



**HAL**  
open science

**Le licenciement consécutif à un accord de performance collective contesté par voie d'exception d'illégalité ”.  
note sous CPH Marseille, 25 juillet 2023, RG  
F/21/01233.**

Lucas Bento de Carvalho

► **To cite this version:**

Lucas Bento de Carvalho. Le licenciement consécutif à un accord de performance collective contesté par voie d'exception d'illégalité ”. note sous CPH Marseille, 25 juillet 2023, RG F/21/01233.. Le Droit ouvrier, 2024, 5 (909), pp.206. hal-04755116

**HAL Id: hal-04755116**

**<https://hal.science/hal-04755116v1>**

Submitted on 31 Oct 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**LICENCIEMENT** Accord de performance collective – Exception d’illégalité – Loyauté – Nullité du licenciement – Absence de cause réelle et sérieuse – Barème « Macron » – Inopposabilité – Contentieux du travail.

CONSEIL DE PRUD’HOMMES DE MARSEILLE, 25 juillet 2023,  
B c/ S.A.S.U KALHYGE 1 (RG F 21/01233)

EXPOSE DU LITIGE

M. B a été embauché par la société KALHYGE 1 (anciennement KALHYGE 4) par contrat à durée indéterminée le 03/12/1992. Au dernier état de la relation contractuelle, il exerçait en qualité d’agent de distribution site client échelon 3,1, coefficient 3,10.

La société KALHYGE 1 (anciennement KALHYGE 4) a signé le 20/07/2020 un accord de performance collective avec les organisations syndicales représentatives au sein de la société.

Par courrier du 23/07/2020, M. B était informé de la signature de cet accord et de la possibilité qu’il avait de refuser son application à sa situation personnelle.

M. B a fait part de son refus exprès de voir l’accord de performance collective (APC) appliqué à son contrat de travail.

Le 14/10/2020, M. B a été convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement.

Le 02/11/2020, la société a notifié à M. B son licenciement pour cause réelle et sérieuse liée au refus d’application de l’APC.

Par requête du 27/07/2021, M. B a saisi le Conseil de prud’hommes de Marseille aux fins de voir annuler l’accord de performance collective (APC), à titre subsidiaire, voir constater l’exception d’illégalité tirée du caractère illicite de l’APC et à titre plus subsidiaire, voir constater l’inopposabilité de l’APC en raison de son illégalité ainsi que sa mise en œuvre discriminante, déloyale et contraire à l’article L2254-2 IV du Code du travail et voir condamner l’employeur à lui verser diverses sommes.

[...] M. B, représenté par son conseil, réitère oralement lors de l’audience les termes de ses dernières écritures. Il demande au Conseil de :

- à titre liminaire, ordonner la production du registre des entrées et sorties du personnel des sociétés KALHYGE 1 et KALHYGE 4 des années 2020 et 2021,
- ordonner la production des déclarations de mouvements de main d’œuvre des sociétés KALHYGE 1 et KALHYGE 4 des années 2020 et 2021,
- ordonner la production du contrat de travail du remplaçant de M. B et la déclaration unique d’embauche afférente,
- à titre principal, déclarer le présent Conseil compétent pour statuer sur la demande de nullité de l’APC et constater la nullité de cet accord,
- à titre subsidiaire, constater l’exception d’illégalité tirée du caractère illicite de l’APC,
- à titre plus subsidiaire, constater l’inopposabilité de l’APC en raison de son illégalité ainsi que sa mise en

œuvre discriminante, déloyale et contraire à l’article L. 2254-2 IV du code du travail,

– en conséquence, condamner la société KALHYGE 1 au paiement des sommes suivantes :

\* 19 104 euros à titre de dommages et intérêts pour discrimination,

\* 19 104 euros à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail,

\* 57 312 euros à titre de dommages et intérêts pour nullité du licenciement ou, à titre subsidiaire, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

– en tout état de cause, allouer la capitalisation des intérêts de retard,

– condamner la société KALHYGE 1 à la somme de 3 000 euros au titre de l’article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens.

La société KALHYGE 1, représentée par son conseil, réitère oralement lors de l’audience les termes de ses dernières écritures. Elle demande au conseil de :

– in limine litis, se déclarer incompétent pour statuer sur la demande de nullité de l’accord de performance collective du 20/07/2020,

– à titre principal, débouter le requérant de sa demande relative à la nullité de l’APC,

– à titre subsidiaire, déclarer irrecevable l’argumentaire du requérant tenant à l’exception d’illégalité au regard des conditions de négociation et de signature de l’accord de performance collective du 20/07/2020,

– rejeter les demandes du requérant au titre de l’exception d’illégalité de l’APC,

– à titre plus subsidiaire, déclarer irrecevable l’argumentaire du requérant tenant à l’inopposabilité de l’APC du 20/07/2020 au regard de ses conditions de négociation et de signature,

– rejeter les demandes du requérant tenant à l’inopposabilité de l’APC,

– en tout état de cause, rejeter l’intégralité des demandes du requérant et la condamner à lui verser la somme de 3 500 euros en application de l’article 700 du code de procédure civile, ainsi qu’aux entiers dépens.

[...] MOTIFS

[...] SUR LA DEMANDE DE NULLITE DE L’ACCORD DE PERFORMANCE COLECTIF

L’article 122 du code de procédure civile prévoit que constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l’adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de doit d’agir, tel le défaut de qualité, le défaut d’intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.

L’article L. 2262-14 du code du travail prévoit que 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.

Le requérant sollicite que le présent Conseil se prononce sur la validité de l'APC et en prononce la nullité.

En réplique, la société défenderesse soulève l'irrecevabilité de cette demande. Elle fait valoir que le Conseil des prud'hommes n'est pas compétent pour statuer sur cette demande, seul le tribunal judiciaire étant compétent en application des dispositions de l'article L. 2262-14 du code du travail.

En l'espèce, il convient de considérer qu'un salarié qui saisit le Conseil des prud'hommes ne peut faire valoir la nullité d'un accord collectif à son égard dans la mesure où il n'est pas partie à cet accord.

Le Conseil des prud'hommes n'est donc pas compétent pour statuer sur la nullité de cet acte.

Le salarié peut toutefois soulever devant le Conseil des prud'hommes une exception d'illégalité d'une clause de cet accord ou demander à ce que cet accord lui soit déclaré inopposable. L'exception d'illégalité est un moyen permettant de contester indirectement la légalité d'un acte ou accord collectif à l'occasion d'un recours en annulation d'une mesure d'application de cet acte, en l'occurrence si cet acte ou accord à un impact sur le contrat de travail.

Au surplus, il convient de considérer que la prescription n'est pas acquise dans la mesure où le salarié n'a pas été destinataire de l'entier acte via le courriel du 23/07/2020 et que l'employeur ne rapporte pas la preuve de la date précise de notification de celui-ci.

SUR L'EXCEPTION D'ILLEGALITE DE L'ACCORD DE PERFORMANCE COLECTIF

L'exception d'illégalité est un moyen permettant de contester indirectement la- légalité d'un acte ou accord collectif à l'occasion d'un recours en annulation d'une mesure d'application de cet acte.

Ainsi, l'exception d'illégalité ne débouche pas, contrairement à l'action en nullité, sur une annulation de l'accord mais seulement sur le fait que la clause reconnue illégale ne soit pas appliquée dans le litige où son illégalité a été invoquée.

Il convient de constater que les arguments soulevés par la requérante au soutien de sa demande de nullité de l'accord sont les mêmes que ceux invoqués au soutien de sa demande d'exception d'illégalité, à savoir :

– la discrimination à l'égard des négociateurs de l'APC : cet argument est subdivisé en trois sous

arguments qui sont :

- \* la menace liée à l'exercice normal du droit de grève,
- \* la négociation de l'APC menée de manière séparée,
- \* l'existence d'une contre-lettre signée entre les avocats des parties sur l'application de la clause de mobilité géographique,
- le consentement vicié des négociateurs de l'APC ;
- l'absence de pertinence de l'APC ;
- l'absence de remplacement des salariés licenciés : le détournement de la procédure ;

La société défenderesse fait valoir que les vices de forme et de procédure ne peuvent être invoqués dans le cadre d'une exception d'illégalité, à l'instar de la jurisprudence du Conseil d'Etat s'agissant des exceptions d'illégalité à l'encontre d'un acte administratif (CE, ass., 18 mai 2018, Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT, n° 414583). Elle considère qu'un tel raisonnement doit être appliqué par analogie s'agissant des APC dont le juge judiciaire peut connaître dans le cadre d'une exception d'illégalité, ce retient d'ailleurs la doctrine et Monsieur COMBEXELLES dans son rapport sur la négociation collective, le travail et l'emploi de septembre 2015 (pièces I-12, I-13 et I-14 def).

Il convient néanmoins de préciser qu'en droit administratif il existe deux exceptions au principe suivant lequel les vices de formes et de procédures ne peuvent plus être invoqués par voie exception. La première bénéficie à l'exception d'illégalité invoquée à l'appui de la demande de réparation du préjudice causé précisément par l'illégalité de l'acte en cause (CE 17 nov. 2004, Sté générale d'archives, n° 252514). La seconde se rencontre lorsque l'acte contesté par voie d'exception s'insère, avec celui dont l'annulation est demandée, dans une opération complexe, caractérisée par un lien de nécessité juridique réciproque.

