COUR DE CASSATION

RAPPORT DE M. RINUY, CONSEILLER

Arrêt n° 131 du 31 janvier 2023 (B+R) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-11.770

Décision attaquée : Cour d'appel de Lyon du 7 janvier 2022

SARL SECURITAS France
C/
M. [D] [S]

_____

Rapport commun aux pourvois n° 22-11.770 et n° 22-11.839, qui sont connexes, et comprenant des propositions de rejet non spécialement motivé

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Sécuritas France (la société) exerce une activité de prestations de service de protection et de surveillance. Elle applique la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité.

1.1. Pourvoi n° 22-11.770

M. [S] a été engagé par la société en qualité d'agent de sécurité par contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel du 4 août 2006. Il s'est vu attribuer une pension en raison de son état d'invalidité de catégorie 2 le 27 mai 2011. Il a été affecté au site Renault Trucks de [Localité 1] le 26 novembre 2012. Au dernier état

de la relation de travail, il occupait l'emploi d'agent de sécurité confirmé, catégorie AEX, niveau 3, échelon 2, coefficient 140 et percevait un salaire de base de 763,72 euros bruts et plusieurs primes correspondant à un temps de travail de 76 heures par mois.

Selon avenant à son contrat de travail du 28 juillet 2011, l'aménagement du temps de travail du salarié est défini par la société selon les modalités prévues par l'accord d'entreprise du 1er juillet 2010 (répartition à la semaine, organisation du temps de travail sur treize semaines, cycle...) ou en application des règles légales ou conventionnelles.

Le 16 février 2012, le médecin du travail a déclaré le salarié *« apte à un poste entre 10 heures et 20 heures par semaine maximum (invalidité II). Contre-indication à travailler de nuit et aux déplacements supérieurs à 10 kilomètres. Reste apte à un poste de surveillance très partiel et sur le secteur de [Localité 1».* Le 18 octobre 2012, il l'a déclaré *« apte à un poste entre 10 heures et 20 heures par semaine maximum (invalidité II) avec contre-indication à travailler de nuit et aux déplacements supérieurs à 10 kilomètres, contre-indication à être exposé aux poussières et vapeur et contre-indication à travailler sur le site UGITECH. Reste à un poste de surveillance à temps partiel »*.

Par courrier recommandé du 29 mars 2016, l'employeur a notifié au salarié son licenciement pour cause réelle et sérieuse en ces termes :
« Monsieur,
« Nous faisons suite à l'entretien préalable du 10 mars 2016 dans nos locaux situés [adresse 2] avec M. [X], Directeur d'Agence.
« Nous vous informons de notre décision de vous licencier pour motif réel et sérieux qui prendra effet à compter de la première présentation de ce courrier.
« Celle-ci est motivée par les faits suivants :
- le mercredi 17 février 2016 vous étiez en vacation sur le site de Renault Trucks à [Localité 1]et n'avez pas appliqué une consigne majeure ayant entraîné un préjudice important pour le client et la Sécuritas France SARL.
« Ce jour là, vous avez débuté votre vacation au poste 3, entrée logistique à 07h00. Le chef de poste vous ouvre le poste et vous indique qu'il y a un mail précisant la procédure à appliquer les 17 et 18 février 2016 pour les entrées camions sur le site.
« Je vous rappelle qu'en plus de cette notification de votre chef de poste, une consigne permanente Réf : PDS/01/01 mise à jour le 1er juin 2015 vous oblige à prendre connaissance de tous les mails à votre prise de service.
« Cette consigne temporaire, non respectée, indiquait le numéro à appeler pour l'orientation et la réception des camions sur le site.
« Cependant, vous ne l'avez pas appliqué et avez composé un autre numéro; que lequel personne ne répondait. Cela n'a pas semblé vous inquiéter, et de 07h00 à 09h45 vous n'avez laissé entrer aucun camion. Il a fallu attendre qu'un magasinier s'inquiétant de ne recevoir aucune livraison, vienne vous voir et débloque la situation.
« Les conséquences sont d'une très grande portée :
Pour le client :
- une équipe de 10 personne est restée inoccupée pendant 3 heures ;
- le site a connu ensuite une suractivité lorsque les camions sont tous arrivés en même temps à 10h30 ce qui a crée une tension entre les équipes du client. La 1ère équipe n'ayant pas pu oeuvrer normalement, sa charge de travail a du être gérée par la seconde se trouvant alors en sous-effectif et générant le désordre sur site. Le retour à la normale ne s'est que le 22 février au soir ;
- l'impact social a été souligné par nos interlocuteurs client.
Pour les fournisseurs de notre client :
- chez les transporteurs cela a engendrer 8 à 10 camions bloqués qui n'ont pas pu faire de 2ème rotation dans leur journée.
Pour Sécuritas France SARL :
- A ce jour, notre client nous annonce un préjudice s'élevant à plusieurs dizaines de milliers d'euros, dont nous devrions être impactés directement ;
- la fin de notre contrat est prévu à la fin de l'année, et ce genre de dysfonctionnement ne peut que nous mettre en difficulté pour son renouvellement ;
- notre image et crédibilité vis à vis de nos interlocuteurs directs sur site en sont affectés.

« Le mercredi 02 mars 2016 vous étiez en vacation sur le site de Renault Truck à [Localité 1]et votre chef de poste s'est déplacé jusqu'à votre poste de travail pour effectuer un rappel des consignes.
« A son arrivée il a constaté que votre véhicule personnel était garé à cheval sur le trottoir alors que l'emplacement prévu à cet effet était totalement dégagé.
« Lorsqu'il est entré dans le poste, il a constaté que nous preniez votre petit déjeuner sur votre bureau de travail, à la vue de tout le monde : beurre, confiture, plusieurs tartines de pain, boissons...
« Ce comportement peu professionnel est inadmissible et contraire à notre règlement intérieur, notamment à l'article B-Discipline qui stipule 'le personnel est tenu de se conformer aux instructions sui lui sont données par son responsable hiérarchique ainsi qu'aux consignes et prescription portées à sa connaissance' et qu'il est interdit de : 'prendre ses repas sur son poste de travail' ; d'autant plus que vous disposez d'une salle de repos sur place, prévue à cet effet.
« L'image de marque que vous renvoyez au client et visiteurs est fortement préjudiciable et fait preuve d'un profond laxisme concernant vos missions.
« Force est de constater que vous maintenez votre comportement non professionnel et inadapté puisque nous vous avons déjà notifié une mise à pied d'une journée pour ce même motif en date du 24 juin 2014.
« Nous n'avons pas pu recueillir d'explications auprès de vous, étant donné que vous ne vous êtes pas présentés à votre convocation et au regard des éléments à notre disposition, nous ne pouvons modifier notre appréciation des faits. Nous sommes donc dans l'obligation de vous notifier votre licenciement pour cause réelle et sérieuse (...) »

Le salarié a saisi la juridiction prud'homale le 13 mai 2016 pour contester le bien fondé de son licenciement. Par jugement du 11 avril 2019, le conseil de prud'hommes de Lyon a jugé que le licenciement du salarié reposait sur une cause réelle et sérieuse, condamné la société à verser au salarié une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour non-respect de l'obligation de sécurité et débouté le salarié du surplus de ses demandes.

Aux termes de l'arrêt rendu le 7 janvier 2022, la cour d'appel de Lyon a, pour l'essentiel, confirmé le jugement en ce qu'il a condamné la société à payer au salarié une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité et rejeté la demande de dommages-intérêts pour non respect de l'obligation de formation, l'a infirmé en ses autres dispositions et, statuant à nouveau et y ajoutant, a requalifié le contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet;
dit que le licenciement du salarié ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse, condamné la société à payer au salarié des sommes à titre de rappel de salaire et congés payés afférents, de dommages-intérêts pour non-respect du temps de pause et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, a ordonné le remboursement par la société à Pôle Emploi des indemnités de chômage payées au salarié à la suite de son licenciement, dans la limite de six mois de prestations.

La société s'est pourvue en cassation le 11 février 2022 et a déposé le 13 juin 2022 un mémoire ampliatif, signifié le 24 juin 2022 au salarié, avec une demande de 3 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile. Le salarié a déposé le 24 août 2022 un mémoire en défense, avec une demande de 3 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

1.2. Pourvoi n° 22-11.839

M. [Y] a été engagé par la société à compter du 10 janvier 2003 en qualité d'agent de sécurité dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel de 96 heures mensuelles. Par avenant du 1er janvier 2012, la durée du travail du salarié a été portée à 104 heures par mois, sauf pendant deux mois courant à compter du 1er juillet 2015 où elle a été fixée, par avenant, à 151,67 heures.

L'avenant du 1er janvier 2012 est produit (production MA n° 08) et énonce, au § 1.6, que l'aménagement du temps de travail du salarié est défini par la société selon les modalités prévues par l'accord d'entreprise du 1er juillet 2010 (répartition à la semaine, organisation du temps de travail sur treize semaines, cycle...) ou en application des règles légales ou conventionnelles.

Le 5 septembre 2017, la société a convoqué le salarié le 15 septembre suivant à un entretien préalable en vue d'un licenciement et lui a notifié sa mise à pied conservatoire immédiate. Le salarié a été licencié par lettre recommandée avec accusé réception du 21 septembre 2017 rédigée ainsi :

« (...) Par la présente, nous avons décidé de vous notifier votre licenciement pour faute grave.

« Nous vous reprochons d'avoir pendant vos services du 05 et 06 aout 2017, pris deux carnets de tickets restaurant d'une valeur de 350 euros chez le client Bactup adhérent du parc technologie de St Priest.

« C'est le constat que nous avons pu faire, lorsque le 05 septembre 2017, nous avons reçu la réclamation écrite du client Bactup et du gestionnaire du parc technologie, nous informant de la disparition de tickets restaurant durant le week-end du 04 au 07 août dernier.

« En effet, vous étiez de services sur le secteur de la zone 124 de 20h00 à 8h00 les 05 et 06 août 2017.

« A la lecture des demandes d'interventions, nous avons effectué durant ce week-end cinq demandes de levée de doutes pour des alarmes sur fenêtre RDC. Trois des cinq levées de doutes ont été effectués par vous.

« A deux reprises nous constatons à la lecture du badge d'accès du client, des pénétrations à l'étage sur les accès bureaux 101 et 102 respectivement le 06 aout 06h53 et 07 aout 03h04. Accès correspondant au bureau de la direction.

« Or, à chacun des accès précités ci-dessus, c'est vous qui étiez sur le site respectivement le 06 aout de 06h34 à 06h58 et le 07 août de 02h45 et 03h12.

« Il est incontesté, que :

Vous êtes le seul rondier (votre collègue n'ayant pas accédé à ces parties 101 et 102 lors de ces venues) à avoir pénétré dans ce bureau. Non seulement à la lecture des badges d accès, mais aussi selon les affirmations du directeur générale qui précise que la disparition n'a pu avoir en dehors de notre présence. Je cite 'les tickets étaient dans un tiroir de mon bureau... il n y a pas pu avoir lieu en journée, puisque je n ai pas quitté mon bureau de tout le temps de présence d'autres personnes (premier arrivé, dernier parti). Il n y a pas eu a priori d autre accès badgés dans mon bureau en dehors de mes temps de présence que ceux des rondiers sur cette période.

« Lors de notre entretien, vous avez signalé 'j ai effectué les levées de doutes sur le bâtiment au rdc et au premier étage sans fouiller les bureaux

« Signalant 'j ai voulu faire mon travail complètement et correctement car il y a souvent des problèmes d'alarme sur le site'.

« Pourtant vous saviez parfaitement que vous n'aviez pas à vous rendre dans les bureaux de la direction, attendu que le déclenchement d'alarme était au RDC. Et quand bien même s'il existait un problème d'alarme il était sur fenêtre RDC, et il vous appartenait d'en aviser la télésurveillance.

« Un geste lourd de conséquence, car comme vous le savez ce client est adhérent du parc technologie qui est un des plus gros clients de l'agence de Lyon et un contrat cadre France avec un chiffre d'affaire de 168 K euros annuel.

« Le 05 septembre 2017, la responsable de la société ICADE gestionnaire immobilier du Parc Techno nous a menacé par écrit de rompre notre partenariat " nous ne pouvons contractualiser avec une entreprise dont les agents, qui plus est, de sécurité ne sont pas Ainsi, les faits qui vous sont reprochés constituent une violation grave des obligations découlant de votre contrat de travail. Car le fait de fouiller et de prendre des tickets restaurants est non seulement en total opposition avec l'intégrité que nous demandons à nos équipes, mais aussi sous le cout d une sanction pénal.

