



**RAPPORT DE Mme TECHER,
CONSEILLÈRE 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

Le présent rapport contient des propositions de rejets non spécialement motivés, formulées en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [T] a été engagé en qualité d'ouvrier qualifié, à compter du 6 janvier 1992, par la société [N] fils l'Ebeaupin, aux droits de laquelle se trouve la société Les trois paroisses, suivant contrats à durée déterminée, puis contrat à durée indéterminée à compter du 27 juin 1993.

Le salarié a présenté sa démission le 1^{er} décembre 1994.

Il a été engagé à nouveau à compter du 2 janvier 1995, avec une reprise d'ancienneté au 6 janvier 1992.

Dans le dernier état de la relation contractuelle, il occupait les fonctions de chef de culture.

Le 28 janvier 2015, il a été élu délégué du personnel.

Le salarié a été licencié le 14 décembre 2018 pour inaptitude et impossibilité de reclassement, après autorisation donnée par l'administration du travail.

Invoquant la nullité de son licenciement, il a saisi la juridiction prud'homale le 27 janvier 2020 de 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 :

- déclaré la demande en nullité du licenciement recevable,
- dit le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse,
- condamné l'employeur à payer au salarié des sommes à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires, outre congés payés afférents, et en application de l'article 700 du code de procédure civile,
- ordonné la remise de documents de fin de contrat et de bulletins de paie rectifiés, sous astreinte,
- rejeté les autres demandes,
- et condamné l'employeur aux dépens.

Par arrêt du 6 avril 2023, la cour d'appel d'Angers a confirmé le jugement sauf en ce qu'il a :

- déclaré la demande en nullité du licenciement recevable,
- dit le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse,
- condamné l'employeur à payer des sommes au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents,
- débouté le salarié de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour dépassement des durées hebdomadaire et quotidienne de travail,
- et ordonné la remise des documents de fin de contrat et bulletins de paie rectifiés sous astreinte.

Statuant à nouveau des chefs infirmés, elle a :

- 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,
- condamné l'employeur à payer au salarié une somme à titre de dommages-intérêts pour dépassement des durées hebdomadaire et quotidienne de travail,
- débouté le salarié de ses demandes en paiement au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents ainsi qu'en remise de documents de fin de contrat et de bulletins de paie rectifiés.

Elle a en outre rejeté les demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile et condamné l'employeur aux dépens d'appel.

Le salarié a formé un pourvoi le 1^{er} août 2023.

Le 1^{er} décembre 2023, il a déposé un mémoire ampliatif qui a été notifié le même jour à l'employeur constitué et dans lequel il conclut à la cassation et à l'annulation de l'arrêt

et réclame la somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 1^{er} février 2024, l'employeur a déposé un mémoire en défense qui a été notifié le même jour au salarié et dans lequel il conclut au rejet du pourvoi ainsi qu'à la condamnation de ce dernier à lui payer la somme de 3 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 22 mars 2024, il a déposé un mémoire complémentaire qui a été notifié le même jour au salarié.

La procédure apparaît régulière en la forme et en état d'être jugée.

2 - Analyse succincte des moyens

Dans un premier moyen divisé en quatre branches, le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes en paiement de rappels de salaire sur temps plein et pour heures supplémentaires, outre congés payés afférents, et d'une indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, alors :

« 1°/ qu'il résulte de l'article 20 V de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 que seuls les accords conclus en application de l'article L. 3122-9 du code du travail dans sa rédaction alors applicable restent en vigueur, et d'autre part, qu'en l'absence d'accord collectif prévu par l'article L. 3122-2 du code du travail issu de la loi du 20 août 2008, le décret n° 2008-1132 du 4 novembre 2008 et l'article D. 3122-7-1 du code du travail ne donnent la possibilité à l'employeur d'organiser la durée du travail que sous forme de périodes de travail, chacune d'une durée de quatre semaines au plus ; que les dispositions de l'article 10.4 de l'accord national du 23 décembre 1981 sur la durée du travail dans les exploitations et entreprises agricoles 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 ; que cet accord ne pouvant pas être regardé comme ayant été conclu en application de l'article L. 3122-9 du code du travail, il n'est pas 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 ; qu'en décidant au contraire, pour débouter M. [T] de ses demandes salariales afférentes à la période du 14 décembre 2015 au 14 décembre 2018, que l'accord national du 23 décembre 1981 "prévoit les modalités d'établissement du programme indicatif de modulation du temps de travail ainsi que la prise en compte et les conditions de rémunération des périodes de modulation pendant lesquelles les salariés ont été absents" et que "s'il ne prévoit effectivement, ni les modalités de recours au temps de travail temporaire, ni les contreparties des changements d'horaires de travail dans un délai inférieur à sept jours ouvrés, ces éléments ne sauraient à eux seuls, être suffisants pour considérer que cet accord n'a pas été sécurisé par l'article 20 de la loi du 20 août 2008 et est inopposable à l'ensemble des salariés", la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2°/ 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 ; qu'en relevant dès lors que "M. [T] n'établit ni n'allègue avoir subi un préjudice du fait de ces carences", pour le débouter de ses demandes salariales fondées sur un décompte du temps de travail selon le droit commun, la cour d'appel s'est déterminée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard de l'article 20 V de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, de l'article L. 3122-2 du code du travail en sa rédaction issue de cette loi et de l'article 10.4 de l'accord national du 23 décembre 1981 sur la durée du travail dans les exploitations et entreprises agricoles ;

3°/ subsidiairement, que selon l'article 10.4 de l'accord national du 23 décembre 1981 sur la durée du travail dans les exploitations et entreprises agricoles, "tout employeur relevant du champ d'application du présent accord national peut mettre en œuvre l'annualisation du temps de travail dans les conditions fixées au présent accord. Avant de décider la mise en œuvre de l'annualisation, l'employeur doit

consulter les représentants des salariés le cas échéant. 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. Si, au titre d'une période d'annualisation ultérieure, l'employeur décide d'opter pour une autre formule ou d'y renoncer, le personnel est consulté et informé dans les mêmes formes et délais" ; qu'il en résulte que l'employeur est tenu de consulter les représentants du personnel préalablement à la mise en œuvre de la modulation du temps de travail dans l'entreprise, comme avant toute modification de la formule choisie pour son programme indicatif, et qu'à défaut, l'accord de modulation est inopposable au salarié ; qu'en décidant au contraire que "le défaut de consultation des délégués du personnel sur les décisions de l'employeur portant sur l'aménagement du temps de travail ou la durée du travail, exigée au titre de leurs missions, qui peut être sanctionné selon les règles régissant leur fonctionnement, n'a pas pour effet d'entraîner l'inopposabilité de l'accord de modulation à l'ensemble des salariés de la société", la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

4°/ subsidiairement, qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans constater que l'employeur avait, préalablement à la mise en œuvre 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 cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 10.4 de l'accord national du 23 décembre 1981 sur la durée du travail dans les exploitations et entreprises agricoles. »

Dans un deuxième moyen divisé en deux branches, il fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour harcèlement moral, alors :

« 1°/ que, pour dire que M. [T] n'établissait pas l'existence de faits laissant supposer une situation de harcèlement moral, l'arrêt retient, d'une part, qu'il n'établissait pas la surcharge de travail invoquée dès lors qu'il n'établissait pas l'exécution d'heures supplémentaires impayées, d'autre part, que le défaut de réglage de la pointeuse en 2017 avait été sans conséquence pour lui dans la mesure où il n'en était pas résulté le non-paiement d'heures supplémentaires accomplies ; que dès lors, la cassation qui sera prononcée du chef du premier moyen relatif au non-paiement d'heures supplémentaires entraînera, par voie de conséquence et en application de l'article 624 du code de procédure civile, la censure de l'arrêt en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de dommages-intérêts pour harcèlement moral ;

2°/ que, pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral, à charge pour l'employeur, le cas échéant, de prouver 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 ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu que "les éléments matériellement établis, soit la résistance de l'employeur à verser la prime d'ancienneté plus de vingt ans avant l'avis d'incapacité de M. [T], l'absence de mise en place de réunion de délégués du personnel du fait de la négligence de la société qui n'a au demeurant donné lieu à aucun procès-verbal pour délit d'entrave suite au contrôle du 19 décembre 2017, le défaut de réglage de la pointeuse en 2017 dont les effets étaient subis par l'ensemble des salariés et qui a été sans conséquence pour M. [T], le dépassement exceptionnel des durées de travail dont les dernières sont antérieures d'un an avant son arrêt de travail, et la dénonciation d'un usage, certes irrégulière, mais non décidée par mesure de rétorsion et une nouvelle fois sans conséquence pour M. [T], pris dans leur ensemble, ne laissent pas supposer l'existence d'un harcèlement moral ni d'une discrimination à l'origine de la détérioration de son état de santé" ; qu'en procédant ainsi à une appréciation séparée de chaque élément invoqué par M. [T], pour le débouter de sa demande au titre du harcèlement moral, cependant 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, la cour d'appel a violé l'article L. 1152-1 du code du travail et l'article L. 1154-1 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. »

Dans un troisième moyen divisé en deux branches, il fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour discrimination, alors :

« 1°/ que, pour dire que M. [T] n'établissait pas l'existence de faits laissant supposer une discrimination, la cour d'appel a retenu, d'une part, qu'il n'établissait pas la surcharge de travail invoquée dès lors qu'il n'établissait pas l'exécution d'heures supplémentaires impayées, d'autre part, que le défaut de réglage de la pointeuse en 2017 avait été sans conséquence pour lui dans la mesure où il n'en était pas résulté

le non-paiement d'heures supplémentaires accomplies ; que dès lors, la cassation qui sera prononcée du chef du premier moyen relatif au non-paiement d'heures supplémentaires entraînera, par voie de conséquence et en application de l'article 624 du code de procédure civile, la censure de l'arrêt en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de dommages-intérêts pour discrimination ;

2°/ que, lorsque le salarié présente des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que, pour débouter M. [T] de sa demande de dommages-intérêts pour discrimination, l'arrêt retient que "les éléments matériellement établis, soit la résistance de l'employeur à verser la prime d'ancienneté plus de vingt ans avant l'avis d'incapacité de M. [T], l'absence de mise en place de réunion de délégués du personnel du fait de la négligence de la société qui n'a au demeurant donné lieu à aucun procès-verbal pour délit d'entrave suite au contrôle du 19 décembre 2017, le défaut de réglage de la pointeuse en 2017 dont les effets étaient subis par l'ensemble des salariés et qui a été sans conséquence pour M. [T], le dépassement exceptionnel des durées de travail dont les dernières sont antérieures d'un an avant son arrêt de travail, et la dénonciation d'un usage, certes irrégulière, mais non décidée par mesure de rétorsion et une nouvelle fois sans conséquence pour M. [T], pris dans leur ensemble, ne laissent pas supposer l'existence d'un harcèlement moral ni d'une discrimination à l'origine de la détérioration de son état de santé" ; qu'en statuant ainsi, cependant que le refus illicite de verser au salarié une prime d'ancienneté, l'impossibilité dans laquelle était placé le salarié d'exercer son mandat de délégué du personnel, le défaut de réglage de la pointeuse susceptible d'avoir une incidence sur le décompte du temps de travail et le versement de la rémunération, le dépassement des durées maximales de travail et la dénonciation irrégulière d'un usage relatif au maintien de la rémunération pendant un arrêt de travail constituent des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, peu important à ce titre qu'ils n'aient pas produit d'effet, la cour d'appel, qui devait dès lors apprécier les éléments de preuve fournis par l'employeur pour démontrer que ses décisions étaient étrangères à toute discrimination, a violé les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail. »

Dans un quatrième moyen, il fait grief à l'arrêt de dire que le juge judiciaire ne peut apprécier la validité de son licenciement ni le caractère réel et sérieux de celui-ci et de déclarer sa demande en nullité du licenciement irrecevable, alors « 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'incapacité lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations ; que le juge judiciaire demeure ainsi compétent pour rechercher si l'incapacité du salarié avait pour origine un manquement de l'employeur à ses obligations consistant en un harcèlement moral ou une discrimination ; qu'en décidant au contraire qu'en l'état d'une autorisation administrative accordée à l'employeur de licencier un salarié protégé, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux des motifs retenus pour justifier le licenciement" et que "c'est à tort que les premiers juges ont d'une part déclaré M. [T] recevable en sa demande de nullité du licenciement, et d'autre part ont retenu que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse", la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1, L. 1132-2, L. 1132-4, L. 1152-1, L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail. »

Dans un cinquième et dernier moyen divisé en deux branches, il fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes en paiement de dommages-intérêts pour licenciement nul, ainsi que de compléments d'indemnité de licenciement et d'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents, alors :

« 1°/ que commet un excès de pouvoir la juridiction qui statue au fond après avoir déclaré irrecevable la prétention du demandeur à l'instance ; que l'arrêt dit que le juge judiciaire ne peut apprécier la validité du licenciement de M. [T] ni le caractère réel et sérieux de celui-ci et l'a déclaré irrecevable en sa demande de nullité du licenciement, tout en confirmant le jugement entrepris en ce qu'il avait 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 ; qu'en déclarant ainsi le salarié irrecevable en sa demande de nullité du licenciement, tout en le déboutant de ses demandes indemnitaires à ce titre, la cour d'appel a commis un excès de pouvoir en violation des articles 122 et 562 du code de procédure civile ;

2°/ subsidiairement, que la cassation qui sera prononcée du chef du deuxième et/ou du troisième moyen relatifs au harcèlement moral et à la discrimination entraînera, par voie de conséquence et en application

de **l'article 624 du code de procédure civile**, 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. »

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

Opposabilité du dispositif de modulation de la durée du travail prévu par l'accord national du 23 décembre 1981 sur la durée du travail dans les exploitations et entreprises agricoles :

- régularité de l'accord au regard des mentions exigées par la loi (programme indicatif de la répartition de la durée du travail, modalités de recours au travail temporaire, définition des contreparties dues au salarié en cas de réduction du délai de prévenance de sept jours avant modification du programme indicatif),
- respect des règles prescrites (consultation des représentants du personnel préalablement à la mise en œuvre de la modulation du temps de travail et avant toute modification dudit programme).

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Sur le premier moyen, relatif à l'opposabilité de l'accord de modulation de la durée du travail

4.1.1. Sur le rappel des textes applicables en matière de modulation

De longue date, ont été mis en place des dispositifs d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine, à l'instar de la modulation, qui permet de répondre aux fluctuations conjoncturelles ou saisonnières liées à l'activité normale de l'entreprise, en limitant le recours, tant aux heures supplémentaires en période de haute activité, qu'au chômage partiel en période de basse activité.

