



RAPPORT DE Mme THOMAS-DAVOST, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 308 du 13 mars 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-14.004

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 26 janvier 2022

La société Seris sureté midi sécurité

C/

M. [W] [L]

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [L] a été engagé en qualité d'agent de sécurité qualifié, le 13 août 2011, par la société Seris sûreté midi sécurité suivant contrat de travail à durée indéterminée intermittent (CDII) prévoyant des périodes travaillées et des périodes non travaillées et à raison d'une durée annuelle minimale de 120 heures.

Le salarié a été licencié le 10 juin 2015 pour faute grave.

Il a saisi la juridiction prud'homale le 13 novembre 2017 afin de contester le bien-fondé de la rupture de la relation de travail, de solliciter la requalification de son contrat de travail intermittent en un contrat à temps complet ainsi que la

condamnation de son employeur à lui verser diverses sommes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail.

Par jugement du 9 décembre 2019, le conseil de prud'hommes a considéré que ses demandes étaient prescrites et l'en a débouté.

Aux termes d'un arrêt rendu le 21 janvier 2020, la cour d'appel de Paris a :

- infirmé le jugement ;

- statuant à nouveau et y ajoutant :

* a déclaré irrecevables en cause d'appel les demandes de M. [W] [L] relatives à la nullité de son licenciement et à sa réintégration ;

* a prononcé la requalification du contrat de travail intermittent en un contrat à durée indéterminée à temps complet et condamné à ce titre l'employeur à payer au salarié un rappel de salaire outre les congés payés,

* dit que les créances susvisées porteront intérêts au taux légal à compter du 20 novembre 2017, date de convocation de l'employeur devant la juridiction prud'homale ;

* condamné l'employeur à payer à la salarié une certaine somme en application de l'article 700 du code de procédure civile, somme portant intérêts au taux légal à compter de cette décision ;

* rejeté toute demande plus ample ou contraire ;

* condamné l'employeur aux dépens de première instance et d'appel.

L'employeur a formé un pourvoi en cassation le 28 mars 2022 et a déposé un mémoire ampliatif le 20 juillet 2022.

Le salarié, à qui le mémoire ampliatif a été signifié par remise en étude le 26 juillet 2022, n'a pas constitué avocat

Demande sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile

- l'employeur : 3 500 euros

2 - Analyse succincte du moyen

Le moyen unique du pourvoi de l'employeur fait grief à l'arrêt de prononcer la requalification du contrat de travail intermittent du salarié en un contrat à durée indéterminée à temps complet et de le condamner à payer au salarié une somme à titre de rappel de salaire, outre les congés payés afférents, de dire que ces créances porteraient intérêts au taux légal à compter du 20 novembre 2017, date de convocation de l'employeur devant la juridiction prud'homale et de le condamner à payer au salarié une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens de première instance et d'appel, alors :

1°/ en premier lieu, que toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ; que, dans les entreprises pour lesquelles une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention

ou accord d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittents peuvent être conclus afin de pourvoir les emplois permanents, définis par cette convention ou cet accord, qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et non travaillées ; que le contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'une telle convention ou d'un tel accord collectif est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet ; qu'il en résulte que le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat de travail intermittent en contrat à temps complet, fondée sur l'absence d'une telle convention ou d'un tel accord collectif, est le délai de deux ans applicable aux actions portant sur l'exécution du contrat de travail ; qu'en l'espèce, pour considérer que la demande de M. [L] en requalification de son contrat de travail intermittent en contrat à temps complet n'était pas prescrite, la cour d'appel a retenu que cette action s'analysait en une réclamation en paiement de salaire soumise non à la prescription biennale de l'article L. 1471-1 du code du travail mais à la prescription triennale applicable aux créances salariales prévue par l'article L. 3245-1 du code du travail ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles L. 3123-31 et L. 1471-1 du code du travail, le premier dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 et le second dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ;

2°/ à titre subsidiaire, que, dans les entreprises pour lesquelles une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou accord d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittent peuvent être conclus afin de pourvoir les emplois permanents, définis par cette convention ou cet accord, qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et non travaillées ; qu'il en résulte que le contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'une telle convention ou d'un tel accord collectif est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que l'examen des pièces produites révèle que l'accord du 11 septembre 2009 visé par le contrat de travail, a été signé par sept sociétés du groupe ESI, de sorte qu'il ne saurait être considéré, contrairement à ce que soutient la société SERIS SMS, autrement que comme un accord de groupe dès lors qu'il engage plusieurs employeurs distincts de cette société, ce qui exclut, quand bien même ces derniers appartiendraient à une même unité économique et sociale, qu'il puisse s'agir d'un accord d'entreprise ou d'établissement nonobstant les mentions inexactes du contrat de travail sur ce point ; qu'elle en a conclu qu'en l'absence de convention ou d'accord collectif de travail étendu, comme de convention ou d'accord d'entreprise ou d'établissement au sens des dispositions susvisées ayant pu valablement prévoir le recours au travail intermittent, il doit être retenu que le contrat de travail intermittent de M. [L] est irrégulier, ce qui justifie sa requalification en un contrat de travail de droit commun à temps complet à durée indéterminée ; qu'en statuant ainsi, quand la seule appartenance des signataires patronaux à un même groupe ne peut suffire à retenir la qualification d'accord de groupe et à écarter celle d'accord d'entreprise, la cour d'appel a violé les articles L. 3123-31, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, L. 2232-30 et L. 2322-4, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 ;

3°/ à titre subsidiaire et en toute hypothèse, que dans les entreprises pour lesquelles une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou accord

d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittent peuvent être conclus afin de pourvoir les emplois permanents, définis par cette convention ou cet accord, qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et non travaillées ; qu'il en résulte que le contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'une telle convention ou d'un tel accord collectif est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que l'examen des pièces produites révèle que l'accord du 11 septembre 2009 visé par le contrat de travail, a été signé par sept sociétés du groupe ESI, de sorte qu'il ne saurait être considéré, contrairement à ce que soutient la société SERIS SMS, autrement que comme un accord de groupe dès lors qu'il engage plusieurs employeurs distincts de cette société, ce qui exclut, quand bien même ces derniers appartiendraient à une même unité économique et sociale, qu'il puisse s'agir d'un accord d'entreprise ou d'établissement nonobstant les mentions inexacts du contrat de travail sur ce point ; qu'elle en a conclu qu'en l'absence de convention ou d'accord collectif de travail étendu, comme de convention ou d'accord d'entreprise ou d'établissement au sens des dispositions susvisées ayant pu valablement prévoir le recours au travail intermittent, il doit être retenu que le contrat de travail intermittent de M. [L] est irrégulier, ce qui justifie sa requalification en un contrat de travail de droit commun à temps complet à durée indéterminée ; qu'en statuant ainsi, alors que l'accord du 11 septembre 2009 signé par sept sociétés du groupe ESI, dont la société SERIS SMS, lesquelles constituaient une unité économique et sociale, est un accord d'entreprise prévoyant la possibilité de recourir à des contrats de travail intermittent, la cour d'appel a violé les articles les articles L. 3123-31, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, et L. 2322-4, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

3 - Identification des points de droit faisant difficulté à juger

Le moyen pose deux questions inédites :

- L'action en requalification d'un contrat intermittent en contrat à temps complet relève-t-elle de la prescription biennale de l'article L.1471-1 du code du travail ou de la prescription triennale de l'article L.3245-1 du même code? (1^{ère} B)
- L'accord du 11 septembre 2009, signé par sept sociétés du groupe ESI, est-il un accord de groupe ou un accord signé par des entreprises appartenant à une unité économique et sociale ayant la valeur d'un accord d'entreprise, permettant d'instituer le recours à des contrats de travail intermittent ? (2^{ème} et 3^{ème} B).

