

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 12 novembre 2015**

**N° de pourvoi: 14-18169**

ECLI:FR:CCASS:2015:SO01857

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Frouin (président), président**

SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Orléans, 27 mars 2014), que M. X... engagé par EDF-GDF à compter du 3 septembre 1984 en qualité de technicien au service comptabilité occupait en dernier lieu les fonctions de cadre appui gestion performance à la direction réseaux gaz Centre ; que, mis à la retraite d'office à titre disciplinaire le 30 octobre 2008, il a saisi la juridiction prud'homale le 30 septembre 2011, pour faire juger que sa mise à la retraite constituait un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, et obtenir la condamnation de la société GRDF à lui payer diverses sommes au titre de la rupture, d'heures supplémentaires, de dommages-intérêts pour travail dissimulé ; que la société GRDF a formé une demande reconventionnelle en paiement d'une somme correspondant à un trop perçu au titre des heures supplémentaires ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de dire que la procédure disciplinaire a été respectée et de le débouter en conséquence de ses demandes au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse alors, selon le moyen :

1°/ que la sanction disciplinaire ne peut intervenir plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien préalable ; que lorsque l'employeur est tenu en vertu d'une disposition

conventionnelle de consulter un organisme chargé de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée, il est tenu de saisir l'instance disciplinaire avant l'expiration du délai d'un mois suivant l'entretien préalable ; qu'en retenant le contraire, au motif qu'aucune disposition ne prévoit que la saisine de la commission secondaire du personnel par l'employeur doit être effective dans le délai d'un mois suivant l'entretien préalable, la seule information de la décision de le faire suffisant, la cour d'appel a violé l'article L. 1332-2 du code du travail, ensemble l'article 6 du Statut national du personnel des industries électriques et gazières approuvé par le décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 et le § 2 de la circulaire PERS 846 n° 85-41 du 16 juillet 1985 ;

2°/ que lorsque l'employeur est tenu en vertu d'une disposition conventionnelle, après avoir recueilli l'avis d'une instance disciplinaire sur la mesure envisagée, de procéder à un second entretien préalable, il doit, s'il entend poursuivre la procédure disciplinaire, procéder à la convocation à cet entretien dans le délai d'un mois à compter du jour où cet avis a été rendu ; qu'en l'espèce, en estimant que l'employeur n'était pas tenu de convoquer le salarié à un second entretien préalable prévu par les dispositions conventionnelles dans le délai d'un mois qui a suivi le procès-verbal du 27 août 2008 portant avis de la commission secondaire du personnel au motif qu'il n'avait pas à respecter un délai d'un mois entre l'accomplissement des différentes formalités statutaires ou conventionnelles, en sorte que la procédure n'était pas viciée par une convocation intervenue seulement le 1er octobre suivant, la cour d'appel a violé de nouveau les mêmes dispositions ;

Mais attendu que, s'il résulte de l'article L. 1332-2 du code du travail qu'aucune sanction ne peut être prononcée contre un salarié plus d'un mois après l'entretien préalable, le point de départ de ce délai, lorsque la mise en oeuvre des formalités imposées par la circulaire PERS 846 est intervenue dans le délai d'un mois à compter de la première phase de l'entretien préalable, doit être fixé à la date de la seconde phase de l'entretien préalable ;

Et attendu que la cour d'appel qui a constaté que la première phase de l'entretien préalable avait été fixée au 3 avril 2008, que le salarié avait été informé par l'employeur, le 30 avril suivant, de sa décision de saisir la commission secondaire, ce dont il résultait que le délai d'un mois prévu à l'article L. 1332-2 du code du travail avait été interrompu, et que la sanction avait été prononcée le 30 octobre 2008, dans le délai d'un mois à compter de la deuxième phase de l'entretien préalable qui s'était tenu le 1er octobre, en a exactement déduit que la procédure suivie par l'employeur était régulière ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen annexé qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le troisième moyen du pourvoi principal :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de condamnation de son employeur à lui verser la somme de 11 943,69 euros à titre de rappel de salaires pour les heures supplémentaires de 2006 à août 2008 et la somme de 1 194,37 euros à titre de congés payés y afférents, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; qu'au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; qu'il ressort du débat contradictoire des parties que l'employeur a contesté l'existence des heures supplémentaires dont le salarié à réclamer le paiement en sorte que la cour d'appel ne pouvait, après avoir dit que le salarié a communiqué des éléments préalables qui sont de nature à étayer sa demande, reprendre la proposition de calcul de l'employeur consistant à déduire des sommes qu'il a versées au titre de la rétribution forfaitaire des dépassements d'horaires et des jours de repos ou de RTT, sans vérifier que les heures prétendument rémunérées ou compensées correspondaient bien aux heures alléguées par le salarié, et ce sur la base d'un examen des éléments que l'employeur est tenu de fournir et de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; qu'en omettant de procéder à cette recherche essentielle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail ;