La notion d'opération complexe vise à permettre au destinataire de la décision individuelle finale, qui ne peut prendre conscience de l'impact de l'opération sur sa situation personnelle qu'à l'occasion de la décision individuelle prise à son encontre, de contester, lors du recours contre cette décision, l'ensemble des actes ayant concouru à l'opération.

En l'espèce, par analogie avec la doctrine administrative, il convient de considérer que le licenciement prononcé s'insère étroitement avec l'Accord de Performance Collective dans la mesure où le premier est exclusivement fondé sur le refus d'application au cas individuel du second. Ces deux actes caractérisent donc une opération complexe, permettant ainsi au salarié destinataire de la décision individuelle finale (le licenciement) de contester l'APC tant pour ses vices de forme que pour ses vices de fond via une exception d'illégalité.

Ainsi, il convient de considérer que les arguments soulevés par le requérant sont recevables au titre de l'exception d'illégalité.

Il convient de les examiner successivement :

## SUR LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES NÉGOCIATEURS DE L'APC :

Sur la discrimination syndicale et l'entrave au droit de grève :

L'article L.2511-I du code du travail prévoit que l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux. Tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit.

Il résulte des articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail, aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou comme de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.

Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance du principe de non discrimination est nul.

Conformément à l'article L. 1134-1 du code du travail, lorsque survient un litige, le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Le requérant expose l'employeur a fait pression sur Mme D déléguée syndicale CFDT, et M. R, délégué syndical CGT, afin que ceux-ci signent l'APC. Il souligne que cela résulte du courrier de M. B du 10/07/2020 (pièce 6 dem) et du courrier de M. K du 11/07/2020 (pièce 7 dem).

M. B considère que le courrier de M. X est d'autant plus problématique qu'il indique « je lance donc le processus aux fins de pouvoir saisir le Tribunal de commerce de Paris », alors même qu'aucune démarche en ce sens n'a été faite, ce qui illustre bien son caractère purement comminatoire. Il ajoute que ce comportement est d'autant plus répréhensible qu'il constitue également une contrainte morale sur les salariés grévistes visant à leur faire cesser la

grève en les accusant de conduire l'entreprise à la faillite, ce qui reviendrait à priver les salariés de leur droit de grève en cas de difficultés économiques de l'entreprise.

Il produit ainsi aux débats :

– le courrier de M. X du 10/07/2020 suivant lequel : [... ] « *Aujourd'hui, l'établissement KALHYGE 4 de MARSEILLE a reconduit pour une deuxième journée consécutive le mouvement de grève initié hier. Le délégué syndical CGT du site nous a informé cet après-midi que ce mouvement social s'inscrivait dans une durée illimitée et que les salariés envisageaient même l'occupation de l'usine. [...] Cette situation met en péril l'exploitation et la poursuite de notre activité Santé du fait de la perte client significative que cette grève engendre avec un fort préjudice économique qui aggravera encore plus la situation financière de KALHYGE 4.*

*En conséquence, en ma qualité de dirigeant du groupe KALHYGE, et en assumant mes responsabilités, j'ai le triste devoir de mettre officiellement fin à la négociation en cours sur le projet d'accord REBOND. Je lance donc le processus aux fins de pouvoir saisir le Tribunal de Commerce de Paris, saisine qui sera précédée d'une consultation du Comité Central Social Economique de KALHYGE 4 » (pièce 6-dem) ;*

– le courrier de M. K du 11/07/2020 suivant lequel : « *Nous vous confirmons que votre décision ce matin de refus de l'accord de performance collective (APC) entraîne le maintien de vos conditions actuelles de rémunération à MARSEILLE et l'ensemble de vos avantages actuels » (pièce 7 dem) ;*

– un courrier de convocation du 13/07/2020 -adressé à M. R invitant ce dernier à la réunion du Comité Central Social et Economique Extraordinaire de la société KALHYGE 4 prévue le 20/07/2020 et qui indique, comme ordre du jour, une information et consultation sur la signature de l'Accord de Performance Collective et sur les éventuelles conséquences (pièce 8 dem) ;

En l'espèce, il convient de constater que les termes employés dans les deux courriers du 10 et 11 juillet 2020 ne permettent pas de considérer que la société a souhaité limiter la liberté syndicale et porter atteinte au choix de chaque salarié d'exercer son droit de grève, mais illustre le souhait de l'employeur d'informer les représentants syndicaux du fait qu'en raison des conséquences économiques de l'exercice de ce droit, il mettait fin aux négociations en cours sur le projet d'accord. L'employeur ne demande donc pas la fin de la grève mais en tire les conséquences en terme économique et sur sa volonté d'accélérer l'adoption d'un accord de performance collective.

En conséquence, il convient de considérer qu'il n'y a pas eu d'entrave au droit de grève. L'argumentaire à ce sujet est donc inopérant.

Sur la négociation séparée :

Le requérant fait état du fait que l'employeur a également conduit les négociations de l'accord de

manière discriminante envers Mme D, déléguée syndicale centrale CFDT, dans la mesure où cette dernière n'a pas été conviée à la réunion de négociation du 20/07/2020.

A l'appui de son argumentation, il produit aux débats :

– l'attestation de M. R en date du 23/02/2021 suivant laquelle « la seule réunion de négociation de l'accord de performance collective qui s'est tenu en ma présence ainsi que celle de Mme D et dont un projet d'accord a été transmis au préalable (ci-joint) et celle du 9 juillet 2020. Le 20 juillet 2020, après la réunion extraordinaire du CSE central, la société m'a invité oralement à signer l'accord de performance collective sans m'avoir transmis au préalable le dernier projet d'accord. J'ai signé cet accord en l'absence de Mme D, délégué central CFDT qui à ma connaissance n'a pas été invité à participer à cette dernière réunion de négociation » (pièce 14 dem) ;

– un courrier de convocation du 13/07/2020 adressé à M. R. invitant ce dernier à la réunion du comité Central Social et Economique Extraordinaire de la société KALHYGE 4 prévue le 20/07/2020 et qui indique, comme ordre du jour, une information et consultation sur la signature de l'Accord de Performance Collective et sur les éventuelles conséquences (pièce 8 dem) ;

– l'attestation de Mme D en date du 24/02/2021 suivant laquelle : « je n'ai à aucun moment été invité à venir négocier et signer l'accord de performance collective le 20 juillet 2020, en ma qualité de délégué syndical central CFDT, à l'issue de la réunion extraordinaire du CSE de ce même jour. Je suis partie avant la fin de cette même réunion. La dernière réunion de l'accord à laquelle j'ai été convoqué était celle du 9 juillet 2020 précédée du projet d'accord (ci-joint) envoyé la veille. De plus, j'indique que l'accord signé le 20 juillet 2020 est différent de celui envoyé le 8 juillet 2020 (pour la réunion du 9 juillet 2020) sur un point très important : Art 18 qui est clause de mobilité géographique ajouté dans l'accord définitif » (pièce 15 dem) ;

En réplique, l'employeur fait valoir, dans ses écritures, que les deux organisations syndicales représentatives étaient bien présentes lors de chaque réunion de négociation. Il ajoute que finalement, la CFDT a informé la Direction qu'elle ne souhaitait pas signer l'accord négocié, raison pour laquelle l'APC n'a été signé que par la CGT, dont la signature suffisait puisque ce syndicat représentait la majorité des salariés. Il indique que la version de l'APC qui a été signée par la CGT correspond en tout point à la dernière version de l'accord modifiée en séance et communiquée par courriel par la Direction aux organisations syndicales à l'issue de la réunion de négociation du 9 juillet (page 10 des conclusions du défendeur).

L'employeur fait valoir, par ailleurs, que quand bien même la discrimination syndicale à l'égard de Mme D, Déléguée Syndicale Centrale CFDT, serait établie, ni cette dernière ni le syndicat auquel elle était affiliée

ont saisi le Tribunal Judiciaire d'une demande de nullité de l'accord de performance collective conclu (page 9 des conclusions du défendeur).

En l'espèce, il convient de constater que l'employeur ne produit pas la preuve du fait qu'il aurait convoqué Mme D à la réunion du CSE Extraordinaire du 20 juillet qui avait pour ordre du jour une information et consultation sur la signature de l'APC, de sorte qu'il convient de considérer qu'il a effectivement omis de convoquer une organisation syndicale représentative à la réunion de négociation et à la signature de cet accord.

Il convient de considérer que ce manquement de l'employeur caractérise une discrimination syndicale.

Comme il a été vu ci-dessus, si le salarié ne peut demander la nullité de cet accord, il n'en demeure pas moins qu'il peut évoquer une exception d'illégalité de cet accord appliqué à son contrat de travail. Or, c'est bien l'application de cet accord qui a conduit à rupture de son contrat de travail puisque c'est son refus de se le voir appliquer qui a justifié son licenciement. Dans la mesure où cet accord est entaché d'illégalité, il convient de considérer qu'il entache également son licenciement, lequel devra être déclaré nul sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres moyens soulevés par le requérant.

SUR LA DEMANDE DE DOMMAGES ET INTERETS POUR DISCRIMINATION

En l'espèce, il convient de considérer que quand bien même l'accord est entaché d'illégalité en raison de la discrimination syndicale subie par Mme D, il n'en demeure pas moins que le salarié n'a pas été une victime directe de cette discrimination, et ne produit donc aucun élément permettant de rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice personnel.

