupin, devenue la société Les Trois Paroisses, à compter du 6 janvier 1992, selon plusieurs contrats à durée déterminée puis, à compter du 2 janvier 1995, selon un contrat à durée indéterminée.

Le salarié a été élu délégué du personnel le 28 janvier 2015. Il a été licencié pour inaptitude médicalement constatée et impossibilité de reclassement le 14 décembre 2018.

Le 27 janvier 2020, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes d'Angers aux fins de voir déclarer la nullité de son licenciement et de diverses demandes relatives à l'exécution et à la rupture de son contrat de travail.

Par jugement du 27 janvier 2021, le conseil de prud'hommes d'Angers a notamment déclaré le salarié recevable en sa demande de nullité du licenciement ; dit que le licenciement pour inaptitude dans l'entreprise repose sur une cause réelle et sérieuse ; condamné l'employeur à payer au salarié une somme au titre des heures supplémentaires, outre une somme au titre des congés payés.

Sur appel du salarié, la cour d'appel d'Angers, dans un arrêt prononcé le 6 avril 2023, a notamment confirmé le jugement déféré sauf en ce qu'il a déclaré le

salarié recevable en sa demande de nullité du licenciement ; dit que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse ; condamné l'employeur à payer au salarié des sommes au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents ; débouté le salarié de sa demande de dommages et intérêts pour dépassement des durées hebdomadaire et quotidienne de travail ; statuant à nouveau des chefs infirmes et y ajoutant, dit que le juge judiciaire ne peut apprécier la validité du licenciement du salarié ni le caractère réel et sérieux de celui-ci ; déclaré le salarié irrecevable en sa demande de nullité du licenciement ; débouté le salarié de sa demande au titre des heures supplémentaires et des congés payés y afférents ; condamné l'employeur à payer au salarié une somme à titre de dommages et intérêts pour dépassement des durées hebdomadaire et quotidienne de travail.

Le salarié s'est pourvu en cassation.

Dès lors qu'elle doit répondre aux besoins évolutifs de l'entreprise, l'organisation du temps de travail, qui se décline selon plusieurs modalités, est un enjeu pour les employeurs. Elle l'est également pour le salarié, pour lequel vie professionnelle et vie familiale doivent être compatibles. Si le décompte de la durée du temps de travail est réalisé principalement sur la semaine, des dérogations sont toutefois envisageables pour répondre aux besoins de l'entreprise. Pendant un temps, une dérogation a pris la forme de la modulation du temps de travail. Ainsi, cet aménagement autorise la variation des durées hebdomadaires du travail sur tout ou partie de l'année. Ce dispositif permet à l'employeur d'éviter de recourir aux heures supplémentaires en période de forte activité et au chômage partiel en cas de baisse d'activité. La durée hebdomadaire du travail ne pouvant pas excéder, en moyenne sur l'année, la durée légale du travail, les périodes hautes et basses doivent se compenser.

Inséré dans le code du travail par l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, le mécanisme a connu plusieurs modifications¹ jusqu'à établir trois types de modulation, lesquels, par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, ont été remplacés par un régime unique d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année, qui se substitue au cycle, à la modulation, aux jours de réduction du temps de travail et au temps partiel modulé.

L'article 20-V de cette loi prévoit néanmoins un dispositif de sécurisation juridique en énonçant que les conventions ou accords collectifs, dans leur rédaction antérieure à la publication de la loi de 2008, sous réserve de leur conformité aux dispositions légales applicables au moment de leur signature, restent en vigueur tant qu'ils ne sont pas dénoncés, révisés ou remplacés (Soc., 18 mars 2015, pourvoi n° 13-23.728).

Dispositif d'aménagement du temps de travail qui autorise l'employeur à faire varier la durée hebdomadaire du travail d'une semaine sur l'autre, sur tout ou partie de l'année, dans le cadre d'un plafond d'heures défini pour l'année, la modulation a été encadrée par l'ancien article L. 212-8 du code du travail, devenu, lors de la recodification de ce dernier, l'article L. 3122-9 du code du travail. Ces dispositions

¹ Modifications introduites par la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail et la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle

soumettent la possibilité de faire varier la durée hebdomadaire du travail sur tout ou partie de l'année, à la condition qu'une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement soit conclu en ce sens.