« Compte tenu de vos agissements fautifs qui vous sont reprochés, votre maintien dans l'entreprise s'avère impossible y compris pendant la durée de votre préavis.

« Votre licenciement, sans indemnité de préavis, ni de licenciement, prend donc effet à compter de la date de première présentation de cette lettre.

« La période de mise à pied conservatoire qui a débuté le 05 septembre 2017 ne vous sera pas rémunérée. »

Le salarié a saisi la juridiction prud'homale le 6 décembre 2017. Par jugement du 12 avril 2019, le conseil des prud'hommes de Lyon a jugé que la demande de requalification du contrat à temps partiel en contrat à temps plein est prescrite, en

conséquence, a débouté le salarié de sa demande indemnitaire à ce titre, jugé que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse et non sur une faute grave, en conséquence, a condamné la société à payer au salarié des sommes à titre d'indemnité de préavis et congés payés afférents et au titre de l'indemnité légale de licenciement, et a débouté le salarié de ses autres demandes.

Aux termes de l'arrêt rendu le 21 janvier 2022, la cour d'appel de Lyon a confirmé en le jugement en ce qu'il a rejeté la demande de dommages-intérêts du fait des circonstances vexatoires de la rupture du contrat de travail, condamné la société à payer au salarié des sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, congés payés afférents et d'indemnité légale de licenciement, infirmé le jugement en toutes ses autres dispositions et, statuant à nouveau et y ajoutant, a requalifié le contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet, condamné la société à payer au salarié une somme à titre de rappel de salaires du 1er juillet 2015 au mois de septembre 2017 inclus et congés payés afférents, dit que le licenciement ne repose ni sur une faute grave, ni sur une cause sérieuse, condamné la société à payer au salarié une somme à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et ordonné le remboursement par la société à Pôle Emploi des indemnités de chômage payées au salarié à la suite de son licenciement, dans la limite de six mois de prestations.

La société s'est pourvue en cassation le 14 février 2022 et a déposé le 14 juin 2022 un mémoire ampliatif, signifié le 27 juin 2022 au salarié et à Pôle emploi, avec une demande de 3 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile. Le salarié a déposé le 24 août 2022 un mémoire en défense, avec une demande de 3 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Les procédures apparaissent régulières.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1. Moyen du pourvoi n° Y 22-11.770

La société fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ces chefs, de requalifier le contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet et de la condamner à payer au salarié les sommes de 26 586 euros à titre de rappel de salaires, 2 658 euros au titre des congés payés afférents, assortis d'intérêts au taux légal à compter du 5 mai 2017, et de 14 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse, assortis des intérêts légaux à compter de l'arrêt; alors :

« 1°/ qu'aux termes de l'article 15 de l'ordonnance n°2017-1385 du 22 septembre 2017, ayant introduit l'article L. 2262-14 dans le code du travail, les dispositions de cet article « s'appliquent aux conventions ou accords conclus postérieurement à la date de publication de ladite ordonnance ; lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de ladite ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne ; cette loi s'applique également en appel et en cassation ; pour les conventions ou accords conclus antérieurement à la publication de la présente ordonnance et pour lesquels aucune instance n'a été introduite avant cette publication, le délai de deux mois mentionné court à compter de cette publication » ; que l'exception d'illégalité permettant aux salariés de contester sans délai, par voie d'exception, la clause d'une convention ou d'un accord collectif, telle qu'elle résulte de la décision du Conseil constitutionnel n°2018-761 DC du 21 mars 2018, n'a été envisagée que dans le cadre de l'examen de la constitutionnalité du délai institué par l'article L. 2262-14, en sorte qu'elle n'a pas vocation à être appliquée lorsque ce délai n'est lui-même

pas applicable ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu que dès lors que l'accord collectif du 1er juillet 2010 était critiqué par voie d'exception, le délai de l'article L. 2264-1 du code du travail n'était pas susceptible d'être opposé au salarié ; qu'en statuant ainsi, quand (le salarié) avait introduit son action devant le conseil de prud'hommes de Lyon le 13 mai 2016, en sorte que l'intégralité du régime de l'article L. 2262-14 n'était pas applicable, y compris l'exception d'illégalité qui s'y rattache en application de la décision précitée du Conseil constitutionnel, la cour d'appel a violé l'article 15 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 ;

2°/ subsidiairement qu'en toute hypothèse, aux termes de l'article L. 2262-14 du code du travail, toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter : 1°/ de la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise 2°/ de la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1 dans tous les autres cas ; que si, dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a précisé que ces dispositions ne privaient pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par voie d'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif à l'occasion d'un litige individuel la mettant en oeuvre, c'est à la condition que les moyens invoqués à l'appui d'une telle exception ne portent que sur le fond du droit et non sur la forme et la procédure de négociation et de signature ; qu'en l'espèce, pour requalifier le contrat à temps partiel de M. [S] en un contrat à temps plein et condamner l'exposante au paiement de rappels de salaire, la cour d'appel a retenu que le salarié pouvait soulever par voie d'exception l'illégalité de l'accord d'entreprise du 1er juillet 2010 sur le fondement duquel le contrat de travail à temps partiel du salarié avait été conclu et que dès lors que les délégués syndicaux centraux signataires de l'accord n'avaient pas fait l'objet d'une nouvelle désignation après les élections intervenues quelques semaines auparavant, l'accord était inopposable au salarié ; qu'en se déterminant ainsi, quand il était constant que les mandats des délégués syndicaux centraux avaient été renouvelés, même s'ils ne l'avaient pas été dans les formes en raison de la concomitance des élections et de la signature de l'accord, la cour d'appel, qui s'est fondée sur une illégalité afférente à la forme ou, à tout le moins, à la procédure de négociation de l'accord, laquelle ne pouvait être invoquée par la voie de l'exception, a violé l'article L. 2262-14 du code du travail ;

3°/ plus subsidiairement que les conventions et accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ; que selon l'article L. 2232-17 du Code du travail, la délégation des organisations syndicales représentatives signataires de l'accord peut comprendre, outre le délégué syndical, des salariés de l'entreprise ; qu'en statuant comme elle l'a fait, en se fondant sur l'absence de renouvellement du mandat des délégués syndicaux ayant signé l'accord collectif du 1er juillet 2010, quand il s'inférait de la signature de cet accord par des salariés en leur qualité de représentants de syndicats représentatifs, qu'indépendamment de la validité de leur mandat de délégués syndicaux centraux, ils avaient reçu mandat pour signer l'accord en cause, la cour d'appel a violé les articles L. 2231-1, L. 2232-16, et L. 2232-17 du code du travail ;

4°/ plus subsidiairement que la régularité d'un accord collectif s'apprécie au regard des conditions légales et réglementaires en vigueur lors de sa signature ; que l'exposante avait souligné qu'à la date de signature de l'accord d'entreprise, les dispositions légales applicables, issues de la loi 2008-789 du 20 août 2008, ne prévoyaient nullement que le mandat de délégué syndical prenait fin lors du renouvellement des institutions représentatives du personnel ; que, pour écarter cette objection, la cour d'appel a retenu que « depuis un arrêt du 10 mars 2010 (Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-60.347, Bull. 2010, V, n° 58), soit avant la signature de l'accord d'entreprise litigieux, il est jugé que le mandat du représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement des membres de cette institution » ; qu'en statuant ainsi, en l'état d'un texte ne prévoyant nullement la solution retenue, et en se fondant sur un arrêt relatif au seul cas des représentants syndicaux au comité d'entreprise, la question du renouvellement du mandat des représentants syndicaux n'ayant été tranchée que par un arrêt du 22 septembre 2010, postérieur à la signature de l'accord, la cour d'appel a violé les articles L. 2232-12 et L. 2232-11 du code du travail dans leur rédaction issue de la loi 2008-789 du 20 août 2008. »

2.2. Premier moyen du pourvoi n° Y 22-11.839

La société fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ces chefs, de requalifier le contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet et de la condamner à payer au salarié les sommes de 11 937,22 euros à titre de rappel de salaires du 1er juillet 2015 au mois de septembre 2017 inclus et 1 193,72 euros au titre des congés payés afférents, assortis d'intérêts au taux légal à compter du 8 décembre 2017, alors :

« 1°/ qu'aux termes de l'article L. 2262-14 du code du travail, toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter : 1°/ de la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise 2°/ de la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1 dans tous les autres cas ; que si, dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a précisé que ces dispositions ne privaient pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par voie d'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif à l'occasion d'un litige individuel la mettant en oeuvre, c'est à la condition que les moyens invoqués à l'appui d'une telle exception ne portent que sur le fond du droit et non sur la forme et la procédure de négociation et de signature ; qu'en l'espèce, pour requalifier le contrat à temps partiel de M. [Y] en un contrat à temps plein et condamner l'exposante au paiement de rappels de salaire, la cour d'appel a retenu que le salarié pouvait soulever par voie d'exception l'illégalité de l'accord d'entreprise du 1er juillet 2010 sur le fondement duquel le contrat de travail à temps partiel du salarié avait été conclu et que dès lors que les délégués syndicaux centraux signataires de l'accord n'avaient pas fait l'objet d'une nouvelle désignation après les élections intervenues quelques semaines auparavant, l'accord était inopposable au salarié ; qu'en se déterminant ainsi, quand il était constant que les mandats des délégués syndicaux centraux avaient été renouvelés, même s'ils ne l'avaient pas été dans les formes en raison de la concomitance des élections et de la signature de l'accord, la cour d'appel, qui s'est fondée sur une illégalité afférente à la forme ou, à tout le moins, à la procédure de négociation de l'accord, laquelle ne pouvait être invoquée par la voie de l'exception, a violé l'article L. 2262-14 du code du travail ;

2°/ subsidiairement que les conventions et accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ; que selon l'article L. 2232-17 du Code du travail, la délégation des organisations syndicales représentatives signataires de l'accord peut comprendre, outre le délégué syndical, des salariés de l'entreprise ; qu'en statuant comme elle l'a fait, en se fondant sur l'absence de renouvellement du mandat des délégués syndicaux ayant signé l'accord collectif du 1er juillet 2010, quand il s'inférait de la signature de cet accord par des salariés en leur qualité de représentants de syndicats représentatifs, qu'indépendamment de la validité de leur mandat de délégués syndicaux centraux, ils avaient reçu mandat pour signer l'accord en cause, la cour d'appel a violé les articles L. 2231-1, L. 2232-16, et L. 2232-17 du code du travail ;

3°/ plus subsidiairement que la régularité d'un accord collectif s'apprécie au regard des conditions légales et réglementaires en vigueur lors de sa signature ; que l'exposante avait souligné qu'à la date de signature de l'accord d'entreprise, les dispositions légales applicables, issues de la loi 2008-789 du 20 août 2008, ne prévoyaient nullement que le mandat de délégué syndical prenait fin lors du renouvellement des institutions représentatives du personnel ; que, pour écarter cette objection, la cour d'appel a retenu que « depuis un arrêt du 10 mars 2010 (Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-60.347, Bull. 2010, V, n° 58), soit avant la signature de l'accord d'entreprise litigieux, il est jugé que le mandat du représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement des membres de cette institution » ; qu'en statuant ainsi, en l'état d'un texte ne prévoyant nullement la solution retenue, et en se fondant sur un arrêt relatif au seul cas des représentants syndicaux au comité d'entreprise, la question du renouvellement du mandat des représentants syndicaux n'ayant été tranchée que par un arrêt du 22 septembre 2010, postérieur à la signature de l'accord, la cour d'appel a violé les articles L. 2232-12 et L. 2232-11 du code du travail dans leur rédaction issue de la loi 2008-789 du 20 août 2008 ;

4°/ plus subsidiairement encore qu'à supposer même que l'accord du 1er juillet 2010 n'ait pas été applicable, l'atteinte ou le dépassement de la durée légale du travail, lorsque le salarié travaille à temps partiel, s'apprécie dans le cadre de la semaine, même si la durée de travail prévue au contrat est fixée mensuellement ; que, pour procéder à une requalification à temps plein à compter du 1er juillet 2015, la cour d'appel, après avoir dit l'accord du 1er juillet 2010 prévoyant un décompte de la durée du travail sur 13 semaines inopposable au salarié, a retenu qu'un avenant du 1er juillet 2015 avait porté la durée du travail à hauteur de la durée légale ; qu'en statuant ainsi, quand la durée du travail prévue à cet avenant était fixée sur le mois (151,67 heures mensuelles), la cour d'appel, qui ne

pouvait se fonder sur une durée mensuelle du travail pour déterminer si la durée légale du travail avait été dépassée, a violé les articles L. 3121-10 et L. 3123-17 dans leur rédaction antérieure à la loi n°2016-1088 du 8 août 2016. »