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Sur la première branche

Selon l'article L. 1471-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 14 juin 2013 : - *“Toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit.*

Le premier alinéa n'est toutefois pas applicable aux actions en réparation d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, aux actions en paiement ou en répétition du salaire et aux actions exercées en application des articles L. 1132-1, L. 1152-1 et L. 1153-1. Elles ne font obstacle ni aux délais de prescription plus courts prévus par le présent code et notamment ceux prévus aux articles L. 1233-67, L. 1234-20, L. 1235-7 et L. 1237-14, ni à l'application du dernier alinéa de l'article L. 1134-5. »

L'article 21 V de cette loi énonce que: « *Les dispositions du code du travail prévues aux III et IV du présent article s'appliquent aux prescriptions en cours à compter de la date de promulgation de la présente loi, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure.*

Lorsqu'une instance a été introduite avant la promulgation de la présente loi, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation ».

Cet article L.1471-1 du code du travail a été modifié par l'ordonnance n°2017-1387 du 20 décembre 2017. Il dispose que « *Toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit.*

Toute action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit par douze mois à compter de la notification de la rupture.

Les deux premiers alinéas ne sont toutefois pas applicables aux actions en réparation d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, aux actions en paiement ou en répétition du salaire et aux actions exercées en application des articles L. 1132-1, L. 1152-1 et L. 1153-1. Elles ne font obstacle ni aux délais de prescription plus courts prévus par le présent code et notamment ceux prévus aux articles L. 1233-67, L. 1234-20, L. 1235-7, L. 1237-14 et L. 1237-19-8, ni à l'application du dernier alinéa de l'article L. 1134-5. »

Conformément à l'article 40-II de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ces dispositions s'appliquent aux prescriptions en cours à compter de la date de publication de ladite ordonnance, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure. Lorsqu'une instance a été introduite avant la publication de ladite ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne y compris en appel et en cassation.

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 a également modifié l'article L. 3245-1 du code du travail qui dispose maintenant que :*“ L'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.*

La demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat ”.

La question de la ligne de partage entre le domaine d'application de la prescription triennale de l'article L.3245-1 du code du travail et la prescription biennale de l'article L.1471-1 du code du travail a nourri un important contentieux devant les juridictions prud'homales.

Reprenant un critère, déjà utilisé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (10 juin 2005, pourvoi n° 03-18.922, Bull. 2005 Ass. Plèn., n° 6) et la Chambre mixte (26 mai 2006, pourvoi n° 03-16.800 ; Bull. Ch. Mixte. 2006, n° 3), la chambre sociale de la Cour de cassation a, dans une série d'arrêts rendus le 30 juin 2021 (pourvoi n° 19-10.161, B ; pourvoi n° 18-23.932, B ; pourvoi n° 20-12.960, B ; pourvoi n° 19-14.543, B), dégagé un principe général : **la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance invoquée.**

La chambre sociale a notamment jugé que le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, fondée sur l'absence d'une mention au contrat susceptible d'entraîner sa requalification, est le délai biennal de l'article L.1471-1 du code du travail et court à compter de la conclusion de ce contrat. (Soc., 3 mai 2018, pourvoi n°16-26.437, Bull. 2018; V,n°68)

En revanche, la durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance invoquée, la demande de rappel de salaire fondée sur la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet est soumise à la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail. (Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-10.161, B), tout comme l'action en paiement d'un rappel de salaire fondée sur l'invalidité d'une convention de forfait en jours (Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 18-23.932 (B))

* Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-10.161

Vu l'article L. 1471-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, et l'article L. 3245-1 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 :

8. Aux termes du premier de ces textes, toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit. Selon le second, l'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat.

9. La durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance invoquée, la demande de rappel de salaire fondée sur la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps complet est soumise à la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail.

10. Pour déclarer l'action de la salariée irrecevable comme étant prescrite, l'arrêt retient que les demandes en paiement de sommes résultent de son action en requalification de son contrat de travail à temps complet en sorte qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 1471-1 du code du travail, dès lors que ses réclamations pécuniaires sont la conséquence de ses prétentions en requalification à temps complet de son contrat de travail.

11. L'arrêt ajoute que la salariée ne peut pas valablement prétendre que sa demande ne repose pas sur un fait unique mais sur une situation qui a perduré jusqu'à son placement en maladie et que c'est la prescription triennale qui s'applique, aux termes de l'article L. 3245-1 du code du travail, dès lors que cet article ne concerne que l'action en paiement du salaire qui ne peut trouver ici à s'appliquer.

12. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés, par fausse application du premier et refus d'application du second.

* Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 18-23.932

5. *La durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance invoquée, l'action en paiement d'un rappel de salaire fondée sur l'invalidité d'une convention de forfait en jours est soumise à la prescription triennale prévue par l'article L. 3245-1 du code du travail.*

6. *Après avoir retenu que la convention de forfait en jours était inopposable au salarié, la cour d'appel, qui a constaté que ce dernier sollicitait un rappel d'heures supplémentaires exécutées en 2013, 2014, 2015 et durant les trois années précédant la saisine du conseil de prud'hommes, a exactement décidé que la demande n'était pas prescrite.*

7. *Le moyen n'est donc pas fondé.*

Nous jugeons qu'il résulte de la combinaison des articles L. 3245-1 et L. 3242-1 du code du travail que le délai de prescription des salaires court à compter de la date à laquelle la créance salariale est devenue exigible. Pour les salariés payés au mois, la date d'exigibilité du salaire correspond à la date habituelle du paiement des salaires en vigueur dans l'entreprise et concerne l'intégralité du salaire afférent au mois considéré. (Soc., 9 juin 2022, pourvoi n° 20-16.992 B ; Soc., 14 décembre 2022, pourvoi n° 21-16.623, B)

Notre chambre ne s'est encore jamais prononcée sur le délai de prescription applicable à l'action fondée sur la requalification du contrat intermittent en contrat à temps complet, question posée par la première branche du moyen.

Pour tenter d'y répondre, il convient de rappeler que le travail intermittent se distingue du travail à temps partiel en ce qu'il fait alterner des périodes travaillées et des périodes non travaillées. Cette singularité est prise en compte par le législateur puisque, avant même de réglementer le contenu formel du contrat de travail intermittent, celui-ci a posé, avec l'article L. 3123-31 du code du travail, une condition pour le recours au travail intermittent : l'existence d'une convention collective ou d'un accord collectif permettant le recours à un tel contrat.

Ainsi, selon l'article L. 3123-31 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 : *“dans les entreprises pour lesquelles une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittent peuvent être conclus afin de pourvoir les emplois permanents, définis par cette convention ou cet accord, qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées”.*

L'examen des travaux parlementaires confirme la volonté claire des deux assemblées (le Sénat, d'une majorité différente que l'Assemblée, a adopté le dispositif transmis par cette dernière sans changement, considérant qu'il pouvait justifier un régime particulier), de soumettre le recours au contrat de travail intermittent à la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif de branche étendu, ou d'entreprise.

Mais la sanction encourue n'a pas été évoquée.