En conséquence, la demande indemnitaire sera rejetée.

SUR LA DEMANDE DE DOMMAGES ET INTERETS POUR LICENCIEMENT NUL

[...] Sur le montant de l'indemnité :

L'article L. 1235-3-1 du même code précise que l'article L. 1235-3 n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article. Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible. Le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Les nullités mentionnées au premier alinéa sont celles qui sont notamment afférentes à : 2° Des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4 ;

En l'espèce, M. B avait une ancienneté de 28 ans à la date de la rupture et était âgé de 50 ans.

Toutefois, il ne produit aucun justificatif sur sa situation à l'issue du licenciement et n'explique pas

en quoi la rupture de son contrat de travail lui a causé un préjudice. En conséquence, ce dernier ne saurait s'évaluer à plus de 10 mois de salaire.

En conséquence, la société KALHYGE 1 sera condamnée à lui verser la somme de 22 367,80 euros bruts à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul.

SUR LA DEMANDE DE DOMMAGES ET INTERETS POUR EXECUTION DELOYALE DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le requérant fait valoir que son consentement a été vicié dans la mesure où elle n'a été destinataire que d'une synthèse de l'APC dans laquelle ne figure pas la clause relative à la mobilité géographique a contrario de l'accord définitif.

En l'espèce, il convient de considérer que quand bien même le salarié n'aurait pas été destinataire de l'entier APC, il n'en demeure pas moins qu'elle ne rapporte pas la preuve d'un préjudice.

Sa demande indemnitaire sera donc rejetée.

[...] PAR CES MOTIFS

Le juge départiteur, après en avoir délibéré avec les conseillers présents, après débats publics, par jugement contradictoire et en premier ressort,

DECLARE que le Conseil de prud'hommes de Marseille est incompétent pour statuer sur l'action en nullité visant l'accord de Performance collective du 20/07/2020 ;

DECLARE recevable l'exception d'illégalité relative à l'Accord de Performance Collective du 20/07/2020 ;

CONDAMNE la société KALHYGE 1 à verser à M. B la somme de 22 367,80 euros brut à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul ;

[...] CONDAMNE la société KALHYGE 1 aux dépens ;

Résumé.

Un jugement du Conseil de prud'hommes de Marseille prononce la nullité du licenciement consécutif à un accord de performance collective contesté par la voie de l'exception d'illégalité. Si la motivation adoptée par les juges prud'homaux peine parfois à convaincre, elle présente néanmoins l'intérêt de cerner les principales interrogations soulevées par ce type de rupture. La conventionnalisation des sources du droit du travail et les licenciements fondés sur l'opposition des salariés aux changements engendrés pourraient entraîner, dans un futur proche, un développement de ce type de contentieux.

Note.

La contestation du licenciement fondé sur le refus d'une modification du contrat de travail, consécutive à la mise en œuvre d'un accord de performance collective (APC), a des allures de parcours du combattant. Face aux entreprises successives de cantonnement des litiges du travail (1), les salariés et leurs conseils sont contraints d'envisager de nouvelles stratégies contentieuses (2). Un jugement du conseil de prud'hommes de Marseille, rendu le 25 juillet 2023 et aujourd'hui frappé d'appel, en fournit la parfaite illustration.

**L'affaire.** Un APC avait été conclu le 20 juillet 2020 au sein de la société KALHYGE avec les organisations syndicales représentatives. Le salarié, demandeur à l'instance, refusa expressément la modification de son contrat de travail induite par l'application de l'accord. À l'issue d'une procédure régulièrement menée, il fut licencié pour cause réelle et sérieuse le 14 octobre 2020, sur le fondement de l'article L. 2254-2 du Code du travail. Le 27 juillet 2021, le conseil de prud'hommes de Marseille était saisi aux fins d'annuler l'APC et, à titre subsidiaire, de « constater l'exception d'illégalité tirée du caractère illicite » de l'accord. Il lui était également demandé, « à titre plus subsidiaire » de « constater l'inopposabilité de l'APC en raison de son illégalité ainsi que de sa mise en œuvre discriminatoire, déloyale, et contraire à l'article L. 2254-2 IV du Code du travail » et de condamner l'employeur au paiement de diverses sommes. En défense, l'employeur concluait au rejet de ces prétentions et soulevait, *in limine litis*, l'incompétence du conseil pour statuer sur la demande d'annulation de l'APC. Si le raisonnement élaboré par les juges marseillais n'emporte pas entièrement la conviction, il présente néanmoins un grand intérêt sur le plan de la structuration des interrogations qui entourent le contentieux du licenciement consécutif au refus d'un APC. Celles-ci concernent tout à la fois les modes de contestation de la licéité de l'accord (I) et la sanction du licenciement subséquent (II).

## I. Les modes de contestation de la licéité de l'accord de performance collective

Le salarié qui refuse la modification de son contrat de travail consécutive à l'APC s'expose à un licen-

(1) M. Poirier « A propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier : «sécurisation de l'emploi» ou «sécurisation des décisions patronales» », *Dr. ouv.* 2013, p. 240 F. Batard, M. Grevy, « Securitas omnia corrumpit ». *RDT* 2017, p. 663.

(2) V. en ce sens, D. Baugard, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié – De l'exception de nullité à l'exception

d'illégalité ? ». *JCP S* 2019, 1297 » ; Y. Pagnerre, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié – De lege lata, une action en inopposabilité ». *JCP S* 2019, 1298 ; C. Pernot et L. Bento de Carvalho, « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les «ordonnances Macron» ? ». *Dr. soc.*, 2020, p. 43.

ciement. Celui-ci « repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse (3) ». La pré justification de la rupture réduit à la portion congrue le contrôle juridictionnel du licenciement (4). Ce dernier va alors se reporter sur l'examen de la licéité de l'APC (5). Le cas d'espèce est symptomatique d'un double mouvement, par lequel le cantonnement de la contestation par voie d'action (A) entraîne le développement des recours par voie d'exception (B).

## A. Le cantonnement de la contestation par voie d'action

Le jugement pêche, selon nous, par un manque de motivation au moment de rejeter la contestation par voie d'action. Si l'argument tenant à la forclusion de la demande est logiquement écarté (1), le conseil de prud'hommes affirme plus qu'il ne démontre en quoi la qualité de tiers à l'accord du salarié lui interdit d'en soulever l'invalidité (2). Les juges prud'homaux font preuve du même laconisme pour ignorer, sans s'en expliquer, le grief tenant à leur incompétence pour statuer sur la nullité de l'APC (3).

### 1. Un rejet logique de la forclusion de l'action

**Le rappel du délai.** Le Conseil commence par statuer sur la recevabilité de la demande d'annulation. Il rappelle que selon l'article 122 du Code de procédure civile, « constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». S'agissant de la contestation de tout ou partie de la validité d'un accord collectif, le Code du travail dispose que l'action « 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 (6) ». Dans sa décision du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a précisé le régime applicable lorsque les signa-

taires de l'accord décident, comme il est fréquent de l'observer en matière d'APC, que certaines parties du texte ne feraient pas l'objet d'une publication (7). En pareil 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 (8) ».

**La preuve du point de départ.** En l'espèce, le Conseil avait été saisi en 2021 d'une demande d'annulation d'un APC conclu en 2020. Le délai, qualifié de forclusion par la Cour de cassation (9), étant écoulé, la contestation engagée par le salarié semblait vouée à l'échec. Le conseil en décide autrement. Il relève que celle-ci n'avait pas été destinataire de l'accord dans son entier et que l'employeur n'apportait pas la preuve de la date exacte de sa notification. Le premier enseignement de ce jugement, dont on ignore s'il sera confirmé sur ce point, tient ainsi à l'interprétation du régime probatoire de la connaissance des termes de l'accord. Non seulement la charge de la preuve repose sur l'employeur, ce qui semble logique à l'endroit du débiteur de l'obligation d'informer, mais les juges prud'homaux paraissent exiger une notification individuelle au salarié, assortie d'une date exacte. Si l'exigence est rigoureuse, d'autres moyens étant mobilisable pour s'assurer que les salariés concernés ont « valablement connaissance d'un APC », elle n'en demeure pas moins bienvenue sur le terrain de la sécurité juridique et de la prévisibilité du contentieux. À l'inverse, nier la possibilité pour un salarié d'agir en nullité en raison de sa qualité de tiers à l'accord apparaît fort contestable.

### 2. Une négation contestable de la qualité à agir du salarié

**Une négation contestable au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation.** L'affirmation surprend en ce qu'elle est contredite par une jurisprudence établie de la chambre sociale de la Cour de cassation. Aux termes d'un arrêt du 24 septembre 2008, publié au bulletin et dont la solution n'a depuis jamais été démentie, des salariés sollici-

(3) C. trav., art. L. 2254-2 V.

(4) J. Icard, « La pré-justification de certains licenciements à l'épreuve des normes supra-légales », *Dr. ouv.*, 2018, p. 427.

(5) Sur les limites de ce contrôle au prisme du Code du travail v. L. Bento de Carvalho, « Le contrôle juridictionnel des usages de l'accord de performance collective », *RJS* 2023/06, p. 7. Pour une analyse plus optimiste H. Cavat, « Rappel à l'ordre de l'OIT : pour un « véritable contrôle judiciaire » des accords de performance collective et des licenciements subséquents », *RDT* 2022, p. 300 ; I. Meftah, « Le contrôle de la justification du licenciement

consécutif au refus d'application d'un accord de mobilité interne : entre rétrospectives et perspectives » note sous Soc. 2 décembre 2020, n° 19-11.986 à 19-11.994, *RDT* 2021, p. 104.