Le dispositif de la modulation a été précisément instauré par l'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés.

La loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 a par la suite distingué trois types de modulation :

- l'article L. 212-8 du code du travail prévoyait ainsi les modulations de types I et II :

« I. - Une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de l'année à condition que sur un an cette durée n'excède pas en moyenne trente-neuf heures par semaine travaillée.

Ces conventions ou accords entraînent l'application des dispositions de l'article L. 212-8-1.

II. - Les conventions ou accords mentionnés au paragraphe I peuvent en outre prévoir que, dans la limite de quarante-quatre heures par semaine, les heures effectuées au-delà de la durée légale ne donnent lieu ni aux majorations de salaire fixées par l'article L. 212-5, ni au repos compensateur rendu obligatoire par le premier alinéa de l'article L. 212-5-1. Il ne peut être dérogé à la limite de quarante-quatre heures que par convention ou accord collectif étendu.

Les conventions ou accords prévus à l'alinéa précédent doivent accorder une contrepartie aux salariés consistant en une réduction de la durée du travail effectif ou en toute autre contrepartie, notamment financière, de temps de formation ou d'emploi, laissée à l'appréciation des signataires de la convention ou de l'accord.

Les heures effectuées au-delà de la limite fixée par les conventions ou les accords sont des heures supplémentaires soumises aux dispositions des articles L. 212-5 et suivants.

III. - Les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement prévus aux paragraphes I et II sont soumis aux dispositions de l'article L. 212-9 »

- et l'article L. 212-2-1 du même code prévoyait la modulation de type III :

« Dans la perspective du maintien ou du développement de l'emploi, les employeurs, les organisations d'employeurs et les organisations de salariés fixent les conditions d'une nouvelle organisation du travail résultant d'une répartition de la durée du travail sur tout ou partie de l'année, assortie notamment d'une réduction collective de la durée du travail, par convention ou accord collectif étendu ou par convention ou accord d'entreprise ou d'établissement.

Ces conventions ou accords tiennent compte de la nature saisonnière de certaines activités et prévoient notamment le calendrier et les modalités de mise en oeuvre ; ils fixent également les garanties collectives et individuelles applicables aux salariés concernés.

Ils peuvent prévoir une répartition de la durée du travail sur tout ou partie de l'année, à condition que, sur la période retenue, cette durée n'excède pas, en moyenne, par semaine travaillée, la durée prévue par la convention ou l'accord. Les heures effectuées au-delà de cette moyenne ouvrent droit à une majoration de salaire ou à un repos compensateur calculés dans les conditions fixées aux six premiers alinéas de l'article L. 212-5. Cette durée moyenne est calculée conformément aux dispositions du I de l'article L. 212-8-2.

Les conventions et accords définis par le présent article doivent respecter les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires du travail prévues par les articles L. 212-1, deuxième alinéa, et L. 212-7, deuxième et quatrième alinéas.

Ils doivent fixer notamment le programme indicatif de cette répartition et le délai dans lequel les salariés doivent être prévenus des changements d'horaires, ainsi que les conditions de recours au chômage partiel.

Toutefois, en l'absence des conventions et accords définis par le présent article, les salariés ayant des enfants à charge et qui en font la demande peuvent bénéficier, dans des conditions fixées par décret, d'une répartition de la durée annuelle du travail sur tout ou partie de l'année, que cette répartition soit assortie ou non d'une réduction de la durée du travail.

Cette nouvelle répartition fait l'objet d'un avenant au contrat de travail du salarié dans le respect des conditions fixées aux six premiers alinéas de l'article L. 212-5, au deuxième alinéa de l'article L. 212-1 et aux deuxième et quatrième alinéas de l'article L. 212-7. »

La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail a modifié le régime de la modulation du temps de travail en unifiant ces systèmes. Mais elle a maintenu les dispositifs conventionnels existants. Selon son article 8 :

« V.- Les stipulations des conventions ou accords collectifs intervenues sur le fondement des articles L. 212-2-1 et L. 212-8 du code du travail applicables à la date de publication de la présente loi demeurent en vigueur. Toutefois, à compter de la date à laquelle la durée légale du travail est fixée à trente-cinq heures, les heures excédant une durée moyenne sur l'année de trente-cinq heures par semaine travaillée sont des heures supplémentaires soumises aux dispositions des articles L. 212-5, L. 212-5-1 et L. 212-6 du même code. »

Aux termes de l'article L. 212-8 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 19 janvier 2000, applicable du 1^{er} février 2000 au 18 janvier 2003 :

« Une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, cette durée n'excède pas en moyenne trente-cinq heures par semaine travaillée et, en tout état de cause, le plafond de 1 600 heures au cours de l'année. La durée moyenne est calculée sur la base de la durée légale ou de la durée conventionnelle hebdomadaire si elle est inférieure, diminuée des heures correspondant aux jours de congés légaux et aux jours fériés mentionnés à l'article L. 222-1. La convention ou l'accord doit préciser les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation.

Les conventions ou accords définis par le présent article doivent respecter les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires définies par les deuxièmes alinéas des articles L. 212-1 et L. 212-7.

Les heures effectuées au-delà de la durée légale, dans les limites fixées par la convention ou l'accord, ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 212-5 et L. 212-5-1 et ne s'imputent pas sur les contingents annuels d'heures supplémentaires prévus à l'article L. 212-6.

Constituent des heures supplémentaires soumises aux dispositions des articles L. 212-5, L. 212-5-1 et L. 212-6 les heures effectuées au-delà de la durée maximale hebdomadaire fixée par la convention ou l'accord, ainsi que, à l'exclusion de ces dernières, les heures effectuées au-delà de la durée moyenne annuelle calculée sur la base de la durée légale selon la règle définie au premier alinéa et, en tout état de cause, de 1 600 heures.

Les conventions et accords définis par le présent article **doivent fixer le programme indicatif de la répartition de la durée du travail, les modalités de recours au travail temporaire, les conditions de recours au chômage partiel pour les heures qui ne sont pas prises en compte dans la modulation, ainsi que le droit à rémunération et à repos compensateur des salariés n'ayant pas travaillé pendant la totalité de la période de modulation de la durée du travail et des salariés dont le contrat de travail a été rompu au cours de cette même période.**

Le programme de la modulation est soumis pour avis avant sa mise en oeuvre au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. Le chef d'entreprise communique au moins une fois par an au comité d'entreprise, ou, à défaut, aux délégués du personnel, un bilan de l'application de la modulation.

Les salariés doivent être prévenus des changements de leurs horaires de travail dans un délai de sept jours ouvrés au moins avant la date à laquelle ce changement doit intervenir. Ce délai peut être réduit dans des conditions fixées par la convention ou l'accord collectif lorsque les caractéristiques particulières de l'activité, précisées dans l'accord, le justifient. **Des contreparties au bénéfice du salarié doivent alors être prévues dans la convention ou l'accord.**

Les modifications du programme de la modulation font l'objet d'une consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

La convention et l'accord définis par le présent article fixent les règles selon lesquelles est établi le programme indicatif de la modulation pour chacun des services ou ateliers concernés et organisent, le cas échéant, l'activité des salariés selon des calendriers individualisés. Dans ce cas, la convention ou l'accord doit préciser les conditions de changement des calendriers individualisés, les modalités selon lesquelles la durée du travail de chaque salarié sera décomptée ainsi que la prise en compte et les conditions de rémunération des périodes de la modulation pendant lesquelles les salariés ont été absents.

Les conventions et accords définis par le présent article peuvent prévoir qu'ils sont applicables aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire, ou à certaines catégories d'entre eux.

Les absences rémunérées ou indemnisées, les congés et autorisations d'absence auxquels les salariés ont droit en application de stipulations conventionnelles, ainsi que les absences justifiées par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident, ne peuvent faire l'objet d'une récupération par le salarié. Les absences donnant lieu à récupération doivent être décomptées en fonction de la durée de travail que le salarié devait effectuer. »

L'article 10.4 « Annualisation de la durée du travail » de l'accord national du 23 décembre 1981 « Durée et aménagement du temps de 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, qui a réécrit l'accord, applicable en l'espèce, prévoit :

« § 1 - Principe de l'annualisation

L'horaire de 35 heures peut être modulé en vue d'adapter la durée effective du travail à la nature de l'activité.

L'annualisation de la durée du travail est organisée dans le cadre d'une période au maximum égale à 12 mois consécutifs au cours de laquelle les heures de modulation effectuées au-delà de 35 heures par semaine doivent être compensées par des heures de repos appelées heures de compensation. Le nombre d'heures de modulation susceptibles d'être effectuées tous les ans est limité à 250. Cependant, ce nombre annuel maximum d'heures de modulation peut être majoré, par convention ou accord collectif ou, dans les entreprises de moins de 50 salariés, par accord avec le ou les délégués du personnel, dans la limite de 100 heures au maximum. Le nombre d'heures de modulation susceptibles d'être effectuées au cours d'une même semaine n'est limité que par les dispositions législatives, réglementaires et

conventionnelles relatives à la durée maximale quotidienne et hebdomadaire. Le nombre d'heures de compensation susceptibles d'être pris au cours d'une même semaine n'est pas limité et peut donc conduire soit à une réduction de la durée journalière de travail, soit à l'attribution d'un ou de plusieurs jours de compensation. Il est précisé qu'un horaire journalier réduit ne peut être inférieur à la demi-journée, sauf cas particulier concernant notamment des salariés 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.

§ 2 - Programmation et compte individuel de compensation

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.

§ 3 - Rémunération en cas d'annualisation

La rémunération mensualisée des salariés concernés par l'annualisation est indépendante de l'horaire réel de travail et est lissée sur la base de 151,67 heures par mois. En cas d'absence ne donnant pas lieu à maintien du salaire par l'employeur, la déduction à opérer sur la rémunération mensuelle lissée est fonction du nombre d'heures d'absence calculé par rapport à l'horaire programmé. La déduction est égale, par heure d'absence, à 1/151,67ème de la rémunération mensuelle lissée. Lorsque l'absence porte sur plus de 151,67 heures au titre d'un même mois, une déduction supplémentaire est effectuée sur la rémunération du mois suivant.

§ 4 - Heures effectuées hors modulation

Lorsqu'il est constaté en fin de période d'annualisation, que le nombre d'heures de modulation effectuées excède le nombre d'heures de compensation prises, les heures effectuées en trop constituent des heures hors modulation. A cet effet, l'employeur doit, lorsqu'il établit sa programmation annuelle, opter pour l'une des deux formules suivantes :

- Première formule : le nombre d'heures de modulation programmées en début de période annuelle n'excède pas 200 heures. Dans cette hypothèse, le contingent annuel maximum d'heures hors modulation est fixé à 150 heures. Toutefois, ce contingent est fixé à 190 heures au cours de la première période annuelle au titre de laquelle une formule d'annualisation est mise en oeuvre dans l'entreprise et à 170 heures au cours de la deuxième année.

- Deuxième formule : le nombre d'heures de modulation programmées en début de période annuelle excède 200 heures dans la limite maximum de 250 heures ou dans la limite maximale fixée par convention ou accord collectif. Dans cette hypothèse, le contingent annuel maximum d'heures hors modulation est fixé à 100 heures. Cependant, ce nombre annuel maximum d'heures hors modulation peut être majoré par la convention collective applicable dans la limite de 50 heures au maximum sauf dans le cas où la convention collective majore le nombre maximum de 250 heures de modulation.

Les heures hors modulation ainsi effectuées sont rémunérées avec le dernier salaire mensuel de la période, à raison de 1/151,67ème du salaire mensualisé lissé majoré de 25%. Cependant, ces heures peuvent, en tout ou en partie, ne pas faire l'objet d'une rémunération à la fin de la période si elles sont reportées sur la période annuelle suivante sous forme de repos compensateur. Dans cette hypothèse, chaque heure reportée ouvre droit à une heure et quart de repos compensateur payé et le contingent annuel maximum de 250 heures de modulation de la période annuelle suivante sera réduit du nombre d'heures ainsi reportées. »

Cet accord prévoit, dans son annexe II « Dispositions complémentaires relatives à l'annualisation de la durée du travail » :

« Pour la mise en oeuvre de l'annualisation de la durée de travail prévue au chapitre 10 du présent accord, les employeurs doivent respecter les dispositions de la présente annexe.

I - Principe de l'annualisation

Dans les exploitations et entreprises relevant du champ d'application du présent accord national, la durée du travail peut être annualisée conformément aux dispositions de l'article 10.4 du présent accord, afin d'adapter la durée du travail à la nature de l'activité.

La durée hebdomadaire de travail peut être modulée dans le cadre d'une période de 12 mois consécutifs maximum.

Il est convenu d'appeler "heures de modulation" les heures de travail effectuées au-delà d'une durée hebdomadaire de 35 heures et "heures de compensation" les heures de repos prises en compensation des heures de modulation et conduisant à un horaire hebdomadaire de travail inférieur à 35 heures.

II - Mise en oeuvre de l'annualisation

Tout employeur relevant du champ d'application du présent accord national peut mettre en oeuvre l'annualisation du temps de travail dans les conditions fixées au présent accord.

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.

Si, au titre d'une période d'annualisation ultérieure, l'employeur décide d'opter pour une autre formule ou d'y renoncer, le personnel est consulté et informé dans les mêmes formes et délais.

L'annualisation doit s'appliquer à l'horaire de travail d'une collectivité de salariés précisément définie et soumise à un même horaire de travail quelle que soit la nature ou la durée des contrats de travail (salariés d'une entreprise, d'un établissement, d'un atelier, d'un service, d'une équipe... étant entendu que plusieurs formules de modulation peuvent coexister au sein de la même entreprise.

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

En cas de modification du programme en cours de période d'annualisation, l'employeur devra préciser si cette modification est susceptible d'être compensée ou non avant la fin de la période d'annualisation :

- lorsque la modification est susceptible d'être compensée, le programme modifié devra indiquer que l'augmentation ou la diminution de l'horaire par rapport au programme indicatif entraînera une autre modification en sens inverse du même programme, au cours d'une période ultérieure, de telle sorte que sur l'ensemble de la période d'annualisation, le nombre d'heures de "modulation" soit compensé par un nombre identique d'heures de "compensation",
- lorsque l'augmentation ou la diminution de l'horaire initialement programmé ne peut plus être compensée avant la fin de la période d'annualisation, le programme modifié devra indiquer :
 - au cas où l'augmentation de l'horaire ne peut plus être compensée par des heures de "compensation", que les heures effectuées en plus sont des heures hors modulation ;
 - au cas où la diminution de l'horaire ne peut plus être compensée par des heures de modulation, si les heures seront récupérées dans les conditions prévues à l'article 6.4 du présent accord ou si elles feront l'objet d'une demande d'admission au chômage partiel.

