



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° G2512320	2 juin 2026
Décision attaquée : 29 mars 2024 de la cour d'appel de Douai	

M. [N] [Q] C/ L'Association des paralysés de France et la Société générale	
Anne-Marie Grivel, avocate générale	AVIS de l'avocat général

Audience de la FS1 du 23 juin 2026

Renvoyant au rapport pour un exposé plus complet des faits et de la procédure, il sera simplement rappelé ici que le salarié , travailleur handicapé employé par l'Association des paralysés de France APF France Handicap, entreprise adaptée (EA) au sens des article s L.5213-13 et suivants du code du travail , a été mis à la disposition de la Société Générale du 2 janvier 2012 au 16 avril 2019, date de son licenciement pour faute grave . Il a saisi la juridiction prud'homale pour voir juger que cette mise à disposition continue était irrégulière, qu'en l'absence de toute convention de mise à disposition et de tout contrat de travail , il était lié par un contrat de travail avec la Société Générale à compter du 2 janvier 2012, et pour demander la condamnation solidaire de ses deux employeur s à des dommages-intérêts pour divers manquement s au titre tant de l'exécution du contrat de travail que de sa rupture.

L'arrêt infirmatif attaqué, reconnaissant l'existence d'un contrat de travail entre l'intéressé et la Société Générale du 2 janvier 2012 au 16 *janvier (lire avril)* 2019, a condamné celle-ci , *in solidum* avec l'APF, au paiement de rappels de salaire s au titre d'une garantie et de primes prévues par la convention collective nationale de la banque et pour heures supplémentaires ainsi que d'une indemnité pour travail dissimulé, et, écartant l'existence d'une faute grave , a condamné l'APF seule au paiement du salaire de la mise à pied conservatoire et des indemnités de rupture .

C'est dans ces conditions que l'arrêt se trouve attaqué par un pourvoi des trois parties. Pour apporter une juste réponse à chacun de ces pourvois, y compris le pourvoi principal du salarié, il faut, à mon sens, commencer par comprendre le contexte juridique de la relation contractuelle tripartite.

I. S'agissant de la mise à disposition, l'article **L.5213-16** du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige antérieure à la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 (à effet au 1^{er} janvier 2019), disposait que « *un ou plusieurs travailleurs handicapés employés dans une entreprise adaptée peuvent être mis à la disposition provisoire d'un autre employeur dans des conditions prévues par l'article L.8241-2 et suivant des modalités précisées par décret.* »

L'article L.8241-2 auquel il est ainsi renvoyé prévoit, par exception à l'article L.8241-1 interdisant « *toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre* », que « *les opérations de prêt de main-d'œuvre à but non lucratif sont autorisées.(...)* » et encadre ces opérations en exigeant l'accord du salarié concerné, par un avenant au contrat de travail précisant « *le travail confié dans l'entreprise utilisatrice, les horaires et le lieu d'exécution du travail, ainsi que les caractéristiques particulières du poste de travail* », et une convention de mise à disposition entre l'entreprise prêteuse et l'entreprise utilisatrice dont il précise le contenu, en organisant les conditions de la mise à disposition du salarié.

L'article D.5213-81 prévoit quant à lui que « *le travailleur handicapé employé dans une entreprise adaptée peut, avec son accord et en vue d'une embauche éventuelle, être mis à la disposition d'un autre employeur, dans le cadre du contrat de mise à disposition prévu à l'article D.5213-84. (...)* », l'article D.5213-82 posant que « *Les conditions de la mise à disposition du travailleur handicapé sont fixées par des contrats écrits que l'organisme gestionnaire de l'entreprise adaptée conclut, d'une part, avec l'employeur utilisateur et, d'autre part, avec le travailleur handicapé.* »

Selon les articles suivants, les contrats de mise à disposition sont conclus pour une durée maximale d'un an, renouvelable une fois, et soumis au visa de l'inspection du travail et à une consultation des représentants du personnel, et doivent préciser notamment le nombre de travailleurs demandés et les qualifications requises, les caractéristiques des travaux à accomplir, les modalités de rémunération de la prestation de service et les conditions d'une offre d'embauche.