Initialement, les dispositions légales indiquaient que les accords collectifs, de branche ou d'entreprise devaient préciser les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation ; fixer le programme indicatif de la répartition de la durée du travail et le cas échéant l'activité des salariés selon les calendriers individualisés, les limites hebdomadaires, maximale et le cas échéant minimale, à l'intérieur desquelles s'appliquaient les règles dérogatoires de la modulation ainsi que le plafond annuel retenu comme référence, égal ou inférieur à 1 607 heures de travail, les modalités de recours au travail temporaire, les conditions de recours au chômage partiel pour les heures non prises en compte dans la modulation, le droit à rémunération et à repos compensateur des salariés n'ayant pas travaillé pendant la totalité de la période de modulation ou dont le contrat de travail a été rompu au cours de cette même période, le délai dans lequel les salariés doivent être prévenus des changements d'horaires².

Les mentions obligatoires de l'accord collectif sont des conditions de validité du recours à la modulation. En effet, en tant que contreparties permettant d'encadrer le recours à la dérogation, elles assurent aux salariés des garanties et une information quant à la mise en oeuvre du dispositif.

La loi du 20 août 2008 a restreint les mentions obligatoires de l'accord collectif instituant une répartition de la durée du travail dans un cadre supérieur à la semaine et au plus égal à l'année : l'accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, l'accord de branche, devant alors envisager les conditions et délais de prévenance des changements de durée ou d'horaire de travail, les limites pour le décompte des heures supplémentaires, les conditions de prise en compte, pour la rémunération des salariés, des absences ainsi que des arrivées et des départs en cours de période, les modalités de communication et de modification de la répartition de la durée et des horaires de travail pour les salariés à temps partiel³.

Si l'exigence de préciser dans l'accord le programme indicatif de la répartition de la durée du travail à transmettre au salarié a été supprimée par la loi du 20 août 2008, les anciens articles L. 212-8-4, L. 212-2-1, L. 212-8, puis L. 3122-11 du code du travail⁴

² Article L. 212-8-4 du code du travail en vigueur du 20 juin 1987 au 1^{er} février 2000, article L. 212-2-1 du code du travail en vigueur du 21 décembre 1993 au 1^{er} février 2000, puis article L. 212-8 alinéas 1, 5, 7 et 9 du code du travail en vigueur à compter du 1^{er} février 2000 au 1^{er} mai 2008 et articles L. 3122-9 à L. 3122-12 du code du travail du 1^{er} mai 2008 au 22 août 2008

³ Article L. 3122-2 du code du travail en vigueur du 22 août 2008 au 10 août 2016, tel qu'issu de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008

⁴ Article L. 3122-11 du code du travail dans sa version antérieure à la loi n°2008-789 du 20 août 2008 : « *La convention ou l'accord de modulation fixe :*

1° Le programme indicatif de la répartition de la durée du travail ;

2° Les modalités de recours au travail temporaire ;

3° Les conditions de recours au chômage partiel pour les heures qui ne sont pas prises en compte dans la modulation ;

impliquaient que les accords négociés avant cette loi en application de ces textes fournissent un programme annuel de modulation du temps de travail. Sous réserve de respecter cette condition, ces accords ont été maintenus en vigueur.

L'employeur devait soumettre, pour avis, avant sa mise en oeuvre, le programme indicatif de la variation de la durée du travail établi, au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel s'ils existaient, faire de même en cas de modifications du programme de la modulation et communiquer, au moins une fois par an, au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel un bilan de la mise en oeuvre⁵.

Les dispositions légales prévoyaient également les modalités mises en oeuvre en cas de changement des horaires des salariés⁶.

La Cour a déjà jugé que « *lorsque l'accord de modulation ne comporte pas de programme indicatif de répartition de la durée du travail, cet accord est inopposable au salarié, qui peut prétendre au paiement d'heures supplémentaires sur la base de la durée légale de travail.* » (Soc., 24 mai 2023, pourvoi n° 21-24.350 ; Soc., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-13.709 ; Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-45.274). Il en est de même lorsque la convention ou l'accord collectif qui met en place la modulation du temps de travail ne contient pas les conditions de réduction du délai de prévenance, ni les contreparties dont le salarié bénéficierait dans cette hypothèse, cette convention ou cet accord n'est pas valide et les salariés concernés peuvent prétendre au paiement de leurs heures supplémentaires dans un cadre hebdomadaire (Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-19.834 ; Soc., 8 avril 2021, pourvoi n° 19-20.386, 19-20.389, 19-20.390, 19-20.384).