(6) C. trav., art. L. 2262-14.

(7) En application du deuxième alinéa de l'article L. 2231-5-1 du Code du travail.

(8) Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC.

(9) Soc., 21 septembre 2022, n° 20-23500, PB, BJT nov. 2022, n° BJT2017, obs. Ch. Mariano.

taient l'annulation d'une disposition conventionnelle relative au plafonnement des augmentations salariales. La cour d'appel de Versailles avait déclaré irrecevable leur demande, estimant « *qu'un salarié qui saisit le Conseil des prud'hommes ne peut faire valoir la nullité de l'accord collectif à son égard dans la mesure où il n'est pas partie à cet accord* ». La Cour de cassation censure le raisonnement et juge que « *tout salarié qui y a intérêt est recevable à invoquer le caractère illicite d'une clause d'une convention collective qui lui est applicable* (10) ».

**Une négation contestable en matière de remise en cause d'un APC.** S'agissant d'un APC dont les termes obligent les salariés, on voit mal en quoi ces derniers ne pourraient avoir qualité à agir, nonobstant leur qualité de tiers à l'accord. D'autant que les APC, dans leur immense majorité, stipulent des obligations ciblant exclusivement les salariés. Sur les 380 accords signés entre le 1<sup>er</sup> juillet 2019 et le 31 décembre 2020 et recensés par la DARES, seuls 16% comportaient des engagements fermes de l'employeur et des garanties pour les salariés concernés (11). Aux termes du rapport 2021 du comité d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017, entre 5 et 10% des APC contenaient des engagements et des contreparties avant la crise sanitaire. Ils étaient entre 18 et 21% des APC pendant la crise (12). En tant que tiers obligé par l'accord, le salarié a de toute évidence qualité à agir pour solliciter la nullité d'un accord collectif dont les stipulations méconnaissent les dispositions légales (13). La position du conseil de prud'hommes de Marseille est d'autant plus malvenue que la juridiction aurait parfaitement pu rejeter les prétentions du salarié en faisant droit à l'exception d'incompétence soulevée par l'employeur.

### 3. Un mutisme critiquable sur l'exception d'incompétence

**Une méconnaissance de la compétence de droit commun du tribunal judiciaire.** En réplique à l'action du salarié, la société défenderesse soulevait l'incompétence du conseil de prud'hommes au motif que seul le tribunal judiciaire est compétent pour statuer sur la demande d'annulation d'un accord. L'employeur se fondait sur l'article L. 2262-14 du Code du travail dont les termes traitent pourtant

exclusivement des délais de contestation et ne disent mot de juridiction compétente pour en connaître. Est-ce la raison pour laquelle le conseil écarte le grief patronal ? La réponse est délicate dans la mesure où le jugement rejette, sans s'en expliquer, l'exception d'incompétence. Il est pourtant acquis que le contentieux de la validité de l'accord collectif relève de la compétence du tribunal judiciaire, et non de la juridiction prud'homale (14). L'article L. 211-3 du Code de procédure civile dispose en effet que « *le tribunal judiciaire connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée* ». De son côté, le Code du travail prévoit en son article L. 1411-1 que le conseil de prud'hommes « *régle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient* ». Les dispositions du Code du travail visent spécifiquement, mais uniquement, les différends individuels découlant du contrat éponyme. Elles conduisent à laisser le tribunal judiciaire compétent pour connaître des litiges relatifs aux actions en nullité de l'accord collectif qui ne sont pas compris dans le champ de l'article L. 1441-1. Le mutisme du conseil de prud'hommes est encore plus critiquable dès lors que « *l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public* (15) », ce qui est le cas des dispositions précitées.

#### **Le sursis à statuer du conseil de prud'hommes.**

Un arrêt récent de la cour d'appel de Nancy illustre le bien-fondé de l'exception d'incompétence soulevée par l'entreprise défenderesse (16). La licéité d'un APC avait été contestée en première instance devant le tribunal judiciaire de Bar-le-Duc. En appel, les juges confirmèrent la compétence du tribunal pour connaître du litige initié par les salariés, indépendamment de la remise en cause de leur licenciement devant la juridiction prud'homale. À cet égard, les plaideurs devront faire preuve de vigilance et de célérité. Selon l'article L. 2262-14-1 le juge doit rendre sa décision dans un délai de six mois lorsqu'il est saisi d'une action en nullité de l'accord collectif. En pratique, toutefois, le commandement législatif n'est pas toujours respecté. La contes-

(10) Soc., 24 sept. 2008, n°06-46.179, Bull. civ. V, n° 187.

(11) DARES, *Les accords de performance collective : quels usages durant la crise sanitaire ?* nov. 2021, n° 66.

(12) Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail - Rapport 2021 du comité d'évaluation, p. 122.

(13) Aussi bien en droit du travail qu'au regard du droit des contrats, v. JCP S 2024, n° 12, 1096, note L. Bento de Carvalho.

(14) G. Dumortier, G. Loiseau, P. Lokiec, L. Pecaut-Rivolier, *Droit de la négociation collective*, Dalloz-Action, 2<sup>e</sup> éd., 2024, p. 495, n° 621.22.

(15) CPC, art. 76.

(16) CA Nancy, 6 février 2023, n° RG 21/03031.

tation du licenciement se prescrivant par douze mois à compter de la notification de la rupture (17), les salariés et leurs conseils auront alors intérêt à saisir le conseil de prud'hommes concomitamment à la remise en cause de l'APC devant le tribunal judiciaire (18). Dans le cas où l'action en nullité de l'accord serait forclose, les justiciables conservent néanmoins la possibilité d'en contester les termes par voie d'exception.

## B. Le développement de la contestation par voie d'exception

Le Conseil constitutionnel écarta le grief tenant à une méconnaissance du droit à un recours juridictionnel par l'article L. 2262-15, au motif que le nouveau texte « *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 (19)* ». Depuis trois arrêts rendus le 2 mars 2022, la chambre sociale admet que l'accord collectif peut faire l'objet d'un recours par voie exception d'illégalité, y compris à l'initiative d'un comité social économique ou d'une organisation syndicale non-signataire (20). En droit public, d'où elle est issue, l'exception d'illégalité désigne le 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 (21)* ». La transposition du mécanisme au contentieux de l'accord collectif donne matière à plusieurs interrogations dont les choix opérés par le jugement sous analyse se font l'écho. La norme conventionnelle présente en effet des caractéristiques propres qui la distinguent nettement d'une décision administrative unilatérale. Le développement de la contestation des accords collectifs par voie d'exception, tel un APC, suscite cependant des interrogations sur les délais applicables à cette voie contentieuse (1) et les moyens susceptibles d'être invoqués (2).

## 1. Les délais de contestation

**L'éviction du délai visant l'action en nullité de l'accord.** Au cas d'espèce, le salarié avait fait preuve d'habileté en soulevant l'exception d'illégalité de l'APC parallèlement à son action en nullité. Si la seconde est rejetée, la première est accueillie par le conseil qui prend soin de distinguer les deux mécanismes. Il énonce que « *l'exception d'illégalité ne débouche pas, contrairement à l'action en nullité, sur une annulation de l'accord mais seulement sur le fait que la clause reconnue illégale ne soit pas appliquée dans le litige où son illégalité a été invoquée* ». C'est précisément cette différence entre l'inopposabilité de l'acte contesté et son éradication de l'ordre juridique qui justifie que le recours par voie d'exception d'illégalité échappe au délai de forclusion de deux mois, posé par l'article L. 2262-14 du Code du travail. L'exception d'illégalité présente en outre l'avantage d'être invocable par les tiers à la norme critiquée (22), tels les salariés qui ne sont juridiquement pas partie à l'accord quand bien même ils lui sont assujettis.

**L'application des délais se rapportant à la créance l'objet de la demande.** Les plaideurs devront toutefois se montrer vigilants et ne pas trop tarder à agir selon les prétentions de leurs clients. *Prima facies*, en effet, l'exception d'illégalité ne semble enfermée dans aucune limite temporelle. Dans l'un des arrêts du 2 mars 2022 (23), la Cour de cassation énonce 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* ». Les apparences se révèlent trompeuses. Reprenant une motivation devenue classique en matière de délais, la Cour précise 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 (24)* ». Plusieurs

(17) C. trav., art. L. 1471-1 al. 2.

(18) En pareil cas, la juridiction prud'homale devrait surseoir à statuer dans l'attente d'une décision définitive au titre du contentieux de la validité de l'APC.

(19) Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC.

(20) Soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442, n° 20-16.002 et n° 20-20.077 ; C. Pernot, « L'avènement possible d'une nouvelle catégorie juridique : l'exception d'illégalité d'un accord collectif ». *Dr. ouv.* 2022, p. 163 ; G. Auzero, L. Bento de Carvalho, « L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail ». *Dr. soc.*, 2022, p. 531.

(21) A. Louvaris, *JurisClasser Administratif*, Fasc. 1160 : Exception d'illégalité, 1<sup>er</sup> janvier 2022 ; sur les conditions de recours à l'exception d'illégalité nécessitant l'identification d'un acte pris application de la norme conventionnelle litigieuse, v. G. Auzero, L. Bento de Carvalho, préc.