L'article D.5213-85 exige enfin que dans le cadre de cette mise à disposition, le contrat liant l'entreprise adaptée avec le travailleur handicapé précise pareillement la qualification professionnelle du salarié, la nature, le lieu, l'horaire et les caractéristiques particulières du travail à accomplir, les éléments et les modalités de paiement de la rémunération, et les conditions d'une offre d'embauche.

On le voit par le renvoi à l'article L.8241-2 et par des exigences formelles très similaires, cette mise à disposition d'un travailleur handicapé par une entreprise adaptée (EA) a été conçue comme un cas particulier d'opération de prêt de main d'œuvre licite, à la condition qu'elle ne soit pas à caractère lucratif et qu'elle respecte ce cadre réglementaire. Bien que la cour d'appel ait cru devoir se référer également aux dispositions de l'article L.8241-1, c'est donc à mon sens les seules dispositions spécifiques à la mise à disposition d'un travailleur handicapé par une EA qui sont applicables et auxquelles il faut se référer pour répondre aux pourvois incidents.

I. 1. Il en résulte d'abord que **le premier moyen du pourvoi incident de l'APF**, lequel reproche à l'arrêt de la condamner *in solidum* avec la Société Générale à un rappel de salaire et d'indemnité de congés payés du 18 avril 2016 au 16 avril 2019, de prime de participation, de prime d'intéressement et à une indemnité pour travail dissimulé, n'est pas fondé **en s a première branche**, qui vient soutenir qu'en retenant que les articles D.5213-81 et suivants étaient en l'espèce applicables et avaient été méconnus, au seul motif qu'elle était une entreprise adaptée, sans caractériser que les conventions conclues avec la Société Générale visaient l'embauche du travailleur, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard des articles en question.

En effet, ce dispositif spécifique de prêt de main d'œuvre à but non lucratif doit être compris comme devant s'appliquer obligatoirement à toute mise à disposition d'un travailleur handicapé par une EA, s'agissant, encore une fois, d'une dérogation à une interdiction, disposition d'ordre public de protection. Le travailleur handicapé ne peut, dans ce cadre aidé, faire l'objet d'une mise à la disposition d'une autre entreprise par un contrat de prestation de service de droit commun, puisque, l'article D.5213-81 le précise, il continue à ouvrir droit, pour l'entreprise adaptée, à l'aide au poste et à la subvention spécifique prévus à l'article L.5213-19. C'est donc précisément parce que les conventions de mise à disposition en question entre les deux entreprises n'avaient **pas** été conclues en vue d'une embauche éventuelle, et uniquement dans ce but, qu'elles étaient irrégulières. Ajoutons que si cette exigence n'était à l'époque des faits qu'une obligation réglementaire, depuis la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 qui a légèrement modifié la rédaction de l'article L.5213-16, elle est devenue une obligation légale, ce qui rendrait les conventions en question illicites. L'APF ne pouvait donc écarter l'application du régime d'ordre public de la mise à disposition de concert avec la Société Générale.

I.2. Il en résulte ensuite que **la deuxième branche du même moyen** de l'APF, qui vient soutenir qu'en se bornant à relever que la facturation forfaitaire dépassait le coût du salaire, des charges sociales et des frais professionnels du salarié pour retenir qu'il avait été mis à disposition dans le cadre d'un prêt de main d'œuvre illicite, sans caractériser que les prestations fournies à la Société Générale consistaient exclusivement en la fourniture de son personnel, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article L.8241-1 du code du travail, n'est pas davantage fondée.

Il ressort certes de l'article L.8241-1 que pour que le prêt de main-d'œuvre soit considéré comme illicite, deux éléments cumulatifs doivent être constatés : le caractère lucratif du prêt de main-d'œuvre et l'exclusivité de son objet. L'opération a un but lucratif pour l'entreprise prêteuse lorsqu'elle facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, davantage que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés au salarié : c'est ce que précise, *a contrario*, le dernier alinéa du texte. Le prêt de main-d'œuvre a un caractère exclusif dès lors que le seul objet du contrat conclu entre les deux entreprises est le prêt de personnel, souvent sous le couvert d'un contrat de sous-traitance ou de prestation de services. Ainsi, le caractère illicite du prêt de main-d'œuvre est établi si la convention a pour objet exclusif la fourniture de main-d'œuvre moyennant rémunération, sans transmission d'un savoir-faire ou mise en œuvre d'une technicité qui relève de la spécificité propre de l'entreprise prêteuse (Soc. 9 juin 1993. Bull. n° 164 ; Soc. 8 avril 2009, n° 07-45.200 ; soc 3 mai 2012, n° 10-27.138 ; [Soc., 22 novembre 2017, n° 16-21.440](#)), le salarié mis à disposition n'exerçant pas une activité spécifique distincte de celle de l'entreprise d'accueil (Crim., 8 juin 2010, Bull. n° 105).