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, notamment imprévus de production ou commerciaux et en cas de survenance de circonstances justifiant la réduction de l'horaire ou l'interruption collective du travail, lorsque les heures ainsi perdues sont susceptibles d'être

récupérées ou de faire l'objet d'une demande d'admission au titre du chômage partiel. Une copie du document affiché est transmise à l'inspecteur du travail.

Il est précisé que lorsque, un ou plusieurs salariés sont conduits à travailler exceptionnellement selon un horaire différent de l'horaire programmé, il ne s'agit pas d'une modification du programme applicable à la collectivité des salariés concernés par l'annualisation. La procédure prévue à l'alinéa précédent n'est donc applicable.

V - Compte individuel de compensation

L'employeur doit pour chaque salarié concerné par l'annualisation de la durée du travail tenir un compte individuel de compensation sur lequel l'employeur enregistre :

- l'horaire programmé pour la semaine,*
- le nombre d'heures de travail réellement effectuées par les salariés au cours de la semaine,*
- le nombre d'heures correspondant à des absences indemnisées ou non indemnisées programmées ou non programmées.*

L'état du compte individuel de compensation est retranscrit tous les mois sur le bulletin de paye ou un document annexé au bulletin de .

En fin de période d'annualisation, ou à la date de la rupture du contrat de travail intervenue en cours de période d'annualisation, l'employeur clôt le compte individuel de compensation et remet à chaque salarié concerné un document récapitulant l'ensemble de ses droits.

S'il apparaît en fin de période d'annualisation ou à la date de la rupture du contrat de travail, que le nombre d'heures de "modulation" effectuées est supérieur au nombre d'heures de "compensation" prises, il s'agit d'heures hors modulation qui seront rémunérées selon les dispositions prévues à l'article 10-4 du présent accord.

S'il apparaît, au contraire que le nombre d'heures de "compensation" prises est supérieur au nombre d'heures de "modulation" effectuées, la rémunération versée au salarié lui reste acquise sauf dans deux cas :

- les heures perdues correspondent à des heures perdues au titre du chômage partiel, auquel cas elles doivent être indemnisées comme telles ;*
- L'excès d'heures de "compensation" prises est constaté à l'occasion de la rupture du contrat de travail en cours de période d'annualisation pour un motif autre que le licenciement pour motif économique, auquel cas le salarié devra restituer la rémunération perçue au titre de ces heures. Le montant à restituer est déduit de la dernière paye.*

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, 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'horaire et s'il apparaît, à la fin de la période d'annualisation, que le nombre d'heures de travail ainsi perdues n'a pas pu être compensé par des heures de modulation, l'indemnisation au titre du chômage partiel peut être sollicitée. Cependant, l'admission au chômage partiel pourra être sollicitée immédiatement au cas où l'horaire hebdomadaire en deçà de la limite inférieure fixée par le programme indicatif. »

Après l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail, l'article L. 212-8 du code du travail, qui avait encore été modifié à deux reprises après la loi du 19 janvier 2000, a été transféré aux articles L. 3122-9 à L. 3122-18 du même code, relatifs à la modulation de la durée du travail.

Nous citerons à cet égard :

- l'article L. 3122-9 :

« Une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, cette durée n'excède pas un plafond de 1 607 heures.

La convention ou l'accord peut fixer un plafond inférieur.

La convention ou l'accord précise les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation.

La convention ou l'accord doit respecter les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires de travail définies au chapitre Ier. »

- l'article L. 3122-11 :

« 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 ;

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. »

- l'article L. 3122-12 :

« La convention ou l'accord de modulation fixe les règles selon lesquelles est établi le programme indicatif de la modulation pour chacun des services ou ateliers concernés et organise, le cas échéant, l'activité des salariés selon des calendriers individualisés.

Dans ce cas, la convention ou l'accord précise :

1° Les conditions de changement des calendriers individualisés ;

2° Les modalités selon lesquelles la durée du travail de chaque salarié sera décomptée ;

3° La prise en compte et les conditions de rémunération des périodes de la modulation pendant lesquelles les salariés ont été absents. »

- l'article L. 3122-13 :

« Le programme de la modulation est soumis pour avis avant sa mise en oeuvre au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel.

Les modifications du programme de la modulation font également l'objet d'une consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

L'employeur communique au moins une fois par an au comité d'entreprise, ou, à défaut, aux délégués du personnel, un bilan de l'application de la modulation. »

- et l'article L. 3122-14 :

« 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. »

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a abrogé le régime de la modulation mais a maintenu en vigueur les accords collectifs conclus antérieurement. Selon son article 20 :

« V.-Les accords conclus en application des articles L. 3122-3, L. 3122-9, L. 3122-19 et L. 3123-25 du code du travail ou des articles L. 713-8 et L. 713-14 du code rural dans leur rédaction antérieure à la publication de la présente loi restent en vigueur. »

Enfin, rappelons que, selon 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 :

*« 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.
»

cette disposition étant entrée en vigueur le lendemain de la publication de la loi, soit le 10 août 2016, conformément à l'article 1, alinéa 1^{er}, du code civil et à défaut de disposition en différant l'application.

4.1.2. Sur le rappel de la jurisprudence rendue en matière de modulation

Les salariés engagés antérieurement à la mise en place d'un système de modulation doivent donner leur accord exprès à la modification du contrat de travail qui en résulte (Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-17.776, 12-17.777, Bull. 2013, V, n° 217 ; Soc., 17 novembre 2021, pourvoi n° 19-25.149, 20-16.223, publié).

Ceux engagés postérieurement, soumis aux règles collectives, n'ont pas, sauf disposition dérogatoire de leur contrat de travail, à donner leur consentement à l'application dudit système (Soc., 15 décembre 2016, pourvoi n° 15-16.580 ; Soc., 2 mars 2017, pourvoi n° 15-21.832 ; Soc., 11 avril 2018, pourvoi n° 16-12.664).

Lorsque la durée du travail est organisée, en vertu d'un accord de modulation, sous forme de cycle de travail, les heures supplémentaires peuvent se décompter par rapport à la durée moyenne hebdomadaire calculée sur la durée de ce cycle (Soc., 11 octobre 1994, pourvoi n° 91-40.847, Bulletin 1994 V N° 271).

Lorsque la convention ou l'accord collectif qui met en place la modulation du temps de travail ne contient pas de programme indicatif de la répartition de la durée du travail, 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. Voir :

- Soc., 8 mars 2007, pourvoi n° 05-43.676 :

« Mais attendu que l'accord du 4 mai 1999 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail applicable au personnel soumis à la convention collective nationale du commerce de détail de l'habillement et des articles textiles, qui prévoit notamment dans son article 2 la possibilité d'une modulation des horaires de travail, n'est applicable pour les entreprises de plus de dix salariés qu'à la condition qu'un accord d'entreprise détermine les modalités de mise en oeuvre de la réduction du temps de travail, en particulier le mode de répartition du temps de travail sur la semaine ainsi que les périodes de haute activité, et que les plannings aient été notifiés aux salariés ;

Et attendu que la cour d'appel, qui n'a pas constaté l'existence d'un tel accord d'entreprise, a exactement décidé que les heures supplémentaires devaient être décomptées par semaine civile, peu important que certaines semaines aient comporté des horaires de moins de 39 heures ou 35 heures ; que le moyen n'est pas fondé ; »

- Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-45.274 :

« Mais attendu, d'abord, que dans sa note en délibéré du 7 juin 2006 autorisée par la juridiction, la société avait indiqué qu'elle considérait que, faute d'accord d'entreprise, l'accord de branche du 1^{er} décembre 1998 relatif à la réduction et à l'aménagement du temps de travail dans les entreprises de l'habillement était applicable dans l'entreprise ; d'où il suit que le moyen, qui n'est pas nouveau, est recevable ;

Attendu, ensuite, qu'en l'absence de tout accord d'entreprise, l'accord du 1^{er} décembre 1998 qui ne fixe qu'une amplitude maximale de variation des horaires modulés (44 heures sans pouvoir dépasser 42 heures sur 12 semaines consécutives), ne peut permettre à lui seul la mise en oeuvre de la modulation du temps de travail, faute de préciser, ainsi que l'impose l'article L. 212-8 du code du travail, le programme indicatif de la répartition de la durée du travail ;

Et attendu que le conseil de prud'hommes, qui a constaté que la société ne disposait pas d'un accord de modulation conforme à la législation, a exactement décidé que la demande de paiement des heures supplémentaires de la salariée était fondée ; que le moyen ne peut être accueilli ; »

- Soc., 24 mars 2010, pourvoi n° 08-42.587 :

« Mais attendu que la cour d'appel, interprétant l'accord litigieux, a exactement décidé que ses dispositions ne caractérisaient pas un accord de modulation en l'absence de précision des limites de variation de la durée hebdomadaire, de la durée annuelle, de la durée maximale hebdomadaire et du programme indicatif de la répartition de la durée du travail, ce dont elle a déduit que les heures supplémentaires ne pouvaient être décomptées annuellement ; que le moyen n'est pas fondé ; »

- Soc., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-13.709 :

« Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire l'accord de modulation du 18 janvier 2001 illégal, de surseoir à statuer sur la demande en paiement d'heures supplémentaires et d'ordonner une expertise visant à reconstituer le temps de travail effectif du salarié pour les années 2008 à 2012, préciser le nombre d'heures supplémentaires éventuellement accomplies et calculer le rappel de salaire au regard de la rémunération perçue, alors, selon le moyen :

1°/ que le juge ne saurait, sous couvert d'interprétation, donner à un écrit clair et précis, un sens et une portée qu'il n'a manifestement pas ; qu'il résultait des termes clairs et précis de l'accord d'entreprise du 18 janvier 2001 sur la réduction et l'aménagement du temps de travail, que pour s'adapter au caractère saisonnier du transport routier de personnes, la société Clamart cars prévoyait une modulation du temps de travail par période ; que l'accord précisait, dans le cadre de l'article 4 du chapitre 2 intitulé « répartition de la modulation du temps de travail par période », que la saison haute était « comprise entre avril et novembre » au regard « du caractère saisonnier de l'activité de tourisme » ; qu'il était encore prévu que le temps de travail du personnel roulant ne pouvait excéder « 88 heures par quatorzaine » et « par période de douze semaines consécutives » ; qu'il était enfin prévu « qu'afin d'éviter toute variation de rémunération entre les périodes hautes et basses d'activité, la rémunération versée sera indépendante de l'horaire réellement effectué dans le mois [?] » ; qu'en décidant cependant que « l'accord d'entreprise de réduction et d'aménagement du temps de travail du 18 janvier 2001 ne comporte pas, conformément à l'article L. 3122-11 (ancien article L. 212-8) du code du travail, alors en vigueur, un programme de modulation », la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de l'accord d'entreprise, et a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ que le juge ne saurait, sous couvert d'interprétation, donner à un écrit clair et précis, un sens et une portée qu'il n'a manifestement pas ; qu'il ressort encore des termes clairs et précis de l'accord d'entreprise du 18 janvier 2001 que « les heures supplémentaires seront traitées en application des dispositions légales et conventionnelles » ; que l'accord d'entreprise y ajoutait que « les heures de travail effectif réalisées au-delà de 1600 heures sur l'année seront considérées comme des heures supplémentaires », instituant ainsi un régime plus favorable que les 1 607 heures prévues par la loi ; qu'en décidant cependant que l'accord violerait l'article L. 3122-10 du code du travail en ce qu'il ne prévoirait pas de décompter comme heure supplémentaire « celles effectuées au-delà de la durée maximale hebdomadaire » fixée par l'accord à 48 heures, lorsque l'accord se plaçait dans le régime légal sauf disposition conventionnelle plus favorable concernant les 1 600 heures sur l'année, la cour d'appel a encore dénaturé les termes clairs et précis de l'accord, et a violé de plus fort l'article 1134 du code civil ;

3°/ que le juge ne saurait, sous couvert d'interprétation, donner à un écrit clair et précis, un sens et une portée qu'il n'a manifestement pas ; que comme il a été préalablement relevé, l'accord d'entreprise du 18 janvier 2001 précisait, dans le cadre de l'article 4 du chapitre 2 intitulé « répartition de la modulation du temps de travail par période », que la saison haute était « comprise entre avril et novembre » au regard « du caractère saisonnier de l'activité de tourisme » ; qu'il était encore prévu que le temps de travail du personnel roulant ne pouvait excéder « 88 heures par quatorzaine » et « par période de douze semaines consécutives » ; qu'il était enfin prévu « qu'afin d'éviter toute variation de rémunération entre les périodes hautes et basses d'activité, la rémunération versée sera indépendante de l'horaire réellement effectué dans le mois [?] » ; qu'en décidant cependant que l'accord de branche du 18 avril 2002 ne serait pas applicable à la relation de travail faute pour la société Clamart cars d'avoir établi un calendrier prévisionnel comportant « les périodes dites basses et celles dites hautes, après avis des institutions représentatives du personnel », lorsque l'accord d'entreprise du 18 janvier 2001 comportait un tel calendrier, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de l'accord d'entreprise, et a violé l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant retenu que l'accord d'entreprise de réduction et d'aménagement du temps de travail du 18 janvier 2001 ne comportait pas le programme indicatif de répartition de la durée du travail prévu à l'article L. 212-8 du code du travail dans sa rédaction alors applicable, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, sans dénaturation, légalement justifié sa décision ; »

L'invalidité s'étend au défaut d'autres mentions. Voir ainsi :

- Soc., 23 septembre 2009, pourvoi n° 07-44.712, Bull. 2009, V, n° 201 :

« Mais attendu que si le refus par le salarié d'accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en oeuvre d'un accord de modulation constitue, en application de l'article 30 II de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 alors applicable, une cause réelle et sérieuse de licenciement, c'est à la condition que cet accord soit conforme aux dispositions de l'article L. 212-8 du code du travail dans sa rédaction alors en vigueur ;

Et attendu qu'ayant constaté que l'accord d'entreprise du 2 novembre 2004 ne précise ni le programme indicatif de modulation, ni les conditions de réduction du délai de prévenance, ni les contreparties dont le salarié bénéficierait dans cette hypothèse, la cour d'appel en a exactement déduit que ce texte n'est pas conforme aux exigences de l'article L. 212-8 précité, en sorte que le licenciement du salarié motivé par le seul refus de celui-ci d'accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en oeuvre de la modulation est dépourvu de cause réelle et sérieuse ; que le moyen, mal fondé en ses première, deuxième et quatrième branches, inopérant en sa troisième et manquant en fait en sa cinquième, ne peut être accueilli ; »

Dans le même sens, Soc., 24 mars 2010, pourvoi n° 08-42.818.