En l'espèce, le pourvoi reproche à la cour d'appel d'avoir débouté le salarié de ses demandes en paiement de rappels de salaire sur temps plein et pour heures supplémentaires, outre congés payés y afférents, ainsi que d'une indemnité forfaitaire pour travail dissimulé.

Il soutient que l'accord national du 23 décembre 1981 sur la durée du travail dans les exploitations et entreprises agricoles, dont les dispositions de l'article 10.4 ne comportent ni le programme indicatif précis de la répartition de la durée du travail sur l'année, ni les modalités de recours au travail temporaire, ni la définition des contreparties dues au salarié en cas de réduction du délai de prévenance de sept jours préalable à toute modification du programme indicatif, ne peut pas être regardé comme ayant été conclu en application de l'article L. 3122-9 du code du travail et qu'il n'est pas

4° *Le droit à rémunération et à repos compensateur des salariés n'ayant pas travaillé pendant la totalité de la période de modulation et des salariés dont le contrat de travail a été rompu au cours de cette même période.* »

⁵ Article L. 3122-13 du code du travail dans sa version antérieure à la loi n°2008-789 du 20 août 2008

⁶ Article L. 3122-14 du code du travail dans sa version antérieure à la loi n°2008-789 du 20 août 2008 : « *Les salariés sont prévenus des changements de leurs horaires de travail dans un délai de sept jours ouvrés au moins avant la date à laquelle ce changement intervient. Ce délai peut être réduit dans des conditions fixées par la convention ou l'accord collectif de travail lorsque les caractéristiques particulières de l'activité, précisées dans l'accord, le justifient. Des contreparties au bénéfice du salarié sont alors prévues dans la convention ou l'accord.* »

resté en vigueur conformément à l'article 20 V de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 au-delà de l'entrée en vigueur de cette loi.

Le pourvoi prétend également qu'en l'absence d'accord collectif offrant la possibilité à l'employeur d'organiser la durée du travail sur une période de plus de quatre semaines, le salarié a droit au décompte de sa durée du travail selon le droit commun et que la cour d'appel s'est déterminée par un motif inopérant en relevant que le salarié n'établissait pas ni n'alléguait avoir subi un préjudice pour le débouter de ses demandes salariales fondées sur un décompte du temps de travail selon le droit commun.

Il argue encore, à titre subsidiaire, qu'à défaut de consultation par l'employeur des représentants du personnel préalablement à la mise en oeuvre de la modulation du temps de travail dans l'entreprise, l'accord de modulation est inopposable au salarié et que la cour d'appel n'a pas constaté que l'employeur avait, préalablement à la mise en oeuvre de la modulation du temps de travail dans l'entreprise, consulté les représentants du personnel ou qu'il en aurait été dispensé au vu des effectifs de l'entreprise.

La loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail a introduit à l'article L. 212-8-4 du code du travail une disposition impliquant que la convention ou l'accord collectif étendu ou la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement mentionné à l'article L. 212-8 du code du travail comporte obligatoirement des dispositions concernant le programme indicatif concernant la mise en oeuvre de la modulation, disposition déplacée ensuite par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail à l'article L. 212-8 du code du travail. Entre temps, la loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, avait fait figurer à l'article L. 212-2-1 du code du travail la mention selon laquelle les conventions et accords devaient fixer notamment le programme indicatif de la répartition du temps de travail.

En l'espèce, les périodes litigieuses courent du 14 décembre 2015 au 14 décembre 2018.

L'article 10.4 de l'accord national du 23 décembre 1981 sur la durée du travail dans les exploitations et entreprises agricoles étendu par arrêté du 3 mars 1982, dans sa rédaction issue de l'avenant n° 12 du 29 mars 2000, étendu par arrêté du 26 juillet 2000 stipule que « *L'employeur qui met en oeuvre l'annualisation de l'horaire de travail doit établir une programmation et tenir des comptes individuels de compensation conformément aux dispositions de l'annexe II du présent accord* ». Il prévoit que lorsqu'il établit sa programmation annuelle, l'employeur doit opter pour l'une des deux formules mentionnées, lesquelles fixent notamment un nombre d'heures maximum de modulation programmées en début de période annuelle.