Cependant, notre jurisprudence a tiré les conséquences de cette exigence légale en retenant, de façon constante, que **le contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'accord collectif autorisant son recours, est illite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet** (Soc., 8 juin 2011, no 10-15.087, Bull. civ. V, no 150 ; 5 octobre 2011, no 10-19.650 ; 21 mars 2012, no 10-21.588 ; 17 octobre 2012, no 11- 14.795)

* Soc., 8 juin 2011, no 10-15.087, Bull. civ. V, no 150

Attendu qu'aux termes de ce texte, dans les entreprises pour lesquelles une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou accord d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittents peuvent être conclus afin de pourvoir les emplois permanents, définis par cette convention ou cet accord, qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et non travaillées ; qu'il en résulte que le contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'une telle convention ou d'un tel accord collectif est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en requalification de son contrat de travail intermittent en contrat de travail à temps complet et de ses demandes subséquentes, l'arrêt, après avoir relevé que le dit contrat ne reposait sur aucune convention collective ou accord collectif, retient qu'il doit être présumé à temps complet, sauf à l'employeur à rapporter la preuve, comme il l'a fait en l'espèce, que le salarié n'était pas tenu de rester à sa disposition constante ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle ne pouvait que requalifier le contrat de travail intermittent en contrat de travail à temps complet, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Il convient de préciser que le dispositif législatif prévoit notamment que la convention ou l'accord collectif prévoit un certain nombre de modalités d'exécution du contrat intermittent.

Ainsi :

* l'article L3123-35 dispose que dans les secteurs, dont la liste est déterminée par décret, où la nature de l'activité ne permet pas de fixer avec précision les périodes de travail et la répartition des heures de travail au sein de ces périodes, **la convention ou l'accord collectif de travail** détermine les adaptations nécessaires et notamment les conditions dans lesquelles le salarié peut refuser les dates et les horaires de travail qui lui sont proposés.

* l'article L3123-36 dispose que le salarié titulaire d'un contrat de travail intermittent bénéficie des droits reconnus aux salariés à temps complet sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par **la convention ou l'accord collectif de travail** étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement.

Pour la détermination des droits liés à l'ancienneté, les périodes non travaillées sont prises en compte en totalité.

* l'article L3123-37 dispose qu'une **convention ou un accord collectif de travail** étendu ou une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la rémunération versée mensuellement aux salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent est indépendante de l'horaire réel et est calculée dans les conditions prévues par la convention ou l'accord.

La requalification est également encourue si **la convention collective ou l'accord collectif ne précisent pas les emplois permanents qui peuvent être**

pourvus par la conclusion de tels contrats. (Soc., 27 juin 2007, no 06-41.818, Bull. civ. V, no 113) :

Attendu cependant qu'aux termes de l'article L. 212-4-12 du code du travail, dans les entreprises, professions et organismes mentionnés à l'article L. 212-4-1 du code du travail pour lesquels une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement n'ayant pas fait l'objet de l'opposition prévue à l'article L. 132-26 le prévoit, des contrats de travail intermittent peuvent être conclus afin de pourvoir des emplois permanents, définis dans cette convention ou cet accord, qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées ; qu'il en résulte que la convention ou l'accord collectif prévoyant le recours au travail intermittent doit désigner de façon précise les emplois permanents qui peuvent être pourvus par la conclusion de contrats de travail intermittent ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la convention commune de la Poste-France télécom ne définit pas précisément les emplois pour lesquels des contrats de travail intermittents peuvent être conclus, ce dont il résultait que les contrats litigieux étaient irréguliers, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Le commentaire à la RJS était le suivant :

“Cet arrêt retient l'attention en ce qu'il se prononce sur les conditions de validité de recours au travail intermittent eu égard au contenu des dispositions de la convention collective ou de l'accord collectif prévoyant la possibilité de conclure des contrats de travail intermittent. C'est la première fois à notre connaissance que la Cour de cassation tranche cette question.

Depuis sa création par l'ordonnance du 11 août 1986, le recours au travail intermittent est subordonné à la conclusion d'une convention ou d'un accord collectif. La loi du 19 janvier 2000, qui a rétabli le travail intermittent supprimé par la loi du 20 décembre 1993, a repris la condition de l'existence préalable d'un texte conventionnel tout en modifiant la liste des conventions et accords collectifs concernés.

Ainsi, l'article L 212-4-12 du Code du travail dispose que, dans les entreprises, professions et organismes mentionnés à ce texte, pour lesquels une convention ou un accord collectif étendu ou un accord d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittent peuvent être conclus afin de pourvoir les emplois permanents, définis par cette convention ou cet accord, qui, par nature, comportent une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées.

Adoptant une interprétation stricte de ce texte, la Cour de cassation pose le principe selon lequel la convention collective ou l'accord collectif prévoyant le recours au travail intermittent doit désigner de façon précise les emplois permanents qui peuvent être pourvus par contrats de travail intermittent.

En l'espèce, il s'agissait de contrats de travail intermittent conclus par La Poste. Les salariés concernés avaient saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification de ces contrats en contrats de travail à durée indéterminée à temps plein. La cour d'appel les ayant déboutés, la Haute Juridiction censure l'arrêt en affirmant clairement que la convention collective prévoyant le recours au travail intermittent à La Poste ne définit pas précisément les emplois permanents pour lesquels des contrats de travail intermittent peuvent être conclus.

En effet, l'article 25 de la convention commune La Poste-France Telecom ne contient que des considérations générales, en énonçant notamment que « le contrat de travail intermittent, constitue un facteur d'adaptation de la durée du travail aux fluctuations d'activité et permet de pallier les défaillances prévisibles, sans comporter les éléments de précarité liés au contrat de travail à durée déterminée ». En l'absence de désignation précise des emplois concernés, le texte conventionnel ne répond donc pas aux exigences légales et, par là-même, remet en cause la validité des contrats de travail intermittent conclus.

Arrêt de principe, publié au Bulletin, la décision revêt une portée générale. Elle impose aux juridictions du fond d'exercer un contrôle préalable de légalité de la convention ou de l'accord collectif prévoyant le recours au travail intermittent. C'est de la légalité de ce texte conventionnel au regard de la définition des emplois concernés que dépendra la validité du contrat de travail intermittent conclu. Une certaine vigilance est donc requise dans la rédaction et dans l'application de ces conventions et accords collectifs qui conditionnent ainsi la validité des contrats de travail intermittent conclus dans l'entreprise.”