2.3. Second moyen du pourvoi n° Y 22-11.839

La société fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ces chefs, de dire que le licenciement du salarié ne repose ni sur une faute grave, ni sur une cause sérieuse, de la condamner à payer au salarié la somme de 17 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et, confirmant le jugement de ces chefs, de la condamner à payer au salarié les sommes de 3 200 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 320 euros au titre des congés afférents, 5 654 euros à titre de l'indemnité légale de licenciement, ainsi que d'ordonner le remboursement par la société à Pôle Emploi des indemnités de chômage payées au salarié à la suite de son licenciement, dans la limite de six mois de prestations, alors :

« 1°/ que les juges sont tenus de se prononcer sur l'ensemble des griefs figurant dans la lettre de licenciement ; qu'en l'espèce, la lettre de licenciement reprochait au salarié, alors qu'il était en service dans les locaux d'une société cliente de l'exposante, d'une part d'avoir volé des tickets restaurant dans le bureau du directeur de cette société, et d'autre part d'être entré dans ce bureau alors que rien ne le justifiait puisque les alertes sécurité impliquant une intervention de sa part avaient été enregistrées dans un autre endroit du bâtiment ; qu'elle précisait : « vous saviez parfaitement que vous n'aviez pas à vous rendre dans les bureaux de la direction, (…) le déclenchement d'alarme éta[n]t au RDC ; et quand bien même s'il existait un problème d'alarme il était sur fenêtre RDC, et il vous appartenait d'en aviser la télésurveillance » ; que, pour dire le licenciement sans cause réelle ni sérieuse et condamner l'exposante au paiement de dommages et intérêts, indemnités de préavis, congés payés afférents, et indemnité de licenciement, la cour d'appel a retenu qu' « il résulte des termes de la lettre de licenciement (…) que le salarié a été licencié pour avoir volé deux carnets de tickets restaurant d'une valeur de 350 euros entre le 5 et 6 août 2017, dans le bureau du directeur général de la du client BACTUP ; contrairement à ce que soutient l'employeur dans ses conclusions, cette lettre de licenciement ne fait pas également grief au salarié de s'être introduit dans les bureaux de la direction de ce client sans le mentionner sur le compte-rendu d'intervention dans la mesure où cet élément n'est invoqué qu'au titre des éléments retenus par la société pour lui imputer le vol et qu'il est uniquement reproché au salarié un manque d'intégrité constitutif d'une sanction pénale » ; qu'elle a ajouté et que dès lors que les faits de vols n'étaient pas démontrés, le licenciement devait être considéré comme dénué de cause réelle et sérieuse ; que, toutefois, la lettre de licenciement reprochait au salarié de s'être introduit dans les bureaux de la direction d'une société cliente sans motif valable, non de ne pas l'avoir mentionné dans son compte-rendu d'intervention, en sorte que la cour d'appel n'avait pas à écarter ce motif qui n'était pas invoqué à l'appui de la rupture, mais aurait dû en revanche se prononcer sur le point de savoir si l'intrusion injustifiée du salarié, qu'elle a par ailleurs constatée, était de nature à fonder le licenciement pour faute grave du salarié ou, à tout le moins, pour cause réelle et sérieuse ; qu'en statuant comme elle l'a fait, elle a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-6 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 ;

2°/ qu'à supposer qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel ait entendu retenir que la lettre de licenciement reprochait au salarié seulement des faits de vol, à l'exclusion de l'intrusion injustifiée, elle aurait alors dénaturé ladite lettre, en méconnaissance de l'interdiction faite aux juges de dénaturer les documents de la cause ;

3°/ que les juges sont tenus de respecter les termes du litige tels qu'ils résultent des conclusions respectives des parties ; qu'en l'espèce, le salarié avait critiqué les premiers juges en ce qu'ils avaient retenu que l'intrusion injustifiée dans le bureau du directeur de la société cliente était avérée, soutenant qu'un tel motif n'aurait pas figuré dans la lettre de licenciement ; que l'employeur, qui sollicitait à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la faute grave ne serait pas retenue, la confirmation des motifs des premiers juges, avait souligné que « la lettre de licenciement fais(ait) effectivement état de l'intrusion de M. [Y] dans les bureaux du client, ce sans raison », ajoutant simplement qu' « en outre » cette intrusion n'avait pas été mentionnée dans son compte-rendu d'intervention ; qu'en

retenant que « contrairement à ce que soutient l'employeur dans ses conclusions, cette lettre de licenciement ne fait pas également grief au salarié de s'être introduit dans les bureaux de la direction de ce client sans le mentionner », quand le point en débat n'était pas de savoir si la lettre de licenciement reprochait ou non au salarié les mentions qu'il avait fait figurer dans son compte-rendu d'intervention, mais si elle lui reprochait, ainsi que l'avaient retenu les premiers juges, de s'être introduit dans le bureau du directeur, la cour d'appel a violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile. »

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

Contestation d'un accord d'entreprise par voie d'exception, irrégularité tenant à la procédure de négociation de l'accord, régime.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Il est proposé le rejet non spécialement motivé du moyen du pourvoi n° 22-11.770 en ce qu'il fait grief à l'arrêt attaqué de condamner la société à payer au salarié une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse.

En effet, ce moyen apparaît irrecevable en ce qu'il n'articule, dans ses quatre branches, aucun grief quant à la disposition ayant condamné la société à payer au salarié une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse.

4.2. Contestation d'un accord d'entreprise par voie d'exception, irrégularité tenant à la procédure de négociation de l'accord, régime (moyen du pourvoi n° Y 22-11.770 et premier moyen du pourvoi n° Y 22-11.839)

4.2.1. Rappel des dispositions de l'article L. 2262-14 du code du travail, de la réserve posée par le Conseil constitutionnel et de la jurisprudence de la chambre sociale

Aux termes de l'article L. 2262-14 du code du travail, créé par l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017, en vigueur depuis le 24 septembre 2017 :
« Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter :
1° De la notification de l'accord d'entreprise prévue à l'article L. 2231-5, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise ;
2° De la publication de l'accord prévue à l'article L. 2231-5-1 dans tous les autres cas.
« Ce délai s'applique sans préjudice des articles L. 1233-24, L. 1235-7-1 et L. 1237-19-8 du code du travail. »

Aux termes de l'article 15 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 :
« Les dispositions de l'article L. 2262-14 du code du travail, dans sa rédaction issue de la présente ordonnance, s'appliquent aux conventions ou accords conclus postérieurement à la date de publication de celle-ci.
« Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation.

« Pour les conventions ou accords conclus antérieurement à la publication de la présente ordonnance et pour lesquels aucune instance n'a été introduite avant cette publication, le délai de deux mois mentionné à l'article L. 2262-14 court à compter de cette publication. »

Par décision du Conseil constitutionnel n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, l'article L. 2262-14 du code du travail a été déclaré conforme à la Constitution sous la réserve énoncée au paragraphe 35. Conformément à ce paragraphe, lorsque les signataires de l'accord décident, en application du deuxième alinéa de l'article L. 2231-5-1 du code du travail, que certaines parties de l'accord ne feront pas l'objet d'une publication, le délai de recours contre ces parties d'accord non publiées ne saurait, sans méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif, courir à l'encontre des autres personnes qu'à compter du moment où elles en ont valablement eu connaissance.

Les motifs de la décision du Conseil constitutionnel étaient les suivants :
« . En ce qui concerne l'article L. 2262-14 du code du travail, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 :
30. L'article L. 2262-14 du code du travail fixe à deux mois le délai de recours en nullité contre les conventions ou accords collectifs et en détermine le point de départ.
31. Les requérants font valoir que cet article porterait atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif et à la liberté syndicale en ce qu'il permettrait que ce délai commence à courir à l'égard de certaines parties sans que ces dernières aient pu avoir connaissance de la convention ou de l'accord en cause. Il porterait également atteinte, pour la même raison, à la liberté d'entreprendre des entreprises tierces susceptibles d'être affectées par cette convention ou cet accord. Enfin, en ne prévoyant pas la possibilité pour les salariés de contester cet acte à tout moment, le législateur aurait méconnu sa compétence et violé le principe de participation.
32. Aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Est garanti par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif.
33. En premier lieu, en fixant à deux mois le délai de recours de l'action en nullité contre une convention ou un accord collectif, le législateur a entendu garantir leur sécurité juridique en évitant qu'ils puissent être contestés longtemps après leur conclusion.
34. En deuxième lieu, le 1 ° de l'article L. 2262-14 du code du travail prévoit que, pour les organisations disposant d'une section syndicale dans l'entreprise, le délai de recours contre un accord d'entreprise court à compter de sa notification effectuée en vertu de l'article L. 2231-5 du même code. Ce dernier article prévoit que cette notification intervient à l'initiative de l'organisation signataire la plus diligente et s'adresse aux seules organisations représentatives. Il en résulte que le point de départ de ce délai de recours n'est pas opposable aux organisations syndicales non représentatives, même si elles disposent par ailleurs d'une section syndicale dans l'entreprise.
35. En troisième lieu, le 2 ° de l'article L. 2262-14 prévoit que, dans tous les autres cas, le délai ne commence à courir qu'à compter de la publication de l'accord collectif dans une base de données nationale. Toutefois, le deuxième alinéa de l'article L. 2231-5-1 du code du travail prévoit que les signataires de l'accord peuvent décider qu'une partie de cet accord ne fera pas l'objet de cette publication. Dans ce cas, le délai de recours contre ces parties d'accord non publiées ne saurait, sans méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif, courir à l'encontre des autres personnes qu'à compter du moment où elles en ont valablement eu connaissance.
36. En dernier lieu, l'article L. 2262-14 ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en œuvre.
37. Il résulte de ce qui précède que, sous la réserve énoncée au paragraphe 35, le 2 ° de l'article L. 2262-14 ne méconnaît pas le droit à un recours juridictionnel effectif. Il ne méconnaît pas non plus le principe de participation, la liberté syndicale ou la liberté

d'entreprendre. L'article L. 2262-14, qui ne méconnaît aucune autre exigence constitutionnelle, est, sous la réserve énoncée, conforme à la Constitution. »

La chambre sociale a rendu le 2 mars 2022, en formation plénière, des arrêts sur la possibilité d'invoquer, par voie d'exception, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif.

Elle a ainsi jugé, *« eu égard au droit à un recours juridictionnel effectif garanti tant par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, applicable en l'espèce du fait de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, et l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »* :

- qu' *« un comité social et économique est recevable à invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif aux motifs que cette clause viole ses droits propres résultant des prérogatives qui lui sont reconnues par la loi »* (Soc., 2 mars 2022, pourvoi n° 20-20.077, sommaire), le même arrêt précisant que *« la reconnaissance de l'illégalité d'une clause d'une convention ou d'un accord collectif la rend inopposable à celui qui a soulevé l'exception »* et concluant que *« viole dès lors l'article L. 2262-14 du code du travail, le tribunal judiciaire qui, pour rejeter l'exception d'illégalité de l'avenant du 11 septembre 2019 à un accord collectif d'entreprise sur le dialogue social, retient que, l'accord collectif étant un acte de droit privé, la sanction du non-respect des conditions d'adoption de cet accord collectif est la nullité qui doit être soulevée par voie d'exception et non l'inopposabilité et que, l'avenant litigieux n'étant pas annulé, il est opposable au comité social et économique d'établissement. »*

- qu' *« une organisation syndicale non signataire d'un accord collectif est recevable à invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif lorsque cette clause est invoquée pour s'opposer à l'exercice de ses droits propres résultant des prérogatives syndicales qui lui sont reconnues par la loi »* (Soc., 2 mars 2022, pourvoi n° 20-18.442, sommaire).

Elle a, en revanche, jugé depuis qu' *« il résulte de l'article L. 2262-14 du code du travail que le comité d'entreprise (CE), signataire d'un accord de participation conclu en application de l'article L. 3322-6 du même code, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, n'est pas recevable à invoquer, par voie d'exception, l'illégalité d'une clause de cet accord »* (Soc., 19 octobre 2022, pourvoi n° 21-15.270, sommaire).