- Soc., 27 mars 2013, pourvoi n° 11-21.200 :

« Mais attendu d'abord, qu'ayant constaté que l'accord d'entreprise du 18 juin 2001 instaurant une modulation du temps de travail ne comportait pas le programme indicatif de la répartition de la durée du travail, 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, la cour d'appel en a exactement déduit que l'accord de modulation n'était pas opposable au salarié ; »

- Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-19.834, Bull. 2014, V, n° 304 :

« Mais attendu, d'une part, qu'il résulte de l'article 20, V, de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 que seuls les accords conclus en application de l'article L. 3122-9 du code du travail dans sa rédaction alors applicable restent en vigueur, et d'autre part, qu'en l'absence d'accord collectif prévu par l'article L. 3122-2 du code du travail issu de la loi du 20 août 2008, le décret n° 2008-1132 du 4 novembre 2008 et l'article D. 3122-7-1 du code du travail ne donnent la possibilité à l'employeur d'organiser la durée du travail que sous forme de périodes de travail, chacune d'une durée de quatre semaines au plus ;

Et attendu que les dispositions de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001 relatives à l'organisation du travail sur une base annuelle ou inférieure à l'année ne comportaient pas de programme indicatif de la répartition de la durée du travail 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, et renvoyaient à la négociation d'accords d'entreprise la définition des conditions précises d'une organisation du travail sur tout ou partie de l'année dans les conditions prévues par les articles L. 3122-9 et suivants du code du travail ; qu'il s'en déduit que ces dispositions, qui n'avaient pas été conclues en application de l'article L. 3122-9 du code du travail, ne sont pas restées en vigueur conformément à l'article 20, V, de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ; qu'il en résulte qu'à **défaut d'accord collectif**, la société n'avait accès qu'à un dispositif permettant d'aménager le temps de travail sur une période pluri-hebdomadaire limitée à quatre semaines, en application des articles L. 3122-2 et D. 3122-7-1 du code du travail et ne pouvait unilatéralement aménager, comme elle l'a fait, le temps de travail sur l'année ;

Que par ces motifs de pur droit, substitués à ceux critiqués, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile, la décision déferée se trouve légalement justifiée ; »

Dans le même sens, Soc., 18 mars 2015, pourvoi n° 13-23.728, Bull. 2015, V, n° 56 ; Soc., 24 juin 2015, pourvoi n° 14-10.710.

- Soc., 15 décembre 2015, pourvoi n° 13-28.453 :

« Vu les articles L. 3122-12 et L. 3122-14 du code du travail dans leur rédaction alors applicable ;

Attendu que, pour débouter la salariée de sa demande en paiement d'un rappel d'heures supplémentaires, de repos compensateurs et de congés payés, l'arrêt retient que le défaut d'établissement d'un calendrier prévisionnel et l'absence de prévision d'un délai de prévenance en cas de modification du calendrier prévisionnel, dans l'accord d'entreprise, ne sauraient être sanctionnés, dans le silence des textes, par la mise à l'écart de l'entier dispositif conventionnel concernant les heures supplémentaires et le retour à l'application des dispositions légales en la matière ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'accord d'entreprise du 31 janvier 2003 ne précisait ni le programme indicatif de modulation, ni les conditions de réduction du délai de prévenance, ni les contreparties dont la salariée bénéficierait dans cette hypothèse, la cour d'appel, qui devait en déduire qu'il était inopposable à la salariée, a violé les textes susvisés ; »

- Soc., 13 mars 2019, pourvoi n° 17-25.701 :

« Mais attendu qu'il ressort de l'article 20, V, de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 que seuls les accords conclus en application de l'article L. 3122-9 du code du travail dans sa rédaction alors applicable restent en vigueur ;

Et attendu que les dispositions de l'article 8.3 de l'accord national du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie, relatives aux formalités de mise en oeuvre de l'organisation du temps de travail sur l'année, ne comportaient pas de programme indicatif de la répartition de la durée du travail 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, et renvoyaient à la négociation d'accords d'entreprise la mise en place d'un régime adapté à la situation particulière de tout ou partie de l'entreprise ou de l'établissement ; qu'il s'en déduit que ces dispositions, qui n'avaient pas été conclues en application de l'article L. 3122-9 du code du travail, ne sont pas restées en vigueur conformément à l'article 20, V, de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ;

Que par ce motif de pur droit, les parties en ayant été avisées conformément aux dispositions de l'article 1015 du code de procédure civile, l'arrêt se trouve justifié ; »

- Soc., 8 avril 2021, pourvoi n° 19-20.384 :

« 6. Selon l'article 20, V, de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, les accords conclus en application de l'article L. 3122-9 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la publication de cette loi restent en vigueur. Il en résulte que l'appréciation de l'opposabilité d'un de ces accords aux salariés concernés

s'apprécie, notamment, au regard de la conformité de celui-ci aux dispositions de l'article L. 3122-14 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi susvisée.

7. La cour d'appel a constaté qu'en application d'un protocole d'accord conclu le 26 novembre 2001, l'employeur avait mis en place au sein de l'entreprise un dispositif de modulation du temps de travail par lequel la durée hebdomadaire de travail variait sur l'ensemble de l'année de façon à ce que les semaines de haute activité fussent compensées par les semaines de moindre activité.

8. Puis elle a énoncé, à bon droit, qu'en application des textes susvisés, les salariés doivent être prévenus des changements de leurs horaires de travail dans un délai de sept jours ouvrés au moins avant la date à laquelle ce changement doit intervenir, que ce délai peut être réduit dans des conditions fixées par la convention ou l'accord collectif lorsque les caractéristiques particulières de l'activité, précisées dans l'accord, le justifient et que des contreparties au bénéfice des salariés doivent alors être prévues dans la convention ou l'accord.

9. Or elle a relevé que l'article 4 du protocole d'accord prévoit que « la programmation peut être révisée en cours de période sous réserve que les salariés concernés soient prévenus du changement d'horaire au minimum cinq jours calendaires à l'avance » et retenu justement que les contreparties à la réduction du délai de prévenance ne pouvaient pas être constituées par la mise en place d'une prime de flexibilité prévue par l'article 10 de l'accord ni par le choix laissé aux salariés de la prise de cinq jours de modulation, l'accord démontrant que les mesures prises en faveur des salariés étaient la contrepartie de la modulation elle-même.

10. Elle en a exactement déduit que le protocole d'accord ne répondait pas aux exigences légales sur ce point et, abstraction faite de motifs surabondants critiqués par le moyen pris en ses deuxième à cinquième branches, jugé que les salariés étaient bien fondés à demander qu'il leur fût déclaré inopposable et à prétendre au paiement d'heures supplémentaires décomptées sur la base de 35 heures hebdomadaires pour la période non atteinte par la prescription.

11. Le moyen n'est donc pas fondé. »

Dans le même sens, Soc., 8 avril 2021, pourvois n° 19-20.385, 19-20.387 et 19-20.388.

En revanche, il n'est pas exigé, pour leur validité, que les conventions ou accords de modulation détaillent le contenu du programme indicatif de répartition de la durée du travail (Conseil d'État, 17 juin 2002, requête n° 226936).

Lorsque la convention ou l'accord de modulation contient les mentions exigées par la loi mais que, dans les faits, ses dispositions ne sont pas respectées par l'employeur, cette convention ou cet accord sont privés d'effet et les salariés concernés peuvent là aussi prétendre au paiement de leurs heures supplémentaires dans un cadre hebdomadaire. Voir Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-14.216, Bull. 2014, V, n° 173 :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 17 janvier 2013), que la société Regroupement et diffusion de Saint-Lubin (RDSL) a mis en oeuvre un dispositif de modulation du temps de travail en application d'un accord d'entreprise du 22 mars 2000 relatif à l'aménagement et la réduction du temps de travail ; que M. Cauchois, engagé par la société RDSL en 1981 en qualité d'automaticien régleur et membre titulaire du comité d'entreprise, a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir paiement d'un rappel de salaires à titre d'heures supplémentaires en faisant valoir que l'obligation de mise en place d'un programme indicatif de la modulation prévu par l'accord d'entreprise n'avait pas été respectée ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen :

1°/ que l'accord de modulation du temps de travail est valide et est opposable aux salariés dès lors qu'il contient un programme de modulation ; qu'il n'est pas exigé par la loi qu'un programme soit adopté spécifiquement chaque année ; qu'en l'espèce il est constant que l'accord de modulation a été appliqué pendant huit ans, sur la base de ce qui était stipulé dans l'accord du 22 mars 2000, dont les précisions suffisaient à sa prévisibilité ; qu'en considérant que, bien que l'accord de modulation du temps de travail

soit valide, il n'était pas opposable au salarié dès lors qu'il n'avait pas fait l'objet d'une programmation annuelle, la cour d'appel a violé les articles L. 3122-9 et 11 (ancien) du code du travail ;

2°/ que l'accord de modulation du temps de travail est valide et est opposable aux salariés dès lors qu'il contient un programme de modulation, quand bien même aucun programme ne serait pris spécifiquement chaque année ; qu'il était fait valoir dans les conclusions d'appel « qu'au cours des réunions mensuelles du comité d'entreprise, la société RDSL a toujours transmis les informations concernant le volume d'activité, secteur par secteur, au fur et à mesure des mois. Cette information mensuelle était beaucoup plus proche de la réalité qu'un calendrier qui aurait été établi en début d'année (période du 1^{er} avril au 31 mars suivant). Et qui n'aurait fait que reprendre les termes mêmes de l'accord sur les périodes hautes et basses. En réalité le programme annuel a toujours été affiché puisque l'accord était affiché. De plus, la société RDSL affinait systématiquement ce programme indicatif mensuellement au cours des réunions du comité d'entreprise » ; qu'en ne recherchant pas si l'information des salariés était suffisante par l'information mensuelle donnée au comité d'entreprise dont le compte-rendu était affiché, respectant le cadre de l'accord de modulation du temps de travail dont elle venait préciser l'application au vu de la réalité du volume d'activité, la cour d'appel a manqué de base légale au regard de l'article L. 3122-9 (ancien) du code du travail ;

3°/ que l'accord de modulation de temps de travail régulièrement signé est opposable au salarié dès lors que celui-ci est suffisamment informé des modulations à intervenir ; que, concernant le salarié, il était fait valoir qu'en "tant que membre titulaire du comité d'entreprise (...) il était parfaitement informé de l'existence d'un programme de modulation et de son contenu puisqu'il était notamment présent aux réunions du comité" ; qu'en faisant droit à la demande du salarié aux motifs "qu'il n'a jamais été communiqué lors de ces réunions de document énonçant une programmation indicative du temps de travail établie dans les conditions prévues par l'accord de modulation ; Aucun document n'est d'ailleurs produit dans ce sens dans le cadre de l'instance ; De même, il n'est pas produit de notification individuelle au salarié d'une éventuelle programmation annuelle de la modulation du temps de travail, La simple mention sur ses bulletins de paie des heures de travail effectuées dans le mois ne suffit pas à constituer cette information individuelle préalable", sans rechercher si la participation du salarié au comité d'entreprise ne suffisait pas à sa bonne information quant à l'application de la modulation du temps de travail, la cour d'appel a manqué de base légale au regard de l'article L. 3122-9 (ancien) du code du travail ;

Mais attendu qu'il résulte des articles 2 de l'accord d'entreprise du 22 mars 2000 sur l'aménagement et la réduction du temps de travail et 4.2.3. de l'accord de branche du 19 septembre 2000 relatif à la réduction du temps de travail et à l'organisation du travail que pour le personnel sédentaire de production soumis à une modulation de la durée hebdomadaire de travail en fonction des variations de l'activité de l'entreprise, l'employeur doit établir chaque année avant le 1^{er} avril pour l'année suivante la programmation indicative sur douze mois du volume de production et de la charge de travail qui lui correspond mentionnant les périodes de l'année où le dispositif de modulation hebdomadaire est mobilisé, cette programmation étant communiquée aux salariés, après consultation des représentants du personnel au moins sept jours avant le début de la période sur laquelle est calculé l'horaire ;

Et attendu qu'ayant relevé que contrairement à cette prévision aucun programme indicatif de la répartition de la durée du travail n'avait été établi et soumis aux institutions représentatives du personnel, pas plus que communiqué aux salariés de l'entreprise au cours de la période considérée, la cour d'appel en a exactement déduit que l'accord de modulation était privé d'effet et que le salarié pouvait prétendre au paiement d'heures supplémentaires décomptées sur la base de 35 heures hebdomadaires ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »

Il est à noter que, dans cette affaire, l'accord d'entreprise du 22 mars 2000 prévoyait, sur la modulation du temps de travail (cf rappels de l'arrêt attaqué et du rapport) :

« Les parties au présent accord conviennent d'une réduction et d'une nouvelle organisation de la durée du travail, adaptées à chacune des catégories du personnel de l'entreprise.

Pour le personnel sédentaire de production :

MODULATION :

Le temps de travail du personnel de production sédentaire s'inscrit dans le cadre d'une modulation de la durée hebdomadaire du travail, à laquelle la société RDSL fait appel lorsque l'ampleur de la variation de son activité le justifie.

Une programmation indicative sur 12 mois du volume de production et de la charge de travail qui lui correspond est établie chaque année avant le 1^{er} avril pour l'année suivante.

Elle mentionne les périodes de l'année où le dispositif de modulation hebdomadaire détaillée ci-après est mobilisé.

Période haute: 15 août / 15 janvier - mars et mai

Période basse: tous les autres mois.

Sont concernés, sous réserve de l'ajustement réalisé chaque année par la programmation indicative,

* les mois : dernière quinzaine d'août, septembre, octobre, novembre, décembre, première quinzaine de janvier, mars et mai pour la période haute

* et de : dernière -quinzaine de janvier, février, avril, juin, juillet, première quinzaine d'août pour la période basse

pour un total prévisionnel minimum de 5 semaines à 44 heures et 1 semaine à 0 heure, soit un minimum obligatoire de 5 samedis travaillés en période haute ou 34 heures 10 minutes.

La modulation hebdomadaire est encadrée par le dispositif suivant :

* modulation habituelle de l'horaire du Lundi au Vendredi, étendue au Samedi matin de 6 h à 13 h, et en cas de nécessité, après consultation et accord du Comité d'Entreprise et des Délégués Syndicaux, au Samedi après-midi.