Mais le dispositif spécifique relatif à la mise à disposition d'un travailleur handicapé par une entreprise adaptée n'exige pas pour la licéité de l'opération que celle-ci n'ait pas pour objet exclusif le prêt de main d'oeuvre. La cour d'appel n'avait donc pas à rechercher si cette condition était remplie dès lors qu'il n'y est pas fait référence dans les articles L.5213-16, L.8241-2 et D.5213-81 et suivants du code du travail. Elle n'avait à vérifier que le respect de ces dispositions d'ordre public, ce qu'elle a fait, pour retenir que l'opération était irrégulière. Et parmi celles-ci, elle devait vérifier si l'opération était à but non lucratif, condition posée par l'article L.8241-2 auquel renvoie l'article L.5213-16. Si elle a cru devoir se référer également à l'article L.8241-1 et à la notion de prêt de main d'oeuvre illicite, ce motif est surabondant. La deuxième branche sera donc rejetée.

I. 3. Reste enfin la troisième branche du premier moyen de l'APF, qui soutient qu'en se bornant à déduire de la mise à la disposition irrégulière du salarié à la Société Générale qu'elles avaient de concert exercé le pouvoir de direction et contrôlé l'exécution de leurs directives, sans à aucun moment faire ressortir un lien de subordination effectif entre l'intéressé et la banque, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1221-1 du code du travail.

Cette branche rejoint **le moyen unique du pourvoi incident de la Société Générale** qui reproche à l'arrêt de dire qu'elle a été l'employeur du travailleur avec l'APF et de la condamner *in solidum* avec elle à lui payer diverses sommes, par des motifs insuffisants à caractériser l'existence d'un lien de subordination et donc d'un contrat de travail (*1^{re} branche : manque de base légale au regard de l'article L.1221-1*) et en procédant par voie de simple affirmation (*2^{de} branche : non-respect de l'article 455 du code de procédure civile*).

On pourrait dans un premier temps s'étonner que l'APF vienne critiquer la reconnaissance de la Société Générale comme co-employeur, mais cette condamnation ayant eu pour conséquence l'application de la convention collective de la banque et l'allocation au salarié de diverses indemnités en découlant, elle a un intérêt évident à cette contestation.

Or avec cette contestation du lien de subordination retenu par la cour d'appel, on touche là la seconde caractéristique de ce régime spécifique, après son caractère obligatoire, qui est qu'il ne prévoit pas de sanction en cas de non-respect de ses dispositions. Tout au plus peut-on éliminer avec certitude quelques hypothèses : ainsi, il ne m'apparaît pas que les dispositions pénales des articles L.8243-1 et suivants sanctionnant le prêt illicite de main-d'oeuvre puissent s'appliquer, faute de renvoi exprès à cette incrimination ou même seulement aux dispositions de l'article L.8241-1. De la même façon, l'avenant au contrat de travail du travailleur mis à disposition n'ayant pas à comporter un terme précis, on ne peut considérer que la relation, par définition « provisoire », entre le travailleur et l'entreprise utilisatrice puisse être requalifiée en contrat à durée indéterminée lorsqu'elle se poursuit au-delà de ses prévisions, par analogie avec le contrat de mission du travailleur intérimaire (articles L.1251-11 et L.1251-39). Mais peut-on quand même reconnaître l'existence d'un contrat de travail entre le travailleur et l'entreprise utilisatrice ? C'est le raisonnement qu'a tenu la cour d'appel mais en passant par le biais du prêt de main d'oeuvre illicite, ce qui me paraît discutable pour les raisons susvisées, et parce qu'aucune disposition ne prévoit, même dans ce dernier cadre, que la sanction soit la reconnaissance d'un contrat de travail, sauf à établir l'existence d'un lien de subordination, ce qu'elle a retenu par les motifs critiqués. Mais en tout état de cause, ce n'est pas la possibilité, en elle-même, de qualifier la relation de travail de contrat de travail retenue par la cour d'appel (arrêt page 7) qui est

discutée par les deux pourvois , mais seulement le raisonnement servant de fondement à cette conclusion .