2°/ que l'employeur ne peut rémunérer des heures supplémentaires effectuées sous forme de primes ; qu'en retranchant de la réclamation chiffrée du salarié, la somme de 2 053,24 euros pour 2007 et la somme de 888,65 euros pour 2008 versées selon l'employeur à titre de « primes horaires », sans expliquer si une rétribution forfaitaire avait bien été exclue après avoir pourtant constaté que l'accord social local prévoit une rétribution forfaitaire des dépassements horaires, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant d'abord constaté l'existence d'heures supplémentaires dont elle a souverainement évalué l'importance en fonction des éléments de fait qui lui étaient soumis et qu'elle a analysés, la cour d'appel, qui a ensuite relevé que l'accord national du 25 janvier 1999, relatif au temps de travail dans l'entreprise, prévoyait le remplacement du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur équivalent et n'avait pas à répondre à un moyen que ses constatations rendaient inopérant, a fixé la créance salariale s'y rapportant ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que le rejet du troisième moyen rend sans portée le quatrième moyen qui fait grief à l'arrêt de débouter le salarié de sa demande d'indemnité pour travail dissimulé ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en remboursement de la somme de 157,79 euros, alors, selon le moyen :

1°/ que le paiement indu, même volontaire, donne lieu à répétition, sans que le solvens soit tenu à une autre preuve que celle de ce caractère indu ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que l'employeur avait fait un paiement indu, laissant apparaître un solde de 157,79 euros en sa faveur ; qu'en décidant cependant que cette somme s'analysait en un « salaire complémentaire » faute de démonstration par l'employeur de ce que le paiement avait été effectué par erreur, la cour d'appel a violé l'article 1377 du code civil ;

2°/ que l'intention libérale ne se présume pas ; qu'en reprochant en l'espèce à l'employeur l'absence de preuve du caractère erroné de son paiement, pour analyser la somme de 157,79 euros en un « salaire complémentaire », sans caractériser préalablement l'intention libérale, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1377 du code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel qui a relevé que la somme versée au salarié à titre de compensation d'heures supplémentaires, au delà du montant correspondant à celles qu'il justifiait avoir exécutées, l'a été librement en application de l'accord national du 25 janvier 1999, a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois, tant principal qu'incident ;

Laisse à chaque partie la charge de ses dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du douze novembre deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la procédure a été respectée et partant d'avoir débouté le salarié de sa demande de condamnation de son employeur à lui verser l'indemnité compensatrice de préavis avec les congés payés y afférents,

l'indemnité de licenciement et des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