Dans l'annexe II « Dispositions complémentaires relatives à l'annualisation de la durée du travail », il est notamment stipulé :

- « *II - Mise en oeuvre de l'annualisation* » [...] « *Avant de décider la mise en oeuvre de l'annualisation, l'employeur doit consulter le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel s'ils existent. En tout état de cause, la décision prise doit être portée à la connaissance du personnel par voie d'affichage un mois avant le début de la période d'annualisation.* [...] » ;
- « *III - Programmation indicative de l'annualisation*

Avant le début de la période d'annualisation, l'employeur établit pour la collectivité de salariés concernés un programme indiquant l'horaire indicatif correspondant aux travaux à réaliser pendant la période considérée. Ce programme peut être modifié en cours d'annualisation.

Ce programme doit préciser les points suivants :

** la formule d'annualisation choisie par référence à l'article § 4 de l'article 10.4 du présent accord,*

** la collectivité des salariés concernés,*

** la période d'annualisation retenue, qui ne peut être supérieure à 12 mois consécutifs,*

** les périodes de grande activité, pendant lesquelles l'horaire de travail est supérieur à la durée hebdomadaire de 35 heures,*

** les périodes d'activité réduite ou nulle, pendant lesquelles l'horaire de travail est inférieur à la durée hebdomadaire de 35 heures, voire nulle, étant précisé qu'un horaire journalier réduit ne peut être inférieur à la demi-journée, sauf cas particuliers concernant notamment des salaires affectés à des travaux d'entretien, de maintenance ou de surveillance exigeant moins d'une demi-journée de travail par jour, pour lesquels l'horaire de travail réduit ne peut être inférieur à deux heures,*

** les périodes pendant lesquelles l'horaire est égal à la durée hebdomadaire de 35 heures,*

** l'horaire indicatif correspondant à chacune de ces périodes.*

Le programme indicatif d'annualisation est soumis à la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel s'ils existent et est porté à la connaissance du personnel par voie d'affichage au moins une semaine à l'avance. Un exemplaire du document affiché est transmis à l'inspecteur du travail. » ;

- « IV - Modification du programme d'annualisation

[...]

Le projet de modification du programme d'annualisation est soumis à la consultation du comité d'entreprise ou à défaut, des délégués du personnel s'ils existent et est porté à la connaissance du personnel par voie d'affichage au moins une semaine à l'avance, sauf cas de force majeure, [...]. » ;

- « VI - Annualisation et chômage partiel

En cas de survenance de circonstances rendant impossible le respect de l'horaire programmé, l'employeur peut modifier le programme sans respecter la procédure prévue à l'alinéa précédent (V - Compte individuel de compensation), en vue de réduire immédiatement l'horaire de travail.

Dans cette hypothèse, l'employeur informe sans délai l'inspecteur du travail des circonstances justifiant la réduction d'horaires [...] ».

Ce faisant, l'accord litigieux fixe les règles selon lesquelles est établi le programme indicatif de la modulation de la durée du travail que doit mettre en oeuvre chaque employeur qui souhaite organiser l'annualisation de la durée du travail. En revanche, il ne prévoit pas les mois relatifs aux périodes de haute et basse activité au cours de l'année, ni l'horaire de travail et la répartition de la durée de travail pendant ces périodes, pas plus que le délai de prévenance en cas de changement des horaires de travail. Je considère donc qu'il ne comporte pas de programme indicatif de la répartition de la durée du travail, en temps que tel, ni la définition des contreparties dues au salarié en cas de réduction du délai de prévenance de sept jours préalable à toute modification du programme indicatif.

De plus, alors qu'elle avait retenu que l'accord ne prévoyait pas « *les contreparties des changements d'horaires de travail dans un délai inférieur à sept jours ouvrés* », la cour d'appel ne pouvait pas juger que le salarié n'établissait, ni n'alléguait

de préjudice, notamment du fait de cette carence, celle-ci étant de nature à rendre l'accord inopposable au salarié.

Par ailleurs, l'article 12 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels dispose notamment :

« [...] »

IV. - Cessent d'être applicables aux accords collectifs conclus avant la publication de la présente loi les dispositions relatives à la détermination d'un programme indicatif prévues :

1° Au 4° de l'article L. 212-8-4 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail ;

2° A l'article L. 212-2-1 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle ;

3° A l'article L. 212-8 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail ;

4° Au 1° de l'article L. 3122-11 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ;

5° A l'article L. 713-16 du code rural et de la pêche maritime, dans sa rédaction antérieure à la même loi. »

L'article 2 du code civil dispose « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.* », tandis que la loi du 8 août 2016, entrée en vigueur le 10 août 2016, ne prévoit pas la rétroactivité de ses dispositions.