La requalification de plein droit en contrat de travail à temps complet est enfin encourue **lorsque le contrat ne précise pas les périodes travaillées et les périodes non travaillées, :**

**Soc., 20 février 2013, no 11-24.531*

Vu les articles L. 3123-31 et L. 3121-33 du code du travail ;

Attendu, d'abord, selon le premier de ces textes, que le travail intermittent a pour objet de pourvoir des emplois permanents qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et non travaillées ; qu'il en résulte qu'en l'absence de définition de ces périodes dans le contrat de travail, ce dernier doit être requalifié en contrat à durée indéterminée de droit commun à temps plein ;

Attendu ensuite, selon le second de ces textes, que le contrat de travail intermittent est un contrat écrit qui doit mentionner notamment la durée annuelle minimale de travail du salarié et la répartition des heures de travail à l'intérieur des périodes travaillées ; qu'il en résulte qu'en l'absence de l'une ou l'autre de ces mentions dans le contrat, ce dernier est présumé à temps plein ; qu'il appartient alors à l'employeur qui soutient que le contrat n'est pas à temps plein d'établir la durée annuelle minimale convenue et que le salarié connaissait les jours auxquels il devait travailler et selon quels horaires, et qu'il n'était pas obligé de se tenir constamment à la disposition de l'employeur ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué rendu sur renvoi après cassation (Soc, 3 juin 2009, no 07-43.923) que M. [Z] a été engagé le 9 mai 2000 comme conducteur de car scolaire par la société Compagnie de transports d'Ille-et-Vilaine Extension (TIV), et licencié le 6 décembre 2004 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale de demandes à fin de requalification de son contrat de travail intermittent en un contrat de travail à temps plein ;

Attendu que pour dire que le contrat liant les parties est un contrat de travail à temps partiel et rejeter la demande de requalification en contrat de travail à temps plein, l'arrêt retient que le contrat de travail dit "intermittent" souscrit est un mélange entre contrat de travail à durée indéterminée intermittent et contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel, ne serait-ce que par la référence aux heures complémentaires et non supplémentaires qui y est faite ; que faute pour ce contrat de comporter la mention de la durée annuelle minimale de travail du salarié, celui-ci était présumé à temps complet ; que cette présomption est une présomption simple, que l'employeur peut combattre en rapportant la preuve contraire ;

Qu'en statuant ainsi, sans qu'il résulte de ses constatations que l'employeur établissait la durée annuelle minimale convenue, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

** Soc., 25 mai 2016, pourvoi n° 15-12.332, Bull. 2016, V, n° 116*

Vu l'article L 3123-31 du Code du travail ;

Attendu, selon ce texte, que le travail intermittent a pour objet de pourvoir des emplois permanents qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et non travaillées ; qu'il en résulte qu'en l'absence de définition de ces périodes dans le contrat de travail, ce dernier doit être requalifié en contrat à durée indéterminée de droit commun à temps plein ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Aix-en-Provence 2 décembre 2014, 17e ch.), que M. A. a été engagé par l'association Club nautique de Nice en qualité de moniteur de voile à compter de l'année 2000 dans le cadre de contrats à durée déterminée, le salarié exerçant les fonctions de moniteur de ski durant la saison hivernale ; que les parties ont signé un contrat de travail intermittent le 3 mai 2003 ; que le salarié a pris acte de la rupture par lettre du 29 juin 2009 avant de saisir la juridiction prud'homale de diverses demandes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail ;

Attendu que, pour débouter le salarié de sa demande de requalification du contrat de travail intermittent en contrat à temps complet, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que ce qui importait au salarié était de disposer d'un travail et d'un salaire minimal pour la période de l'année où il n'enseignait pas le ski, sans que les dates et jours de recours à services aient beaucoup d'importance, et, par motifs propres, que le salarié a exécuté une relation de travail saisonnière puis intermittente durant six années en qualité de moniteur de voile, concurremment avec une autre

activité de moniteur de ski, ce qui démontre qu'il ne s'est pas tenu durant la morte saison à la disposition du club nautique ; que son employeur lui a vainement proposé de poursuivre la relation de travail pour la saison 2009, de sorte que sa prise d'acte basée sur des manquements de cet employeur à ses obligations ne peut être admise et qu'elle produira les effets d'une démission privative de toute indemnité ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que le contrat se bornait à mentionner les heures de travail, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que celui-ci comportait la mention des périodes travaillées et non travaillées, a violé le texte susvisé ;

Les QPC critiquant cette jurisprudence, quant à la sanction de requalification automatique, ont été rejetées :

« Attendu qu'à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 22 novembre 2012 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans le litige l'opposant à Mme [S], la société MBA promotions a, par mémoire distinct et motivé, présenté la question prioritaire de constitutionnalité suivante :

"L'article L. 3123-31 du code du travail, tel qu'interprété par la jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle le contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'une convention ou d'un accord collectif de travail étendu ou d'une convention ou accord d'entreprise ou d'établissement le prévoyant, est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet, en ce qu'il prive ainsi l'employeur de la possibilité de rapporter la preuve que le salarié n'était pas à sa disposition permanente et en ce qu'il emporte sa condamnation à payer au salarié des salaires sur la base d'un temps plein, indépendamment du travail effectif accompli par le salarié, ce qui caractérise une sanction pécuniaire démesurée ayant la nature d'une peine, porte-t-il atteinte au principe constitutionnel de proportionnalité des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et à celui du droit de propriété consacré par les articles 2 et 17 de cette même Déclaration ?"

Mais attendu, d'abord, que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu, ensuite, que la requalification judiciaire d'un contrat de travail intermittent en contrat à temps complet et le rappel de salaire subséquent, qui ne sont que la conséquence de l'illicéité résultant de l'absence de convention collective ou d'accord collectif prévoyant le recours à un tel contrat et de la durée pendant laquelle l'employeur a maintenu cette situation, ne constituent ni une sanction ayant le caractère d'une punition relevant des dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni une privation de propriété au sens des articles 2 et 17 de cette Déclaration ; que la question posée ne présente pas un caractère sérieux ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ; (Soc., 10 juillet 2013, n 13-10.759, Bull. Civ. V, n 185)

« Attendu qu'à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 22 novembre 2012 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans le litige l'opposant à Mme [R], la société MBA Promotions a, par mémoire distinct et motivé, présenté la question prioritaire de constitutionnalité suivante :

"L'article L. 3123-31 du code du travail, tel qu'interprété par la jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle le contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'une convention ou d'un accord collectif de travail étendu ou d'une convention ou accord d'entreprise ou d'établissement le prévoyant, est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet, en ce qu'il prive ainsi l'employeur de la possibilité de rapporter la preuve que le salarié n'était pas à sa disposition permanente et en ce qu'il emporte sa condamnation à payer au salarié des salaires sur la base d'un temps plein, indépendamment du travail effectif accompli par le salarié, ce qui caractérise une sanction pécuniaire démesurée ayant la nature d'une peine, porte-t-il atteinte au principe constitutionnel de proportionnalité des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de

l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et à celui du droit de propriété consacré par les articles 2 et 17 de cette même Déclaration ?”

Mais attendu, d'abord, que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Et attendu, ensuite, que la requalification judiciaire d'un contrat de travail intermittent en contrat à temps complet et le rappel de salaire subséquent, qui ne sont que la conséquence de l'illicéité résultant de l'absence de convention collective ou d'accord collectif prévoyant le recours à un tel contrat et de la durée pendant laquelle l'employeur a maintenu cette 3 1499 situation, ne constituent ni une sanction ayant le caractère d'une punition relevant des dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni une privation de propriété au sens des articles 2 et 17 de cette Déclaration ; que la question posée ne présente pas un caractère sérieux ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ; (Soc., 10 juillet 2013, pourvoi Q13-10.760)

Comme l'indiquait le conseiller Philippe Florès dans le rapport au soutien de cet arrêt « L'existence d'une convention collective ou d'un accord collectif constitue donc une condition nécessaire de recours au travail intermittent, et l'irrégularité résultant de l'absence d'un tel accord collectif ne peut être confondue avec celle résultant d'une rédaction défectueuse du contrat écrit ou d'une absence écrit, car, même si le contrat est irrégulier, celui-ci peut intervenir dans une hypothèse où le recours au travail intermittent a été régulièrement ouvert par les partenaires sociaux. Cette différence de nature entre les irrégularités est directement à l'origine de la sanction applicable. En cas d'écrit défaillant, le contrat est présumé à temps complet, mais l'employeur est recevable à rapporter la preuve contraire sous réserve de remplir les conditions fixées par la jurisprudence. En revanche, en cas d'absence de convention collective ou d'accord collectif permettant le recours au travail intermittent, il est difficile d'admettre l'employeur à renverser une présomption de travail à temps complet, car, même s'il parvient à rapporter la preuve que les conditions de conclusion d'un contrat de travail intermittent ont finalement été remplies, la possibilité même de conclure un tel contrat est fermée par l'absence de convention ou d'accord collectif autorisant une telle conclusion. La requalification en contrat de travail à temps complet ne serait donc que l'application du droit commun puisque, dans une telle situation, la conclusion d'un contrat de travail intermittent est impossible. »

Au cas d'espèce, la cour d'appel a statué en ces termes :

« La société Seris sûreté midi sécurité oppose la prescription biennale prévue par l'article L.1471-1 du code du travail à l'action de M. [L] en requalification de son contrat de travail intermittent en un contrat en temps complet.