AUX MOTIFS QUE sur le respect de la procédure, selon l'article L 1332-4 du code du travail, aucun fait ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ; qu'aux termes de l'article L 1332-2 du code du travail, aucune sanction ne peut être prononcée contre un salarié plus d'un mois après l'entretien préalable, sauf à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse, ce délai peut être interrompu par la mise en oeuvre de formalités imposées par une disposition conventionnelle ou résultant du règlement intérieur d'une entreprise, sous réserve que la procédure ait été engagée avant l'expiration de ce délai ; que le salarié doit alors être informé de la convocation du conseil avant l'expiration d'un délai d'un mois ; QU'en l'espèce, Monsieur X... a fait l'objet d'une procédure disciplinaire à la suite de faits découverts le 6 février 2008 ; qu'il a été convoqué le 27 mars 2008 à la première phase de l'entretien préalable fixée au 3 avril 2008 ; que par lettre du 30 avril 2008, la société GRDF l'a informé de sa décision de le déférer devant la commission secondaire du personnel en vue de l'application de l'une des sanctions disciplinaires prévues à l'article 6 du statut national et pouvant aller jusqu'à la mise à la retraite d'office pour les motifs suivants : violation de la doctrine et des règles comptables des entreprises et encaissement sur son compte de 3 chèques libellés au nom de l'entreprise pour un montant total d'environ 53.000 euros ; que par lettre du 7 juillet 2008, il a été informé que la réunion de la commission était fixée le 27 août 2008, que le rapporteur désigné pour instruire son dossier était Monsieur Y... et qu'il avait la faculté de prendre connaissance de son dossier à partir du 15 juillet 2008 ; que le 1er octobre 2008, la société a avisé Monsieur X... de son intention, compte tenu de l'avis émis par la commission lors de sa séance du 27 août 2008, de le mettre à la retraite d'office et l'a convoqué à la seconde phase de l'entretien préalable pour le 9 octobre 2008 ; que le 30 octobre 2008, l'employeur lui a notifié la décision de le mettre à la retraite d'office ; qu'il résulte de ce qui précède que Monsieur X... a été informé par l'employeur le 30 avril 2008, soit dans le délai d'un mois suivant la première phase de l'entretien préalable qui s'est tenu le 3 avril 2008, de sa décision de saisir la commission secondaire, ce qui a eu pour effet d'interrompre régulièrement la mise en oeuvre de la procédure disciplinaire, étant relevé qu'aucune disposition ne prévoit que la saisine de la commission doit être effective dans le délai d'un mois suivant l'entretien ni davantage de respecter un délai d'un mois entre l'accomplissement des différentes formalités statutaires ou conventionnelles ; que Monsieur X... qui a été avisé le 7 juillet 2008 de la date de la réunion de la commission a été en mesure d'assurer utilement sa défense puisqu'il a eu accès à son dossier dès le 15 juillet suivant, soit plus d'un mois avant la réunion de la commission ; que la notification de la décision de mise à la retraite est intervenue dans le délai d'un mois suivant la seconde phase de l'entretien préalable, là encore aucune disposition n'impose de respecter un délai d'un mois entre la réunion de la commission et la date de l'entretien ; qu'à cet égard, la jurisprudence invoquée par l'appelant ne peut être transposée au cas d'espèce puisque l'arrêt évoqué a été rendu dans le cadre d'une procédure de licenciement disciplinaire soumise aux seules dispositions légales et qu'il vise la révélation de faits fautifs nouveaux postérieurement à l'entretien préalable ; qu'il s'ensuit que la procédure qui a été suivie par la société GRDF est régulière et que le moyen tiré du non-respect du délai d'un mois prévu par l'article L.1332-2 du code du travail n'est pas fondé ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE sur le non-respect du délai d'un mois prévu à l'article L

1332-2 du code du travail, que la mise à la retraite d'office prévue par le statut des industries électriques et gazières et le règlement PERS 846 produit les effets d'un licenciement ; que pour autant, la procédure applicable n'est pas uniquement celle prévue par le code du travail mais doit se combiner avec celle plus protectrice organisée par la PERS 846 laquelle prévoit deux phases avec deux entretiens préalables et entre temps saisine d'une commission ; qu'ainsi, la convocation au premier entretien préalable doit intervenir dans les deux mois suivant la découverte de la faute ; la faute a été découverte le 1/02/2008 et la convocation a été faite le 27/03/2008 pour le 3 avril 2008, donc dans les délais ; que le délai d'un mois pour notifier la sanction est suspendu par la mise en oeuvre de la consultation de la commission Secondaire du Personnel ; que Monsieur Eric X... a été informé de la saisine de cette commission le 30 avril 2008 soit avant le 3 mai 2008, soit dans le mois prévu par l'article L 1332-2 du code du travail ; que Monsieur Eric X... a été informé de la sanction prise le 30 octobre 2008 suite au second entretien préalable du 9 octobre 2008 soit dans le mois du second entretien préalable, ce qui a été fait ; que l'absence de précision de la date, de l'heure précise de la séance et du nom du rapporteur n'a de conséquence que si cela a causé un grief au salarié, ce qui n'est pas établi, puisque celui-ci a pu présenter sa défense et a usé de toutes les voies de recours possibles ; qu'en conséquence, la procédure a été parfaitement respectée en l'espèce de sorte que Monsieur Eric X... ne peut se prévaloir du fait que sa mise à la retraite d'office n'a pas été prononcée dans le mois suivant le premier entretien préalable du 3 avril 2008, puisque si l'employeur envisageait de poursuivre la procédure disciplinaire, il avait l'obligation de saisir la commission secondaire du personnel statuant en matière disciplinaire, ce qu'il a fait, et après l'avis de celle-ci, s'il entendait poursuivre le prononcé d'une sanction, de procéder à un second entretien préalable ;