Car de nombreux arrêts admettent que l'existence d'une situation de prêt de main d'oeuvre illicite puisse entraîner la reconnaissance d'un contrat de travail entre le salarié et l'entreprise utilisatrice. Il faut se rappeler en effet que le maintien ou non du lien de subordination avec l'entreprise d'origine du salarié est un des critères recherchés depuis une jurisprudence ancienne de la chambre criminelle pour distinguer la véritable prestation de service du prêt de main d'oeuvre illicite, car l'entreprise prêteuse ne peut le transférer à l'entreprise cliente si la prestation du salarié relève de sa seule spécificité et non de l'activité de cette dernière : cf. [Crim.7 février 1984, n°82-94.131, Bull.n°46](#) : « *Le prêt de main d'oeuvre à but lucratif résulte de la mise à la disposition de l'utilisateur d'un certain nombre de salariés pour une durée déterminée, leur rémunération étant calculée en fonction de cette durée, du nombre et de la qualification des travailleurs détachés qui sont placés sous l'autorité de la seule entreprise utilisatrice. Le contrat d'entreprise a pour objet l'exécution d'une tâche objective, nettement définie, habituellement rémunérée de façon forfaitaire, le sous-entrepreneur conservant son autorité sur le personnel. Il appartient aux juges du fond, saisis de poursuites contre un employeur, du chef d'opération à but exclusivement lucratif de fourniture de main d'oeuvre, en violation des dispositions du Code du travail, de rechercher, par l'analyse des éléments de la cause, la véritable nature de la convention intervenue entre les parties* » ;

ou encore, Crim., 23 juin 1987, n°85-95.585, Bull. n°263 : « *Le prêt de main-d'oeuvre à but lucratif, que, seules, peuvent légalement pratiquer les entreprises de travail temporaire, est réalisé par la mise à la disposition de l'entreprise utilisatrice, pour une durée déterminée, de salariés dont la rémunération est calculée en fonction de cette durée, du nombre et de la qualification des travailleurs détachés, lesquels sont placés sous la seule autorité et sous la responsabilité de l'entreprise utilisatrice* ».

Cette jurisprudence est parfaitement conforme à celle de notre chambre (soc 25 septembre 1990 D1990.IR.228 ; Soc., 17 juin 2005, n°03-13707, Bull n°205 ; soc.19 mars 2008, n°06-44201 ; Soc. 8 avril 2009 n°07-45.200 ; Soc., 22 novembre 2017, n°16-21.440 précité, et les arrêts cités en pages 34 et suivantes du rapport) . Ainsi, par ex., Soc., 20 mai 2009, n°07-44667 :

« *Attendu qu'il est encore fait grief à l'arrêt d'avoir dit que les salariés n'ont pas fait l'objet d'un prêt illicite de main-d'oeuvre à EDF-GDF services de Cornouailles par la société Cofatech services, et de les avoir déboutés de leurs demandes de dommages-intérêts et rappels de salaires, alors, selon le moyen :*

(...)