* durée hebdomadaire minimum de 0 heure

* durée hebdomadaire maximum de 44 heures et 44 heures en moyenne sur 12 semaines consécutives, sauf dérogation

* maximum d'heures travaillées par jour de pointe : 10 heures, sauf dérogation

* minimum d'heures travaillées par jour : 0 heure

** durée annuelle maximum de 1600 heures + 90 heures de contingent heures supplémentaires*

** délai de prévenance normal de 7 jours, ramené exceptionnellement à 3 jours en cas de nécessités impérieuses liées à la production. »*

Et que l'accord de branche du 19 septembre 2000 prévoyait pour sa part les modalités suivantes (cf rappel du rapport) :

« L'organisation de la modulation du temps de travail doit permettre à l'entreprise d'établir des variations d'horaires (plage haute, plage normale, plage basse) sur une période de 26 semaines consécutives.

Le décompte du temps de travail effectif sur chaque période de 26 semaines est défini selon les besoins de l'entreprise, étant entendu qu'au début de la période de décompte de l'horaire une programmation indicative est communiquée aux salariés, après consultation des représentants du personnel. Cette consultation a lieu au moins 7 jours avant le début de la période sur laquelle est calculé l'horaire.

Dans le cas du recours au système de modulation programmée des horaires prévus à l'article 4.2.5, les heures modulées ne sont pas considérées comme heures supplémentaires.

Sont considérées comme heures supplémentaires toutes heures définies comme suit :

1. Toute heure effectuée au-delà du quota d'heures de la première période de modulation ;

2. Toute heure effectuée en plus non compensée en fin de période annuelle.

Conformément à l'article L. 212-8 du code du travail, la programmation indicative de la modulation doit être établie pour l'ensemble de la période de modulation »

Le rapporteur du pourvoi, Mme le conseiller-doyen Mariette, précisait dans son rapport, notamment :

« Si l'obligation de livrer les règles selon lesquelles est établi le programme indicatif de la modulation pour chacun des services ou ateliers a été respecté puisque l'accord repérait les périodes de haute et de basse activité au cours de l'année, et précisait les durées de travail en périodes haute et basse, ainsi que le délai de prévenance en cas de changement des horaires de travail, il n'en demeure pas moins que le programme indicatif précis qui devait être établi annuellement avant le 1^{er} avril n'a pas été mis en place.

L'employeur reconnaît à cet égard, tant dans ses écritures d'appel que dans le mémoire ampliatif, que l'accord de modulation a été appliqué pendant huit ans, sur la base de ce qui était stipulé dans l'accord du 22 mars 2000, en soutenant que ses mentions précises suffisaient à sa prévisibilité »

Voir encore Soc., 26 avril 2017, pourvois n° 15-26.293 et 15-26.303 (aucun programme indicatif établi par l'employeur).

Les juges du fond doivent rechercher si l'employeur justifie avoir exécuté son obligation d'établissement d'un programme indicatif de répartition de la durée du travail (Soc., 13 octobre 2021, pourvoi n° 20-12.730) et leurs motifs ne doivent pas être impropres sur cette justification (Soc., 20 janvier 2021, pourvoi n° 19-17.364).

En ce qui concerne le défaut de consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel exigée par la loi pour avis sur le programme indicatif, il nous semble que l'arrêt du 2 juillet 2014 susvisé s'est prononcé dans le sens d'une inopposabilité de l'accord de modulation.

Cette situation est différente de celle dans laquelle notre chambre a jugé, dans une affaire relative à un temps partiel modulé, que le défaut de consultation annuelle du comité d'entreprise sur les décisions de l'employeur portant sur l'aménagement du temps de travail ou la durée du travail, exigée au titre des missions de cet organe concernant la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, qui peut être sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement du comité d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner l'inopposabilité de l'accord de modulation à l'ensemble des salariés de la société. Voir Soc., 18 septembre 2019, pourvoi n° 17-31.274, publié :

« Mais attendu, d'abord, que le défaut de consultation annuelle du comité d'entreprise sur les décisions de l'employeur portant sur l'aménagement du temps de travail ou la durée du travail, exigée au titre des missions de cet organe concernant la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, qui peut être sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement du comité d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner l'inopposabilité de l'accord de modulation à l'ensemble des salariés de la société ;

Attendu, ensuite, que la quantification préalable de l'ensemble des missions confiées et accomplies par le distributeur, dans le cadre de l'exécution de son métier, en fonction des critères associés à un référencement horaire du temps de travail prévu par l'article 2.2.1.2 du chapitre IV de la convention collective nationale de la distribution directe ne saurait, à elle seule faire obstacle à l'application des dispositions l'article L. 3171-4 du code du travail ; que la cour d'appel, faisant application de ces dispositions, sans se fonder exclusivement sur la quantification préalable des missions confiées et accomplies par la salariée, a constaté que l'employeur justifiait des heures effectivement réalisées par l'intéressée et que celle-ci n'avait pas produit d'éléments contraires ;

D'où il suit, que le moyen n'est pas fondé ; »

Voir ces extraits de commentaires de l'arrêt :

- par M. Morand, dans un article intitulé « Le temps partiel modulé et la preuve des heures travaillées dans la distribution directe », paru dans *La Semaine Juridique Sociale*, n° 43-44, 29 octobre 2019, p. 1310 :

« Dans l'arrêt commenté, pour justifier la demande en requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet, c'est un nouvel argument qui était avancé : le défaut de consultation du comité d'entreprise sur le programme indicatif global de la modulation en violation des dispositions qui imposaient une consultation annuelle de cette instance relative aux décisions de l'employeur portant aménagement du temps de travail ou portant sur la durée du travail.

La Cour de cassation n'a pas été sensible à cette irrégularité, en tout cas pas sur le terrain de la requalification du contrat. Elle précise ainsi « que le défaut de consultation annuelle du comité d'entreprise sur les décisions de l'employeur portant sur l'aménagement du temps de travail ou la durée du travail, exigée au titre des missions de cet organe concernant la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi, qui peut être sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement du comité d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner l'inopposabilité de l'accord de modulation à l'ensemble des salariés de la société ».

Selon la Cour, la carence relevée pourrait justifier, le cas échéant, une action du comité d'entreprise dans le cadre de l'entrave mais ne permet pas de rendre inopposable l'accord de modulation aux salariés de la

société. Il en serait sans doute autrement si l'accord collectif est défaillant et ne comporte pas les exigences rédactionnelles de l'ancien article L. 3123-25 du Code du travail.

D'ailleurs, et concernant la **modulation des salariés à temps complet**, l'ancien article L. 3122-13 du Code du travail prévoyait cette consultation préalable du comité d'entreprise concernant le programme de la modulation et les modifications de ce programme. **Pour cette catégorie de personnel, la Cour de cassation semble adopter une position différente en considérant qu'un accord de modulation est privé d'effet du fait qu'aucun programme indicatif de la répartition de la durée du travail n'a été établi et soumis aux institutions représentatives du personnel, ni communiqué aux salariés de l'entreprise (Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-14.216 : JurisData n° 2014-014959 ; JCP S 2014, 1407, note M. Morand).**

La différence d'appréciation tient peut-être au fait que pour la modulation des temps plein, un article spécifique prévoyait cette consultation alors que rien n'était prévu pour les salariés à temps partiel. Mais l'argument n'est pas très convaincant, d'autant que la Cour de cassation évoque, pour rejeter le pourvoi, l'obligation de consultation annuelle du comité sur la politique sociale, les conditions de travail et l'emploi, obligation créée par la loi n° 2015994 du 17 août 2015, non applicable à l'époque des faits.

La Cour de cassation aurait pu adopter la même solution que pour le temps complet puisqu'à défaut d'un texte légal spécifique imposant cette consultation, l'accord d'entreprise semblait l'imposer. »

- par le professeur Auzero dans un article intitulé « L'absence de consultation du comité d'entreprise n'entraîne pas l'inopposabilité d'un accord de modulation », paru dans le *Bulletin Joly travail*, n° 12, décembre 2019, p. 20 :

« Ce qu'il faut retenir, c'est que les prérogatives du comité d'entreprise n'avaient pas été respectées par l'employeur. Pour autant, on s'accordera avec la Cour de cassation pour considérer que le comportement fautif de l'employeur ne pouvait entraîner l'inopposabilité de l'accord collectif en cause. De notre point de vue, la mise à l'écart de cette sanction se justifie plus ici que dans l'arrêt de 1998. En effet, au cas présent, la consultation du comité d'entreprise ne présentait aucun lien avec l'accord collectif. On ne voit dès lors pas à quel titre celui-ci aurait pu être déclaré inopposable à la salariée.

Ainsi que le soulignent certains auteurs, à l'instar de la nullité, l'inopposabilité « prend sa source dans une imperfection contemporaine de la formation du contrat » (Terré F., Simler Ph. Lequette Y., Chénéde F., *Les obligations*, Précis Dalloz, 12e éd., 2019, n° 135). On sera bien en peine de déceler ici quelle imperfection pouvait affecter la norme conventionnelle, qui plus est au moment de sa formation. Au demeurant, le même constat pouvait être fait au soutien de la solution énoncée en 1998, étant rappelé que la consultation du comité d'entreprise ne constitue en aucune façon une condition de validité d'un accord collectif.

Cela ne saurait pour autant signifier qu'il n'y a pas de place pour l'inopposabilité en matière de convention et d'accord collectif de travail. Mais encore faut-il, dans un tout premier temps, caractériser une imperfection de cet acte juridique qui ne saurait résider dans l'absence de consultation du comité d'entreprise ou, aujourd'hui, du comité social et économique (Sur la sanction de l'inopposabilité en cas d'illégalité d'un accord collectif, v. Pagnerre Y., « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié. De lege lata, une action en inopposabilité », JCP S 2019, 1298 ; Baugard D., « Conventions et accords collectifs. L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié. De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité ? », JCP S 2019, 1297). »

Il appartient à l'employeur, qui soutient ne pas être tenu de procéder à la consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel pour avis sur le programme indicatif, d'établir la réalité des effectifs de son entreprise. Voir Soc., 20 janvier 2021, pourvoi n° 19-17.364, précité :

« Vu l'article 1315, devenu 1353, du code civil et l'article 19.3 de l'annexe 1 de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 relatif à l'aménagement du temps de travail :

10. Selon le premier de ces textes, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

11. Selon le second, le programme indicatif annuel de la répartition des horaires ainsi que sa modification devront être soumis pour avis au comité d'entreprise et, à défaut, aux délégués du personnel, s'ils existent, avant sa mise en oeuvre.

12. Pour débouter le salarié de ses demandes l'arrêt énonce que s'agissant de la consultation des délégués du personnel, le salarié qui prétend que la société Hôtel des thermes n'aurait pas respecté cette obligation ne justifie pas que, à la date d'entrée en vigueur de l'accord, soit en 2007, des délégués du personnel étaient élus dans l'entreprise, ni qu'une élection aurait dû être organisée par la société Hôtel des thermes à cette période compte tenu de l'effectif de l'entreprise, le seul élément produit concernant l'effectif de l'entreprise datant de 2013, soit plusieurs années après la date d'entrée en vigueur de l'accord.

13. En statuant ainsi, alors qu'il appartenait à l'employeur, qui soutenait ne pas être tenu de procéder à la consultation des délégués du personnel prévue par l'article 19.3 de l'annexe 1 de l'avenant du 5 février 2007, d'établir la réalité des effectifs de son entreprise, la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve, a violé le texte susvisé. »

Enfin, l'irrégularité d'un accord de modulation ou de sa mise en œuvre rend inapplicable aux salariés le décompte de la durée du travail dans un cadre autre qu'hebdomadaire (Soc., 9 avril 2015, pourvoi n° 13-20.936).

Mais elle ne saurait établir à elle seule l'existence d'heures supplémentaires (Soc., 19 janvier 2012, pourvois n° 10-24.535 et 11-22.791).

Votre rapporteur n'a pas trouvé de jurisprudence statuant sur l'accord national du 23 décembre 1981 en cause en ce qui concerne la modulation de la durée du travail.

4.1.3. Sur le cas d'espèce

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur l'opposabilité au salarié d'un système d'annualisation du temps de travail :

« En l'espèce, il sera observé à titre liminaire que :

- il est sans objet de vérifier si l'accord collectif du 23 décembre 1981 dans sa version initiale est conforme aux dispositions légales en vigueur à l'époque, dans la mesure où il a été modifié en considération de la loi du 19 janvier 2000 applicable au 1^{er} février 2000, et où le litige porte sur la période 2015/2018 ;

- cet accord collectif dans sa version une nouvelle fois modifiée le 1^{er} octobre 2019 communiquée par l'employeur, est inapplicable à l'espèce compte tenu du licenciement de M. [T] intervenu le 14 décembre 2018 ;

- l'accord dit 'd'entreprise' signé le 20 novembre 2001 par M. [A] [N] seul, ne saurait avoir cette nature dans la mesure où il résulte d'une décision unilatérale de l'employeur, au demeurant la Sca [N] Fils L'Ebeaupin, et non d'une négociation au sein de l'entreprise.

Il ressort de l'accord collectif dans sa version applicable à la cause, qu'il 'a notamment pour vocation de réduire le temps de travail dans le but de développer l'emploi salarié en agriculture ou le cas échéant de le préserver' (article 2.1). Contrairement aux affirmations de M. [T], il prévoit les modalités d'établissement du programme indicatif de modulation du temps de travail ainsi que la prise en compte et les conditions de rémunération des périodes de modulation pendant lesquelles les salariés ont été absents. Il évoque la situation des salariés n'ayant pas travaillé pendant l'intégralité de la période de modulation, notamment ceux dont le contrat de travail est rompu, et prévoit que l'annualisation doit s'appliquer à l'horaire de travail d'une collectivité de salariés précisément définie et soumise à un même horaire de travail quelle que soit la nature ou la durée des contrats de travail.

S'il ne prévoit effectivement, ni les modalités de recours au temps de travail temporaire, ni les contreparties des changements d'horaires de travail dans un délai inférieur à sept jours ouvrés, ces éléments ne sauraient, à eux seuls, être suffisants pour considérer que cet accord n'a pas été sécurisé par l'article 20 V de la loi du 20 août 2008 et est inopposable à l'ensemble des salariés, étant précisé que [T] n'établit ni n'allègue avoir subi un préjudice du fait de ces carences.

Il sera ajouté que la loi du 8 août 2016 n'exige pas la mention expresse dans l'accord collectif du plafond maximal de 1607 heures (article L.3121-41 du code du travail), lequel est indiqué comme constituant le seuil de déclenchement des heures supplémentaires.