Les arrêts du 2 mars 2022 ont été largement commentés par la doctrine. Ainsi :
- observations RJS, 2022, n° 262 :
« L'ordonnance 2017-1385 du 22 septembre 2017 sur le renforcement de la négociation collective a enfermé l'action en nullité d'un accord collectif dans le très court délai de 2 mois (C. trav. art. L 2262-14). Concernant les syndicats disposant d'une section syndicale dans l'entreprise (C. trav. art. L 2262-14, 1°) et qui sont représentatifs (Cons. const. 21-3-2018 n° 2018-761 DC), ce délai court à compter de la notification de l'accord d'entreprise par la partie la plus diligente des signataires ; il court à compter de la publication de l'accord sur Legifrance dans tous les autres cas (C. trav. art. L 2262-14, 2°). Le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de l'article L 2262-14 du Code du travail dans la mesure où il ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause d'une convention ou d'un accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en oeuvre, et ne méconnaît donc pas le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Cons. const. 21-3-2018 n° 2018-761 DC).

« Dans deux arrêts du 2 mars 2022 rendus en formation plénière de chambre et destinés au Rapport annuel de la Cour de cassation, la chambre sociale de la Cour de cassation ouvre la voie de l'exception d'illégalité d'un accord collectif d'entreprise à d'autres personnes que le salarié.

« L'arrêt n° 20-16.002 du 2 mars 2022 concerne le comité social et économique (CSE). Dans cette première espèce, l'employeur sollicitait l'annulation de la désignation par un CSE d'établissement d'un expert, dans le cadre des consultations périodiques. Il lui opposait les termes d'un accord collectif sur le dialogue social réservant ces consultations au CSE central. Le CSE pouvait-il exciper de la nullité de l'accord collectif alors que le délai d'action en nullité était expiré ? Tirant les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018, la chambre sociale décide qu'eu égard au droit à un recours juridictionnel effectif garanti par le droit français (l'article 16 de la Déclaration de 1789) et le droit européen (l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, applicable en l'espèce du fait de la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 et l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales), un CSE est recevable à invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif lorsque cette clause viole ses droits propres résultant des prérogatives qui lui sont reconnues par la loi.

« La voie d'exception est donc réservée par la Haute Juridiction à la seule défense de droits légaux, en l'espèce le droit de désigner un expert dans le cadre de la consultation récurrente sur la situation économique et financière de l'entreprise et sur la politique sociale, droit garanti par le Code du travail. La Cour de cassation précise dans sa note explicative que décider autrement aurait suscité de graves difficultés au regard du droit à un recours juridictionnel effectif et aurait privé l'institution représentative du personnel de la possibilité de défendre ses prérogatives, en contradiction avec l'article 8 de la directive 2002/14/CE. Le CSE pouvait donc invoquer, par voie d'exception, l'illégalité de l'accord collectif.

« La chambre sociale, statuant au fond, décide toutefois que l'accord collectif conclu avant les ordonnances de 2017, sous l'empire de la loi Rebsamen 2015-994 du 17 août 2015, pouvait parfaitement définir les niveaux auxquels les consultations récurrentes sont conduites et leur articulation et annule les délibérations du CSE. L'ancien article L 2323-7, 1° du Code du travail permettait à un accord collectif d'entreprise de définir les modalités des consultations récurrentes du comité d'entreprise. Le texte laissait supposer que cet accord pouvait définir les niveaux auxquels ces consultations sont conduites, ce que confirme la première espèce en jugeant l'accord contesté légal. Désormais, les dispositions du Code du travail sont plus explicites : un accord collectif d'entreprise peut prévoir les niveaux auxquels les consultations sont conduites et, le cas échéant, leur articulation (C. trav. art. L 2312-19).

« L'arrêt n° 20-18.442 du 2 mars 2022 concerne une organisation syndicale non signataire d'un accord collectif. Cette deuxième espèce mettait en cause un avenant à un accord collectif sur le dialogue social privant les organisations syndicales du droit de désigner un délégué syndical sur un périmètre plus restreint que celui des établissements distincts déterminés pour l'élection des CSE d'établissement, en violation des dispositions d'ordre public de l'article L 2143-3 du Code du travail (Cass. soc. 31-5-2016 n° 15-21.175 FS-PB : RJS 8-9/16 n° 573 ; Cass. soc. 29-9-2021 n° 20-15.870 F-D : RJS 12/21 n° 680). Le syndicat qui n'avait pas signé l'avenant litigieux,mais n'avait pas exercé de recours en annulation dans le délai de 2 mois de l'article L 2262-14 du Code du travail, avait désigné un délégué syndical sur un périmètre interdit par l'accord. Dans le cadre du contentieux de la désignation, il avait invoqué avec succès l'exception d'illégalité de cet accord. La chambre sociale rejette le pourvoi de l'employeur en reprenant les termes de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018 précitée. Elle décide que, eu égard au droit à un recours juridictionnel effectif garanti tant par l'article 16 de la Déclaration de 1789 que par l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, une organisation syndicale non signataire d'un accord collectif est recevable à soulever par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité d'une clause d'un accord collectif lorsque cette clause est invoquée pour s'opposer à l'exercice de ses droits propres résultant des prérogatives syndicales qui lui sont reconnues par la loi.

« Dans sa note explicative, la chambre sociale précise qu'il résulte de la jurisprudence constante et des dispositions de l'article R 2143-5 du Code du travail que le tribunal

judiciaire doit d'office convoquer toutes les parties intéressées à la contestation de la désignation, y compris le salarié désigné par le syndicat. Dès lors, ce salarié peut, pour s'opposer à l'annulation de sa désignation, contester la légalité de l'accord par la voie de l'exception d'illégalité, comme l'y autorise le Conseil constitutionnel.
« Refuser à l'organisation syndicale ayant procédé à cette désignation le droit de soulever l'exception d'illégalité de l'accord collectif conduirait à la situation étrange d'un accord collectif dont le tribunal pourrait constater l'illégalité au regard du salarié, mais non au regard du syndicat l'ayant désigné.
« La chambre sociale précise que la voie de l'exception d'illégalité de l'accord collectif est ouverte au syndicat dès qu'une de ses prérogatives syndicales légales dans l'entreprise est contestée, sans la limiter à la situation de l'espèce concernant la désignation d'un délégué syndical. En revanche, la question reste ouverte s'agissant de l'action d'un syndicat au titre de la seule défense de l'intérêt collectif de la profession.
« On relèvera pour finir que la première espèce soulevait des questions de procédure civile qui permettent à la Cour de cassation de préciser le cadre de l'exception d'illégalité en matière d'accords collectifs. Tout d'abord, l'exception d'illégalité d'une convention ou d'un accord collectif ne relève pas des dispositions de l'article 1185 du Code civil aux termes duquel «l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution ». Il en résulte que le droit d'opposer la nullité d'un accord collectif comme exception en défense n'est pas perpétuel, mais prescriptible. La chambre sociale ajoute que la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance objet de la demande. Elle reprend ici une solution de principe dégagée dans plusieurs arrêts du 30 juin 2021 (Cass. soc. 30-6-2021 n° 18-23.932 FS-B : RJS 10/21 n° 541). Enfin, la reconnaissance de l'illégalité d'une clause d'une convention ou d'un accord collectif la rend inopposable à celui qui a soulevé l'exception, solution logique puisque seule l'annulation de l'accord, demandée dans le délai de 2 mois ménagé par l'article L 2262-4 du Code du travail, anéantit l'acte rétroactivement et produit ses effets à l'égard des tiers. »

- MM. Gilles Auzero et Lucas Bento de Carvalho (*L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail*, Droit social 2022 p.531) :

*« **Les bénéficiaires de l'inopposabilité**. À l'image des titulaires de l'action par exception d'illégalité, les bénéficiaires de l'inopposabilité s'entendent de tiers à l'accord collectif. Les salariés sont généralement considérés comme tels (37). Il faut cependant se demander si cette assertion n'exigerait pas d'être revue au regard des modifications profondes qui ont affecté notre droit de la négociation collective ces quinze dernières années. Outre qu'il a pu être avancé que, dans une mesure certes relative, les syndicats étaient devenus les mandataires des salariés (38), il convient d'avoir à l'esprit que, désormais, les salariés peuvent directement consentir à un « projet d'accord » proposé par l'employeur qui, s'il est accepté à la majorité des deux tiers, est considéré « comme un accord d'entreprise valide » (39). Comment, en ce cas, analyser par exemple la situation dans laquelle les salariés d'une entreprise de dix salariés auraient approuvé à l'unanimité un projet d'accord à eux soumis par l'employeur ? Peut-on ici affirmer que les salariés sont tiers à l'accord (40) ? »*

Le commentaire de ces auteurs évoquait également la question de l'admission d'une exception d'illégalité invocable en demande :
*« **L'admission d'une exception d'illégalité invocable en demande ?** Le lien établi par la Cour de cassation entre la temporalité de l'exception d'illégalité et la prescription des créances alléguées conduit à une dernière observation. Aux termes de la formule retenue, et à la lumière des exemples précités, il semble que la Cour admette la possibilité de soulever l'exception d'illégalité de l'accord en demande. Dans les trois affaires étudiées, le mécanisme était certes invoqué par les défendeurs à l'instance. « Pour autant, la chambre sociale affirme que « lorsque l'illégalité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif est invoquée par une voie d'exception, la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance objet de la demande » (17). À la faveur de cette précision, la chambre sociale envisage clairement l'hypothèse d'une exception d'illégalité invoquée par un demandeur à l'instance. Cette position, dont il faut souhaiter une confirmation, ne peut*

qu'être saluée. Premièrement, elle participe d'un droit au recours juridictionnel effectif. Deuxièmement, elle s'inscrit dans le sillage des arrêts relatifs aux conventions de forfait en jours sur l'année dans lesquels les salariés réclamaient des arriérés de salaire en se fondant sur l'illicéité du dispositif conventionnel (18). Troisièmement, la solution s'aligne sur les conditions de recours à l'exception d'illégalité posées en droit administratif, admises aussi bien en défense qu'en demande (19). »

- M. Frank Petit (*Les périmètres de désignation du délégué syndical*, *Droit social* 2022 p.562), qui commentait l'arrêt rendu sur le pourvoi n° 20-18.442 :
« Reste maintenant la question de savoir si un salarié compris dans le champ d'application de la convention ou de l'accord contesté peut lui-même invoquer par voie d'exception, sans condition de délai, l'illégalité du texte litigieux.
« L'arrêt du 2 mars 2022 a éludé ce point qui, de toute façon, n'avait pas été soulevé. Mais on ne voit pas pourquoi le salarié serait écarté de cette possibilité, dans la mesure où il détient un intérêt personnel et direct à agir, en raison de sa qualité de bénéficiaire des clauses de la convention ou de l'accord. La question du découpage d'une entreprise en établissements distincts fait partie, à notre avis, des points pouvant lui faire grief. Dans l'opération de configuration d'un établissement, un salarié peut effectivement se trouver empêcher d'exercer facilement ses droits (notamment en termes d'accès à une bibliothèque ou à un centre sportif) si l'établissement aux périmètres trop larges s'étend trop largement d'un point de vue géographique. Dans le passé, la Cour de cassation avait une conception élargie du droit d'agir du salarié pour toutes les questions relatives au processus électoral, y compris lorsqu'il était question de déterminer au sein d'une entreprise les unités de représentation : « Tout électeur, élu ou non, a qualité pour former une contestation relativement aux élections auxquelles a procédé le collège électoral auquel il appartient » (Civ. 2e, 21 juill. 1969, Bull. civ. II, n° 263). Certes, plus récemment, la Cour de cassation a fait obstacle à l'action engagée par un salarié pour contester une configuration d'établissements obtenue à la suite de l'intervention de l'autorité administrative (Soc., 20 oct. 2021, n° 20-60.258 , publié au Bulletin, F. Petit, Qui a intérêt à agir pour contester les périmètres des établissements distincts ?, Dr. soc. 2022. 185 ; RDT 2022. 50, obs. C. Wolmark). Mais il ne faudrait pas que la solution du 20 octobre 2021, encore isolée, se reporte sur l'ensemble du contentieux électoral (notamment sur les contestations d'électorat, d'éligibilité, de candidatures, de modalités de scrutin et de résultats électoraux), y compris sur les questions de droit syndical en lien avec le droit électoral de l'entreprise, et fasse obstacle de manière générale aux actions de salariés contre les conventions et accords collectifs mal reçus ou, plus radicalement, suspectés d'illégalité. »