Mais la cour retient que celle-ci s'analyse en une réclamation en paiement de salaire soumise non à la prescription biennale susvisée, mais à la prescription triennale applicable aux créances salariales prévue par l'article L 3245-1 du code du travail.

Les effets de cette prescription n'étant pas suspendus ou reportés, contrairement à ce que soutient le salarié jusqu'à l'interprétation que la Cour de cassation a pu donner des règles applicables en matière de travail intermittent dans un arrêt du 3 avril 2019, leur point de départ doit être fixé, en application des dispositions susvisées, au 10 juin 2012, soit 3 ans avant la rupture du contrat de travail intervenue le 10 juin 2015.

Les réclamations salariales de M. [L] ne portant pas sur une période antérieure au 10 juin 2012, l'échéance de la prescription n'apparaît pas devoir être relevée. »

Nous devons dire si en retenant que l'action du salarié s'analysait en une réclamation en paiement de salaire soumise non à la prescription biennale de l'article L. 1471-1 du code du travail mais à la prescription triennale applicable aux créances salariales prévue par l'article L. 3245-1 du code du travail, la cour d'appel a violé les articles L. 3123-31 et L. 1471-1 du code du travail, le premier dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 et le second dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017.

4.2. Sur les deuxième et troisième branches

L'article L.3123-31 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, dispose : “ Dans les entreprises pour lesquelles une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittent peuvent être conclus afin de pourvoir les emplois permanents, définis par cette convention ou cet accord, qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées”.

Dans une affaire proche de celle qui nous est soumise opposant un salarié à la société Seris, nous avons jugé qu'en application des dispositions de l'article L. 3123-31 du code du travail, dans sa version applicable au litige, le recours au contrat de travail intermittent pouvait être prévu soit par une convention ou un accord collectif de travail étendu soit par une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement et qu'il en résulte qu'eu égard aux dispositions de l'article L. 2232-33 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, **un accord de groupe ne pouvait valablement permettre le recours au contrat de travail intermittent.**

* Soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-19.524 (B)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 7 avril 2017), que M. [Y] a été engagé le 13 août 2011 par contrat de travail à durée indéterminée intermittent en qualité d'agent de sécurité qualifié par la société Sûreté midi sécurité, devenue Seris sûreté midi sécurité ; que la convention collective applicable est la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité du 15 février 1985 ; que le recours au travail intermittent a été prévu par accord de groupe signé le 11 septembre 2009 entre le groupe Europe sécurité industrie, auquel appartient l'employeur, et le syndicat FO du groupe ESI ; que le salarié, licencié le 4 février 2015, a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ; que le syndicat SNEPS-CFTC (ci-après le syndicat) est intervenu volontairement à l'instance aux côtés du salarié ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de requalifier le contrat de travail intermittent en contrat de travail à temps complet, de le condamner à verser un rappel de salaire outre congés payés afférents au salarié ainsi que des dommages-intérêts au syndicat, alors, selon le moyen, que la conclusion de contrats de travail intermittent peut être légalement prévue par une convention ou accord de groupe dans les mêmes conditions qu'une convention ou accord d'entreprise ou d'établissement ; qu'en considérant que l'accord de groupe n'avait ni le même domaine d'intervention ni les mêmes conditions de validité que l'accord d'entreprise et que, compte tenu du caractère dérogatoire et défavorable au salarié du contrat de travail intermittent, les dispositions régissant ce type de contrat devaient être appréciées restrictivement, la cour d'appel, qui en a déduit qu'un tel contrat ne pouvait être prévu par un accord de groupe, a violé l'article L. 3123-31 du code du travail,

ensemble les articles L. 2232-30, L. 2232-33, L. 2232-34 du même code, dans leur version applicable au présent litige ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 3123-31 du code du travail dans sa version applicable au litige, dans les entreprises pour lesquelles une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittent peuvent être conclus afin de pourvoir les emplois permanents, définis par cette convention ou cet accord, qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées ; qu'il en résulte qu'eu égard aux dispositions de l'article L. 2232-33 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, un accord de groupe ne pouvait valablement permettre le recours au contrat de travail intermittent, en sorte que la conclusion d'un tel contrat en application d'un accord de groupe est illicite et que le contrat doit être requalifié en contrat de travail à temps complet ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a relevé que le recours au contrat de travail intermittent n'était prévu, ni par la convention collective applicable, ni par accord de branche étendu, ni par un accord d'entreprise mais uniquement par un accord de groupe, a exactement décidé que le contrat de travail intermittent conclu de manière illicite devait être requalifié en contrat de travail à temps complet ;

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

Dans ses conclusions d'appel, page 13, l'employeur soutenait que dans le cadre du dossier, qui avait donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation en date du 3 avril 2019, aucune des parties n'avait recherché ni remis en cause la nature de l'accord litigieux, s'en tenant à son intitulé et au fait qu'il était conclu entre les partenaires sociaux et plusieurs entreprises appartenant au Groupe SERIS.

Il faisait valoir que le salarié M. [L] ne pouvait donc pas affirmer que la question de la qualification de l'accord du 11 septembre 2009 aurait été définitivement tranchée, alors que l'impropre qualification d'accord de groupe n'avait jamais été soulevée par le précédent conseil de la société SERIS SMS dans le cadre de la procédure ayant conduit la Cour de cassation à rendre son arrêt du 3 avril 2019.

Il soutenait donc dans le cadre du présent litige que l'accord du 11 septembre 2009 n'était pas un accord de groupe mais un accord conclu au sein de l'unité économique et sociale et par voie de conséquence un accord d'entreprise.

La cour d'appel a statué en ces termes :

« Le contrat de travail intermittent signé par les parties le 13 août 2011 prévoit qu'il est conclu « conformément à l'article L 3123-31 du code du travail et à l'accord d'entreprise du 11 septembre 2009 ».

L'appelant soutient que l'accord du 11 septembre 2009 auquel fait référence le contrat de travail n'est pas un accord d'entreprise mais un accord de groupe ne pouvant prévoir le recours au travail intermittent.

L'intimée objecte dans ses écritures d'appel que l'accord du 11 septembre 2009 est bien un accord d'entreprise intervenu dans le cadre d'une unité économique et sociale (UES), régulièrement constituée.