Enfin, le défaut de consultation des délégués du personnel sur les décisions de l'employeur portant sur l'aménagement du temps de travail ou la durée du travail, exigée au titre de leurs missions, qui peut être sanctionné selon les règles régissant leur fonctionnement, n'a pas pour effet d'entraîner l'inopposabilité

de l'accord de modulation à l'ensemble des salariés de la société, étant précisé que la société Les Trois Paroisses démontre que chaque année, elle établit le programme indicatif et le transmet à la Direccte, laquelle n'a jamais formulé d'observation à ce titre.

Par conséquent, le moyen de M. [T] selon lequel l'accord collectif du 23 décembre 1981 modifié lui est inopposable est rejeté, étant observé qu'en tout état de cause, l'irrégularité d'un accord de modulation n'établit pas à lui seul l'accomplissement d'heures supplémentaires. »

Le salarié lui reproche :

- première branche (violation de la loi) : d'avoir retenu l'opposabilité du système d'annualisation du temps de travail prévu par l'article 10.4 de l'accord national du 23 décembre 1981 sur la durée du travail dans les exploitations et entreprises agricoles alors que ce texte ne comporte 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, ce dont elle aurait dû déduire que l'accord n'avait pas été conclu en application de l'article L. 3122-9 du code du travail et qu'il n'était ainsi pas 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,

- deuxième branche (manque de base légale) : d'avoir statué par un motif inopérant en retenant qu'il n'établissait ni n'alléguait avoir subi un préjudice du fait des carences affectant l'accord national du 23 décembre 1981 sur la durée du travail dans les exploitations et entreprises agricoles et tenant au fait que celui-ci ne prévoyait ni les modalités de recours au temps de travail temporaire ni les contreparties des changements d'horaires de travail dans un délai inférieur à sept jours ouvrés,

- troisième branche (violation de la loi), qualifiée de subsidiaire : d'avoir retenu que le défaut de consultation des délégués du personnel sur les décisions de l'employeur portant sur l'aménagement du temps de travail ou la durée du travail, exigée au titre de leurs missions, qui peut être sanctionnée selon les règles régissant leur fonctionnement, n'avait pas pour effet d'entraîner l'inopposabilité de l'accord de modulation à l'ensemble des salariés de la société, alors qu'il résulte de l'article 10.4 de l'accord national du 23 décembre 1981 sur la durée du travail dans les exploitations et entreprises agricoles que l'employeur est tenu de consulter les représentants du personnel préalablement à la mise en œuvre de la modulation du temps de travail dans l'entreprise, comme avant toute modification de la formule choisie pour son programme indicatif, et qu'à défaut, l'accord de modulation est inopposable au salarié,

- quatrième branche (manque de base légale), qualifiée de subsidiaire : de ne pas avoir constaté que l'employeur avait, préalablement à la mise en œuvre 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.

Notre chambre devra dire si ces critiques sont fondées au regard de l'ensemble des développements qui précèdent.

Si, dans le cadre de son délibéré, elle considérerait que le moyen :

- pris en sa première branche, en ce qu'il vise le défaut de programme indicatif pour la période postérieure au 10 août 2016, est inopérant dès lors que les exigences relatives à la détermination d'un programme indicatif dans l'accord de modulation ont cessé de s'appliquer à compter de cette date,

- pris en sa deuxième branche, est également inopérant en ce qu'il critique des motifs surabondants, la cour d'appel ayant préalablement et principalement retenu que les carences qu'elle avait relevées n'étaient pas en soi de nature à rendre l'accord de modulation inopposable,

elle pourrait rejeter ces griefs par une **décision non spécialement motivée**.

4.2. Sur les deuxième et troisième moyens, relatifs au harcèlement moral et à la discrimination

4.2.1. Sur le rappel des règles applicables en matière de harcèlement moral

Aux termes de l'article L. 1152-1 du code du travail :

« 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 L. 1154-1 du même code :

« 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. »

Notre chambre exerce un contrôle de qualification en matière de harcèlement moral : les juges du fond doivent faire ressortir que le salarié a établi la matérialité des faits qu'il invoque et que ces faits, qui doivent être appréciés dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence du harcèlement allégué (trois arrêts : Soc., 24 septembre 2008, pourvois n° 06-43.504, 06-45.579 et 06-45.794, Bull. 2008, V, n° 175).

L'étendue de ce contrôle et le mécanisme probatoire ont ainsi été précisés (Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 14-13.418, Bull. 2016, V, n° 128) :

« Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 1152-1 du code du travail, 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 ; qu'en vertu de l'article L. 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 établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement ; qu'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 ;

Attendu qu'il résulte de ces dispositions que, pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral au sens de l'article L. 1152-1 du code du travail ; que, dans l'affirmative, il revient au juge d'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 ;

Attendu que, sous réserve d'exercer son office dans les conditions qui précèdent, le juge apprécie souverainement si le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont étrangers à tout harcèlement ;

Et attendu qu'après avoir exactement rappelé le mécanisme probatoire prévu par l'article L. 1154-1 du code du travail, la cour d'appel, qui sans se contredire, a souverainement retenu que la salariée établissait des faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral mais que l'employeur justifiait au soutien de ses décisions d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, a décidé, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1154-1 du code du travail, qu'aucun harcèlement moral ne pouvait être retenu ; »

Il résulte de cet arrêt que, pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient aux juges du fond :

- 1°) d'examiner la matérialité de tous les éléments invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits,
- 2°) d'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,
- 3°) dans l'affirmative, d'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.

Le commentaire au rapport annuel mentionne :

« par cet arrêt rendu en formation plénière de la chambre sociale, la Cour de cassation retient désormais une voie médiane en matière de contrôle : ce contrôle, qui a permis depuis 2008 de mieux encadrer la démarche à suivre par le juge, n'est pas totalement abandonné aux juges du fond, mais il devient limité et recentré sur la vérification du respect par le juge du fond des règles s'imposant à lui pour la détermination de son appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve. »

Ainsi, depuis cet arrêt, notre chambre abandonne au pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation de l'existence de faits permettant de présumer ou laissant supposer l'existence d'agissements de harcèlement et, si de tels faits sont retenus, l'appréciation de la preuve par l'employeur de l'absence ou non de tout lien entre les mesures critiquées et un quelconque harcèlement.

Elle rejette donc désormais les pourvois qui ne tendent qu'à remettre en cause ce pouvoir dévolu aux juges du fond (voir par exemple Soc., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-14.420).

Les juges du fond doivent examiner tous les faits invoqués par le salarié à l'appui du harcèlement moral (Soc., 22 février 2017, pourvoi n° 15-22.378 ; Soc., 7 février 2018, pourvoi n° 16-19.415 ; Soc., 29 mai 2019, pourvoi n° 18-11.415 ; Soc., 8 janvier 2020, pourvoi n° 18-22.055 ; Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-10.778 ; Soc., 13 janvier 2021, pourvoi n° 19-19.511) et prendre en compte, à ce titre, les documents médicaux produits par le salarié (Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 10-10.684 ; Soc., 6 octobre 2017, pourvoi n° 16-12.743, Bull. 2017, V, n° 176 ; Soc., 27 janvier 2021, pourvoi n° 19-15.832).

Ils apprécient souverainement la matérialité des faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral (Soc., 22 mars 2017, pourvoi n° 15-29.108 ; Soc., 9 mai 2018, pourvoi n° 16-24.544 ; Soc., 13 février 2019, pourvoi n° 17-21.682 ; Soc., 2 décembre 2020, pourvoi n° 18-24.360).

Les juges du fond doivent ensuite procéder à une appréciation d'ensemble de ces faits et non séparée (Soc., 26 janvier 2017, pourvoi n° 15-22.033 ; Soc., 20 mars 2019, pourvoi n° 17-27.854 ; Soc., 12 février 2020, pourvoi n° 18-15.045 ; Soc., 3 février 2021, pourvoi n° 19-24.102).

Ils apprécient enfin souverainement si l'employeur démontre que les mesures dénoncées étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement (Soc., 2 juin 2017, pourvoi n° 16-13.134 ; Soc., 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-20.236 ; Soc., 2 décembre 2020, pourvoi n° 18-24.360, précité).

4.2.2. Sur le rappel des règles applicables en matière de discrimination

Selon l'article L. 1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er 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, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat notamment en raison de ses activités syndicales ou mutualistes, ou encore en raison de son état de santé.

Aux termes de l'article L. 1132-4 du même code, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 :

« Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul. »

Enfin, aux termes de l'article L. 1134-1 du même code :

« 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 1er 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. »

En application de cette disposition, il appartient au juge :

- 1°) d'examiner la matérialité de tous les éléments invoqués par le salarié,
- 2°) d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte,
- 3°) dans l'affirmative, d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Voir sur la fixation de ce mécanisme probatoire Soc., 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-42.940, Bulletin civil 1999, V, n° 447 ; Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-45.258, 97-45.259, Bull. 2000, V, n° 126 ; Soc., 26 avril 2000, pourvoi n° 98-42.643, Bulletin civil 2000, V, n° 151 ; Soc., 29 juin 2011, pourvois n° 10-14.067 et 10-15.792, Bull. 2011, V, n° 166.

Les juges du fond apprécient souverainement la matérialité des éléments de fait présentés par le salarié (Soc. 23 novembre 2016, n° 15-17.496 ; Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 19-10.631 ; Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-10.173 ; Soc., 13 janvier 2021, pourvoi n° 19-17.080) et les justifications apportées par l'employeur (Soc. 2 juin 2017, pourvoi n° 16-10.755 ; Soc., 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-20.236 ; Soc., 16 septembre 2020, pourvoi n° 18-21.274).

Pour des rappels récents de leur pouvoir souverain sur ces deux phases, voir, par exemple, Soc., 26 février 2020, pourvoi n° 18-23.679 ; Soc., 18 novembre 2020, pourvoi n° 18-25.710 ; Soc., 2 décembre 2020, pourvoi n° 18-24.360 ; Soc., 20 octobre 2021, pourvoi n° 20-12.434 ; Soc., 23 mars 2022, pourvoi n° 20-14.840.

4.2.3. Sur le cas d'espèce

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur les faits de harcèlement moral et de discrimination invoqués par le salarié :

« En l'espèce, il est établi que M. [T] a été élu délégué du personnel titulaire le 28 janvier 2015, qu'il a été placé en arrêt de travail le 15 mai 2018 et que par avis du médecin du travail du 23 octobre 2018, il a été déclaré inapte médicalement dans l'entreprise avec la mention 'tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé'.

S'agissant des faits de discrimination et de harcèlement, il convient d'examiner en premier lieu les éléments communiqués par M. [T].

Tout d'abord, il ne ressort pas des pièces du salarié les éléments suivants:

- *qu'il ait été soumis à un stress et des pressions, Mme [K] et Mme [C] ne parlant que pour elles-mêmes aux termes de leurs attestations et pour la première de sa lettre de démission, Mme [K] évoquant un acharnement de M. [N] au regard de son propre travail, et la seconde un stress et une angoisse liés à sa peur de mal faire du fait de la surveillance permanente de ce dernier, ces deux salariées attestant du soutien et des encouragements de M. [T] dans leur travail. Il sera au demeurant relevé que 'la surveillance permanente' de M. [N] est pour le moins contredite par M. [F] qui témoigne de ce que '[A] [N] était très peu présent'.*
- *qu'il ait été soumis à une surcharge de travail, le seul élément communiqué consistant en l'attestation de M. [F], lequel témoigne uniquement de l'investissement et des qualités professionnelles de M. [T], étant précisé qu'aucun élément ne vient corroborer la politique de sous-effectif dont ce dernier fait état. Il sera en outre rappelé qu'aucune heure supplémentaire n'a jamais été effectuée malgré la réintégration des 33 heures 23 précitées ;*
- *qu'il ait été victime de remarques ou de réflexions désobligeantes ou insidieuses sur quelque sujet que ce soit (état de santé, absences, ou mandat de délégué du personnel), rien ne venant corroborer ses affirmations ;*
- *que les secours n'aient pas été appelés lors du malaise du 18 juillet 2016, ni qu'il ait été laissé seul dans cette attente, M. [S] attestant que 'les secours ont été appelés dans la foulée par [N] [A]' puis que lui-même a continué à travailler et que lorsqu'il s'est rendu sur les lieux, 'il y avait l'ambulance, Mme [T] ainsi que son fils'.*

En revanche, il ressort des pièces produites par le salarié que :

- *par courrier du 26 février 1998, il a dû insister auprès de son employeur et faire intervenir l'inspection du travail pour bénéficier de la prime d'ancienneté conventionnelle qui lui était due ;*
- *par courrier du 12 février 2018, suite à son contrôle du 19 décembre 2017, l'inspection du travail a relevé qu'il ne bénéficiait d'aucune heure de délégation au titre de son mandat et qu'aucune réunion mensuelle n'était tenue avec l'employeur. Elle l'a par ailleurs invité à l'informer de la mise en place de ces réunions. Dans un second courrier du 14 février 2020, suite à la demande de M. [T], l'inspection du travail lui indique avoir fait un rappel à l'employeur lors du-dit contrôle de la réglementation concernant son rôle de délégué et de l'obligation de mettre en place ces réunions. M. [T] ne présente cependant aucun élément démontrant qu'il se serait heurté à la résistance de l'employeur à ce titre ;*
- *la durée hebdomadaire de travail a été dépassée les semaines 16, 17, 20, 21 et 25 de l'année 2015, la semaine 22 de l'année 2017, et la durée quotidienne les 10, 13 et 27 avril 2015, les 6 et 12 mai 2015, les 15 et 17 juin 2015, les 11, 22 et 31 mai 2017, et les 6 et 8 juin 2017 ;*
- *le 7 juin 2018, l'employeur a dénoncé l'usage consistant à maintenir le salaire des cadres en cas d'absence pour maladie et accident ;*
- *par le courrier précité du 14 février 2020, l'inspection du travail lui a indiqué avoir relevé lors de la visite de l'entreprise du 19 décembre 2017, le double enregistrement des heures par la badgeuse ayant pour effet de diminuer le temps de travail des salariés dont lui-même, ces décalages de quelques minutes dans la journée conduisant après quelques jours, semaines ou mois, à de grosses différences entre les*

heures déclarées et les heures réellement effectuées, lui-même ayant perdu 33 heures 23 du fait du réglage de ce logiciel.