- M. Dirk Baugard (*L'extension de l'exception d'illégalité d'un accord collectif aux CSE et aux syndicats non signataires*, *Revue de droit du travail* 2022 p. 395) :
« 1. Dans trois arrêts publiés et un arrêt inédit rendus le 2 mars 2022, la chambre sociale s'est prononcée pour la première fois sur la question de savoir si l'exception d'illégalité d'un accord collectif pouvait être soulevée par d'autres personnes que les salariés.
« (...) 6. Dans ses deux notices explicatives, la chambre sociale affirme avoir été amenée, dans les arrêts commentés, « à tirer les conséquences de la décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 ». En réponse à l'argument selon lequel, en ne prévoyant pas la possibilité pour les salariés de contester cet acte à tout moment, le législateur aurait méconnu sa compétence et violé le principe de participation (2), le Conseil constitutionnel a en effet précisé que « l'article L. 2262-14 ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en oeuvre » (3). En se prononçant de la sorte, le Conseil paraît avoir simplement rappelé ce qui lui paraissait être le droit positif : d'une part, l'étude d'impact de la loi d'habilitation du 15 septembre 2017 soulignait que les salariés « peuvent soit agir en nullité contre les clauses qui leur sont applicables, soit invoquer à l'occasion d'un litige individuel du travail l'illégalité des clauses de la convention leur ayant été appliquées » (4) ; d'autre part, le gouvernement avait fait valoir dans ses observations que le délai posé à l'article L. 2262-14 « ne s'applique qu'aux actions directes en nullité avec effet erga omnes , sans affecter d'aucune manière la

possibilité pour un salarié d'invoquer à tout moment une exception de nullité ». La chambre sociale reprend ce motif particulier et semble affirmer que le Conseil constitutionnel en aurait déduit « que l'article L. 2262-14 ne méconnaît pas le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Il y a là un raccourci, car la précision du Conseil assurait plus précisément cette conformité constitutionnelle à l'égard des salariés.
« (...) 8. Il nous semble que les textes internationaux précités n'imposaient pas d'étendre mécaniquement l'exception d'illégalité à d'autres personnes que le salarié. Il est fermement acquis dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que les restrictions apportées au droit effectif d'accès à un tribunal ne sont admissibles que si elles satisfont à un double « test » : elles ne doivent pas porter atteinte à la substance même de ce droit ; en outre, il est, d'une part, nécessaire qu'elles poursuivent un but légitime et, d'autre part, un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé doit exister (7). On aurait pu penser que l'application concrète de ces principes s'imposait pour répondre aux questions complexes soulevées dans les affaires en cause. À cet égard, en effet, les salariés ne se trouvent pas forcément dans la même situation qu'un syndicat non signataire ou qu'un comité social et économique. »

- M. Quentin Chatelier (*Exception d'illégalité d'un accord collectif : la logique l'emporte!*, *Jurisprudence Sociale Lamy*, Nº 541, 4 mai 2022) :

*« **Le salarié**. Les arrêts commentés prennent explicitement appui sur la décision du Conseil constitutionnel rendue à l'occasion du contrôle de la loi de ratification des ordonnances Macron du 22 septembre 2017 (Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018). Celui-ci avait conditionné la constitutionnalité du nouvel article L. 2262-14 du Code du travail à la possibilité pour le salarié d'agir par voie d'exception, au-delà du délai de deux mois, à l'encontre de l'accord collectif en cause : « l'article L. 2262-14 ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en oeuvre » (CC, 21 mars 2018, n° 2018-761 DC). Envisagée comme une confirmation de l'adage quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum (C. A. Célénice, « La sécurité juridique de la norme négociée à l'aune de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018 », JCPS n° 22, 5 juin 2018, 1181), la précision apportée par le Conseil constitutionnel n'avait pas surpris et apparaissait comme « raisonnable » (D. Baugard, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié : de l'exception de nullité à l'exception d'illegalité ? », JCPS n° 42, 22 oct. 2019, 1297) à plusieurs observateurs. Elle comportait incontestablement sa part d'ambiguïté. Avait-elle vocation à exclure toute autre personne du bénéfice de l'exception d'illégalité ? Une réponse positive aurait surpris, des lors que le CSE et certains syndicats ne sont pas plus parties à l'accord collectif en cause que le salarié. Plus généralement, il était demandé à la Cour de cassation de « rendre sa place » à « l'exception de nullité afin d'exciper la nullité d'une convention ou d'un accord collectif devenu inattaquable par voie d'action » (C. A. Célénice, « La sécurité juridique de la norme négociée à l'aune de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2018 », JCPS n° 22, 5 juin 2018, 1181). Cela semble désormais chose faite : « [la] décision [du Conseil constitutionnel] ne pouvait conduire à exclure la possibilité pour d'autres personnes que le salarié de soulever, dans un litige individuel, une telle exception d'illégalité » (notice au rapport annuel). Les critiques à l'égard de cette position ne se sont pas faites attendre (V. not. N. Dauxerre, « Identification des établissements distincts en vue de la désignation des délégués syndicaux et action syndicale », n° 13, 5 avr. 2022, 1102). Il ne restait ensuite qu'à dérouler le raisonnement pour ouvrir au CSE et au syndicat non-signataire de l'accord collectif le droit d'utiliser l'exception d'illégalité pour défendre leurs droits et prérogatives. »*

Aux cas présents, la cour d'appel a jugé la prescription de l'article L. 2262-14 du code du travail inapplicable au terme de la motivation suivante :
« La prescription posée par l'article L. 2262-14 du code du travail selon lequel toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de deux mois à compter de la notification ou de

la publication de l'accord n'est pas applicable en l'espèce dès lors que l'inopposabilité de l'accord d'entreprise du 1er juillet 2010 est invoquée par voie d'exception. »

4.2.2. Question spécifique au pourvoi n° Y 22-11.770 de l'application à l'espèce des dispositions de l'article L. 2262-14 du code du travail (première branche du moyen)

Cette branche invoque les dispositions de l'article 15 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 qui ont été précédemment rappelées.

Le mémoire ampliatif fait valoir qu'en application de celles-ci *« le délai de l'article L. 2262-4 du Code du travail n'était pas applicable, l'instance ayant été introduite, pour un accord postérieur à la date de publication de l'ordonnance (intervenue au JO du 23 septembre), à une date antérieure à son entrée en vigueur.*
« Dans ces conditions, l'exception d'illégalité, laquelle n'a été posée qu'à raison et dans le cadre du délai de contestation institué par l'article L. 2262-14, n'avait pas non plus vocation à s'appliquer. »

Le mémoire en défense soutient :

- d'abord, **que cette branche est irrecevable**, *« d'une part en ce qu'elle est nouvelle et mélangée de fait et de droit (...) d'autre part en ce qu'elle est contraire à la thèse soutenue par la société devant la cour d'appel qui a invoqué le délai de prescription de deux mois issu de l'article L. 2262-14 du code du travail, tel qu'il a été créé par l'article 4 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 (conclusions d'appel, p. 17). »*

- ensuite, qu'elle manque en droit. *« Une partie non-signataire d'un accord collectif peut toujours, par voie d'exception, en contester la légalité à l'occasion d'un litige mettant en oeuvre un droit propre sans que la prescription issue du délai de contestation de l'accord collectif ne soit opposable.*
« Cette réserve précisée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 mars 2018 ne constitue qu'un rappel d'un principe général du droit. »

Dans ses conclusions d'appel, la société faisait valoir, sans autre commentaire que des soulignements et une mise en caractère gras notamment de la référence au délai de deux mois, le texte de l'article L. 2262-14 du code du travail issu de l'article 4 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 puis celui du troisième alinéa de son article 15.

L'arrêt attaqué (page 5) mentionne que la société a soutenu, en réponse à la demande du salarié : *« (le salarié) est forclos en sa demande de nullité de l'accord d'entreprise du 1er juillet 2010 en application des dispositions de l'article L2262-14 du code du travail ».*

Il appartiendra à la formation de se déterminer sur la recevabilité et, le cas échéant, le bien fondé de la première branche du moyen du pourvoi n° Y 22-11.770 au vu de ces éléments.

Si elle considérait, en son délibéré, que le moyen est contraire à la thèse soutenue devant les juges du fond par la société et donc irrecevable, **la première branche du**

moyen du pourvoi n° 22-11.770 pourrait faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé.

4.2.3. Condition - invoquée par la demanderesse au pourvoi - que les moyens invoqués à l'appui de l'exception ne portent que sur le fond du droit et non sur la forme et la procédure de négociation (deuxième branche du moyen du pourvoi n° 22-11.770 et première branche du premier moyen du pourvoi n° 22-11.839)

La cour d'appel a jugé que l'accord d'entreprise n'était pas opposable aux deux salariés au terme de la motivations suivante (pourvoi n° 22-11.770) :
« Sur le fond, il est constant que les premières élections professionnelles postérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 se sont tenues dans l'entreprise au mois de juin 2010, soit antérieurement à la signature de l'accord du 1er juillet 2010 de substitution à l'accord relatif à la durée, l'aménagement du temps de travail et aux salaires du 30 juin 99 et de ses avenants et que les mandats de délégués du personnel des signataires de cet accord n'ont pas été renouvelés entre ces élections et la signature de l'accord collectif du 1er juillet 2010.
« Or, depuis un arrêt du 10 mars 2010 (Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-60.347, Bull. 2010, V, n° 58), soit avant la signature de l'accord d'entreprise litigieux, il est jugé que le mandat du représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement des membres de cette institution.
« Par conséquent, les délégués du personnel ayant signé l'accord d'entreprise du 1er juillet 2010 ne disposaient pas d'un pouvoir pour ce faire. »

L'arrêt attaqué par le pourvoi n° 2211839 comporte en outre les motifs suivants :
« La société (...) reconnaît dans ses conclusions que les délégués syndicaux centraux signataires de l'accord d'entreprise du 1er juillet 2010 n'ont pas fait l'objet d'une nouvelle désignation par les organisations syndicales représentatives à l'issue du premier tour de ces élections professionnelles.
« Elle explique que cette décision a été prise d'un commun accord entre la société (...) et les organisations syndicales représentatives, dans le but de ne pas retarder la signature de l'accord. »

La société soutient l'analyse suivante étayée par des références au rapport Combrexelle et à la doctrine :
« Dès la rédaction de son rapport ayant servi de fondement à la réforme introduisant un délai de contestation restreint, Monsieur Combrexelle précisait que « l'invalidité de telle ou telle clause de l'accord ne pourrait être invoquée devant le juge que par la voie de l'exception d'illégalité, à l'occasion d'un litige particulier et à la condition que les moyens ne portent que sur le fond du droit et non sur la forme et la procédure de négociation et de signature » (Rapp. préc., p. 73).
« Il a ainsi été justement souligné par le professeur D. Baugard que :
« un éventuel rapprochement avec l'exception d'illégalité pourrait ne pas être sans conséquences quant aux causes d'illégalité susceptibles d'être utilement invoquées par le salarié.
Soucieux de trouver un équilibre entre le respect de la légalité et la sécurité juridique, le Conseil d'État a en effet récemment jugé que la légalité formelle et procédurale d'un acte réglementaire ne peut être utilement invoquée dans le cadre d'une exception d'illégalité (CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583 : Fédération des finances et affaires économiques *Rec. Lebon* p. 187, concl. Bretonneau). Autrement dit, seules peuvent être utilement critiquées « la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir.
Si la Cour de cassation devait s'inspirer du mécanisme, elle pourrait donc estimer que certaines causes d'illégalité de l'accord collectif ne seraient pas utilement invocables, ce que préconisait d'ailleurs le rapport Combrexelle. Le caractère opérant de certains moyens critiquant la loyauté de la négociation d'un accord collectif ou les irrégularités de la consultation du personnel permettant à un texte d'acquérir cette qualité serait, par exemple, discutable *(D. Baugard, «L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité ? » ; La Semaine Juridique Social n° 42, 22 Octobre 2019, 1297)*
« Selon le professeur JF-Cesaro (« Le CSE peut soulever l'exception d'illégalité d'une clause d'un accord collectif », La Semaine Juridique Social JCP S. n°12, 29 Mars 2022, 1093) :

« Pour admettre l'action du comité, la Cour de cassation a permis le contournement du bref délai de l'article L. 2262-14 du Code du travail. Elle considère en effet qu'il ne s'agit pas d'une action en nullité qui serait prescrite, mais d'une action juridiquement distincte : l'exception d'illégalité. (….)
L'exception d'illégalité est en droit administratif un moyen « par lequel, à l'occasion d'un litige né de la contestation de la légalité d'une décision administrative devant le juge administratif, l'une des parties, en demande ou en défense, ou le juge d'office, invoque l'illégalité de cette décision comme reposant sur une décision elle-même illégale (…) ».
La technique de l'exception d'illégalité permet, en principe, de s'affranchir des limites temporelles applicables à la nullité : elle est perpétuelle lorsqu'elle s'applique à un acte administratif ayant un caractère réglementaire (…).
Moyens susceptibles d'être invoqués.