ALORS QUE la sanction disciplinaire ne peut intervenir plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien préalable ; lorsque l'employeur est tenu en vertu d'une disposition conventionnelle de consulter un organisme chargé de donner un avis sur la mesure disciplinaire envisagée, il est tenu de saisir l'instance disciplinaire avant l'expiration du délai d'un mois suivant l'entretien préalable ; qu'en retenant le contraire, au motif qu'aucune disposition ne prévoit que la saisine de la commission secondaire du personnel par l'employeur doit être effective dans le délai d'un mois suivant l'entretien préalable, la seule information de la décision de le faire suffisant, la cour d'appel a violé l'article L 1332-2 du code du travail, ensemble l'article 6 du Statut National du Personnel des Industries Electriques et Gazières approuvé par le décret n°46-1541 du 22 juin 1946 et le § 2 de la circulaire PERS 846 n°85-41 du 16 juillet 1985 ;

ALORS ENCORE QUE lorsque l'employeur est tenu en vertu d'une disposition conventionnelle, après avoir recueilli l'avis d'une instance disciplinaire sur la mesure envisagée, de procéder à un second entretien préalable, il doit, s'il entend poursuivre la procédure disciplinaire, procéder à la convocation à cet entretien dans le délai d'un mois à compter du jour où cet avis a été rendu ; qu'en l'espèce, en estimant que l'employeur n'était pas tenu de convoquer le salarié à un second entretien préalable prévu par les dispositions conventionnelles dans le délai d'un mois qui a suivi le procès-verbal du 27 aout 2008 portant avis de la commission secondaire du personnel au motif qu'il n'avait pas à respecter un délai d'un mois entre l'accomplissement des différentes formalités statutaires ou conventionnelles, en sorte que la procédure n'était pas viciée par une convocation intervenue seulement le 1er octobre suivant, la cour d'appel a violé de nouveau les mêmes dispositions ;

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION SUBSIDIAIRE

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la faute reproché constitue une faute grave et débouté le salarié de sa demande de condamnation de son employeur à lui verser les sommes de 9.002,26 € à titre d'indemnité de préavis, 900,23 € de congés payés y afférents, et 33.724,86 € à titre d'indemnité légale de licenciement,

AUX MOTIFS QUE la mise à la retraite d'office est assimilée à un licenciement disciplinaire ; que l'article L.1235-1 du code du travail dispose qu'en cas de litige, le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute existe profite au salarié ; que la cause réelle est celle qui présente un caractère d'objectivité ; qu'elle doit être existante et exacte ce qui oblige le juge à vérifier que d'autres faits allégués par le salarié ne sont pas la véritable cause du licenciement ; que la cause sérieuse est celle d'une gravité suffisante pour rendre impossible la poursuite des relations contractuelles ; que la faute grave, enfin, est une cause réelle et sérieuse n'ayant d'une gravité telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise y compris pendant la durée du préavis ; que l'employeur qui invoque la faute grave pour licencier doit en rapporter la preuve ; que les motifs pour lesquels Monsieur X... a été mis à la retraite anticipée sont les suivants : violation de la doctrine et des règles comptables des entreprises, encaissement sur son compte personnel de trois chèques libellés au nom de l'entreprise PROCME pour un montant total d'environ 53.000 euros ; qu'en l'espèce, l'audit réalisé par les services de la société GRDF a révélé que Monsieur X... a créé en décembre 2006, des factures pro forma injustifiées au nom d'une société PROCME qui avait déjà été réglée de ses prestations, qu'il a annulé ces factures le 20 mars 2007 et a établi concomitamment 5 pièces de trésorerie qui ont généré l'édition de 4 chèques bancaires pour un montant de 53.000 euros, qu'il a conservé ces chèques dans un coffre sur son lieu de travail et les a mis ensuite à l'encaissement sur un compte personnel, le premier chèque d'un montant de 10.512,84 euros a été déposé le 2 août 2007, les deux autres de 4.579,72 euros et 11.912,34 euros ont été mis en paiement le 28 septembre 2007 et le quatrième de 25.937,65 euros a été rejeté par sa banque le 1er février 2008. Les opérations comptables ont été passées en utilisant le code d'un de ses collègues ; que Monsieur X... qui reconnaît la matérialité des faits mais conteste uniquement le caractère fautif, affirme qu'il était soumis à une pression intense qui a affecté son état de santé, qu'il a agi en vue d'atteindre les objectifs assignés et dans l'intérêt de l'entreprise, qu'il a reçu les encouragements de ses supérieurs et qu'il ne peut lui être reproché une violation de la doctrine comptable que l'entreprise transgressait régulièrement ; qu'il ressort des courriels produits par Monsieur X... et des auditions pratiquées dans le cadre de l'audit que le centre dans lequel il était affecté était soumis à des objectifs financiers et comptables consistant notamment dans le respect des points de sortie financiers et la réduction des anomalies ; que toutefois, il n'est pas établi que ces objectifs qui procédaient d'une volonté légitime d'optimiser la gestion budgétaire se soient accompagnés d'une pression sur les services comptables ; qu'à cet égard les échanges de courriels communiqués s'inscrivent manifestement dans le cadre de relations professionnelles normales et ne révèlent aucune pression ni aucune incitation même implicite à passer des écritures comptables fictives et encore moins à encaisser des chèques sur un compte personnel ; que la circonstance que des factures pro forma ou des écritures de charges soient passées en fin d'exercice pour permettre d'atteindre les points