3°/ que réalise un prêt illicite de main-d'oeuvre le sous-traitant qui met à disposition des salariés placés sous l'autorité et la responsabilité de l'entreprise utilisatrice ; qu'en jugeant valables les contrats de sous-traitance, sans rechercher si, comme l'avait constaté le conseil de prud'hommes, la circonstance que EDF-GDF fixe les tâches, l'emploi du temps et les circuits de relève des salariés détachés, circuits que la société Cofatech services devait seulement répartir entre eux, et qu'elle leur donne également des consignes directes dans la gestion de leur activité de relève, n'avait pas eu pour effet de placer les salariés de la société Cofatech services sous son autorité et sa responsabilité exclusives, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 125-1 et L. 125-3 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel, procédant à la recherche prétendument omise, a constaté que le marché signé entre la société EDF-GDF et la société Cofatech services qui disposait d'une connaissance spécifique du domaine de la relève et d'une capacité d'organisation et de management reconnu, avait eu pour objet de confier à cette société la relève des compteurs ce qui entraînait bien dans son objet et son activité, que le planning de travail était établi par une salariée de Cofatech qui répartissait les secteurs des circuits de relève, que cette société encadrait les salariés et avait autorité sur eux, que la société était rémunérée par prix forfaitaire de relève d'un compteur, variable selon l'accessibilité et par prix forfaitaire d'heure d'attente d'un releveur de sorte que cette opération ne dissimulait nullement une opération de marchandage de main-d'oeuvre ni une opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; »

On comprend alors le lien qui peut être fait entre le prêt de main- d'oeuvre illicite et le travail dissimulé : car si le lien de subordination est transféré, de fait, à l'entreprise utilisatrice, celle-ci est donc tenue d'accomplir toutes les démarches incombant, de droit, à l'employeur, et notamment celles qui sont visées à l'article L.8221-5 du code du travail, sous peine de se voir reprocher un travail dissimulé.

Pour autant, et malgré le rapprochement relevé plus haut entre les deux situations, cette jurisprudence classique sur la recherche et la caractérisation d'un lien de subordination entre salarié « prêté » et entreprise utilisatrice ne m'apparaît pas devoir être transposée telle quelle au cas de la mise à disposition d'un travailleur handicapé par une entreprise adaptée à une entreprise tierce. En effet, là où l'article L.8241-2 parle « *d'entreprise utilisatrice* », l'article L.5213-16 et les articles D.5213-81 et suivants font état d'une mise à la disposition « *d'un autre employeur* » ou de « *l'employeur utilisateur* ». L'emploi répété de ce terme et la différence de terminologie ne peuvent pas être anodines et soulignent l'intention du législateur : là où l'article L.8241-2 autorise une véritable prestation de service, une sous-traitance avérée dans lesquelles le lien de subordination n'existe qu'avec la société prêteuse, les textes relatifs à la mise à disposition d'un travailleur handicapé envisagent déjà la future relation contractuelle sur laquelle doit aboutir la mise à disposition, puisque l'avenant au contrat de travail initial ne doit être conclu que dans le but d'une embauche éventuelle par « l'employeur utilisateur ». Les deux situations malgré leur apparente similitude recouvrent des situations en réalité totalement différentes car leur objet et leur finalité sont différents : peu importe pour la mise à disposition d'un travailleur handicapé que celui-ci n'apporte aucun savoir spécifique, aucune technicité propre dont ne disposerait pas le personnel de l'entreprise utilisatrice, le but recherché est uniquement son intégration au sein de celle-ci, son inclusion dans une entreprise ordinaire. Pour cette raison, il ne saurait être exigé que le travailleur établisse le transfert ou l'abandon du lien de subordination par son employeur d'origine au nouvel employeur : si le premier continue de percevoir, comme le prévoit l'article D.5213-81, la subvention au titre du travailleur mis à disposition, c'est bien qu'il conserve le lien de subordination le concernant ; pour autant, et compte tenu également de l'offre d'embauche qui doit être présentée dès l'origine, le second est en droit de se comporter comme un « autre employeur ». La loi le qualifie donc comme tel, même s'il n'en a pas encore la qualité.

Pour cette raison, les critiques formées par la troisième branche du premier moyen de l'APF et par le moyen unique du pourvoi incident de la Société Générale m'apparaissent non fondées : la cour d'appel n'avait pas à caractériser plus avant le lien de subordination entre le travailleur et cette dernière, dès lors que la relation tripartite s'inscrivait

nécessairement, encore une fois, dans le cadre des dispositions obligatoires des articles susvisés.

► **Je conclus donc au rejet du premier moyen de l'APF ainsi que du pourvoi incident de la Société Générale.**

II. S'agissant du travail dissimulé, et plus précisément du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, rappelons que l'article L.8221-5 du code du travail dispose notamment qu'« *est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur : 1° soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L.1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ; 2° soit de se soustraire intentionnellement à la délivrance d'un bulletin de paie (...) ou de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli (...)* », l'article L.8223-1 accordant dans ce cas au salarié, en cas de rupture de la relation de travail, le droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire. C'est donc tout l'enjeu du **deuxième moyen du pourvoi incident de l'APF**.