(22) A l'inverse, la Cour de cassation estime que les parties à l'accord ne peuvent le contester par la voie de l'exception d'illégalité, l'exception de nullité demeurant toutefois invocable en défense, Soc. 19 octobre 2022, n° 21-15.270, PB, *JCP S* 2022, n° 46, 1292, note L. Bento de Carvalho.

(23) Soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442.

(24) Soc., 2 mars 2022, n° 20-18.442 et 20-16.002.

situations doivent ainsi être distinguées. Le cas d'une obligation exigible de manière ponctuelle ou récurrente, telles une consultation du CSE et la désignation concomitante d'un expert ne pose guère de difficultés. En l'absence de prescription entourant l'obligation discutée, la recevabilité d'une action dirigée contre un accord restreignant les prérogatives de l'instance de représentation n'est pas limitée dans le temps. Dans d'autres cas, en revanche, il faudra tenir compte des délais spécifiques énoncés par Code du travail. La prescription triennale prévue par l'article L. 3245-1, pour ne prendre que cet exemple, pourra être opposée au salarié qui soulève, par voie d'exception, l'illégalité d'un accord collectif instaurant un forfait jours annuel afin d'obtenir une répétition des salaires dus sur la base d'un décompte hebdomadaire ou mensuel. En l'espèce, le salarié exposait plusieurs chefs de demandes dont des dommages-intérêts pour licenciement nul. La durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance objet de la demande, le délai à retenir pour juger de la recevabilité de cette prétention indemnitaire devrait être celui qui se rapporte à la contestation de la rupture du contrat de travail. Le salarié disposait d'un délai d'un an à compter de la notification de son licenciement consécutifs à l'entrée en vigueur de l'APC (25). Elle pouvait donc, selon nous, agir jusqu'au 14 octobre 2021. Outre la problématique des délais, le contentieux par voie d'exception doit également prendre compte les difficultés liées à l'identification des griefs invocables.

## 2. Les moyens de contestation

**L'attraction du droit administratif.** Le droit administratif exerce une forte influence sur la physionomie de la contestation de l'accord collectif par voie d'exception. Si la chambre sociale de la Cour de cassation n'entend pas transposer *in extenso* la jurisprudence du Conseil d'État dans le contentieux du travail, elle n'en demeure pas moins soucieuse de s'appuyer sur les solutions dégagées par ses homologues du Palais royal. En témoigne un arrêt du 31 janvier 2024 dans lequel elle précise les types de griefs invocables au soutien d'une contestation de l'accord par voie d'exception d'illégalité (26). La Cour énonce qu'il « résulte d'une jurisprudence établie du Conseil d'État (CE, Ass., 18 mai 2018, n° 414583, publié au Recueil Lebon), que le contrôle exercé par le juge administratif sur un acte

*qui présente un caractère réglementaire porte sur la compétence de son auteur, les conditions de forme et de procédure dans lesquelles il a été édicté, l'existence d'un détournement de pouvoir et la légalité des règles générales et impersonnelles qu'il énonce (...). Après l'expiration du délai de recours contentieux, une telle contestation peut être formée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure prise pour l'application de l'acte réglementaire ou dont ce dernier constitue la base légale (...)* ». Par ailleurs si « 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'édition 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 ». La Cour en conclut que « si un salarié, au soutien d'une exception d'illégalité d'un accord collectif, ne peut invoquer un grief tiré des conditions dans lesquelles la négociation de l'accord a eu lieu, il peut, en revanche, invoquer à l'appui de cette exception le non-respect des conditions légales de validité de l'accord collectif, relatives notamment à la qualité des parties signataires, telles que prévues, pour les accords d'entreprise ou d'établissement, par les articles L. 2232-12 à L. 2232-14 du code du travail ».

**L'invocation de la théorie de l'opération complexe comme exception au cantonnement des griefs invocables par voie d'exception.** La chambre sociale de la Cour de cassation reproduit la distinction entre moyens de légalité interne et externe. Tandis que les premiers peuvent être soulevés par voie d'exception, les seconds, réserve faite du grief d'incompétence, ne sont invocables que par voie d'action (27). En l'espèce, le salarié soutenait l'illégalité de l'APC au motif que l'employeur se serait rendu coupable de discrimination à l'égard des négociateurs en faisant pression sur eux pour qu'ils signent l'accord et en organisant des négociations séparées. Elle ajoute que la société aurait porté atteinte au droit de grève des salariés en tirant prétexte de la cessation du travail pour mettre un terme aux négociations et solliciter l'ouverture d'une procédure collective auprès du tribunal de commerce. Le salarié conclut en dénonçant l'absence de pertinence de l'APC et un détournement de la

(25) C. trav., art. L. 1471-1 al. 2.

(26) Soc., 31 janvier 2024, n° 22-11.770, PB, JCP S 2024, n° 12, 1096, note L. Bento de Carvalho.

(27) CE, Ass., 18 mai 2018, n° 414583, Lebon.

procédure de l'article L. 2254-2 du Code du travail, les salariés licenciés n'ayant pas été remplacés ce qui révélerait l'intention initiale de l'employeur de supprimer des emplois. De son côté, la société défenderesse réplique que « les vices de forme et de procédure ne peuvent être invoqués dans le cadre d'une exception d'illégalité, à l'instar de la jurisprudence du Conseil d'État s'agissant des exceptions d'illégalité à l'encontre d'un acte administratif ». Elle considère « qu'un tel raisonnement doit être appliqué par analogie s'agissant des APC dont le juge judiciaire peut connaître dans le cadre d'une exception d'illégalité ». Le conseil écarte l'argument. Il énonce « qu'en droit administratif il existe deux exceptions au principe suivant lequel les vices de formes et de procédures ne peuvent plus être invoqués par voie d'exception. La première bénéficie à l'exception d'illégalité invoquée à l'appui de la demande de réparation du préjudice causé précisément par l'illégalité de l'acte en cause (CE 17 novembre, Sté générale d'archives, n° 242514). La seconde se rencontre lorsque l'acte contesté par voie d'exception s'insère avec celui dont l'annulation est sollicitée dans une opération complexe, caractérisée par un lien de nécessité juridique réciproque ». Le conseil ajoute « que la notion d'opération complexe vise à permettre au destinataire de la décision individuelle finale, qui ne peut prendre conscience de l'impact de l'opération sur sa situation personnelle qu'à l'occasion de la décision individuelle prise à son encontre, de contester, lors du recours contre cette décision, l'ensemble des actes ayant concouru à l'opération ».

**Une application erronée de la théorie de l'opération complexe.** Après avoir donné sa définition de l'opération complexe, le conseil juge que « par analogie avec la doctrine administrative, il convient de considérer que le licenciement prononcé s'insère étroitement avec l'accord de performance collective dans la mesure où le premier est exclusivement fondé sur le refus d'application au cas individuel du second. Ces deux actes caractérisent donc une opération complexe, permettant ainsi au salarié destinataire de la décision individuelle prise à son encontre, de contester, lors du recours contre cette décision, l'ensemble des actes ayant concouru à l'opération ». Le raisonnement pêche par confusion. L'opération complexe, selon une acception communément

admise, désigne une « décision finale (qui) ne peut être prise qu'après intervention d'une ou de plusieurs décisions successives, spécialement prévues pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale sera l'aboutissement (28) ». Tel est le cas, par exemple, du candidat malheureux à un concours qui en conteste le résultat en se fondant sur l'illégalité de la décision ayant fixé la date des épreuves (29). La raison d'être de la théorie de l'opération complexe doit être comprise au regard du caractère inopérant de l'exception d'illégalité soulevée à l'encontre d'un acte non réglementaire devenu définitif (30). La référence à l'opération complexe permet en effet « d'éviter que l'incontestabilité des actes administratifs non réglementaires définitifs ne porte une atteinte excessive au droit d'accès au juge (31) ». Elle constitue une « dérogation au principe de l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité qui vise un acte non réglementaire devenu définitif (32) ». Il en va ainsi de l'agent qui excipe de l'illégalité de son licenciement à l'encontre des décisions prononçant son reclassement et le plaçant en congé sans traitement (33). Contrairement à ce qu'affirme le conseil de prud'hommes, la caractérisation d'une opération complexe ne vise donc pas à rendre recevables les vices de forme et de procédure dans le cadre d'une exception d'illégalité. Du reste, on voit mal comment un mécanisme dégagé au début du XX<sup>e</sup> siècle, si l'on en croit certaines décisions (34), pourrait avoir pour finalité de lever des restrictions posées en 2018 (35). En outre, l'APC qui fonde la rupture du contrat de travail peut difficilement être assimilé à un acte non réglementaire au regard de son effet *erga omnes*. Voilà qui confirme le caractère erroné de la référence à une opération complexe au cas d'espèce. Le raisonnement entrepris par le conseil de prud'hommes suscite également la perplexité en ce qu'il conclut à l'existence d'une discrimination syndicale.

**L'affirmation discutable d'une discrimination syndicale.** Sur la base des pièces produites par le salarié, le conseil constate l'existence de négociations séparées entre l'employeur et les organisations syndicales. Il relève l'absence de convocation de la déléguée syndicale centrale de la CFDT lors de la réunion du CSE extraordinaire précédant la signature de l'APC. Le conseil considère « que ce

(28) R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 11<sup>e</sup> éd., 2004, Montchrestien, n° 781, p. 659.