de sortie de fin d'année ne saurait constituer une incitation et une justification à de tels agissements dès lors qu'il n'est pas établi ni même soutenu que ces opérations n'étaient pas causées et qu'il s'agissait manifestement d'anticipations sur l'exercice suivant ; qu'il n'est pas davantage démontré en quoi ces opérations auraient été alors que leur montant de 53.000 euros n'était pas de nature à avoir une incidence significative sur un budget dépassant les 23 millions d'euros ; que force est en outre de constater que Monsieur X... qui tente d'impliquer sa hiérarchie et l'entreprise, a déclaré lors de ses premières auditions avoir agi seul et a admis ne pas craindre sa hiérarchie mais ne pas avoir voulu l'alerter sur la situation qu'il avait créée ; que en outre, il n'est pas sans intérêt de relever qu'il s'est déroulé plusieurs mois entre l'émission des factures pro forma et l'encaissement de trois chèques pendant lesquels Monsieur X... aurait pu régulariser l'opération ; qu'il a en effet admis lors de ces auditions qu'il aurait pu faire annuler les chèques ou ne pas les encaisser et attendre leur péremption ; que or, le choix opéré par Monsieur X... de ne pas informer sa hiérarchie quand il en avait encore la possibilité et d'encaisser les chèques témoigne d'un processus délibéré et d'une volonté persistante de transgresser les règles comptables qui n'a été révélée que grâce à la vigilance de l'établissement bancaire ; que le fait établi que Monsieur X... a bénéficié d'un suivi psychologique et de soins à la suite des faits ne saurait en atténuer la portée et la gravité, étant relevé qu'il n'a jamais antérieurement exprimé une détresse ou une souffrance psychologique mais uniquement une insatisfaction professionnelle qui en tout état de cause ne peut légitimer de tels agissements ; que l'encaissement sur un compte personnel de chèques de l'employeur édités à l'issue de l'émission de factures pro forma non causées en violation des règles comptables caractérise une faute grave ; QUE la circonstance que Monsieur X... a continué à travailler pendant le temps de la procédure ne retire pas à la faute son caractère de gravité dans la mesure où il est justifié qu'il était placé sous la surveillance étroite du directeur Monsieur Z... à la suite de la découverte des faits et que ses attributions ont été limitées à la validation des commandes et au paiement direct sans commandes ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE selon l'article 145 de la circulaire PERS 846, la sanction de la mise à la retraite d'office consiste à faire cesser les fonctions de l'agent quel que soit son temps de présence dans les industries électriques et gazières, mais en maintenant ses droits à pension lorsque ceux-ci sont acquis ; que s'agissant d'un mode de rupture de la relation salariale, il convient de s'assurer de la réalité et du sérieux de sa cause ; que Monsieur Eric X... a créé des factures pro forma injustifiées sur la base d'une commande fournisseur existante mais déjà réglée ; qu'il a encaissé sur son compte personnel 3 chèques libellé au nom d'une Société PROCME déjà payée pour un montant total de 53 000 € ; que Monsieur Eric X... a reconnu ces faits commis en toute connaissance de cause ; que Monsieur Eric X... ne saurait utilement soutenir qu'il était confronté à une pression intense de réalisation d'objectifs impossible à réaliser dans le respect de la doctrine comptable et qu'il en a été félicité par sa direction ; qu'il ne s'est jamais plaint de cette pression à quiconque ; que s'il a été félicité de ses résultats, c'est que ceux-ci étaient bons, mais ce n'est pas la démonstration de ce que sa direction connaissait et approuvait ces méthodes illégales ; que les mails produits sont totalement anodins et ne démontrent pas une incitation à faire des manipulations illégales ; qu'il est exact qu'il prenait un traitement contre la dépression, que pour autant cela n'excuse pas un comportement illégal et n'excuse pas qu'il ait encaissé des chèques de sa société ; qu'il ne peut soutenir qu'il a agi dans l'intérêt de sa société puisqu'une somme de 53.000 € n'est rien eu égard au budget global de ladite société ; que Monsieur Eric X... n'a jamais soutenu quand les faits ont été révélés que la direction connaissait et approuvait de telles pratiques inadmissibles pour un contrôleur de gestion, garant du respect des régies ;