Notons au passage que bien que l'adverbe *intentionnellement*, qui figure dans les trois paragraphes, n'ait pas été repris dans le dernier membre de phrase, – manifestement par inadvertance du législateur sur la construction de la phrase, tant la redondance du caractère intentionnel de la dissimulation (au demeurant déjà compris implicitement dans le terme même de dissimulation) est forte –, la chambre sociale ne fait pas de distinction avec les autres cas de travail dissimulé et exige toujours des juges du fond qu'ils caractérisent l'intention de dissimuler, qu'elle laisse certes à leur pouvoir souverain d'appréciation, comme pour toute intention, mais sans abandonner pour autant son contrôle de l'adéquation de leur motivation sur ce point, nous allons y revenir dans l'examen du moyen.

La première branche qui soutient que le prêt de main d'oeuvre illicite ne peut caractériser un travail dissimulé qu'à l'égard de l'entreprise utilisatrice qui seule se soustrait ainsi à l'accomplissement de la déclaration préalable à l'embauche, si elle m'apparaît devoir être rejetée, mérite peut-être cependant une réponse plus développée que le rejet non spécialement motivé proposé par votre rapporteur. Il est vrai en effet que seul l'employeur utilisateur aurait dû accomplir les formalités relatives à l'embauche définitive du salarié, une fois passée la durée provisoire de la mise à disposition d'origine, même renouvelée. Le fait que cette dissimulation d'emploi reprochée par l'arrêt n'a été permise que par la complicité, en quelque sorte, de l'EA, qui n'a pas respecté les règles applicables lors de la mise à disposition du travailleur handicapé et qui a donc ainsi participé à cette dissimulation ne la rend pas pour autant auteur du manquement. Or il ne s'agit pas d'une créance de dommages-intérêts qui pourrait être mise à la charge des deux entreprises ayant concouru au dommage, mais bien d'une sanction civile prévue par l'article L.8223-1 à l'encontre du seul employeur qui a eu recours au salarié dans les conditions prévues par l'article L.8221-5. Seule la Société Générale devrait donc être tenue au paiement de l'indemnité pour travail dissimulé sur ce fondement. Si cette branche peut être rejetée malgré sa critique pertinente, c'est que la cour d'appel a également motivé sa condamnation *in solidum* par la déclaration d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli. Or c'est bien l'EA qui a conservé pendant des années à sa charge le paiement des salaires et la délivrance corrélative des bulletins de paie. D'où **la deuxième branche** qui reproche à la cour d'appel de ne pas avoir suffisamment caractérisé le caractère intentionnel de cette dissimulation.

A cet égard, il faut rappeler que la chambre sociale exige depuis 2002 la caractérisation d'un élément intentionnel à la dissimulation d'emploi salarié, laquelle constitue en effet une infraction pénale - même si la chambre criminelle peut sembler curieusement moins exigeante sur ce point, pour laquelle l'élément intentionnel de l'infraction peut se déduire de la seule constatation du non-accomplissement des obligations légales d'immatriculation et de déclaration aux organismes sociaux et fiscaux ou de mention de la totalité des heures effectuées (Crim.11 décembre 2001, n°01-81.775 ; Crim.23 janvier 2007, n°06-82565 ; Crim., 28 mars 2017, n°15-86.985).

Une lecture rapide de l'arrêt de 2002 pouvait laisser penser que l'exigence de la chambre n'était pas différente de celle de la chambre criminelle : *“ La dissimulation d'emploi salarié constituée, selon l'article L324-10, dernier alinéa, du code du travail, par la remise à un salarié d'un bulletin de salaire ne mentionnant pas toutes les heures de travail effectuées implique nécessairement le caractère intentionnel de cette dissimulation. C'est, dès lors, à bon droit que la cour d'appel rejette la demande en paiement de l'indemnité prévue par l'article L.324-11-1 du code du travail, lorsque la mauvaise foi ou l'intention frauduleuse de l'employeur n'est pas établie ”* (Soc.21 mai 2002, bull n°170).