En principe, l'exception d'illégalité devrait permettre d'invoquer tous les moyens relatifs à la légalité interne (fin poursuivie, motifs de droit et de fait, dispositif de la décision) et externe (compétence, procédure, forme) qui peuvent être soulevés au soutien d'un recours tendant à l'annulation d'une convention collective (…).

Cependant, le Conseil d'État dans sa formation la plus solennelle a décidé que si, dans le cadre de ces contestations, « la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'édiction de cet acte, les vices de forme et de procédure dont il serait entaché ne pouvant être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux » (CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583 : Fédération des finances et affaires économiques Rec. Lebon p. 187, concl. Bretonneau ; JCP A 2018, n° 26, p. 42, note C. Friedrich ; Dr. adm. 2018, comm. 45, note G. Eveillard ; Dr. Adm. 2018, repère 7, note B. Plessix ; RFDA 2018, p. 649, concl. Bretonneau, notes de Béchillon et Delvolvé ; AJDA 2018, p. 1206, chron. Roussel et Nicolas ; AJDA 2018, p. 1241, trib. F. Melleray ; AJDA 2018, p. 1465, trib. B. Seiller ; Procédures 2018, comm. 236, note N. Chifflot).

Le champ de la contestation est ainsi, à la fois plus large et plus restreint que celui de l'action en nullité. Plus large puisqu'il permet des critiques qui, en droit privé, relèvent en partie de la caducité. Plus restreint puisqu'il ne peut porter sur les « vices de forme et de procédure ».
Ce raisonnement correspond également aux préconisations de Monsieur Combrexelle qui suggérait de limiter le contentieux à des moyens portant sur « le fond du droit et non sur la forme et la procédure de négociation et de signature » (Rapp. p. 73). En conséquence, ainsi que le relève le professeur Baugard, la loyauté des négociations ou la régularité des consultations des représentants du personnel pourraient ne pas être utilement invocables à l'occasion d'une exception d'illégalité ».
« Le parallèle avec la distinction des vices opérée par le Conseil d'État dans son arrêt précité « Fédération des finances et affaires économiques » a été opérée par d'autres auteurs (C. Pernot – L. Bento de Carvalho, « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les « ordonnances Macron », Droit social 2020. 43s.).
« Le professeur P-H. Antonmattei (« Exception d'illégalité d'une clause d'un accord collectif : la Cour de cassation prend la main », SSL 11 avril 2022), s'interroge, lui aussi :
« Quels sont les moyens susceptibles d'être invoqués ? Il y a, principalement, ceux qui affectent la validité d'une clause de l'accord.
Faut-il admettre aussi ceux qui portent sur la procédure de négociation (…) ? À poursuivre l'analogie avec l'exception d'illégalité pratiquée en droit administratif, on est attiré par la jurisprudence du Conseil d'État qui exclut du champ de l'exception les vices de forme et de procédure.
« C'est bien la voie préconisée par le rapport Combrexelle pour l'exception d'illégalité d'une stipulation conventionnelle : « L'invalidité de telle ou telle clause de l'accord ne pourrait être invoquée devant le juge par la voie de l'exception d'illégalité, à l'occasion d'un litige particulier et à la condition que les moyens ne portent que sur le fond du droit et non sur la forme de la procédure de négociation et de signature. » Gageons que la Cour de cassation s'en inspire (...) ».

« On relèvera qu'aux termes de ses arrêts précités du 2 mars 2022, la Chambre sociale s'est prononcée sur des exceptions d'illégalité mettant en cause le fond du droit : la faculté de réserver la consultation d'un expert au seul comité central d'entreprise (n°20-16.002 et n°20-20.077), la fixation d'un périmètre de désignation des délégués syndicaux au regard des dispositions d'ordre public relatives audit périmètre (n°20-18.442 et n°20-19.286).
« De plus, dans les décisions de la Chambre sociale qui, déjà, se prononçaient sur la régularité d'accords collectifs dans le cadre de contentieux individuels, (sur la comparaison avec l'exception d'illégalité : D. Baugard, art. préc. C. Pernot – L. Bento de Carvalho, «

Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les « ordonnances Macron » ?,– Droit social 2020. 43), l'illégalité, déjà sanctionnée par une opposabilité, l'a toujours été au regard règle de fond : ainsi des accord dont les garanties ont été jugées insuffisantes en matière de forfait jours (Soc. 5 octobre 2017, n° 16-23.106) des accord « modulation du temps de travail » ne répondant pas aux exigences légales (Soc., 15 janvier 2014, n° 12-18.075), ou de ceux dont les dispositions relatives aux clauses de mobilité conventionnelle ont été jugées non conformes aux exigences posées par la Cour de cassation (Soc., 24 janvier 2008, Bull. civ. V, n° 23.). »

Les mémoires en défense font d'abord valoir **que la critique est irrecevable** *« en ce qu'elle est nouvelle et mélangée de fait et de droit.*
« La société s'est bornée à rappeler dans ses écritures (p. 17) que toute action en nullité de tout ou partie d'un accord collectif doit être engagée, à peine d'irrecevabilité, dans un délai de deux mois.
« Elle n'a nullement soutenu que la contestation de la légalité d'un accord collectif, par voie d'exception, ne serait admise qu'en présence d'un moyen portant sur le fond du droit et non sur la forme ou la procédure de négociation et de signature.
« Le moyen est de surcroît mélangé de fait. Son examen supposerait la prise en considération des circonstances de fait dans lesquelles l'accord collectif litigieux a été conclu, ce qui excède l'office du juge de cassation. »

Ils soutiennent ensuite que la critique manque en droit et développent en ce sens l'analyse suivante :
« Dans sa décision du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a indiqué, sans aucune réserve, que l'article L. 2262-14 ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en oeuvre.
« Cette décision n'interdit pas aux salariés de contester, par voie d'exception, l'illégalité de tout ou partie d'un accord (et pas seulement d'une clause).
« Dans sa décision de principe du 2 mars 2022 (n° 20-16.002), la Cour de cassation confirme, dans le prolongement de la décision du Conseil constitutionnel, que par la voie de l'exception, l'illégalité de tout ou partie d'un accord peut être soulevée.
« Dans cette même décision, la Cour de cassation précise que la reconnaissance de l'illégalité rend inopposable la convention ou l'accord à celui qui a soulevé l'exception.
« Le fait de pouvoir contester l'illégalité de l'accord en son entier suppose par définition de pouvoir discuter de ses conditions de validité.
« Partant, un salarié peut parfaitement soulever, par voie d'exception, l'illégalité d'un accord collectif en cas de violation de ses conditions substantielles de validité, qui conditionnent l'opposabilité de l'accord aux salariés.
« Il en est ainsi des conditions dans lesquelles un accord collectif peut être conclu par des syndicats représentatifs. L'employeur ne peut conclure un tel accord qu'avec les délégués syndicaux dûment désignés par les syndicats représentatifs.
« Si les salariés signataires de l'accord, au nom des syndicats représentatifs, n'ont pas la qualité de délégué syndical, l'accord est alors substantiellement vicié et ne peut valoir accord collectif de travail emportant l'ensemble des effets juridiques attachés à ces accords, dont leur effet erga omnes.
« L'illégalité n'est pas ici purement « formelle » ou « procédurale » comme le soutient à tort le pourvoi. Elle a trait à la nature juridique même de l'accord collectif qui serait signé par des personnes sans aucun pouvoir pour engager la collectivité des travailleurs.
« Il s'agit d'une irrégularité de fond, qui, si elle était soulevée dans le délai de deux mois, entraînerait l'anéantissement de l'acte. Soulevée par la voie de l'exception, cette illégalité entraîne l'inopposabilité de l'acte à celui qui la soulève. »

Il appartiendra à la formation de se déterminer sur la recevabilité et, le cas échéant, le bien fondé de la deuxième branche du moyen du pourvoi n° Y 22-11.770 et de la première branche du premier moyen du pourvoi n° Y 22-11.839 au vu de ces éléments.

4.2.4. Grief de violation des articles L. 2231-1, L. 2232-16 et L. 2232-17 du code du travail (troisième branche du moyen du pourvoi n° Y22-11.770 et deuxième branche du premier moyen du pourvoi n° Y 22-11.839)

Aux termes de l'article L. 2231-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, en vigueur depuis le 22 août 2008 :
« La convention ou l'accord est conclu entre :
- d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord ;
- d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs, ou toute autre association d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement.
« Les associations d'employeurs constituées conformément aux dispositions de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, qui ont compétence pour négocier des conventions et accords, sont assimilées aux organisations syndicales pour les attributions conférées à celles-ci par le présent titre. »

Aux termes de l'article L. 2232-16 du même code, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, en vigueur du 1er mai 2008 au 1er avril 2018 :
« La convention ou les accords d'entreprise sont négociés entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise.
« Une convention ou des accords peuvent être conclus au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements dans les mêmes conditions. »

Aux termes de l'article L. 2232-17 du même code :
« La délégation de chacune des organisations représentatives parties à des négociations dans l'entreprise comprend le délégué syndical de l'organisation dans l'entreprise ou, en cas de pluralité de délégués, au moins deux délégués syndicaux.
« Chaque organisation peut compléter sa délégation par des salariés de l'entreprise, dont le nombre est fixé par accord entre l'employeur et l'ensemble des organisations mentionnées au premier alinéa. A défaut d'accord, le nombre de salariés qui complète la délégation est au plus égal, par délégation, à celui des délégués syndicaux de la délégation. Toutefois, dans les entreprises pourvues d'un seul délégué syndical, ce nombre peut être porté à deux. »

Les mémoires ampliatifs font valoir qu' *« il convient de rappeler que la délégation syndicale des organisations représentatives parties aux négociations d'un accord d'entreprise peut comprendre, en sus des délégués syndicaux, des salariés de l'entreprise (article L. 2232-27 du code du travail).*
« Par suite, même à considérer que les signataires de l'accord n'aient pas vu leurs mandats de délégués syndicaux centraux renouvelés, il résultait de leur signature de l'accord d'entreprise, faite au nom des syndicats, qu'ils avaient effectivement été mandatés par ces derniers pour signer l'accord.
« Aussi, en se fondant sur la seule circonstance que les délégués syndicaux n'aient pas été de nouveau désignés après les élections de juin 2010, la cour d'appel n'a pu, pour cette raison aussi, qu'exposer sa décision à la censure. »

Les mémoires en défense soutiennent **que la critique est irrecevable** :
« En effet, la société s'était bornée à soutenir que les délégués syndicaux disposaient bien de leur mandat de délégué syndical, malgré l'absence d'information de l'employeur à l'issue des élections professionnelles.
« Il n'était nullement soutenu que les salariés signataires, à défaut de détenir le mandat de délégué syndical, disposaient d'un « mandat de représentant syndical ».
« Nouveau, mélangé de fait et de droit, le moyen est irrecevable. »

Ils ajoutent que la critique manque en droit, qu' *« en l'absence de signature de l'accord du 1er juillet 2010 par des délégués syndicaux, celui-ci était inopposable (aux salariés).*
« L'article L. 2232-27 du code du travail invoqué par le pourvoi, relatif au salarié mandaté dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, était inapplicable en présence d'une entreprise employant plus de 50 salariés et disposant de syndicats représentatifs qui n'avaient pas dûment désigné de délégués syndicaux avant la signature de l'accord du 1er juillet 2010. »

Il appartiendra à la formation de se déterminer sur la recevabilité et, le cas échéant, le bien fondé des griefs au vu de ces éléments.