M. [V] dénie, à titre liminaire, la possibilité de soutenir ce dernier moyen, nouveau en cause d'appel, mais il sera constaté que si les demandes nouvelles en cause d'appel sont interdites, tel n'est pas le cas des moyens nouveaux en application de articles 563 et 564 du code de procédure civile, de sorte qu'aucune irrecevabilité n'apparaît devoir être relevée sur ce point.

L'article L. 3123-31 du code du travail dans sa rédaction alors applicable dispose que « dans les entreprises pour lesquelles une convention ou un accord collectif de travail étendu, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittents peuvent être conclus afin de promouvoir les emplois permanents définis par ces conventions cet accord, qui par nature comporte une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées».

L'examen des pièces produites révèle que l'accord du 11 septembre 2009 visé par le contrat de travail, a été signé par sept sociétés du groupe ESI, de sorte qu'il ne saurait être considéré, contrairement à ce que soutient l'intimée, autrement que comme un accord de groupe dès lors qu'il engage plusieurs employeurs distincts de la Sarl Seris sûreté midi sécurité, ce qui exclut, quand bien même ces derniers appartiendraient-ils à une même unité économique et sociale, qu'il puisse s'agir d'un accord d'entreprise ou d'établissement nonobstant les mentions inexacts du contrat de travail sur ce point.

Cette constatation n'apparaît pas remise en cause par les dispositions de l'article L. 2232-33 du code du travail dans sa rédaction alors applicable, invoquées par l'intimée, qui indiquent, mais sans confondre leur nature, que la convention ou l'accord de groupe emportent les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise.

Il n'est pas non plus discuté que la convention collective nationale des entreprises de prévention et de la sécurité à laquelle la relation de travail était soumise (article 8 du contrat de travail) ne prévoyait pas, lors de la conclusion du contrat de travail, la possibilité d'un recours au travail intermittent en vue de pourvoir un emploi d'agent de sécurité, tel celui occupé dans l'entreprise par le salarié.

Ainsi en l'absence de convention ou d'accord collectif de travail étendu, comme de convention ou d'accord d'entreprise ou d'établissement au sens des dispositions susvisées ayant pu valablement prévoir le recours au travail intermittent, il doit être retenu que le contrat de travail intermittent de M. [L] est irrégulier, ce qui justifie sa requalification en un contrat de travail de droit commun à temps complet à durée indéterminée sans qu'il soit possible à l'employeur de prouver que le salarié n'était pas à sa disposition. Il sera, dès lors, accordé à M. [V] le rappel de salaire au titre de la requalification contractuelle qu'il sollicite sans qu'il y ait lieu de déduire, contrairement à ce que demande l'employeur, la rémunération des périodes durant lesquelles il aurait été, selon l'employeur, en absence injustifiée. »

L'accord du 11 septembre 2009 intitulé « accord de groupe instituant un contrat de travail à durée indéterminée intermittent » est produit aux débats.

Dans son article I « champ d'application », il est indiqué « le présent accord permet de recourir au CDI à durée indéterminée au sein des entreprises suivantes, reconnues comme un établissement distinct unique au regard de la désignation des délégués syndicaux :

- Europ sécurité industrie
- Europ sécurité industrie Montpellier
- Europ sécurité industrie Rhône Alpes
- Europ sécurité industrie Grand sud
- Europ sécurité industrie Midi Pyrénées
- Europ sécurité industrie Ile de France
- Sureté midi sécurité. »

L'article II concerne la définition du CDI à durée indéterminée et l'article III prévoit la liste des emplois permanents concernés dans laquelle ne figure pas les fonctions d'agent de sécurité qualifié mais celui d'agent d'accueil billetterie et palpation.

Le mémoire ampliatif joint également la copie d'un jugement du tribunal d'instance de Montpellier en date du 12 décembre 2008 se prononçant sur la

requête déposée le 25 novembre 2008 par le syndicat CGT FO de la société Europ sécurité industrie de Montpellier afin de faire constater l'existence d'une unité économique et sociale entre les 7 sociétés précitées, à laquelle il a été fait droit.

Il reproche à la cour d'appel d'avoir statué en ces termes :

- quand l'appartenance des signataires patronaux à un même groupe ne peut suffire à retenir la qualification d'accord de groupe et à écarter celle d'accord d'entreprise, la cour d'appel a violé les articles 3123-31, L.2232-30 et L.2322-4 du code du travail, dans leur rédaction applicable (2^{ème} B)

- alors que l'accord du 11 septembre 2009 signé par sept sociétés du groupe ESI dont la société Seris SMS, lesquelles constituaient une unité économique et sociale, est un accord d'entreprise prévoyant la possibilité de recourir à des contrats de travail intermittent, la cour d'appel a violé les articles L.3123-31 et L.2322-4 du code du travail dans leur rédaction applicable (3^{ème} B).

Pour répondre à ces deux branches, il convient de préciser que né de la pratique, l'accord de groupe a été reconnu par la chambre sociale (Soc. 30 avril 2003, Bull. V n 155) :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 31 janvier 2001), qu'à la suite de l'absorption de la société UAP par la société Axa France assurances, plusieurs entreprises du groupe ainsi constitué ont conclu, le 28 avril 1998, en exécution d'un accord de méthode du 10 octobre 1997, avec des organisations syndicales représentatives, un accord instituant une représentation syndicale de groupe à laquelle il donnait compétence pour négocier sur des thèmes communs à ces entreprises ; qu'une contestation s'est élevée sur la participation aux négociations de la Fédération des employés et cadres CGT-FO, organisation syndicale non signataire de l'accord dont la délégation n'était pas constituée conformément aux dispositions de l'accord ;

Attendu que, par des moyens tirés d'une violation des articles 1134 du Code civil, L 132-2, dernier alinéa, L 135-1, L 132-22, L 132-23, L 132-27, L 412-1, L 412-2, L 412-11, L 412-17, L 412-21 du Code du travail, il est reproché à l'arrêt d'avoir débouté la Fédération des employés et cadres CGT-FO et M. [U] de leur demande d'annulation de l'accord collectif du 28 avril 1998 conclu avec 27 sociétés du groupe Axa-UAP, dit que cet accord était opposable à la Fédération des employés et cadres CGT-FO, et, en conséquence, dit que, dans l'hypothèse où la CGT-FO, la Fédération ou M. [U], délégué syndical CGT-FO, entendraient participer aux travaux de la représentation syndicale de groupe, ils devraient se conformer aux dispositions de l'accord du 28 avril 1998, notamment en ce qui concerne la désignation du coordinateur syndical national et l'établissement de la liste des membres de la délégation syndicale, et qu'à défaut de respecter ces procédures, il leur est fait interdiction de se prévaloir des attributions et des moyens relatifs à l'accord, et à M. [U] notamment, de se prévaloir du titre de coordinateur syndical national ;

Mais attendu que des employeurs et des syndicats représentatifs peuvent instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies, dès lors que les négociations pour lesquelles il lui donne compétence ne se substituent pas à la négociation d'entreprise ; qu'un tel accord, qui ne requiert pas l'unanimité des organisations syndicales représentatives, est opposable aux organisations non signataires en sorte que, si elles entendent participer aux négociations de groupe qu'il prévoit, elles sont tenues de désigner leurs représentants conformément à ses dispositions ;

Et attendu que la cour d'appel a retenu que l'accord de groupe du 28 avril 1998 instituait une représentation syndicale de groupe composée de délégations des organisations syndicales représentatives dont les membres étaient désignés par elles selon les règles fixées par l'accord et lui conférait le pouvoir de négocier, sur des thèmes intéressant les salariés d'entreprises de différents secteurs d'activité du groupe, des accords ne faisant pas obstacle à la conclusion d'accords d'entreprise ; que, répondant ainsi aux conclusions dont elle était saisie et abstraction faite du motif

surabondant argué de dénaturation, elle a légalement justifié sa décision ; que les moyens ne sont pas fondés ;

Cet accord de groupe a ensuite été consacré la loi n°2004-391 du 4 mai 2004.