qu'en outre, les faits ont été commis quand le système Informatique allait changer et ils ont été révélés par la banque de Monsieur Eric X... et non par lui-même ; que Monsieur Eric X... a commis une faute grave et a persévéré dans sa faute sans régulariser la situation avant d'être dénoncé par sa banque ; QU'il ne peut être reproché à l'employeur d'avoir tardé à sanctionner Monsieur Eric X... ; que bien au contraire, la procédure a été mise en place sans délai mais en tenant compte des particularités imposées par le règlement PERS 846 plus protecteur que les seules règles issues du code du travail ; que réinitialiser un dossier terminé et soldé, créer des factures sans fondement, détourner et encaisser des chèques destinées à une société déjà payée sur son compte personnel est une faute grave pour un contrôleur de gestion qui justifie la sanction prononcée de mise à la retraite d'office ; qu'il convient en conséquence de rejeter les demandes d'indemnités de préavis, licenciement et dommages et intérêts ;

ALORS QUE la faute grave est constituée par un manquement du salarié à ses obligations contractuelles qui rend immédiatement impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; que le Statut National du Personnel des Industries Electriques et Gazières prévoit en cas de faute grave la possibilité de l'éviction momentanée du salarié de l'entreprise durant la procédure disciplinaire qui s'en trouve accélérée ; qu'en l'espèce, le salarié avait fait valoir que la convocation au premier entretien n'a eu lieu que le 27 mars 2008 après la découverte des faits le 4 février 2008, que la convocation au second entretien n'a eu lieu que le 1er octobre 2008 après avis de la commission le 27 août 2008, et que la sanction n'a été prononcée que le 30 octobre 2008, ce dont il s'évinçait que la faute grave ne pouvait être retenue ; qu'en énonçant néanmoins pour retenir la faute grave que la circonstance que Monsieur X... a continué à travailler pendant le temps de la procédure ne retire pas à la faute son caractère de gravité dans la mesure où il est justifié qu'il était placé sous la surveillance étroite du directeur à la suite de la découverte des faits et que ses attributions ont été limitées, et que la procédure a été mise en place sans délai en tenant compte des particularités imposées par le règlement PERS 846, la Cour d'appel a violé les articles L 1234-1, L 1234-5 et L 1234-9 du Code du travail, ensemble l'article 6 du Statut National du Personnel des Industries Electriques et Gazières approuvé par le décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 ;

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION SUBSIDIAIRE

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de condamnation de son employeur à lui verser la somme de 11.943,69 € à titre de rappel de salaires pour les heures supplémentaires de 2006 à août 2008 et la somme de 1.194,37 € de congés payés y afférents,

AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article L 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; le juge forme sa conviction au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; que si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe ainsi spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer

sa demande ; QU'en l'espèce, Monsieur X... expose qu'il a été régulièrement amené à dépasser ses horaires de travail qui étaient de 8 heures par jour jusqu'au 30 avril 2007, soit de 8h15 à 12h00 et de 12h45 à 17h00 et de 7 heures par jour à compter du 2 mai 2007, soit de 9h00 à 12h30 et de 14 à 17h30 ; qu'il produit pour étayer ses dires des copies de courriels qu'il a envoyés dans le cadre professionnel et à partir de son poste de travail au-delà, des horaires rappelés ci-dessus et un relevé des heures supplémentaires par semaine établis à partir des heures d'envoi des courriels ; que le salarié communique ainsi des éléments préalables qui peuvent être discutés par l'employeur et qui sont de nature à étayer sa demande ; que l'employeur verse aux débats l'accord national du 25 janvier 1999 relatif au temps de travail dans l'entreprise, l'accord social local et son avenant de juin 2004, les annexes au bulletin de paie de Monsieur X... d'avril 2007 à novembre 2008 comprenant pour chaque mois les horaires de travail et les repos pour cadre pris mensuellement, dont il convient de relever qu'ils n'ont pas été contestés ; que l'accord social local stipule que les cadres bénéficient de compensation en temps et d'une rétribution forfaitaire des dépassements horaires qui peut au choix de l'agent être perçue en argent ou en compensation ; que la licéité de cet accord au demeurant conforme aux prescriptions de l'article L 3121-24 du code du travail n'est pas critiquée ; qu'il ressort du décompte établi par la société à partir du relevé horaire réalisé par Monsieur X... et après déduction conformément aux dispositions de l'accord rappelé ci-dessus du nombre de jours de repos pour cadre qui lui ont été attribués et de la rétribution des dépassements horaires qui lui a été servie, qu'il lui était dû au dire des heures supplémentaires qu'il a comptabilisé 566,43 euros en 2006 et 1.190,34 euros en 2007 et qu'il a bénéficié d'un trop perçu en 2008 de 1.914,56 euros, soit un solde en faveur de la société de 157,79 euros ; qu'il convient par suite, de débouter Monsieur X... de sa demande formée au titre des heures supplémentaires ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'article L 3121-22 du code du travail dispose que les heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire fixée par l'article L. 3121-10, ou de la durée considérée comme équivalente, donnent lieu à une majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires ; que les heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50 % ; qu'une convention ou un accord de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir un taux de majoration différent ; que le taux ne peut être inférieur à 10% ; qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, la preuve n'incombe pas spécialement à l'une des parties, et il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments sur les horaires effectivement réalisés ; que constitue une heure supplémentaire, toute heure de travail accomplie au-delà de la durée légale hebdomadaire ; que Monsieur Eric X... produit les courriels qu'il a envoyés et leur heure d'envoi, ce qui justifie de sa présence au travail quand il a envoyé des courriels ; qu'au vu des décomptes et des éléments probants produits par Monsieur Eric X... et en l'absence de toute pièce versée par l'employeur sur les horaires effectivement réalisés par le salarié, il convient de dire que l'existence d'heures supplémentaires est établie ; qu'il ressort de l'avenant de juin 2004 à l'accord social local EDF GDF Services Loiret que la durée de travail d'un agent doit être de 35 heures par semaine, que la durée journalière devant toujours être identique, elle est fonction du cycle de travail retenu par le groupe, par exemple : - pour un cycle sur 2 semaines avec une semaine de 5 jours et une semaine de 4 jours, le temps de travail journalier est de 70 heures/9 jours = 7,78 heures - 7 heures 46 mn, - pour un cycle sur 8 semaines avec 7 semaines de 40 heures travaillées et une semaine non travaillée, le temps de travail journalier d'un agent est de 280 heures/35 jours = 8 heures ; qu'il ressort

des articles L 3121-24 et L 3121-25 du code du travail que le paiement des heures supplémentaires peut être remplacé totalement ou en partie par l'attribution de repos compensateur ; que Monsieur Eric X... produit un décompte qui n'est pas sérieusement contesté par l'employeur avec des pièces démontrant que Monsieur Eric X... a accompli l'horaire dont il se prévaut ; que sur la base de ce décompte, il est dû à Monsieur Eric X... pour l'année 2006 : 47h48 soit la somme de 566,43 € et pour l'année 2007, la somme de 1190,34 € soit un total de 1756.77 € ; que toutefois, en 2008, Monsieur Eric X... justifie avoir accompli 68,15 heures supplémentaires mais ayant bénéficié de 127h33 de RTT, ce qui n'est pas contesté, il a perçu un trop payé de 1914,53 € ; que Monsieur Eric X... a donc perçu en trop la somme de 157,79 € ; que la Société GRDF est bien fondée à lui demander remboursement ; que Monsieur Eric X... est condamné à payer à la société GRDF la somme de 157,79 € ;

ALORS QU'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; qu'il ressort du débat contradictoire des parties que l'employeur a contesté l'existence des heures supplémentaires dont le salarié à réclamer le paiement en sorte que la cour d'appel ne pouvait, après avoir dit que le salarié a communiqué des éléments préalables qui sont de nature à étayer sa demande, reprendre la proposition de calcul de l'employeur consistant à déduire des sommes qu'il a versées au titre de la rétribution forfaitaire des dépassements d'horaires et des jours de repos ou de RTT, sans vérifier que les heures prétendument rémunérées ou compensées correspondaient bien aux heures alléguées par le salarié, et ce sur la base d'un examen des éléments que l'employeur est tenu de fournir et de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; qu'en omettant de procéder à cette recherche essentielle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L 3171-4 du code du travail ;