Au titre des éléments médicaux, il ressort de l'avis du médecin du travail du 13 mars 2018, lors de la visite périodique, que M. [T] a été déclaré apte, sans aucune réserve ni observation. Le 16 novembre 2018, il a déposé une demande de reconnaissance de maladie professionnelle déclarée, selon lui, le 15 mai 2018 au titre d'un burn out et état dépressif. Cette date est celle de la disparition de son fils, lequel est source de préoccupations, encore le 5 mars 2020 où ce dernier a fait l'objet d'un avis de disparition inquiétante. La demande de reconnaissance de maladie professionnelle a été rejetée par décision de la MSA du 6 février 2020 dont il n'est pas allégué qu'elle ait été contestée. Selon certificat médical de son médecin traitant du 19 mars 2020, il est suivi 'régulièrement' pour un état dépressif évocateur d'une dépression d'épuisement, précisant que l'ensemble des propos de M. [T] est 'centré sur les difficultés et tensions qu'il aurait eu avec sa hiérarchie'.

Les éléments matériellement établis, soit la résistance de l'employeur à verser la prime d'ancienneté plus de vingt ans avant l'avis d'incapacité de M. [T], l'absence de mise en place de réunion de délégués du personnel du fait de la négligence de la société qui n'a au demeurant donné lieu à aucun procès-verbal pour délit d'entrave suite au contrôle du 19 décembre 2017, le défaut de réglage de la pointeuse en 2017 dont les effets étaient subis par l'ensemble des salariés et qui a été sans conséquence pour M. [T], le dépassement exceptionnel des durées de travail dont les dernières sont antérieures d'un an avant son arrêt de travail, et la dénonciation d'un usage, certes irrégulière, mais non décidée par mesure de rétorsion et une nouvelle fois sans conséquence pour M. [T], pris dans leur ensemble, ne laissent pas supposer l'existence d'un harcèlement moral ni d'une discrimination à l'origine de la détérioration de son état de santé. »

Dans la première branche de chacun des moyens examinés, le salarié invoque une cassation par voie de conséquence en application de l'article 624 du code de procédure civile, en visant le premier moyen.

Dans la seconde branche du deuxième moyen, tirée d'un grief de violation de la loi, il reproche à la cour d'appel d'avoir procédé à une appréciation séparée de chaque élément invoqué au soutien du harcèlement moral allégué, alors qu'il lui appartenait de dire si, pris dans leur ensemble, les éléments qu'il présentait laissaient supposer 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.

Et dans la seconde branche du troisième moyen, également tirée d'un grief de violation de la loi, il reproche à la cour d'appel d'avoir écarté toute discrimination alors que le refus illicite de lui verser une prime d'ancienneté, l'impossibilité dans laquelle il avait été placé d'exercer son mandat de délégué du personnel, le défaut de réglage de la pointeuse susceptible d'avoir une incidence sur le décompte de son temps de travail et le versement de sa rémunération, le dépassement des durées maximales de travail et la dénonciation irrégulière d'un usage relatif au maintien de la rémunération pendant un arrêt de travail constituaient des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, peu important à ce titre qu'ils n'aient pas produit d'effet.

Notre chambre aura à apprécier les mérites de ces moyens au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, tant sur le premier moyen (première branche), que sur les règles probatoires sus-rappelées (seconde branche).

4.3. Sur le quatrième moyen, relatif à la compétence du juge judiciaire pour apprécier le bien-fondé d'un licenciement autorisé par l'administration du travail s'agissant d'un salarié protégé

Par deux arrêts rendus en novembre 2013, le Conseil d'état et la Cour de cassation ont déterminé la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction en

matière de licenciement pour inaptitude d'un salarié protégé lorsque celui-ci soutient que son inaptitude a pour origine des agissements fautifs de l'employeur.

Lorsque le licenciement d'un salarié protégé est motivé par l'inaptitude physique de ce dernier, il appartient à l'administration de vérifier que cette inaptitude physique est réelle et justifie son licenciement.

En revanche, il ne lui appartient pas, 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.

Il en résulte que la décision de l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié, s'il s'y estime fondé, fasse valoir devant les juridictions compétentes les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur.

Voir ainsi :

- l'arrêt du Conseil d'État du 20 novembre 2013, n° 340591, publié :

« 1. Considérant qu'en vertu du code du travail, les salariés protégés bénéficient, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, d'une protection exceptionnelle ; que lorsque le licenciement de l'un de ces salariés est envisagé, il ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées par l'intéressé ou avec son appartenance syndicale ; que, dans le cas où la demande de licenciement est motivée par l'inaptitude physique, il appartient à l'inspecteur du travail et, le cas échéant, au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge, si cette inaptitude est telle qu'elle justifie le licenciement envisagé, compte tenu des caractéristiques de l'emploi exercé à la date à laquelle elle est constatée, de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé, des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi, et de la possibilité d'assurer son reclassement dans l'entreprise ;

2. Considérant cependant que, si l'administration doit ainsi vérifier que l'inaptitude physique du salarié est réelle et justifie son licenciement, il ne lui appartient pas, 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, la décision de l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié, s'il s'y estime fondé, fasse valoir devant les juridictions compétentes les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur ;

3. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que l'inspecteur n'a pas méconnu les dispositions du code du travail en ne recherchant pas si l'origine de l'inaptitude du salarié, qu'il a constatée, trouvait son origine dans un comportement fautif de l'employeur ; que le moyen tiré de ce que l'inaptitude de la requérante aurait son origine dans des faits de harcèlement moral est, par suite, sans incidence sur la légalité de la décision de l'inspecteur du travail ;

4. Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier, d'une part, que l'employeur a recensé les postes à pourvoir dans la société, d'autre part, qu'ainsi que l'a estimé l'employeur après avoir consulté les services de la médecine du travail, aucun de ces postes n'était compatible avec les constatations du médecin du travail ; que, par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que son employeur ne s'est pas acquitté de son obligation de reclassement ;

5. Considérant, en troisième lieu, que l'inspecteur du travail, qui a relevé que la requérante avait fait l'objet d'un avis d'inaptitude définitive à son poste de travail le 3 décembre 2003, qu'aucune possibilité de reclassement ne répondait aux constatations et aux prescriptions des services de la médecine du travail et que le licenciement n'était pas en lien avec le mandat, a suffisamment motivé sa décision ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que Mme A...n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Limoges a rejeté sa demande ; que ses

conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent, par suite, qu'être rejetées ; »

- l'arrêt de la Cour de cassation, Soc., 27 novembre 2013, pourvoi n° 12-20.301, Bull. 2013, V, n° 286 :

« Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à la salariée une somme à titre de dommages-intérêts pour perte d'emploi outre une indemnité de procédure, alors selon le moyen :

1°/ que si l'autorisation de licenciement accordée par l'autorité administrative ne prive par le salarié du droit de demander l'indemnisation du préjudice causé par des faits de harcèlement ou par des faits de discrimination liée à l'âge ou à l'état de santé dont il a été victime, elle ne lui permet toutefois plus de contester pour ces motifs la cause ou la validité de son licenciement et partant, d'obtenir des dommages-intérêts liés à la perte de l'emploi consécutif à de tels agissements de la part de l'employeur ; qu'en condamnant l'employeur à payer à la salariée des dommages-intérêts pour perte de l'emploi et incidence sur la retraite au prétexte que son inaptitude médicale ayant conduit à son licenciement était la conséquence du comportement inapproprié de l'employeur coupable d'actes de harcèlement moral et de discrimination liée à l'âge et à l'état de santé, la cour d'appel qui a pourtant constaté que l'inspecteur du travail avait autorisé le licenciement de la salariée, a violé le principe de la séparation des pouvoirs, ensemble la loi du 16-24 août 1790 et l'article L. 2421-3 du code du travail ;

2°/ que la seule existence d'actes de harcèlement moral ou d'une discrimination de la part de l'employeur ne permet pas de déduire que l'inaptitude physique du salarié, cause de son licenciement, est la conséquence directe de ce comportement inapproprié ; qu'en déduisant du seul comportement harcelant ou discriminatoire de l'employeur la conclusion que l'inaptitude médicale de la salariée était la conséquence de ce comportement inapproprié, la cour d'appel qui n'a relevé aucun élément permettant de relier directement cette inaptitude physique au comportement fautif de l'employeur a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1152-1, L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail ;

3°/ que la cassation à intervenir de l'arrêt jugeant que Mme X... avait été victime d'actes de harcèlement moral et de discrimination liée à son âge et à son état de santé, (critiqué au premier moyen) entraînera l'annulation de ce chef de dispositif en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

Mais 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 ;

Et attendu qu'ayant constaté que la salariée établissait que le harcèlement moral subi était à l'origine de son inaptitude physique, la cour d'appel en a exactement déduit que celle-ci était fondée à solliciter la réparation du préjudice résultant de la perte d'emploi ; que le moyen n'est pas fondé ; »

Ces règles ont été appliquées de façon constante depuis. Voir notamment :

- Soc., 29 juin 2017, pourvoi n° 15-15.775, Bull. 2017, V, n° 108, dans lequel un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité était invoqué :

« Mais 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, 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 ;

Et attendu, qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel, qui a relevé que la salariée avait subi pendant de nombreuses années des changements de secrétaires de plus en plus fréquents, ayant entraîné une désorganisation de son service avec de très nombreux dysfonctionnements et un accroissement de sa charge de travail, que malgré ses nombreuses plaintes, l'employeur n'avait procédé à aucune modification de ses conditions de travail, lesquelles avaient eu des répercussions sur sa santé mentale, a estimé que cet employeur avait commis un manquement à son obligation de sécurité, dont la salariée était fondée à solliciter la réparation du préjudice en résultant et, ayant fait ressortir que l'inaptitude de la salariée était en lien avec ce manquement, a exactement décidé que celle-ci était en droit de percevoir, outre une indemnité pour perte d'emploi, une indemnité compensatrice du préavis dont l'inexécution était imputable à l'employeur ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »

- Soc., 19 avril 2023, pourvoi n° 21-21.349, publié, dans lequel des faits tant de harcèlement moral que de discrimination syndicale étaient invoqués :

« 5. Dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par son inaptitude, il appartient à l'administration du travail de vérifier que celle-ci 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 ou d'une discrimination syndicale dont l'effet, selon les dispositions combinées des articles L. 1132-1, L. 1132-4, 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.

6. Dès lors, la cour d'appel a décidé exactement que le contrôle exercé en l'espèce par l'administration du travail, saisie d'une demande d'autorisation administrative de licenciement pour inaptitude, de l'absence de lien entre le licenciement et les mandats détenus par le salarié ne faisait pas obstacle à ce que le juge judiciaire recherche si l'inaptitude du salarié avait pour origine un manquement de l'employeur à ses obligations consistant en un harcèlement moral ou une discrimination syndicale.

7. Le moyen n'est donc pas fondé. »

Voir encore Soc., 6 mai 2014, pourvoi n° 13-10.773 ; Soc., 30 septembre 2015, pourvoi n° 14-15.784 ; Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-21.782 ; Soc., 18 novembre 2020, pourvoi n° 19-21.965 ; Soc., 13 avril 2023, pourvoi n° 22-10.758.

Dans la même logique, 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 du licenciement. Voir Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.985, publié :

« Sur le premier moyen en ce qu'il vise la demande de résiliation judiciaire :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de dire la juridiction prud'homale incompétente pour statuer sur sa demande de résiliation judiciaire, alors, selon le moyen :

1°/ 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 cette inaptitude 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

manquement de l'employeur à son obligation de sécurité ; 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 ; qu'en déclarant irrecevable la demande de résiliation judiciaire et de dommages et intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail présentée par M. X..., au motif inopérant que son licenciement pour inaptitude avait été autorisé par l'inspecteur du travail, quand le salarié soutenait que le manquement de la société Palmese à son obligation de sécurité, cause de cette inaptitude, était suffisamment grave pour justifier la résiliation judiciaire de son contrat de travail, la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790 et les articles L. 2421-3 et L. 4121-1 du code du travail ;

2°/ qu'en outre, en se déclarant incompétente pour statuer sur une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail fondée sur un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat à l'origine de l'inaptitude physique de M. X... à son emploi que l'autorité administrative n'avait pas elle-même le pouvoir de trancher, privant ainsi le salarié de toute possibilité de voir un juge se prononcer sur cette demande et ses conséquences, la cour d'appel a violé les articles 4 du code civil et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais 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 celle-ci 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 ; que toutefois, 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 ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen en ce qu'il vise les dommages-intérêts au titre d'un licenciement abusif et l'indemnité compensatrice de préavis :

Vu la loi des 16-24 août 1790 ensemble le principe de séparation des pouvoirs, l'article L. 2421-3, alors applicable, et l'article L. 4121-1 du code du travail ;

Attendu que pour dire la juridiction prud'homale incompétente pour statuer sur la demande de dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de travail et la demande d'indemnité compensatrice de préavis, l'arrêt énonce qu'au vu de la loi des 16-24 août 1790 et de l'article L. 2411-1 du code du travail, le juge judiciaire ne peut sans violer le principe de 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 et, par voie de conséquence, sur les demandes afférentes à un licenciement abusif, même si, comme en l'espèce, la saisine du conseil des prud'hommes est antérieure à la rupture ;

Attendu, cependant, 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 celle-ci 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 ; qu'à 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 du licenciement ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans examiner la demande de dommages-intérêts pour rupture abusive fondée sur les manquements de l'employeur à son obligation de sécurité à l'origine de l'inaptitude et d'indemnité compensatrice de préavis, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

Dans le même sens, Soc., 27 mai 2020, pourvoi n° 18-25.193 ; Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 19-24.051 (dans les deux arrêts, harcèlement moral à l'origine de l'inaptitude).

Cet arrêt a été complété pour ajouter l'hypothèse de la nullité du licenciement. Voir Soc., 31 mars 2021, pourvoi n° 19-23.306 et, postérieurement, cet arrêt publié, Soc., 15 juin 2022, pourvoi n° 20-22.430 :

« 7. 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.

8. Ayant constaté que, à la suite du harcèlement moral subi par la salariée ayant rendu impossible la poursuite du contrat de travail, celle-ci avait été licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement et fait ressortir que cette inaptitude avait pour origine le harcèlement moral dont la salariée avait été victime, la cour d'appel, qui a condamné en conséquence l'employeur à une indemnité pour licenciement nul et à une indemnité compensatrice de préavis ainsi qu'au remboursement des indemnités de chômage, n'encourt pas les griefs du moyen.

9. *Le moyen n'est donc pas fondé.* »

Dans le même sens encore, Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 21-14.398 (harcèlement moral à l'origine de l'inaptitude).

La question se pose de savoir si le juge judiciaire peut, dans l'hypothèse du licenciement pour inaptitude d'un salarié protégé qui a été autorisé par l'administration du travail, se prononcer sur une demande en nullité dudit licenciement en sus des demandes en indemnisation qui en découlent.