La formule employée *“ implique nécessairement ”* était si ambiguë qu'on s'est alors demandé si elle signifiait que la caractérisation de l'intention frauduleuse était inutile puisqu'impliquée *“ nécessairement ”* par l'omission sur les bulletins de paie des heures de travail litigieuses. La chambre a donc réaffirmé le principe plus clairement dans son arrêt publié du 4 mars 2003 (*“ La dissimulation d'emploi salarié prévue par le dernier alinéa de l'article L.324-10 du Code du travail n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué ”*, n°00-46906, bull n° 80) repris dans un arrêt du 29 octobre 2003, n°01-44940, n°268 , qui retient qu'il n'y a pas d'intention lorsque l'omission résulte d'une erreur de rédaction.

Mais cette caractérisation par les juges du fond continuant à susciter un important contentieux, la chambre en a abandonné le contrôle par un arrêt du 19 janvier 2005, bull n°14, posant que *“ La dissimulation d'emploi salarié prévue par le dernier alinéa de l'article L.324-10 du code du travail n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué et les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'une telle intention. ”*

Il reste que ce pouvoir souverain d'appréciation laisse subsister un contrôle de l'adéquation de la motivation des juges du fond, ainsi que le principe de l'absence de *“ matérialité ”* des faits de travail dissimulé, ce qu'est venu rappeler un arrêt du 29 juin 2005, bull n°222, selon lequel *“ Le caractère intentionnel du travail dissimulé ne peut se déduire de la seule absence de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui alloue à un salarié l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé prévue par l'article L.324-11-1 du code du travail au seul motif que des heures supplémentaires n'étaient pas mentionnées sur les bulletins de paie, un tel motif inopérant équivalant à une absence de motif. ”*

C'est donc en ayant présent à l'esprit la subsistance de ce contrôle limité de motivation (cf. Soc.14 octobre 2009, n°08-42310 ; [Soc., 16 juin 2021, n°19-20.582](#)) qu'il doit être répondu à la deuxième branche. Or, si l'arrêt est assez laconique en ne relevant pas expressément l'élément intentionnel du travail dissimulé, il ressort néanmoins des constatations souveraines des juges du fond que *« les co-employeurs ont fait la sourde*

oreille lorsque celui-ci a attiré leur attention sur sa créance d'heures supplémentaires et ils n'ont pas contrôlé son temps de travail ». Ils ont ainsi suffisamment motivé leur décision sur le caractère intentionnel du manquement, et la deuxième branche pourra être pareillement rejetée.

Il en sera de même de la troisième branche qui critique un motif surabondant.

► **Le deuxième moyen du pourvoi incident de l'APF sera donc entièrement rejeté.**

III. S'agissant maintenant du licenciement , la critique est portée tant par le **troisième moyen du pourvoi incident de l'APF que par le moyen unique en trois branches du pourvoi principal du salarié** .

III. 1. Le troisième moyen du pourvoi incident de l'APF qui porte sur l'appréciation de l'absence de faute grave ne peut retenir longtemps l'attention, tant la portée du contrôle de la chambre s'est amenuisée en la matière pour se limiter à ce qui s'apparente au contrôle du juge administratif de l'erreur manifeste d'appréciation. Or si le dénigrement de l'employeur et de l'entreprise cliente caractérise en principe une faute grave comme il est soutenu, c'est à la condition qu'il s'agisse bien d'un dénigrement, c'est-à-dire d'une critique injustifiée visant à déprécier quelqu'un aux yeux d'autrui. Or en l'espèce, les courriels litigieux, s'ils comportaient des expressions désagréables vis-à-vis du RRH de la Société Générale auquel ils étaient adressés, ne visaient pas à le dénigrer publiquement mais simplement à exprimer l'exaspération de l'intéressé face à l'inaction de son interlocuteur devant ses (justes) revendications, y compris en en rendant témoin des membres de la direction. La cour d'appel a donc pu sans erreur d'appréciation considérer que si la banque souhaitait mettre fin à la mission de l'intéressé, il était cependant loisible à l'EA de le reprendre en son sein le temps limité de son préavis.