Aux termes de l'article L. 2232-30 du code du travail, « **la convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe** ».

L'article L.2232-30 ne précise pas le groupe dont il s'agit.

Selon la circulaire du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (fiche N° 5 Les accords de groupe (art. 46, art. L. 132-19-1) :

“Le nouvel article L. 132-19-1, introduit dans le code du travail par l'article 46 de la loi du 4 mai 2004, consacre l'existence des conventions et accords négociés au niveau du groupe et en précise le régime juridique.

Toutefois, il ne fait pas du groupe un nouveau niveau de négociation en tant que tel qui se situerait dans la hiérarchie des accords entre l'accord de branche et l'accord d'entreprise. Il se borne à définir les effets de l'accord de groupe en les assimilant à ceux de l'accord d'entreprise.

Si le législateur n'a donné aucune définition du groupe, le nouvel article L. 132-19-1 fait cependant explicitement référence à la notion d'entreprise dominante, renvoyant de la sorte à la définition prévue à l'article L. 439-1 du code du travail qui dispose qu'un groupe est formé par une entreprise dominante et des entreprises qu'elle contrôle ou sur lesquelles elle exerce une influence dominante. Dans ce périmètre, les négociateurs ont toute latitude pour fixer le champ d'application de l'accord : l'accord peut donc couvrir l'ensemble des entreprises constitutives du groupe ou ne couvrir qu'une partie d'entre elles.”

Il ressort en effet de l'article L. 2331-1 du code du travail que le groupe est formé par une entreprise dominante dont le siège social est situé sur le territoire français et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies aux articles du code de commerce (l'article L. 233-1 (possession de plus de la moitié du capital), L.233-3 (I et II) (majorité des droits de vote) et L. 233-16 (exercice d'une influence dominante en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires))

Aux termes de l'article L.2232-31 du code du travail, *la convention ou l'accord de groupe est négocié et conclu entre :*

- d'une part, l'employeur de l'entreprise dominante ou un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet, des employeurs des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord ;

*- d'autre part, les **organisations syndicales de salariés** représentatives dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord.*

La circulaire DRT précitée indique :

“2. Conditions de négociation

Du côté patronal, la partie à la négociation peut être soit la direction de l'entreprise dominante, soit un ou plusieurs représentants des employeurs concernés par le champ de l'accord et mandatés à cet effet par l'employeur de l'entreprise dominante ou par l'ensemble des employeurs concernés.

Quel que soit le périmètre de l'accord, l'employeur de l'entreprise dominante ou son représentant a vocation à représenter l'ensemble des employeurs concernés sans qu'il ait nécessairement à justifier d'un mandat exprès des employeurs des entreprises comprises dans le périmètre concerné. Mais il peut également donner mandat à un ou plusieurs autres employeurs compris dans le champ de l'accord de représenter l'ensemble des entreprises concernées. »

Nous jugeons que pour pouvoir être qualifié d'accord de groupe, un accord collectif **doit fixer un champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe.**

** Soc., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-21.741, Bull. 2018, V, n° 43*

Vu l'article L. 2222-1 du code du travail dans sa rédaction applicable en la cause ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'engagée le 25 juillet 1972 par la société Banque nationale de Paris en qualité d'employée, Mme [T] a été mutée en 1977 dans une agence à la Guadeloupe ; que, lors de son départ en retraite le 30 mars 2013, la salariée a reçu une indemnité de fin de carrière de son nouvel employeur, la société BNP Paribas Guadeloupe, constituée le 20 mai 1994 ; que, soutenant que l'employeur ne lui avait pas versé l'intégralité de l'indemnité à laquelle elle avait droit et revendiquant le bénéfice d'un accord relatif à la caisse de prévoyance du personnel de la Banque nationale de Paris, conclu par la société BNP Paribas le 29 novembre 2002 et modifié par avenant du 15 novembre 2006, la salariée a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que pour accueillir sa demande, l'arrêt retient que l'accord du 29 novembre 2002 a été contracté par la société BNP Paribas représentée par son directeur des ressources humaines groupe et porte notamment sur le financement de la prime de fin de carrière et l'ouverture des droits à cette prime, que les dispositions de cet accord engagent manifestement les sociétés du groupe, puisqu'il est expressément stipulé à l'article 3.2.-c que les salariés transférés dans une société du groupe BNP Paribas SA bénéficieront du maintien intégral des droits lors de leur mise en situation de préretraité ou retraité par cette société du groupe, sans modification du niveau des prestations qui resteront celles qui leur auraient été servies en tant que salariés de BNP Paribas SA, qu'au paragraphe "d" du même article, il est précisé que, par temps de service tant pour l'ouverture du droit à la prime de fin de carrière que pour le calcul de celle-ci, il faut entendre le temps passé, sans interruption, exclusivement au service du groupe BNP Paribas SA et de ses prédécesseurs, entre la date d'entrée et le soixantième anniversaire, que si l'article L. 2232-30 du code du travail dispose que la convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué par tout ou partie des entreprises constitutives du groupe, il y a lieu de constater qu'il résulte des dispositions de l'article 3.2 de l'accord du 29 novembre 2002 que celui-ci ne distingue pas parmi les sociétés du groupe celles pour lesquelles les salariés transférés en leur sein bénéficieront des dispositions relatives à la prime de fin de carrière, qu'ainsi il y a lieu de considérer que toutes les sociétés du groupe sont concernées par l'application de l'article 3.2 pour les salariés venant de la société mère ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que l'accord du 29 novembre 2002 et l'avenant du 15 novembre 2006, intitulé avenant à l'accord d'entreprise du 29 novembre 2002, avaient fixé un champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Dans son commentaire à la RJS 2018 n°435, un auteur écrivait : « Au cas d'espèce, des salariés, engagés initialement par la société Banque Nationale de Paris, devenue BNP Paribas, puis passés au service de la société BNP Paribas Guadeloupe, revendiquaient l'application de l'accord du 29 novembre 2002 relatif à la caisse de prévoyance du personnel de la BNP, modifié par avenant du 15 novembre 2006. Cet accord prévoit pour tout collaborateur transféré d'origine BNP une prime de fin de carrière déterminée selon un barème incluant l'indemnité de départ à la retraite prévue par la convention collective de la banque et prise en charge par l'entreprise.

Les salariés soutenaient que cet accord était un accord de groupe, ce que contestait la société BNP Paribas Guadeloupe. Pour accueillir leurs demandes, la

cour d'appel s'était fondée sur deux circonstances : le fait que l'accord avait été contracté par la société BNP Paribas, société mère du groupe, représentée par son directeur des ressources humaines groupe et la rédaction de deux articles dont elle avait déduit que les dispositions de l'accord engageaient manifestement les sociétés du groupe.

Les arrêts sont cassés. Bien que signés par le directeur des ressources humaines groupe, l'accord de 2002 et l'avenant de 2006 ne définissent aucun champ d'application particulier. La chambre sociale de la Cour de cassation en déduit que la cour d'appel ne pouvait pas décider que cet accord engageait toutes les sociétés du groupe.