(29) CE, 18 décembre 1925, Courbon, Lebon, p. 1032.

(30) CE, 28 mai 1952, Sté française exportation et commission, Lebon, p. 799.

(31) A. Louvaris, *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 1160 : Exception d'illégalité, 1<sup>er</sup> janvier 2022, n° 102.

(32) O. Gohin, *Exception d'illégalité*, Rép. Dalloz du contentieux adm., avr. 2005, avec la mise à jour d'A. Maitrot de la Motte, n° 57.

(33) CE 23 décembre 2016, n° 395469, inédit.

(34) CE, 28 décembre 1917, Perrens.

(35) CE, Ass., 18 mai 2018, n° 414583, préc.

manquement de l'employeur caractérise une discrimination syndicale ». La qualification retenue interroge dès lors que la discrimination vise le fait de traiter différemment un individu en considération d'un motif illicite (36), en l'occurrence un engagement syndical. Tel n'est pas le cas en l'espèce, le salarié demandeur n'ayant subi aucune mesure discriminatoire. Le conseil relève en ce sens que celui-ci « n'a pas été une victime directe de cette discrimination et ne produit donc aucun élément permettant de rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice personnel ». Enfin, l'issue du jugement est d'autant plus surprenante que si le fait de mener des négociations séparées est un motif de nullité de l'accord (37), la sanction découle du manquement au devoir de loyauté (38), et non pas d'une violation du principe de non-discrimination (39). L'article L. 2222-3-2 alinéa 2 du Code du travail dispose en ce sens que la méconnaissance d'un accord de méthode applicable à la négociation au niveau de l'entreprise « n'est pas de nature à entraîner la nullité des accords conclus dans l'entreprise dès lors qu'est respecté le principe de loyauté entre les parties ». Le tribunal judiciaire de Paris a ainsi estimé qu'un APC signé au terme de négociation séparée pouvait être annulé pour déloyauté (40). Demeure alors la question de savoir si un salarié, tiers à l'accord, est en droit d'exciper de son illégalité alléguant un manquement sanctionné par une nullité relative, édictée dans l'intérêt des parties à la convention (41). En matière de déloyauté, l'incertitude s'étend à la recevabilité du grief depuis que la Cour de cassation a énoncé qu'« un salarié, au soutien d'une exception d'illégalité d'un accord collectif, ne peut invoquer un grief tiré des conditions dans lesquelles la négociation de l'accord a eu lieu (42) ». Au-delà des modes de contestation de l'APC, la solution sous analyse nourrit également la perplexité s'agissant de la sanction du licenciement prononcé dans le sillage de l'accord jugé illicite.

## II. La sanction du licenciement consécutif à l'accord de performance collective illicite

Le licenciement nul et le licenciement sans cause réelle et sérieuse ne doivent pas être confondus.

Dans la première hypothèse, l'employeur est privé du droit de résiliation unilatérale en vertu d'un texte (43). Dans la seconde, en revanche, le droit est injustifié car l'employeur ne rapporte pas la preuve de sa démarche, ou fonde sa décision sur un motif jugé insuffisant. Au cas d'espèce, la nullité du licenciement retenue par les juges prud'homaux n'emporte pas l'adhésion (A). En tant que sanction de la rupture découlant d'un APC jugé illégal par voie d'exception, l'absence de cause réelle et sérieuse apparaît plus cohérente (B).

### A. L'écueil de la nullité

Pour le conseil, « c'est bien l'application de (l'APC) qui a conduit à la rupture de son contrat de travail puisque c'est son refus de se le voir appliquer qui a justifié son licenciement. Dans la mesure où cet accord est entaché d'illégalité, il convient de considérer qu'il entache également son licenciement, lequel devra être déclaré nul sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres moyens soulevés par le requérant ». L'effet domino sur lequel s'appuie la motivation du jugement fait songer à la théorie de la nullité subséquente. À nouveau, le raisonnement des juges prud'homaux peine à convaincre (1), d'autant qu'une incertitude persiste sur les conséquences pécuniaires de la nullité du licenciement (2).

### 1. Une transposition malaisée de la théorie des nullités subséquentes

**L'ombre de La Samaritaine.** En droit du travail, la théorie des nullités subséquentes est associée au célèbre arrêt *La Samaritaine* (44). On se souvient qu'à la suite d'un plan social, plus d'une centaine de salariés avait été licenciés. Deux d'entre eux contestèrent la rupture de leur contrat de travail. Le 13 février 1997, la chambre sociale de la Cour de cassation approuva la cour d'appel de Paris qui avait accueilli leur demande, motif pris de l'insuffisance du plan social. Elle énonça « qu'aux termes de l'article L. 321-4-1, alinéa 2, du Code du travail la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis,

(36) C. trav., art. L. 1132-1.

(37) Soc., 10 octobre 2007, n° 06-42.721, PB.

(38) S. Tournaux, « Le second souffle de l'obligation de loyauté dans les relations de travail », *RJS* 2021/10 ; Th. Pasquier, « Les nouveaux visages de la loyauté dans la négociation collective » *RDT* 2018, p. 44 ; G. Auzero, « L'exigence de loyauté en matière de négociation collective » in *Mélanges offerts à G. Pignarre*, LGDJ 2018, p. 41.

(39) L'organisation syndicale pourra néanmoins faire état d'un délit d'entrave, par ex. Crim. 28 octobre 2008 n° 07-82.799, inédit.

(40) TJ Paris, 20 juin 2023 n° 22/04785, *RJS* 11/23 n° 592.

(41) V. L. Bento de Carvalho, « Le contrôle juridictionnel des usages de l'accord de performance collective », *RJS* 2023/06, p. 7.

(42) Soc., 31 janv. 2024, n° 22-11.770, PB ; *JCP S* 2024, n° 12, 1096, note L. Bento de Carvalho ; *Dr. ouv.*, 2024, p. 72, note C. Pernot.

(43) A. Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2005, Tome 48, n° 393.

(44) G. Couturier, J. Pelissier, « Nullité du plan social », *SSL* 1997, n° 829, p. 3.

informés et consultés ». Il en résultait « que la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier les licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif suivie par application de l'article L. 321-4-1 susmentionné, sont eux-mêmes nuls ». La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 grava la solution dans le marbre législatif avec l'article L. 122-14-1 alinéa 2 du Code du travail, aujourd'hui L. 1235-11, disposant que « lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 321-4-1, il peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner, à la demande du salarié, la poursuite de son contrat de travail, sauf si la réintégration est devenue impossible (...) ».

**Les limites de l'analogie avec La Samaritaine.** En dépit de sa consécration légale (45), la solution dégagée par l'arrêt *La Samaritaine* est difficilement transposable en l'espèce. Premièrement, l'idée selon laquelle l'invalidité d'une procédure de licenciement entraîne la nullité des ruptures subséquentes avait ses détracteurs. Pour le Professeur Couturier, « la formule utilisée dans l'arrêt affirme l'existence d'un lien entre la procédure de licenciement collectif et les licenciements subséquents, mais elle ne fait pas apparaître en quoi ce lien justifie que la nullité de l'une s'étende aux autres (46) ». Suivant cette thèse, l'annulation de la procédure, consécutive à l'insuffisance des mesures de reclassement intégrées au plan social, n'avait pas vocation à affecter la validité des actes subséquents. Les salariés n'auraient alors pu prétendre qu'à une indemnité pour non-respect de la procédure, à l'image des ruptures de contrat de travail prononcées en l'absence d'un entretien préalable. Si l'intervention du législateur a mis fin à la controverse en matière de PSE illicite, l'argument d'une étanchéité des sanctions n'a rien perdu de sa force au moment d'envisager le sort de l'acte juridique pris dans le prolongement d'une norme jugée illégale. Deuxièmement, l'APC contesté au cas présent n'est pas annulé par les juges. Il est seulement déclaré inopposable au salarié. Cette sanction, qui s'attache au mécanisme de l'illégalité invoquée par voie d'exception, est distincte de l'annulation sollicitée dans le cadre d'un conten-

tieux par voie d'action. Contrairement aux licenciements pour motif économique décidés dans le prolongement d'un PSE annulé, le licenciement de la demanderesse procède d'un acte juridique qui est seulement inappliqué. Partant, la rupture du contrat de travail ne saurait être affectée d'une quelconque nullité subséquente.

## 2. Une incertitude persistante sur les conséquences pécuniaires du licenciement nul

**La nullité du licenciement dans le champ de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail.** À supposer que le licenciement consécutif à un APC jugé illégal par voie d'exception soit déclaré nul, une incertitude persiste quant aux conséquences pécuniaires de la sanction. Depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, l'article L. 1235-3 du Code du travail plafonne le montant des dommages-intérêts dus par l'employeur en présence d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et en l'absence de réintégration du salarié dans l'entreprise. Ce barème est néanmoins écarté aux termes de l'article L. 1235-3-1 du même Code, « lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa. Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois ». La nullité du licenciement tenant à l'illégalité de l'APC soulevée par voie d'exception n'est pas mentionnée dans la liste dressée par l'article L. 1253-3-1 et dont le caractère limitatif est largement admis (47). Cela n'empêche pourtant pas le conseil de prud'hommes de s'appuyer sur cette disposition au moment d'invoquer des « faits de harcèlement moral ou sexuel ». Dans la mesure où le jugement ne prend pas la peine d'expliquer, et encore moins de caractériser, un tel comportement de la part de l'employeur, ce dénouement indemnitaire est plus que déconcertant.