Si elle retenait, en son délibéré, que ceux-ci sont nouveaux, mélangés de fait et de droit, et dès lors irrecevables, **la troisième branche du moyen du pourvoi n° Y 22-11.770 et la deuxième branche du premier moyen du pourvoi n° Y 22-11.839 pourraient faire l'objet de rejets non spécialement motivés**.

4.2.5. Grief de violation des articles L. 2232-12 et L. 2232-11 du code du travail (quatrième branche du moyen du pourvoi n° Y 22-11.770 et troisième branche du premier moyen du pourvoi n° Y 22-11.839)

Aux termes de l'article L. 2232-11 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur du 1er mai 2008 au 24 septembre 2017 : *« La présente section détermine les conditions dans lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation dans l'entreprise et dans le groupe. »*

Aux termes de l'article L. 2232-12 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, en vigueur du 22 août 2008 au 10 août 2016 :
« La validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants.
« L'opposition est exprimée dans un délai de huit jours à compter de la date de notification de cet accord, dans les conditions prévues à l'article L. 2231-8. »

Dans un arrêt publié invoqué par les mémoires ampliatifs, la chambre a rappelé que *« le juge saisi d'un recours en nullité contre les conventions ou accords collectifs apprécie leur conformité au regard des dispositions légales et réglementaires en vigueur lors de la conclusion de ces conventions ou accords collectifs »* (Soc., 23 septembre 2020, pourvoi n° 18-23.474, sommaire).

La demanderesse aux pourvois soutient la thèse selon laquelle lors de la signature de l'accord litigieux, *« les dispositions légales applicables, issues de la loi 2008-789 du 20 août 2008 prévoyaient seulement que « le mandat de délégué syndical prend fin lorsque l'ensemble des conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2143-3 et L. 2143-6 cessent d'être réunies » (art. L. 2143-11 dans sa rédaction issue de cette loi).*
« Et ce n'était qu'à compter de la modification résultant de la loi 2014-288 du 5 mars 2014 que les dispositions légales (art. L. 2143-11 dans sa rédaction issue de cette loi) avaient posé le principe suivant lequel : « le mandat de délégué syndical prend fin au plus tard lors du premier tour des élections de l'institution représentative du personnel renouvelant l'institution dont l'élection avait permis de reconnaître la représentativité de l'organisation syndicale l'ayant désigné ».

« (...) si, par un arrêt du 22 septembre 2010 (n° 09-60.435, Bull. Civ. V n°188), la Cour de cassation avait considéré que le mandat du délégué syndical prenait fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise, cette analyse avait été formulée postérieurement à la signature de l'accord d'entreprise. »

Elle fait valoir que la chambre sociale a, *« par cette décision, procédé à une interprétation des textes qu'une simple lecture ne révélait pas »* et conclu que *« cette interprétation, postérieure à la signature de l'accord d'entreprise, ne pouvait en conséquence (lui) être opposée. »*

La défense réplique que la critique manque en droit :
« La loi du 20 août 2008 a donné au critère de l'audience électorale une place prépondérante.
« (...) Il s'en suit très logiquement et strictement que le renouvellement des institutions représentatives du personnel entraîne, de plein droit, la cessation de tous les mandats syndicaux attachés au précédent score électoral.
« Au cas présent, à la date du 1er juillet 2010, les partenaires sociaux ont négocié un accord sous l'empire de la nouvelle loi du 20 août 2008.
« Par conséquent, pour être valable, l'accord aurait dû être signé par des salariés dont les mandats de délégués syndicaux ont été expressément renouvelés par les syndicats représentatifs, puisque les précédents mandats ont automatiquement cessé à la date du 29 juin 2010.
« En signant un accord avec des salariés dépourvus de tout mandat, et donc de tout pouvoir, l'employeur n'a pas respecté les conditions de validité exigées par la loi.
« La portée de la nouvelle loi, précisée par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 mars 2010 relatif au représentant syndical au comité d'entreprise, aurait dû inviter les partenaires sociaux à plus de prudence au sein de la société (...) lors de la signature du 1er juillet 2010. »

Dans l'arrêt ainsi cité par la défense, la chambre a jugé qu'en vertu de l'article L. 2324-2 du code du travail, le mandat du représentant syndical au comité d'entreprise prenait fin lors du renouvellement des membres de cette institution :
Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-60.347, Bull. 2010, V, n° 58 :
« Vu les articles L. 2324-2 et R. 2324-24 du code du travail ;
« Attendu, selon le jugement attaqué, que M. X… a été désigné représentant syndical au comité d'entreprise de la société X… par le syndicat (...) en février 2007 ; que des élections pour le renouvellement des membres du comité d'entreprise ont été organisées le 20 mars 2009 ; que contestant le maintien de M. X… comme représentant syndical au comité d'entreprise compte tenu des résultats du scrutin, la société X… a saisi le tribunal d'instance en annulation de son mandat par requête du 28 avril 2009 ;
« Attendu que pour déclarer la requête en annulation forclose, le tribunal d'instance, relève que le mandat de M. X… s'est poursuivi postérieurement aux élections à défaut de révocation par le syndicat, que la contestation de ce mandat repose en réalité sur la survenance d'un élément nouveau de nature à remettre en cause sa validité, et que seules les opérations de vote du 20 mars 2009 et l'existence d'une liste commune constituent l'élément nouveau et le point de départ du délai de forclusion ;
« Attendu cependant que le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement des membres de cette institution ; qu'il s'ensuit que tout intéressé peut faire constater l'expiration du mandat sans que puisse lui être opposé le délai prévu par l'article R. 2324-24 du code du travail ;
« Qu'en statuant comme il a fait, le tribunal d'instance a violé les textes susvisés ; »

La chambre a ensuite jugé, dans un arrêt dont la demanderesse au pourvoi relève qu'il est postérieur à la signature de l'accord, que *« le mandat de délégué syndical prenant fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise, la désignation, à l'issue de ces nouvelles élections, d'un délégué syndical, fait courir à compter de la date de cette désignation le délai prévu par l'article R. 2324-24 du code du travail*

même si le salarié désigné exerçait déjà cette mission avant le nouveau scrutin » (Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 09-60.435, *Bull*. 2010, V, n° 188, sommaire).

Si les termes de cet arrêt pourraient donner à penser qu'il était d'ores et déjà acquis que le mandat de délégué syndical prenait fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise, le commentaire au rapport annuel, commun aux deux arrêts des 10 mars et 22 septembre 2010, n'est pas en ce sens :

« Les arrêts du 10 mars et du 22 septembre 2010 tirent les conséquences des changements majeurs apportés par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 s'agissant des mandats des représentants syndicaux qui, tous, sont désormais conditionnés à un résultat électoral.
« Revenant en conséquence sur une jurisprudence antérieure traditionnelle relative au caractère à durée indéterminée du mandat du représentant syndical, la chambre sociale, prenant acte du changement profond induit par la loi du 20 août 2008, a dans un premier arrêt du 10 mars 2010 (Bull. 2010, V, n° 58, pourvoi n° 09-60.347) décidé que « le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement des membres de cette institution ; qu'il s'ensuit que tout intéressé peut faire constater l'expiration du mandat sans que puisse lui être opposé le délai prévu par l'article R. 2324-24 du code du travail ».
« La question se posait de savoir si cette solution allait être étendue au mandat des délégués syndicaux. Constatant que ce mandat est également conditionné désormais aux résultats de chaque élection, puisque seul peut être désigné un salarié candidat aux élections de délégués du personnel ou de membre du comité d'entreprise ayant obtenu 10 % des suffrages (article L. 2143-3 du code du travail), la chambre sociale adopte une solution identique : le mandat du délégué syndical prend fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise. Dès lors, le courrier par lequel un syndicat informe l'employeur du « maintien » du mandat du délégué syndical après le déroulement du scrutin s'assimile à une nouvelle désignation qui peut être contestée dans les quinze jours suivant sa notification.
« Il résulte de cette application jurisprudentielle des nouvelles dispositions de la loi du 20 août 2008 que les mandats des représentants syndicaux doivent désormais être renouvelés expressément après chaque scrutin électoral dans l'entreprise et en fonction des résultats de ce scrutin. »

Depuis, la même solution a été retenue pour le représentant de la section syndicale (Soc., 4 juin 2014, pourvoi n° 13-60.205, Bull. 2014, V, n° 136).

La formation devra, au vu de l'ensemble de ces éléments, dire si les arrêts attaqués encourent les griefs de la quatrième branche du moyen du pourvoi n° Y 22-11.770 ou de la troisième branche du premier moyen du pourvoi n° Y 22-11.839.

4.2.6. Grief de violation des articles L. 3121-10 et L. 3123-17 du code du travail (quatrième branche du premier moyen du pourvoi n° Y 22-11.839)

Aux termes de l'article L. 3121-10 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi ° 2016-1088 du 8 août 2016, en vigueur du 1er mai 2008 au 10 août 2016 : *« La durée légale du travail effectif des salariés est fixée à trente-cinq heures par semaine civile.*
« La semaine civile est entendue au sens des dispositions de l'article L. 3122-1. »

Aux termes de l'article L. 3123-17 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, en vigueur du 17 juin 2013 au 10 août 2016 :
« Le nombre d'heures complémentaires accomplies par un salarié à temps partiel au cours d'une même semaine ou d'un même mois ou sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 3122-2 ne peut être supérieur au dixième de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue dans son contrat calculée, le cas échéant, sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 3122-2.
« Les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail accomplie par un salarié au niveau de la durée légale du travail ou à la durée fixée conventionnellement.
« Chacune des heures complémentaires accomplies dans la limite fixée au premier alinéa du présent article donne lieu à une majoration de salaire de 10 %. »

Au cas présent, la cour d'appel a requalifié le contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet et condamné la société à payer à M. [Y] certaines sommes à titre de rappel de salaires du 1er juillet 2015 au mois de septembre 2017 inclus et congés payés afférents, au terme de la motivation suivante :

« (...) Cet avenant au contrat de travail à temps partiel ne mentionne pas la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois.

« En conséquence et par application des principes susvisés, cette absence de mention fait présumer que l'emploi est à temps complet et il incombe à l'employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur.

« Cependant, outre qu'il ne ressort pas des fiches de paie (du salarié) versées aux débats que sa durée de travail variait de 90 à 151 heures selon les mois, la société (...) démontre au travers des plannings produits et sans être contredite sur ce point, que le salarié travaillait, hormis quelques exceptions ponctuelles, uniquement les samedis et les dimanches.

« Ce rythme répétitif démontre que (le salarié) n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur.

« En revanche, il résulte de l'avenant au contrat de travail du 1er juillet 2015 que la durée du travail du salarié a été portée au niveau de la durée légale à compter de cette date et pour deux mois.

« Or, il résulte des articles L. 3123-14 et L. 3123-17 du code du travail, dans leur rédaction issue de la loi n°2013 504 du 14 juin 2013 que, selon le premier de ces textes, le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit qui mentionne notamment la durée hebdomadaire ou mensuelle du travail et, aux termes du second alinéa du second de ces textes, que les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail accomplie par un salarié au niveau de la durée légale du travail ou à la durée fixée conventionnellement, même en exécution d'un avenant au contrat.

« En conséquence, la demande de requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet est fondée, tout comme la demande de rappel de salaire consécutive à cette requalification mais uniquement à compter du 1er juillet 2015, date à laquelle la durée hebdomadaire de travail a été portée pour la première fois au niveau de la durée légale. »

Le mémoire ampliatif soutient qu' *« à supposer même, pour les seuls besoins du raisonnement, que l'accord du 1er juillet 2010 prévoyant un décompte de la durée du travail sur 13 semaines n'ait pas été opposable au salarié, la décision critiquée n'en demeurerait pas moins viciée »* et invoque en ce sens l'arrêt suivant :

Soc., 15 septembre 2021, pourvoi n° 19-19.563, publié :

« Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Riom, 21 mai 2019), M. (...) a été engagé à compter du 28 décembre 2013 par la société (...) en qualité d'agent de sécurité, selon un contrat de travail à temps partiel d'une durée mensuelle de 140 heures, ramenée à 50 heures par avenant du 1er novembre 2014.

2. Les parties sont convenues d'une rupture conventionnelle du contrat de travail à effet au 26 novembre 2016.

3. Le 22 décembre 2016, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant à la requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet à compter du mois de février 2015 et au paiement de diverses sommes.