En l'espèce, l'accord national du 23 décembre 1981, étendu par arrêté du 3 mars 1982, dans sa rédaction issue de l'avenant n° 12 du 29 mars 2000, étendu par arrêté du 26 juillet 2000, était soumis, s'agissant de la nécessité de fixer le programme indicatif de la répartition de la durée du travail, à l'article L. 212-8 du code du travail tel qu'issu de la loi du 19 janvier 2000.

Ainsi, l'article 12, IV, 1° de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a exclu, à compter de son entrée en vigueur, l'application à l'accord litigieux de l'exigence d'un programme indicatif de répartition de la durée du travail en vertu de l'article L. 212-8 du code du travail.

Dès lors, je considère que les dispositions de l'accord national, qui ne comportaient pas de programme indicatif de la répartition de la durée du travail ne sont pas restées en vigueur conformément à l'article 20, V, de la loi no 2008-789 du 20 août 2008 et peuvent être remises en cause jusqu'au 9 août 2016 en raison de cette carence, et donc, en l'espèce pour les périodes contestées, du 14 décembre 2015 au 9 août 2016, à l'exception de celle du 10 août 2016 au 14 décembre 2018, période pour laquelle le programme indicatif n'était plus demandé.

► Je conclus à la cassation sur les deux premières branches du premier moyen pour la période du 14 décembre 2015 au 9 août 2016, et au rejet pour la période du 10 août 2016 au 14 décembre 2018.

► **Les troisième et quatrième branches du premier moyen étant présentées à titre subsidiaire, je les considère sans objet pour la période antérieure au 10 août 2016.**

Concernant la période à compter du 10 août 2016, dès lors que l'employeur n'était plus tenu d'établir un programme indicatif d'annualisation, la consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel sur ce point devient sans objet.

► **Je conclus au rejet des troisième et quatrième branches du premier moyen pour la période postérieure au 10 août 2016.**

Le pourvoi reproche également à la cour d'appel de débouter le salarié de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour harcèlement moral ainsi que pour discrimination.

Il soutient que la cassation prononcée du chef du premier moyen relatif au non paiement d'heures supplémentaires entraînera par conséquence la censure de l'arrêt en ce qu'il a débouté le salarié de ses demandes de dommages et intérêts pour harcèlement moral et discrimination, en application de l'article 624 du code de procédure civile.

Il argue que la cour d'appel a procédé à une appréciation séparée de chaque élément invoqué alors qu'il lui appartenait de dire si, pris dans leur ensemble, les éléments présentés par le salarié laissaient présumer l'existence d'un harcèlement moral, et dans l'affirmative, d'apprécier les éléments de preuve fournis par l'employeur pour démontrer que les mesures en cause étaient étrangères à tout harcèlement moral.

Le pourvoi prétend que la cour d'appel n'a pas apprécié les éléments de preuve fournis par l'employeur pour démontrer que ses décisions étaient étrangères à toute discrimination.

L'article 624 du code de procédure civile dispose « *La portée de la cassation est déterminée par le dispositif de l'arrêt qui la prononce. Elle s'étend également à l'ensemble des dispositions du jugement cassé ayant un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire.* »

L'éventuelle cassation sur le premier moyen concernant la période antérieure au 10 août 2016 entraînerait l'inopposabilité de l'accord, s'agissant de la modulation du temps de travail et impliquerait que les salariés concernés puissent prétendre au paiement de leurs heures supplémentaires.

Toutefois, le grief des heures supplémentaires, non retenu par la cour d'appel n'est que l'un de ceux évoqués par le salarié pour établir un harcèlement moral et une discrimination à son encontre.

Par conséquent, je considère qu'il ne présente pas un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire avec les dispositions du jugement ayant écarté l'existence d'heures supplémentaires.

► **Je conclus au rejet sur les premières branches des deuxième et troisième moyens.**

L'article L. 1152-1 du code du travail stipule qu'*"Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel."*

Aux termes de l'article 1154-1 du code du travail, *"Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles."*

Ainsi, dès lors qu'un salarié expose une situation de harcèlement moral, les juges du fond doivent examiner la matérialité de tous les éléments invoqués par le salarié en prenant en compte les éventuels documents médicaux produits. Ils doivent ensuite apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer ou laissent supposer l'existence d'un harcèlement moral au sens de l'article L. 1152-1 du code du travail, puis, dans l'affirmative, apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement (Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 14-13.418, Bull. 2016, V, n° 128 ; Soc., 25 mai 2022, pourvoi n° 21-12.811).