**La nullité du licenciement en dehors du champ de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail.** Le conseil de prud'hommes de Marseille aurait pu aboutir à une solution identique en justifiant l'exclusion du barème par la nullité du licenciement, et ce, sans avoir besoin de se référer à l'une des situations visées par l'alinéa 2 de l'article L. 1253-3-1.

(45) J.-C. Sciberras, « Naissance d'une loi : l'amendement Aubry sur les plans sociaux », *Dr. soc.*, 1994, p. 482.

(46) G. Couturier, « Insuffisance du plan social, nullité de la procédure et nullité des licenciements », *Dr. soc.*, 1997, p. 256.

(47) Notamment G. Auzero, D. Baugard, E. Dockes, *Droit du travail*, Dalloz, 2023, 36<sup>e</sup> éd., n° 481.

Il convient en effet d'observer que si toutes les hypothèses d'exclusions du barème prévues par ledit article renvoient à des licenciements nuls (48), la réciproque n'est pas vraie. Autrement dit, il est des ruptures du contrat de travail sanctionnées par la nullité qui ne figurent pas dans cette liste. On peut citer, par exemple, le cas du salarié qui alerte son employeur lorsqu'il « estime, de bonne foi, que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement (49) ». Celui-ci « ne peut être sanctionné, licencié ni faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte (50) ». La nullité de la rupture qui interviendrait en méconnaissance de cette disposition, et que le législateur prend soin de distinguer d'une discrimination, n'est pas mentionnée à l'alinéa 2 de l'article L. 1253-3-1. L'alerte en matière environnementale relève d'un cadre juridique différent. Les activités de l'entreprise susceptibles de faire « peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement » n'impliquent pas nécessairement la commission de crimes ou de délits. Partant, le salarié lanceur d'alerte licencié ne peut se prévaloir de l'article L. 1253-3-1 du Code du travail dont le champ d'application se limite à la dénonciation de crimes et de délits. Un autre exemple de licenciement nul et néanmoins exclu de l'énumération légale pourrait être identifié lorsque la rupture du contrat est prononcée par un représentant de l'employeur qui agit au-delà de sa délégation de pouvoir (51). Enfin, rien ne s'oppose à ce que le contrat de travail ou un accord collectif stipule une interdiction pour l'employeur de licencier le salarié pendant une durée déterminée, et ce, à peine d'annulation du licenciement (52). Avec ces illustrations, on comprend que l'article L. 1253-3-1 n'épuise pas les cas de nullités. Est-ce à dire que le plafonnement des indemnités pour absence de cause réelle et sérieuse doit être appliqué à ces licenciements ? Une réponse négative est envisageable. Le « barème Macron » peut être exclu au-delà des seules nullités listées par le législateur.

(48) Les nullités sont ainsi afférentes à la violation d'une liberté fondamentale, à des faits de harcèlements sexuel ou moral, à une discrimination, à un licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ou à une dénonciation de crimes et délits, au licenciement d'un salarié protégé en raison de l'exercice de son mandat ou en méconnaissance des protections accordées à la femme enceinte ou à un salarié dont le contrat de travail est suspendu en raison de son état de santé.

(49) C. trav., art. L. 4133-1.

(50) C. trav., art. L. 1121-2.

(51) En ce sens, Y. Pagnerre, « Impact de la réforme du droit des contrats sur le contrat de travail ». *Dr. soc.* 2016, p. 727.

**L'exclusion du « barème Macron » au-delà de l'article L. 1235-3-1 du Code du travail.** Le carcan érigé par le « barème Macron » a pour objet l'indemnisation du licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Or, le licenciement nul renvoie à une toute autre situation. L'altérité des sanctions commande une différence de régime, si bien que « le barème ne s'applique pas lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une nullité (53) ». Loin de porter sur un objet commun, les deux régimes indemnitaires coexistent à la faveur d'une cohabitation qui n'est pas sans évoquer l'articulation des règles spéciales avec les règles générales (54). Le raisonnement, dont on regrettera qu'il n'ait pas été développé par le conseil, aboutit à mieux traiter le salarié sur le terrain pécuniaire. Hors le domaine de la forfaitisation des dommages-intérêts, le principe de réparation intégrale redevient en effet la règle (55). En l'espèce, même s'il n'est pas visé par l'article L. 1235-3-1 du Code du travail, le licenciement annulé en raison de l'illégalité de l'APC dont il découle pouvait donc échapper au « barème Macron » et faire l'objet d'une réparation intégrale. Cette solution, qui découle des termes du jugement sous analyse, n'en demeure pas moins incertaine. La perplexité tient, comme nous avons tenté de le démontrer, au fait que l'annulation prononcée par le conseil procède d'une application discutable de la théorie des nullités subséquentes. Une sanction alternative réside dans l'absence de cause réelle et sérieuse.

## B. L'accueil de l'absence de cause réelle et sérieuse

L'accueil de l'absence de cause réelle et sérieuse peut être justifié par le fait que le licenciement prononcé au cas présent et la rupture fondée la violation d'un règlement intérieur jugé illicite affichent des caractères communs (1). Le choix de cette sanction alternative signifierait par ailleurs le retour des règles applicables aux licenciements pour motif économique (2).

(52) G. Auzero, D. Baugard, E. Dockes, préc., n° 481.

(53) Si bien que « le barème ne s'applique pas lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une nullité » P.-H. Antonmattei, *Droit du travail*, LGDJ, 2022, 2<sup>e</sup> éd., n° 378.

(54) Ch. Goldie-Genicon, « Droit commun et droit spécial » *Revue de droit d'Assas*, février 2013, p. 40, n° 16, rappelant que l'existence d'un conflit de normes est subordonnée à la démonstration que les deux règles portent sur un objet commun.

(55) L. Bento de Carvalho, « Le recours au droit commun de la responsabilité civile face à l'article L. 1235-3 du code du travail ». *Dr. soc.*, 2023, p. 302.

## 1. Une configuration analogue au licenciement fondé sur un règlement intérieur illicite

**Un licenciement pris en application d'une norme réglementaire illicite.** Qualifié d'« *acte réglementaire de droit privé* » par la Cour de cassation (56), le règlement intérieur fait l'objet d'un contrôle juridictionnel à deux niveaux. D'une part, sa validité est appréciée par l'inspection du travail qui dispose du pouvoir d'ordonner la modification ou la suppression de son contenu (57). D'autre part, la licéité de ses dispositions peut être contestée devant le conseil de prud'hommes qui statuera alors par voie d'exception (58). Là où le juge administratif dispose de la faculté d'annuler, en tout ou partie le règlement, le juge judiciaire peut seulement écarter les dispositions illicites dans le cadre d'un litige individuel (59). Cette configuration est semblable au contentieux dirigé contre l'accord collectif de travail par voie d'exception (60). Qu'il s'agisse d'un règlement intérieur ou d'un APC, la sanction prononcée consiste en une inopposabilité. La norme évincée dans le cadre du procès ne disparaît donc pas de l'ordre juridique. Cette situation n'est évidemment pas satisfaisante (61), ni pour les salariés ni pour les employeurs, en particulier lorsque la disposition litigieuse a vocation à s'appliquer au-delà du cercle des signataires. D'autant qu'à la différence du règlement intérieur, le législateur n'a prévu aucun mécanisme permettant de limiter la production d'effets de droit par la norme illicite (62). L'article L. 1322-4 du Code du travail énonce en effet que « *lorsque, à l'occasion d'un litige individuel, le conseil de prud'hommes écarte l'application d'une disposition (du règlement intérieur) une copie du jugement est adressée à l'inspecteur du travail et aux membres du comité social et économique* (63) ». L'inspecteur du travail « *peut*

à tout moment exiger le retrait ou la modification des dispositions contraires » aux articles L. 1321-1 et suivants (64). Il n'existe aucun dispositif équivalent pour les accords collectifs illégaux (65).

**Un licenciement sans cause réelle et sérieuse.** L'inopposabilité du règlement intérieur se répercute sur le bien-fondé des mesures disciplinaires prises sur son fondement. Elles sont ainsi annulables par le conseil des prud'hommes (66). Le licenciement pour motif disciplinaire échappe toutefois à ce type de sanction. La Cour de cassation énonce que si « *les juges du fond tiennent de l'article (L. 1333-2) du Code du travail le pouvoir d'annuler une sanction disciplinaire en raison de l'inobservation du délai d'un jour franc entre la date fixée pour l'entretien et celle du prononcé de la sanction, ils ne disposent pas de cette faculté lorsqu'un licenciement est prononcé ou qu'un contrat à durée déterminée est rompu pour faute grave* (67) ». Lorsque le licenciement repose sur une disposition du règlement intérieur illicite, la rupture est alors dépourvue de cause réelle et sérieuse (68). En dehors des mesures disciplinaires visées par l'article L. 1233-2, la nullité du licenciement pris en application d'une norme qui n'est pas annulée serait en effet délicate à justifier. L'absence de cause réelle et sérieuse se révèle une sanction plus adaptée. Ce qui se conçoit pour le règlement intérieur devrait logiquement prévaloir dans la situation analogue du licenciement fondé sur un APC dont la validité n'est pas affectée. Un arrêt de la cour d'appel de Toulouse semble converger vers cette solution (69). En l'espèce, un salarié avait refusé la proposition de modification de son contrat de travail consécutive à la mise en œuvre d'un APC. Il fut licencié quatre mois plus tard, soit au-delà du délai de deux mois dont dispose l'employeur, à compter de la notification du refus, pour engager une procédure de licen-

(56) Soc. 25 septembre 1991 n° 87-42.396, PB.