Dans les limites qui viennent d'être rappelées, notamment lorsque le salarié attribue l'origine de son inaptitude à un manquement de l'employeur à ses obligations, il nous semble que cela est possible, comme l'illustrent ces arrêts :

- Soc., 14 janvier 2014, pourvoi n° 12-23.875 :

« Vu les articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 2411-1 du code du travail ;

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, selon l'arrêt attaqué que Mme X..., employée depuis le 1^{er} octobre 1971 par l'Association laïque de gestion d'établissements d'éducation, a été désignée en qualité de délégué syndical ; qu'à la suite de la décision du 5 septembre 2007 de l'autorité administrative, elle a été licenciée pour inaptitude le 7 septembre 2007 ; qu'elle a **saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant à la requalification de la rupture de son contrat de travail en un licenciement sans cause réelle et**

sérieuse et à ce que son employeur soit condamné à lui verser une somme au titre de dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de travail soutenant que son inaptitude était consécutive au harcèlement moral dont elle avait été victime de la part de son employeur ;

Attendu que **pour débouter l'intéressée de ses demandes**, l'arrêt retient qu'en l'état d'une autorisation de licenciement, devenue définitive, fondée sur son inaptitude, elle ne pouvait plus contester la validité ou la cause de la rupture en invoquant des faits de harcèlement moral ;

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

- Soc., 15 avril 2015, pourvoi n° 13-21.306, 13-22.469, Bull. 2015, V, n° 78 :

« Vu la loi des 16-24 août 1790 et les articles L. 2421-3, L. 1152-1, L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail ;

Attendu que pour se déclarer incompétente pour statuer sur la **demande de nullité du licenciement du salarié**, la cour d'appel énonce qu'en vertu du principe de séparation des pouvoirs, le juge judiciaire ne peut, lorsqu'une autorisation de licenciement a été accordée, apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement, qu'en l'espèce, l'autorisation administrative de licenciement pour inaptitude en date du 15 octobre 2008 n'a fait l'objet d'aucun recours devant le juge administratif, qu'ainsi, le salarié ne peut plus contester la validité de son licenciement en considérant que l'inaptitude prononcée a pour origine le harcèlement moral de son employeur ;

Attendu cependant 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 ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

- Soc., 23 octobre 2019, pourvoi n° 17-31.694 :

« Vu la loi des 16-24 août 1790 et les articles L. 2411-5 et L. 2411-8 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017, et les articles L. 1152-1, L. 1152-2 et L. 1152-3 du même code ;

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, selon l'arrêt attaqué, que Mme B... a été engagée par la société Polyclinique des Trois Frontières (la société) en qualité d'aide-soignante le 4 décembre 1999 ; qu'en 2009, elle a été élue en qualité de membre titulaire du comité d'entreprise et de délégué du personnel suppléant ; que le 19 novembre 2012, la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur produisant les effets d'un licenciement nul et de demandes de condamnation de la société à lui payer des dommages-intérêts pour licenciement nul, une indemnité de préavis et des congés payés afférents, des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant d'un harcèlement moral et de la violation par l'employeur de son obligation de prévenir le harcèlement moral, des dommages-intérêts pour une discrimination syndicale et une exécution déloyale et fautive du contrat de travail ; que l'inspecteur du travail a, par décision du 19 décembre 2013, donné son autorisation de

licencier la salariée ; que la salariée a été licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement par lettre du 13 janvier 2014 ; que la société a été dissoute avec effet au 22 mai 2014, M. O... étant désigné en qualité de liquidateur amiable ;

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 ; »

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur le bien-fondé du licenciement :

« A titre liminaire, il sera observé que M. [T] fonde son action sur des faits de discrimination et de harcèlement moral dont la prescription de droit commun n'était pas acquise au jour de la saisine du conseil de prud'hommes. Il est donc recevable en sa demande de voir juger que son inaptitude a été provoquée par ces manquements, quand bien même ceux-ci n'ont pas été retenus.

En l'état d'une autorisation administrative accordée à l'employeur de licencier un salarié protégé, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux des motifs retenus pour justifier le licenciement.

Dès lors, c'est à tort que les premiers juges ont d'une part déclaré M. [T] recevable en sa demande de nullité du licenciement, et d'autre part ont retenu que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse.

Mais si, 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 celle-ci 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. L'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait donc 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. Le salarié est alors fondé à réclamer devant le juge judiciaire la réparation du préjudice résultant de la perte de son emploi, sans pour autant que le motif du licenciement, tel qu'il a été autorisé par l'autorité administrative, ne puisse être discuté devant ce juge.

Il appartient toutefois au salarié de démontrer que le manquement de l'employeur est bien à l'origine de la perte d'emploi.

En l'espèce, les faits de harcèlement moral et de discrimination ayant été écartés, il convient de reprendre séparément les éléments matériellement établis :

- la résistance de l'employeur à régler la prime d'ancienneté en 1998. Ce grief date de plus de vingt ans et ne fait plus débat depuis cette époque.

- l'absence de réunion de délégués du personnel. La société Les Trois Paroisses démontre avoir diffusé une note au personnel le 19 février 2018, soit dès le courrier de l'inspection du travail intervenu le 9 février 2018, informant les salariés de l'organisation de réunions mensuelles et de la possibilité de faire des demandes ou des remarques à cet effet auprès de M. [T]. Elle communique ensuite les procès-verbaux de réunion des 21 février, 23 mars, 20 avril et 25 mai 2018, aux termes desquels le délégué du personnel a mentionné 'RAS', étant précisé que le 25 mai 2018, c'est le délégué suppléant qui a assisté à cette réunion.

- le défaut de réglage de la badgeuse en 2017. Il a été vu précédemment que ce défaut n'a pas porté préjudice à M. [T], la société Les Trois Paroisses affirmant de surcroît, sans être contredite que le réglage a été rectifié suite au contrôle de l'inspection du travail du 19 décembre 2017.

- le caractère irrégulier de la dénonciation de l'usage. Il a été vu que celui-ci ne résulte pas d'une mesure de rétorsion à l'égard de M. [T].

- le dépassement des durées de travail. Ces manquements concernent 5 semaines en 2015 et une semaine en juin 2017, ainsi que 7 jours en 2015 et 5 jours en 2017 dont les derniers les 6 et 8 juin 2017, soit près d'un an avant l'arrêt de travail du 15 mai 2018.

Au vu des éléments médicaux précités, notamment de l'avis d'aptitude du médecin du travail du 13 mars 2018, de l'absence de lien fait par ce dernier avec les conditions de travail du salarié, du rejet par la MSA de la reconnaissance de maladie professionnelle et de la concomitance de l'arrêt de travail de M. [T] avec des circonstances l'affectant personnellement, il n'apparaît pas que l'inaptitude du salarié déclarée le 23 octobre 2018 ait été provoquée par les manquements de l'employeur.

Par conséquent, M. [T] doit être débouté de ses demandes afférentes à la rupture du contrat de travail, soit de dommages et intérêts pour licenciement nul, de complément d'indemnité de licenciement, d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés afférents.

Le jugement est confirmé de ce chef. »

Dans une branche unique, tirée d'un grief de violation de la loi, le salarié lui reproche d'avoir retenu qu'en l'état d'une autorisation administrative accordée à l'employeur de licencier un salarié protégé, le juge judiciaire ne pouvait, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux des motifs retenus pour justifier le licenciement, alors 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.

Notre chambre devra apprécier les mérites du moyen au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent.

Si, dans le cadre de son délibéré, elle considérait que ce moyen est inopérant dès lors que, nonobstant les motifs qu'il critique, la cour d'appel a recherché si l'inaptitude du salarié avait pour origine un manquement de l'employeur à ses obligations, d'une part, en rappelant qu'elle avait écarté les situations de harcèlement moral et de discrimination allégués, d'autre part, en vérifiant si chacun des faits matériellement établis, qui étaient invoqués au soutien de ces situations, pouvait être lié à l'inaptitude de l'intéressé, elle pourrait le rejeter par une **décision non spécialement motivée**.

4.4. Sur le cinquième moyen, relatif à la nullité du licenciement

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. »

Nous savons qu'en application de ce texte, le juge qui décide que la demande dont il est saisi est irrecevable, excède ses pouvoirs en statuant au fond. Voir notamment :

- Soc., 11 octobre 2023, pourvoi n° 21-24.812 :

« Enoncé du moyen

4. Le salarié fait grief à l'arrêt de dire que sa demande en requalification du contrat à temps partiel en contrat à temps complet est irrecevable, car prescrite, subsidiairement mal fondée, alors « que commet un excès de pouvoir la juridiction qui statue au fond après avoir déclaré irrecevable l'action du demandeur à l'instance ; qu'en déboutant M. Maillard de sa demande de requalification du contrat à durée indéterminée à temps partiel en contrat à durée indéterminée à temps plein, après l'avoir déclarée irrecevable comme prescrite, la cour d'appel a commis un excès de pouvoir, violant les articles 122 et 562 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 122 du code de procédure civile :

5. Le juge qui décide que la demande dont il est saisi est irrecevable, excède ses pouvoirs en statuant au fond.

6. L'arrêt, après avoir déclaré irrecevable comme prescrite la demande formée par le salarié en requalification de son contrat de travail à temps partiel en un contrat à temps complet, l'a déclarée subsidiairement mal fondée.

7. En statuant ainsi, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé le texte susvisé. »

- Soc., 18 octobre 2023, pourvoi n° 22-10.761 :

« Enoncé du moyen

14. *L'employeur fait grief au jugement qui déclare irrecevables ses demandes pour cause de forclusion, de le débouter ensuite et « en conséquence » de ces demandes et de le condamner à payer à la société Secafi une somme en règlement de la facture du 24 juillet 2019, alors « que le juge qui décide que la demande dont il est saisi est irrecevable excède ses pouvoirs en statuant au fond ; qu'en l'espèce, le président du tribunal a déclaré les demandes de la société Ormeaudis irrecevables pour cause de forclusion ; qu'il a pourtant ensuite, dans son dispositif, débouté la société Ormeaudis de ces demandes, et a, dans ses motifs, énoncé que les articles L. 2315-88 et L. 2315-91 du code du travail ne précisait pas le moment auquel le comité social et économique pouvait décider de recourir à un expert-comptable dans le cadre de la consultation, qu'il n'était pas démontré que l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 9 novembre 2015 confirmé par la Cour de cassation le 28 mars 2018 reflétait la jurisprudence dominante de cette juridiction, que le recours à un expert était de nature à permettre au CSE de pouvoir exprimer un avis reposant sur une analyse précise et technique des informations communiquées par l'entreprise afin de permettre aux représentants du personnel d'avoir accès à ces informations parfois obscures et de s'en approprier le sens dans le respect des textes du code du travail et de la directive européenne du 11 mars 2002 relative à l'information des travailleurs, que le comité social et économique pouvait à tout moment désigner un expert afin de l'assister dans le cadre de sa consultation sur la situation financière et sur la situation sociale de l'entreprise, que la société Ormeaudis n'apportait aucune démonstration des dates auxquels les documents financiers et sociaux avaient été communiqués et se contentait de les citer en indiquant que ces dates sont nombreuses ; que ce faisant, le président du tribunal a statué au fond sur des demandes qu'il a déclarées irrecevables et a violé l'article 122 du code de procédure civile. »*

Réponse de la Cour

Vu l'article 122 du code de procédure civile :

15. *Il résulte de ce texte qu'une juridiction qui décide que la demande dont elle est saisie est irrecevable excède ses pouvoirs en statuant au fond.*

16. *En déboutant l'employeur de ses demandes après les avoir déclarées irrecevables, le président du tribunal, qui a excédé ses pouvoirs, a violé le texte susvisé. »*

Voir encore, au visa de l'article 122 du code de procédure civile : Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 12-24.454 ; Soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 13-11.709 ; Soc., 24 novembre 2021, pourvoi n° 18-26.800 ; et au visa de l'article 562 du même code : Soc., 13 octobre 2021, pourvoi n° 18-18.022 ; et au visa de ces deux dispositions : Soc., 19 septembre 2018, pourvoi n° 17-15.363.

Lorsqu'il ne se prononce en réalité que sur la fin de non-recevoir sans examiner le fond de la demande, il s'agit d'une simple impropriété des termes du dispositif de la décision attaquée et non d'un excès de pouvoir (Soc., 13 février 2008, pourvoi n° 06-41.484 ; Soc., 17 avril 2019, pourvoi n° 18-12.551 ; Soc., 12 juin 2019, pourvoi n° 17-28.468 ; Soc., 23 octobre 2019, pourvoi n° 18-16.724 ; Soc., 5 juillet 2023, pourvoi n° 21-19.818 ; Soc., 24 janvier 2024, pourvoi n° 22-24.249 ; Soc., 31 janvier 2024, pourvoi n° 22-18.324).

En l'espèce, la cour d'appel a :

- dans les motifs de l'arrêt :

. jugé que c'était à tort que les premiers juges avaient, d'une part, déclaré le salarié recevable en sa demande de nullité du licenciement, d'autre part, retenu que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse,

. débouté le salarié de ses demandes afférentes à la rupture du contrat de travail (dommages-intérêts pour licenciement nul, compléments d'indemnité de licenciement et

d'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents), au motif qu'il n'apparaissait pas que son inaptitude avait été provoquée par les manquements de l'employeur, et ainsi confirmé le jugement de ce chef.

- dans le dispositif de l'arrêt, en cohérence avec ce qui précède :

. confirmé le jugement notamment en ce qu'il a rejeté les demandes en paiement de dommages-intérêts pour licenciement nul et de compléments d'indemnité de licenciement ainsi que d'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents,

. infirmé le jugement 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.

Le salarié lui reproche, dans une première branche, tirée d'un grief de violation de la loi, d'avoir commis un excès de pouvoir en déclarant la demande en nullité du licenciement irrecevable tout en statuant sur cette demande au fond en le déboutant des demandes indemnitaires en découlant.

Dans une seconde branche, qualifiée de subsidiaire, il invoque une cassation par voie de conséquence en application de l'article 624 du code de procédure civile, en visant les deuxième et troisième moyens.

Dans son mémoire en défense comme dans son mémoire complémentaire, l'employeur soutient que le salarié est sans intérêt à obtenir la cassation du rejet des demandes indemnitaires prononcé par les premiers juges, qui ne lui fait pas grief, dès lors qu'il se surajoute à la déclaration d'irrecevabilité prononcée par la cour d'appel.

Notre chambre devra se prononcer sur les mérites du moyen au regard de l'ensemble de ces éléments.