III.2. Le pourvoi principal du salarié fait grief quant à lui à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande au titre d'un licenciement nul, alors que :

1) en retenant qu'il avait dénigré le « client/employeur » par son courrier du 23 janvier 2019 et son courriel du 8 février 2019 comportant des termes dépassant la liberté d'expression, adressés au RRH de la Société Générale et envoyés à plusieurs salarié s sans qu'aucun élément ne justifie une telle publicité , la cour d'appel a violé les article s L.1121-1 du code du travail , 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (*1^{re} branche*) ;

2) en estimant que ses propos caractérisaient un abus de la liberté d'expression sans tenir compte du contexte dans lequel ils avaient été tenus, alors qu'elle avait retenu qu'une opération de prêt de main d'oeuvre illicite du salarié était établie ainsi qu'une dissimulation d'emploi au sein de la Société Générale et qu'il n'avait été tenu compte ni de sa réclamation d'heures supplémentaires ni de sa demande d'intégration dans les effectifs de la banque, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquence s légales de ses constatations en violation des textes susvisés (*2^e branche*) ;

3) en ne répondant pas à sa demande de nullité du licenciement tirée du harcèlement moral qu'il invoquait, la cour d'appel a encore violé l'article 455 du code de procédure civile (*3^e branche*) .

Cette troisième branche ne mérite pas d'autres explications ni réponse que celles proposées au rapport et fera l'objet d'un rejet non spécialement motivé.

S'agissant des deux premières, il y a à peine besoin de rappeler ici que depuis vos arrêts récents du 14 janvier 2026 – intervenus, donc, depuis le mémoire ampliatif –, la chambre a abandonné sa jurisprudence traditionnelle sur l'abus dans l'exercice de la liberté d'expression qu'elle caractérisait par la trilogie des « termes injurieux, diffamatoires ou excessifs » (cf. le rapport pages 19 à 29). Il suffit de souligner que suivant au mot près la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, vous exigez désormais des juges du fond qu'ils procèdent au contrôle que l'article L.1121-1 du code du travail (ancien L.120-2) leur demande de faire depuis sa création par la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992, à savoir s'assurer qu'il n'a pas été apporté par l'employeur à cette liberté individuelle une « *restriction qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché* ». »

C'est ainsi qu'au visa des articles 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 1121-1 du code du travail, vous rappelez qu'« *est nul, comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le licenciement intervenu en raison de l'exercice par le salarié de sa liberté d'expression* », et jugez désormais que « *lorsqu'il est soutenu devant lui qu'une sanction porte atteinte à l'exercice par le salarié de son droit à la liberté d'expression, il appartient au juge de mettre en balance ce droit avec celui de l'employeur à la protection de ses intérêts et pour ce faire, d'apprécier la nécessité de la mesure au regard du but poursuivi, son adéquation et son caractère proportionné à cet objectif* ».

Il doit pour cela prendre en considération la teneur des propos litigieux, le contexte dans lequel ils ont été prononcés ou écrits, leur portée et leur impact au sein de l'entreprise ainsi que les conséquences négatives causées à l'employeur puis apprécier, en fonction de ces différents critères, si la sanction infligée était nécessaire et proportionnée au but poursuivi. » (Soc., 14 janvier 2026, pourvoi n°23-19.947, publié).

Au regard de ces prescriptions, si la première branche apparaît aujourd'hui inopérante, la seconde en revanche est particulièrement pertinente, et explique pourquoi j'ai préféré étudier en dernier le pourvoi principal du salarié : car s'il doit être tenu compte du contexte dans lequel les propos ont été écrits, il est bien évident que l'appréciation de celui-ci diffère selon que les propos, pour désagréables soient-ils, étaient justifiés dans leur principe ou non. Or la revendication principale du salarié portait sur son intégration au sein de la Société Générale, qu'il considérait comme son véritable employeur. On a vu que tel aurait dû être le cas. Pour autant la cour d'appel, si elle a retenu l'argumentation du demandeur sur ce point, n'en a pas tenu compte dans son appréciation du caractère proportionné de la sanction du licenciement disciplinaire, et donc de l'atteinte à la liberté d'expression du salarié.

► Je suis donc en conclusion à la cassation partielle de l'arrêt sur la deuxième branche du pourvoi incident du salarié.