(...) Sur le moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

4. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes de requalification du contrat de travail en temps plein, de rappel de salaire et de congés payés afférents et d'indemnité pour travail dissimulé, alors « qu'il résulte de l'article L. 3123-17 du code du travail que les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée hebdomadaire du travail accomplie par un salarié au niveau de la durée légale du travail ; que dès lors que les heures effectuées par un salarié ont eu pour effet de porter la durée hebdomadaire du travail de celui-ci, employé à temps partiel, au niveau de la durée légale ou de la durée fixée conventionnellement, son contrat à temps partiel doit être requalifié en contrat de travail à temps complet ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu que dès lors que la durée du travail du salarié était fixée mensuellement, la réalisation d'un horaire supérieur à la durée légale hebdomadaire durant une semaine, alors que l'horaire mensuel demeurait inchangé, ne saurait entraîner la requalification du contrat de travail à temps plein ; qu'en statuant ainsi, quand elle a constaté que le salarié avait réalisé 36,75 heures sur une semaine, la

cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 3123-17 du code du travail. »
Réponse de la Cour
Vu les articles L. 3121-10 et L. 3123-17 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :
5. Selon le premier de ces textes, la durée légale du travail effectif des salariés est fixée à trente-cinq heures par semaine civile.
6. Selon le second, le nombre d'heures complémentaires accomplies par un salarié à temps partiel au cours d'une même semaine ou d'un même mois ou sur la période prévue par un accord collectif conclu sur le fondement de l'article L. 3122-2 ne peut être supérieur au dixième de la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue dans son contrat. Les heures complémentaires ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail accomplie par un salarié au niveau de la durée légale du travail ou à la durée fixée conventionnellement.
7. Pour débouter le salarié de ses demandes, l'arrêt retient que, dès lors que la durée de travail était fixée mensuellement, la réalisation, durant une semaine, d'un horaire supérieur à la durée légale hebdomadaire, alors que l'horaire mensuel demeurait inchangé, ne saurait entraîner la requalification de ce contrat à temps partiel en contrat de travail à temps plein. Il ajoute que le rejet de la demande de requalification conduit au rejet de la demande tendant au paiement d'une indemnité pour travail dissimulé.
8. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié avait accompli 1,75 heure complémentaire au mois de février 2015 et qu'au cours de la première semaine de ce mois, le salarié avait effectué 36,75 heures de travail en sorte que l'accomplissement d'heures complémentaires avait eu pour effet de porter la durée du travail accomplie par le salarié à un niveau supérieur à la durée légale du travail, ce dont elle aurait dû déduire que le contrat de travail à temps partiel devait, à compter de ce dépassement, être requalifié en contrat de travail à temps complet, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Il en conclut que, dans cette affaire, la chambre sociale a *« censuré la cour d'appel qui s'était fixée, pour déterminer si la durée légale avait été atteinte ou dépassée, sur le temps de travail effectué sur le mois, le contrat prévoyant lui-même un décompte mensuel de la durée du travail.*
« Or, au cas présent, pour procéder à une requalification à temps plein à compter du 1er juillet 2015, la cour d'appel a retenu qu'un avenant du 1er juillet 2015 avait porté la durée du travail à hauteur de la durée légale.
« Toutefois, la durée du travail prévue à cet avenant était, ainsi qu'elle l'a constaté (p. 2, §3) fixée à hauteur 151,67 heures mensuelles, et par conséquent sur le mois (avenant en production, conclusions de l'exposante p. 23 ; conclusions de M. [Y] p. 20).
« La cour d'appel s'est donc fondée sur une durée mensuelle pour déterminer si la durée légale du travail avait été atteinte.
« Elle a en conséquence commis une erreur de droit. »

Le mémoire en défense soulève l'irrecevabilité de cette branche *« en ce qu'elle est nouvelle et mélangée de fait et de droit.*
« En effet, la société n'a pas invité la cour d'appel à vérifier si, hebdomadairement, le salarié avait travaillé au moins 35 heures. »

Il soutient ensuite que *« la critique manque, en toute hypothèse, en droit.*
« La cour d'appel a jugé que (arrêt p. 8 § 4) :
« En revanche, il résulte de l'avenant au contrat de travail du 1er juillet 2015 que la durée du travail du salarié a été portée au niveau de la durée légale à compter de cette date et pour deux mois ».
« Par définition, une durée mensuelle de 151,67 heures correspond juridiquement à une durée hebdomadaire de 35 heures.
« Un salarié ayant effectué 151,67 heures dans le mois a donc nécessairement travaillé au moins 35 heures sur une semaine.
« La décision du 15 septembre 2021 (n° 19-19.563) citée par le pourvoi est inopérante dans le présent litige car la cour d'appel n'a pas ici refusé de faire droit à une demande de requalification en temps plein, en présence d'un salarié ayant effectué au moins 35 heures sur une semaine, au motif que sur le mois la durée de travail n'a pas atteint 151,67 heures.

« Au contraire, ayant constaté l'atteinte de la durée légale de travail sur deux mois consécutifs, la cour d'appel a, à bon droit, requalifié le contrat de travail en contrat à temps plein.»

Il appartiendra à la formation de se déterminer sur la recevabilité et, le cas échéant, le bien fondé du moyen au vu de ces éléments.

Si elle considérait, en son délibéré, au vu notamment des positions de la société exprimées dans ses conclusions d'appel (pages 23 et 24) et reprises dans l'arrêt attaqué que le moyen est nouveau, mélangé de fait et de droit, et dès lors irrecevable, **la quatrième branche du premier moyen du pourvoi n° Y 22-11.839 pourrait faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé**.

4.3. Il est proposé le rejet non spécialement motivé du second moyen du pourvoi n° Y 22-11.839 qui critique l'arrêt en ce qu'il dit que le licenciement de M. [Y] ne repose ni sur une faute grave ni sur une cause réelle et sérieuse et condamne la société à payer au salarié certaines sommes à ce titre et au remboursement à Pôle emploi des indemnités de chômage payées au salarié à la suite de son licenciement, dans la limite de six mois de prestations

Les trois branches de ce moyen ne sont pas fondées.

La deuxième branche qui argue d'une dénaturation est recevable dès lors que la lettre de licenciement est produite (production MA n° 10). Mais elle n'est pas fondée, l'interprétation faite par la cour d'appel (rappelée ci-après) étant justifiée de sorte que la dénaturation alléguée est inexistante.

Sous couvert d'une violation des articles 4 et 5 du code de procédure civile, la troisième branche ne tend elle-même qu'à remettre en cause le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et n'est donc pas fondée.

La première branche du moyen ne peut davantage être accueillie.
- la faute grave est « *celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* » : Soc., 27 septembre 2007, pourvoi n° 06-43.867, *Bull*. 2007, V, n° 146 ; Soc., 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-41.313, *Bull*. 2007, V, n° 206.

Il appartient à l'employeur d'apporter la preuve de la faute grave qu'il invoque : Soc., 5 mars 1981, pourvoi n° 78-41.806, *Bulletin des arrêts* Cour de Cassation Chambre sociale N 187 ; Soc., 12 mai 1993, pourvoi n° 89-43.953, *Bull*. 1993, V, n° 137 ; Soc., 9 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.204, *Bull*. 2001, V, n° 306 , ce dernier arrêt précisant que seuls peuvent être retenus les faits visés dans la lettre de licenciement.

Si la lettre de licenciement fixe les limites du litige en ce qui concerne les griefs articulés à l'encontre du salarié et les conséquences que l'employeur entend en tirer quant aux modalités de rupture, il appartient au juge de qualifier les faits invoqués : Soc. 22 février 2005, n° 03-41.474, *Bull*. n° 58.

Les juges du fond apprécient, dans le cadre de leur pouvoir souverain, la valeur probante des éléments de faits qui leur sont soumis et si les faits imputés au salarié sont ou non établis (Soc., 11 avril 2018, pourvoi n° 16-18.590, diffusé)

La chambre sociale exerce, en matière de faute grave, un contrôle léger, s'apparentant à une erreur manifeste de qualification de la faute (Soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 13-11.696, diffusé). L'existence de la faute est appréciée *in concreto*, au regard des éléments de contexte, en fonction de la nature des agissements, des responsabilités du salarié, de son ancienneté et de l'existence d'antécédents disciplinaires.

- par ailleurs, selon les articles L. 1232-1 et L. 1232-6 du code du travail, tout licenciement pour motif personnel doit être justifié par une cause réelle et sérieuse, énoncée dans une lettre notifiée au salarié. La demanderesse au pourvoi invoque la rédaction de l'article L. 1232-6 du code du travail antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui est donc rappelée (version en vigueur du 1er mai 2008 au 1er janvier 2018), étant observé que les trois premiers alinéas n'ont pas été modifiés par cette ordonnance : *« Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception.*
« Cette lettre comporte l'énoncé du ou des motifs invoqués par l'employeur.
« Elle ne peut être expédiée moins de deux jours ouvrables après la date prévue de l'entretien préalable au licenciement auquel le salarié a été convoqué.
« Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application du présent article. »

Les juges du fond apprécient souverainement la réalité des faits (Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-22.270) puis le sérieux du motif invoqué (Soc., 21 novembre 2012, pourvoi n° 11-19.196). Si la chambre sociale contrôle le caractère fautif des faits ou la véritable cause de licenciement, elle laisse depuis 1987 et de manière constante, aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, sauf motivation contradictoire (Soc., 11 juillet 2016, pourvoi n° 14-27.155 ; Soc., 20 septembre 2017, pourvoi n° 15-25.968).

Au cas présent, la cour d'appel a dit que le licenciement ne repose **ni sur une faute grave ni sur une cause sérieuse** au terme de la motivation suivante :
« (...) ***il résulte des termes de la lettre de licenciement retranscrits ci-dessus que le salarié a été licencié pour avoir volé deux carnets de tickets restaurant d'une valeur de 350 euros entre le 5 et le 6 août 2017, dans le bureau du directeur général du client Bactup****.*
« ***Contrairement à ce que soutient l'employeur dans ses conclusions, cette lettre de licenciement ne fait pas également grief au salarié de s'être introduit dans les bureaux de la direction de ce client sans le mentionner sur son compte rendu d'intervention*** *dans la mesure où cet élément n'est invoqué* ***qu'au titre des éléments retenus par la société (...) pour lui imputer le vol*** *et qu'il est uniquement reproché (au salarié) un manque d'intégrité constitutif d'une sanction pénale.*
« ***Aucun dépôt de plainte ou pièce de la procédure pénale concernant ce vol n'est versé aux débats*** *et son imputation (au salarié) ne résulte, selon employeur, que des éléments suivants:*
- le fait que, selon la lecture du badge d'accès du client, le salarié a accédé à deux reprises au bureau dans lequel se trouvaient les deux carnets de tickets restaurant, sans raison valable
- le fait qu'aucun autre rondier n'ait accédé à ce bureau
- le fait que le directeur général de la société Bactup n'ait pas quitté son bureau, ce qui établirait que le vol n'a pu se produire en journée.
« Il résulte du relevé d'enregistrement du badge du salarié que ce dernier a effectivement badgé à l'interface (porte) du bureau 101 situé au 1er étage du bâtiment le 6 août 2017 à 6h53 et il est constant qu'il est intervenu suite au déclenchement d'une alarme au rez de chaussée.
« Cependant, ***cet élément ne suffit pas à établir la matérialité du vol reproché au salarié*** *dès lors :*

- que selon la société Bactup ***la disparition des carnets de tickets restaurant est survenue durant une période (entre le jeudi 3 août après 18 heures et le mardi 8 août avant 6h30 ou entre le 4 et le 6 août 2017) plus large que celle correspondant à l'intervention du salarié les 5 et 6 août 2017***
- qu'il n'est pas vraisemblable que le directeur de la société Bactup soit constamment resté dans son bureau durant ses journées de travail entre le 3 et le 8 août 2017
- que le fait que (le salarié) ait mentionné dans la fiche d'intervention du 6 août 2017 être intervenu uniquement au rez de chaussée pour effectuer la levée de doute ***ne démontre pas une volonté de ce dernier de dissimuler sa présence dans le bureau 101 dès lors qu'il avait également connaissance de ce que sa présence était localisable via le relevé de badgeage****.*
« En conséquence, le licenciement n'est fondé ni sur une faute grave, ni sur une cause réelle et sérieuse.
« Le jugement déféré, qui a dit que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse sera donc infirmé de ce chef. »

Ainsi l'arrêt attaqué apparaît-il n'encourir aucun des griefs du second moyen du pourvoi n° Y 22-11.839.