En l'espèce, la cour d'appel a examiné les éléments produits au regard de chacun des faits invoqués. Elle a cité les pièces sur lesquelles elle fondait sa conviction et énoncé les faits qu'elle ne considérait pas comme étant établis, au regard des éléments communiqués. Si elle a ensuite examiné séparément les éléments pour établir que la matérialité de certains faits était démontrée, c'est dans leur ensemble qu'elle a pris ces faits pour conclure qu'ils ne laissaient pas supposer l'existence d'un harcèlement moral à l'origine de la détérioration de l'état de santé du salarié.

Ce faisant, la cour d'appel a souverainement apprécié, dans leur ensemble, les éléments de fait qui lui étaient présentés, faisant valablement application de l'article L. 1154-1 du code du travail pour retenir l'absence de faits permettant de présumer ou laissant supposer l'existence d'agissements de harcèlement moral.

► Je conclus au rejet sur la seconde branche du deuxième moyen.

Si l'article L. 1132-1 du code du travail prescrit l'interdiction de toute mesure discriminatoire à l'égard d'un salarié ou d'une personne lors d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, le régime de la preuve de l'existence d'une discrimination est fixé à l'article L. 1134-1 du code du travail.

Ce dernier, dans sa version antérieure à la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 dispose *“Lorsque survient un litige en raison d’une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l’existence d’une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l’article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d’adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d’instruction qu’il estime utiles.”

Ainsi, le juge est tenu d’examiner la matérialité de tous les éléments de fait présentés par le salarié puis de déterminer si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, laissent présumer l’existence d’une discrimination directe ou indirecte et le cas échéant, si l’employeur réussit à démontrer que les faits établis sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. L’analyse de l’ensemble des éléments qui lui sont présentés est laissée à l’appréciation souveraine du juge.

En l’espèce, la cour d’appel, a examiné les pièces produites par le salarié pour justifier d’une discrimination en raison de l’état de santé, les a citées, a considéré que certains faits n’étaient pas établis tandis que la matérialité d’autres l’était, avant de conclure que, pour ces derniers, pris dans leur ensemble, ils ne laissaient pas supposer l’existence d’une discrimination à l’origine de son état de santé.

Dès lors, faisant valablement application de l’article L. 1134-1 du code du travail, la cour d’appel a souverainement apprécié, dans leur ensemble, les éléments de fait qui lui étaient présentés, sans corréler le défaut de conséquence pour le salarié des faits dont elle a retenu la matérialité avec l’absence de discrimination.

► Je conclus au rejet sur la seconde branche du troisième moyen.

Le pourvoi reproche encore à la cour d’appel d’avoir dit que le juge judiciaire ne peut apprécier la validité du licenciement du salarié ni le caractère réel et sérieux de celui-ci et de déclarer sa demande en nullité du licenciement irrecevable.

Il prétend que l’autorisation de licenciement donnée par l’inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l’origine de l’inaptitude lorsqu’il l’attribue à un manquement de l’employeur à ses obligations ; que le juge judiciaire demeure compétent pour rechercher si l’inaptitude du salarié avait pour origine un manquement de l’employeur à ses obligations consistant en un harcèlement moral ou une discrimination.

La Cour juge que :

- « *Dans le cas où une demande d’autorisation de licenciement d’un salarié protégé est motivée par son inaptitude physique, il appartient à l’administration du travail de vérifier que l’inaptitude physique du salarié est réelle et justifie son licenciement. Il ne lui appartient pas en revanche, dans l’exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d’un harcèlement moral dont l’effet, selon les dispositions combinées des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 du code du travail, serait la nullité de la rupture du contrat de travail. Ce faisant, l’autorisation de licenciement donnée par l’inspecteur du travail ne fait pas obstacle à*

ce que le salarié, fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations. » (Soc., 27 novembre 2013, pourvoi n° 12-20.301 ; Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-21.349) ;