*Pour pouvoir être qualifié d'accord de groupe, un accord collectif antérieur à l'entrée en vigueur de la loi 2004-391 du 4 mai 2004 doit fixer un champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe. **Cette solution s'applique a fortiori aux accords collectifs conclus depuis l'entrée en vigueur de cette loi, celle-ci ayant introduit dans le Code du travail l'obligation pour les négociateurs de déterminer les entreprises du groupe entrant dans le champ d'application de l'accord de groupe. »***

Les accords de groupe doivent être distingués des accords conclus au sein d'une unité économique et sociale. En effet, le groupe se distingue de l'unité économique et sociale lorsque celle-ci a déjà fait l'objet d'une reconnaissance conventionnelle ou judiciaire. La négociation d'UES, et l'accord qui en résulte, sont assimilés à une négociation d'entreprise et un accord d'entreprise (Circ. DRT 9 du 22-9-2004, fiche 5 n° 1 : BOMT 2004/20 p. 123 ; JO 31-10 p. 18472).

Cette assimilation est explicite depuis l'ordonnance no 2017-1386 du 22 septembre 2017 à l'alinéa 3 de l'article L. 2313-8 : « *un accord d'entreprise conclu au niveau de l'unité économique et sociale dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2232-12 détermine le nombre et le périmètre des établissements distincts* ».

L'unité économique et sociale (UES) est le nom que l'on donne à plusieurs personnes juridiquement distinctes mais présentant des liens étroits et considérées comme une seule entreprise pour l'application de la législation sur la représentation du personnel.

À l'origine, cette notion a été appliquée pour déjouer certaines pratiques visant à morceler les entreprises pour échapper aux obligations représentatives (Soc. 8-6-1972 n° 71-12.860, Bull. civ. V n° 418). Puis les tribunaux ont jugé qu'ils pouvaient recourir à cette notion hors toute circonstance frauduleuse (Soc., 31-3-1977 n° 76-60.262, Bull. civ. V n° 246).

Le législateur a consacré la notion d'unité économique et sociale, dans le cadre de la loi du 20 octobre 1982, pour les seuls comités d'entreprise, sans toutefois la définir, renvoyant implicitement aux critères dégagés par la jurisprudence.

Selon L.2322-4 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012, lequel a été abrogé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 : « *Lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés est reconnue par convention ou par décision de justice entre*

plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire. »

Suivant les critères définis par la jurisprudence « *Une unité économique et sociale entre plusieurs entités juridiquement distinctes se caractérise, en premier lieu, par la concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi que par la similarité ou la complémentarité des activités déployées par ces différentes entités, en second lieu, par une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine permutabilité des salariés* » (Soc. 18 juillet 2000, n 99-60.353, Bull. civ. V, n 299).

La Cour a précisé *qu'au sein d'un groupe, une unité économique et sociale peut être reconnue par convention ou par décision de justice entre des entités juridiquement distinctes qu'elles soient ou non dotées de la personnalité morale, dès lors qu'est caractérisée entre ces structures, d'une part, une concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi qu'une similarité ou une complémentarité des activités déployées par ces différentes entités, d'autre part, une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine mutabilité des salariés* (Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n 16-27.690, publié)

L'existence d'une unité économique suppose donc réunis deux critères cumulatifs : la concentration des pouvoirs de direction et l'identité ou la complémentarité des activités.

La Cour de cassation exerce un contrôle léger des déductions des juges du fond qui, sous réserve de vérifier l'existence ou l'absence des critères cumulatifs, apprécie souverainement les éléments de fait fournis par les parties.

La question s'est donc posée de savoir si l'existence d'une unité économique et sociale pouvait être reconnue au sein d'un groupe au sens de l'article L 2331-1.

Pour la jurisprudence, une unité économique et sociale ne peut pas être reconnue à un niveau où existe un comité de groupe. *Notre chambre juge que la notion d'unité économique et sociale et celle de comité de groupe sont incompatibles*. Une unité économique et sociale ne peut donc pas être reconnue pour la désignation d'un délégué syndical à un niveau où existe déjà un comité de groupe. (Soc. 20-10-1999 n° 98-60.398 Bull. civ. V n° 391 ; Soc. 26-4-2006 n° 05-60.306).

Nous jugeons que les notions d'unité économique et sociale et de groupe doté d'un comité étant incompatibles, pour apprécier si une unité économique et sociale peut être valablement reconnue entre différentes sociétés faisant déjà partie d'un groupe doté d'un comité, il appartient au tribunal d'instance de vérifier si les évolutions de la composition du groupe depuis sa mise en place n'ont pas pour effet de faire coïncider, à la date de sa saisine, les périmètres de ce groupe et de l'unité économique sociale revendiquée (Soc., 25 janvier 2006, pourvoi n° 04-60.234, Bull. 2006, V, n° 34). Voir aussi plus récemment : Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-22.602 : " *Mais attendu que les notions d'unité économique et sociale et de comité de groupe sont incompatibles ; que, dès lors, la mise en place d'un comité de groupe*

exclut sur le même périmètre la reconnaissance d'une unité économique et sociale ; Et attendu que la cour d'appel qui a constaté la mise en place d'un comité de groupe au niveau du groupe formé par les deux sociétés concernées par la demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale, en a exactement déduit que l'instance n'avait plus d'objet et a par ce seul motif légalement justifié sa décision "

De même, en l'absence de comité de groupe, notre chambre a jugé qu'ayant relevé qu'à la date de la requête introductive d'instance, aucune instance représentative commune aux sociétés du groupe n'était en place, le tribunal d'instance a pu décider de statuer sur la demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale. (Soc., 4 avril 2007, pourvoi n°06-60.188). Dans ce dossier, les sociétés soutenaient que des pourparlers étaient en cours sur la mise en place d'une structure de représentation commune des salariés au niveau du groupe, qu'ils devaient être menés à leur terme, et que c'est seulement en cas d'échec de la négociation sur l'instauration d'une structure de représentation commune aux différentes sociétés du groupe que le tribunal pourrait intervenir.

La simple annonce de la constitution d'un groupe pouvant inclure les diverses sociétés en cause ne peut à elle seule faire obstacle à la reconnaissance d'une unité économique et sociale entre ces sociétés, antérieurement à la mise en place d'un comité de groupe. (Soc., 17 décembre 2003 pourvoi n° 02-60.445 Bull. civ. V n° 319 1026)

En revanche, une unité économique et sociale peut être reconnue entre certaines sociétés appartenant à un groupe plus large pourvu d'un comité de groupe
L'existence d'un comité de groupe couvrant l'ensemble des sociétés du groupe dont font partie les deux personnes morales entre lesquelles il est demandé de reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale n'exclut pas la mise en place d'un comité central d'entreprise commun à ces deux sociétés (Soc., 30 mai 2001 pourvoi n° 00-60.111, Bull. civ. V n° 191) .

En définitive, **comité de groupe et UES peuvent coexister chaque fois qu'ils ont un périmètre différent.**

Il convient de préciser que selon l'ouvrage « La négociation collective » *Dalloz action* (point n°214.62) : " *la jurisprudence analysant l'UES comme une entreprise, on peut en déduire que l'accord d'UES peut porter sur tous les domaines qui sont ouverts à la négociation d'entreprise, y compris ceux de la négociation obligatoire [...] ».*

Au regard de ces éléments nous devons répondre aux deux dernières branches du moyen.