ALORS EN OUTRE QUE l'employeur ne peut rémunérer des heures supplémentaires effectuées sous forme de primes ; qu'en retranchant de la réclamation chiffrée du salarié, la somme de 2.053,24 € pour 2007 et la somme de 888,65 € pour 2008 versées selon l'employeur à titre de « primes horaires », sans expliquer si une rétribution forfaitaire avait bien été exclue après avoir pourtant constaté que l'accord social local prévoit une rétribution forfaitaire des dépassements horaires, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L 3171-4 du code du travail ;

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de condamnation de son employeur à lui verser la somme de 26.730,78 € à titre de dommages et intérêts pour travail dissimulé,

AUX MOTIFS QUE l'article L.8221-1 du code du travail prohibe le travail totalement ou partiellement dissimulé défini par l'article L.8221-3 du même code relatif à la dissimulation d'activité ou exercé dans les conditions de l'article L.8221-5 du même code relatif à la dissimulation d'emploi salarié ; qu'aux termes de l'article L.8223-1 du code du travail, le

salarié auquel l'employeur a recours dans les conditions de l'article L.8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L.8221-5 du même code relatifs au travail dissimulé a droit, en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire ; que l'article L.8221-5, 2°, du code du travail dispose notamment qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour un employeur de mentionner sur les bulletins de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ; que toutefois, la dissimulation d'emploi salarié prévue par ces textes n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a agi de manière intentionnelle ; que l'intention frauduleuse de l'employeur n'est pas caractérisée, s'agissant d'erreurs qui au final ont profité à Monsieur X... ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'il n'est pas établi que les erreurs commises, qui ont d'ailleurs donné lieu à un trop perçu, l'aient été intentionnellement ; que l'élément intentionnel de dissimulation d'heures travaillées faisant défaut, la demande de dommages et intérêts pour travail dissimulé est injustifiée et sera rejetée ;

ALORS QUE la cassation qui interviendra sur le fondement du quatrième moyen entraînera par voie de conséquence l'annulation du chef ici querellé en application de l'article 624 du Code de procédure civile.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils pour la société GRDF

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté l'employeur de sa demande en remboursement de la somme de 157,79 euros, et d'AVOIR en conséquence infirmé le jugement entrepris

AUX MOTIFS QUE : « Il ressort du décompte établi par la société à partir du relevé horaire réalisé par Monsieur D. et après déduction conformément aux dispositions de l'accord rappelé ci-dessus du nombre de jours de repos pour cadre qui lui ont été attribués et de la rétribution des dépassements horaires qui lui a été servie, qu'il lui était dû au titre des heures supplémentaires qu'il a comptabilisé 566,43 euros en 2006 et 1.190,34 euros en 2007 et qu'il a bénéficié d'un trop perçu en 2008 de 1.914,56 euros, soit un solde en faveur de la société de 157,79 euros. Il convient par suite, de débouter Monsieur D. de sa demande formée au titre des heures supplémentaires. La société ERDF sera également déboutée de sa demande en paiement de la somme de 157,79 euros qui s'analyse en un salaire complémentaire dans la mesure où il n'est pas démontré que le paiement a été effectué par erreur. La décision du conseil sera infirmée en conséquence. »

1) ALORS QUE le paiement indu, même volontaire, donne lieu à répétition, sans que le solvens soit tenu à une autre preuve que celle de ce caractère indu ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que l'employeur avait fait un paiement indu, laissant apparaître un solde de 257, 79 euros en sa faveur ; qu'en décidant cependant que cette somme s'analysait en un « salaire complémentaire » faute de démonstration par l'employeur de ce que le paiement avait été effectué par erreur (arrêt attaqué, p. 9, § 3), la cour d'appel a violé l'article 1377 du Code civil.

2) ALORS QUE l'intention libérale ne se présume pas ; qu'en reprochant en l'espèce à l'employeur l'absence de preuve du caractère erroné de son paiement, pour analyser la somme de 157, 79 euros en un « salaire complémentaire », sans caractériser préalablement l'intention libérale, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1377 du code civil.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel d'Orléans , du 27 mars 2014