- et encore que « L'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations. A cet égard, si le juge ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, se prononcer sur une demande de résiliation judiciaire postérieurement au prononcé du licenciement notifié sur le fondement d'une autorisation administrative de licenciement accordée à l'employeur, il lui appartient, le cas échéant, de faire droit aux demandes de dommages-intérêts au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse ou de la nullité du licenciement ainsi que d'ordonner le remboursement par l'employeur aux organismes intéressés des indemnités de chômage. » (Soc., 15 juin 2022, pourvoi n° 20-22.430) ;

- et enfin que « Attendu que dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par son inaptitude physique, il appartient à l'administration du travail de vérifier que l'inaptitude physique du salarié est réelle et justifie son licenciement ; qu'il ne lui appartient pas en revanche, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral dont l'effet, selon les dispositions combinées des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 du code du travail, serait la nullité de la rupture du contrat de travail ; que, ce faisant, l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations ;

[...]

Attendu que la cour d'appel énonce que le licenciement de la salariée ayant été autorisé par l'inspecteur du travail, le juge prud'homal ne peut statuer sur la validité ou le bien-fondé du licenciement et que la demande tendant à prononcer la nullité du licenciement et subsidiairement à dire que celui-ci était dénué de cause réelle et sérieuse est irrecevable ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

Au regard de ces jurisprudences, je considère qu'en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait pas décider que les premiers juges n'auraient pas dû retenir que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse et que le salarié était recevable en sa demande de nullité du licenciement.

La cour d'appel a ensuite énoncé que n'ayant pas admis les griefs de harcèlement et de discrimination, elle ne pouvait pas retenir que ceux-ci puissent être la cause de l'inaptitude. Elle a enfin examiné chacun des autres faits présentés par le salarié aux fins de caractériser un manquement de l'employeur à ses obligations, avant de juger que l'inaptitude du salarié n'avait pas été provoquée par les manquements de l'employeur.

Par conséquent, à mon sens, la cour d'appel aurait dû admettre la recevabilité de la demande de nullité du licenciement avant, éventuellement, de la rejeter au fond dès lors qu'elle n'avait pas retenu que les manquements de l'employeur étaient à l'origine de l'inaptitude du salarié.

► **Je conclus à la cassation sur le quatrième moyen.**

Le pourvoi reproche enfin à la cour d'appel de débouter le salarié de ses demandes en paiement de dommages et intérêts pour licenciement nul ainsi que de compléments d'indemnité de licenciement et d'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents.

Il soutient que commet un excès de pouvoir la juridiction qui statue au fond après avoir déclaré irrecevable la prétention du demandeur à l'instance ; que la cour d'appel ne pouvait déclarer le salarié irrecevable en sa demande de nullité du licenciement tout en le déboutant de ses demandes indemnitaires à ce titre.

Il argue aussi que la cassation qui sera prononcée du chef du deuxième et/ou troisième moyen relatifs au harcèlement moral et à la discrimination entraînera, par voie de conséquence la censure de l'arrêt en ce qu'il a débouté le salarié de ses demandes de dommages et intérêts pour licenciement nul, de complément d'indemnité de licenciement, d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés y afférents.

Aux termes de l'article 122 du code de procédure civile, « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.* »

En l'espèce, dans les motifs de sa décision, la cour d'appel a énoncé que c'était à tort que les premiers juges avaient déclaré le salarié recevable en sa demande de nullité du licenciement et retenu que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse puis a examiné au fond les demandes du salarié relatives à la rupture du contrat de travail.

Dans le dispositif de l'arrêt, la cour d'appel a infirmé le jugement déféré en ce qu'il a déclaré la demande en nullité du licenciement recevable et dit que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse ; dit que le juge judiciaire ne pouvait apprécier la validité du licenciement ni le caractère réel et sérieux de celui-ci ; déclaré la demande en nullité du licenciement irrecevable et confirmé le jugement notamment en ce qu'il a rejeté les demandes en paiement de dommages et intérêts pour licenciement nul et de compléments d'indemnité de licenciement ainsi que d'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents.

Dès lors, je considère qu'un excès de pouvoir est caractérisé puisque la cour d'appel a débouté, après examen au fond, le salarié de ses demandes indemnitaires au titre de la nullité du licenciement après avoir pourtant déclaré irrecevable la demande à cette fin.

► **Je conclus à la cassation sur la première branche du cinquième moyen.**

Enfin, dès lors que je suis au rejet sur les deuxième et troisième moyens, je considère la seconde branche du cinquième moyen sans objet.

► **Je conclus au rejet sur la seconde branche du cinquième moyen.**