(57) C. trav., art. L. 1321-1.

(58) G. Auzero, D. Baugard, E. Dockes, préc., n° 808. Précisons que l'éventuelle déclaration d'illégalité du règlement par le juge administratif, saisi d'un recours contre la décision de l'inspection du travail, s'impose au juge judiciaire qui ne peut plus appliquer le texte, Soc. 7 décembre 1993, n° 88-41422, PB.

(59) C. trav., art. L. 1322-4.

(60) Ce qui finalement amène à relativiser le caractère inédit du recours par voie d'exception d'illégalité en droit du travail.

(61) Sur les difficultés qui peuvent se poser en pratique v. C. Pernot, « L'avènement possible d'une nouvelle catégorie juridique : l'exception d'illégalité d'un accord collectif ». *Dr. ouv.* 2022, p. 163 ; sur le recours à la bonne foi comme sanction complémentaire à l'inopposabilité, L. Bento de Carvalho, « Les habits neufs de l'exception d'illégalité ». *JCP S* 2022, n° 46, 1292.

(62) Rappelons qu'en droit administratif, « il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal, même s'il est définitif », CE 19 mars 2010, Syndicat des compagnies aériennes autonomes et autres, n° 305047.

(63) Le champ des accords collectifs étant à géométrie variable – de l'entreprise au niveau national et interprofessionnel, pour ne citer que ce paramètre – l'identification de l'instance ou de l'autorité à qui notifier la décision n'a rien d'évidente.

(64) C. trav., art. L. 1322-1.

(65) Pour des propositions de sanctions complémentaires à l'inopposabilité v. C. Pernot, « L'avènement possible d'une nouvelle catégorie juridique : l'exception d'illégalité d'un accord collectif ». *Dr. ouv.* 2022, p. 163, préc. ; G. Auzero, L. Bento de Carvalho, « L'exception d'illégalité appliquée aux conventions et accords collectifs de travail ». *Dr. soc.* 2022, p. 531.

(66) L'article L. 1333-2 du Code du travail dispose que « *le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise* ». Pour un exemple, Soc., 10 novembre 2021 n° 20-12.327, inédit.

(67) Soc., 12 novembre 2003 n° 01-42.130, PB.

(68) Par exemple, Soc., 4 novembre 2015, n° 14-18.573, inédit ; Soc., 9 mai 2012, n° 11-13.687, PB.

(69) CA Toulouse, 23 juin 2023, n° 21/015577.

ciement (70). Les juges toulousains accueillent la contestation du licenciement initiée par le salarié. Ils estiment que le dépassement du délai légal « *privait l'employeur de la possibilité de fonder la rupture sur le motif sui generis tiré du refus de mobilité du salarié (...). Par suite, le motif spécifique énoncé dans la lettre de licenciement étant écarté, le licenciement qui n'est fondé sur aucun autre motif est privé de cause réelle et sérieuse* ». En l'occurrence, la légalité de l'APC n'était certes pas discutée. Son régime est néanmoins écarté en raison du dépassement du délai légal. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, le licenciement qui découle d'un APC jugé illégal par voie d'exception devrait donc être déclaré sans cause réelle et sérieuse, et non frappé de nullité comme l'a décidé le conseil de prud'hommes de Marseille. La sanction ouvrirait alors la voie à l'appréciation de la cause économique du licenciement.

## 2. L'application subséquente du régime du licenciement pour motif économique

**L'application du régime du licenciement pour motif économique.** L'inopposabilité de l'APC a pour conséquence la mise à l'écart des dispositions spécifiques à la rupture du contrat entreprise. La règle prévoyant que « *le licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse* », énoncée à l'article L. 2254-2 V, n'est plus applicable. Le juge peut alors librement examiner la cause qualificative du licenciement, « *l'employeur conservant (...) la possibilité de fonder le licenciement sur un autre motif* » que le seul refus de l'APC (71). Comme le relève Madame Ines Meftah, « *le fait que la qualification de licenciement sui generis soit écartée par un dépassement des délais conduit à revenir au régime de droit commun (72)* ». Hors du cadre particulier de l'APC, la détermination du type de licenciement est guidée par une logique binaire : « *un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service (73)* ». À l'aune de cette dichotomie,

le caractère réel et sérieux du licenciement devra être apprécié au regard des motifs économiques à l'origine de la proposition de modification du contrat et refusée par le salarié (74). La lettre de licenciement fixant les limites du litige, l'issue du procès dépendra étroitement de sa rédaction. L'employeur s'étant prévalu du régime de l'article L. 2254-2 du Code du travail, il est probable, en pratique, que le courrier de rupture se contente de mentionner la conclusion de l'APC. La référence satisferait difficilement à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse (75). En témoigne l'appréciation des juges toulousains qui accueillent la contestation du licenciement initiée par le salarié. Ils estiment que le dépassement du délai légal « *privait l'employeur de la possibilité de fonder la rupture sur le motif sui generis tiré du refus de mobilité du salarié (...). Par suite, le motif spécifique énoncé dans la lettre de licenciement étant écarté, le licenciement qui n'est fondé sur aucun autre motif est privé de cause réelle et sérieuse (76)* ».

**Les conséquences de l'insuffisance du motif économique pour les salariés licenciés.** Sur le plan indemnitaire, pour commencer, l'employeur sera condamné au paiement de dommages-intérêts pour absence de cause réelle et sérieuse. Dans l'hypothèse où les salariés licenciés bénéficiaient de l'une des protections énoncées à l'article L. 1253-3-1, le « barème Macron » ne s'appliquera pas. Le juge pourrait également prononcer les sanctions liées au non-respect des obligations prévues en matière de licenciement pour motif économique, en particulier si le nombre de ruptures atteint le seuil de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi (77). La Cour de cassation considère, en ce sens, que « *lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi (78)* ».

(70) C. trav., L. 2254-2 V.

(71) CA Toulouse 23 juin 2023, préc.

(72) I. Meftah, « Le licenciement consécutif à un refus d'application d'un accord de performance collective : la qualification sui generis à l'épreuve des délais », note sous CA Toulouse, 23 juin 2023, n° 21/01577, *BJT* oct. 2023, n° BJT202v2.

(73) Article 4 de la Convention 158 de l'OIT.

(74) Le juge doit « *rechercher si le motif de la modification constitue ou non une cause réelle sérieuse de licenciement* », Soc., 10 décembre 1996, n° 94-40.300, PB.

(75) À supposer que l'APC ait été conclu pour répondre aux « *nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise* », le flou

qui entoure l'expression s'ajuste mal aux critères de la cause réelle et sérieuse. La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations retient que « *le motif fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service pourrait encore être défini de manière négative comme celui exigé par les besoins économiques, technologiques, structurels ou similaires, mais qui n'est pas inhérent à la personne du salarié* », CIT, 67<sup>e</sup> session, 1981, rapport VIII(1), p. 23.

(76) CA Toulouse 23 juin 2023, préc.

(77) C. trav., art. L. 1233-61 et s.

(78) Soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581, PB.

Faute d'avoir mis en place un PSE, le licenciement des salariés, fondé sur leur refus de l'APC, sera frappé de nullité (79).

**Les éventuelles répercussions de l'illégalité de l'APC sur les salariés soumis aux dispositions de l'APC.** La nullité des licenciements des salariés opposés à l'APC met en lumière l'illégalité de l'accord. Cette révélation peut nourrir un certain ressentiment chez les salariés ayant accepté la proposition de modification de leur contrat de travail. On songe notamment aux renoncements à des avantages exprimés en contrepartie d'engagements de la part de l'employeur qui s'avèreraient illusoires ou dérisoires (80). Il en irait de même lorsque les salariés donnent leur accord sur la base d'un exposé partiel ou partial de la situation écono-

mique de l'entreprise. En pareils cas, et pour autant que l'on adopte la thèse de la nécessité d'une acceptation par les salariés (81), ceux qui se trouvent soumis aux nouvelles conditions de travail issues de l'APC pourraient faire valoir que leur consentement a été vicié (82). Leur action consisterait à invoquer un dol de la part de l'employeur, en démontrant qu'il avait connaissance de l'illégalité de l'accord et du caractère déterminant de l'information dissimulée au moment de consentir à la modification du contrat de travail.

**Lucas Bento de Carvalho,**

Professeur à l'université de Montpellier  
École de droit social de Montpellier  
(EDSM - EA 2996)

(79) C. trav., art. L. 1235-10.

(80) Voir L. Bento de Carvalho, « Le contrôle juridictionnel des usages de l'accord de performance collective », *RJS* 2023/06, p. 7.

(81) Le doute naît de la formulation de l'article L. 2254-2 du Code du travail qui prévoit que « les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail ». En ce sens, M. Morand, « L'APC, un accord né sous X », *SSL* 2020, n° 1933.

(82) Le délai de contestation pourrait relever de la prescription biennale de l'article L. 1471-1 qui dispose que « 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 ».