

**Cour de cassation**

**Chambre sociale**

**Audience publique du 11 juin 2014**

**N° de pourvoi: 11-20.985**

ECLI:FR:CCASS:2014:SO01197

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**Mme Goasguen (conseiller le plus ancien faisant fonction de président), président**

Me Ricard, 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, que M. X... a été engagé à compter du 1er janvier 1991 par la société Léon Ballot BTP, devenue par la suite la société Fougerolle Ballot puis à compter du 1er janvier 2005, la société Eiffage TP, en qualité de dessinateur chef de groupe position B1, coefficient 95 de la convention collective concernant les IAC employés dans les entreprises de travaux publics du 31 août 1955 ; qu'à compter du 1er janvier 1994, il a été mis à la disposition de la société de construction des autoroutes de l'Ouest (SCAO) gérante de la société en participation créée le 29 juin 1970, par quatre sociétés, dont la société Fougerolle et la SCAO, en vue de l'exécution des travaux de construction des autoroutes A 10 et A 11 ; que par courrier en date du 26 mars 2007, la société Eiffage TP lui a notifié sa mise à la retraite ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir, à titre principal la nullité de sa mise à la retraite et, à titre subsidiaire, sa requalification en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que le paiement de diverses sommes au titre de créances salariales et indemnitaires ;

Sur les premier et troisième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens qui ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande d'indemnisation au titre de la nullité de la rupture de son contrat de travail, alors, selon le moyen, qu'au cours des périodes de suspension consécutives à un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, de maintenir ledit contrat, toute résiliation du contrat de travail prononcée en méconnaissance de ces dispositions étant nulle ; que le

salarié effectuant une mission a droit à la protection prévue à l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale pendant le temps de la mission qu'il accomplit pour son employeur, peu important que l'accident survienne à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante, sauf la possibilité pour l'employeur ou la caisse de rapporter la preuve que le salarié a interrompu sa mission pour un motif personnel ; qu'en l'espèce, pour le débouter de sa demande d'indemnisation au titre de la nullité de la rupture de son contrat de travail, la cour d'appel a, par de motifs supposés adoptés, affirmé que ses fonctions étant sédentaires, sa situation n'était pas celle d'un salarié en mission ; qu'en statuant ainsi, alors que le caractère sédentaire n'est pas exclusif d'une mission, la cour a statué par un motif inopérant et n'a pas justifié sa décision au regard des articles L. 122-32-2 du code du travail et L. 411-1 du code de la sécurité sociale ;

Mais attendu que constitue un accident de trajet, tout accident dont est victime le travailleur, à l'aller ou au retour, entre le lieu où s'accomplit le travail et sa résidence, dans des conditions où il n'est pas encore ou n'est plus soumis aux instructions de l'employeur ;

Et attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que le salarié exerçait, depuis le 1er janvier 1994, son activité au siège de la société SCAO à Nanterre et que l'accident dont il avait été victime, le 21 décembre 2005 résultait d'une chute à la gare du RER de Nanterre, entre son lieu de travail et son domicile, la cour d'appel a par ce seul motif légalement justifié sa décision ;

Mais sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties conformément à l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des Directives de l'Union européenne que les Etats membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ;

Attendu, enfin, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;

Attendu que pour rejeter les demandes du salarié en paiement d'heures supplémentaires et d'indemnité pour repos compensateur non pris, l'arrêt retient que la convention de forfait dont se prévaut l'employeur a été signée sur le fondement d'un accord d'entreprise conclu au sein de la société Fougerolle Ballot, qu'elle précise le nombre de jours travaillés (deux cent dix-sept jours), la rémunération étant « maintenue à son niveau antérieur, bien que le temps de travail soit réduit » et a été signée et acceptée par le salarié ; qu'elle a par ailleurs été prise en compte dès le 1er mars 2000 comme l'établit son bulletin de paie dudit mois ; que c'est en vain qu'il est soutenu qu'elle serait illicite au motif qu'elle ne pouvait être convenue, conformément à la convention collective, qu'avec des IAC classés

au moins en position B, 2e échelon, catégorie 1 dès lors que cette même convention prévoit en son titre III que « Sur proposition de leur employeur les IAC ou Etam ayant des responsabilités d'encadrement, de maintenance, de gestion ou d'expertise technique peuvent, à compter de l'entrée en vigueur du présent accord bénéficier d'un salaire exprimé forfaitairement avec une référence à un nombre annuel de jours de travail » ; que le salarié ne peut pas davantage arguer qu'il était cadre intégré et non pas cadre autonome sans en justifier par un quelconque élément ;

Qu'en statuant ainsi, alors que ni les dispositions du titre III de l'accord national du 6 novembre 1998 relatif à la durée du travail dans les entreprises de bâtiment et travaux publics ni les stipulations de l'accord d'entreprise qui, s'agissant de l'amplitude des journées de travail et la charge de travail qui en résulte, prévoient seulement qu'il appartient aux salariés de tenir compte des limites journalières et hebdomadaires et d'organiser leurs actions dans ce cadre et en cas de circonstances particulières d'en référer à leur hiérarchie de rattachement, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il soit nécessaire de statuer sur le deuxième moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute le salarié de ses demandes en paiement d'heures supplémentaires et d'indemnité pour repos compensateur non pris, l'arrêt rendu le 11 mai 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Eiffage TP aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Eiffage TP à payer à M. X... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du onze juin deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils, pour M. Ortiz

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande en réparation du préjudice subi par le prêt illicite de main d'oeuvre et le marchandage dont il a été victime ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE, sur la relation contractuelle et les demandes de dommages et intérêts pour prêt illicite de main d'oeuvre et marchandage, M. François X... a été engagé à compter du 1er janvier 1991 par la société Léon Ballot BIP dont le siège social était 155 boulevard Haussmann à Paris (8ème), en qualité de dessinateur chef de

groupe ; que cette société est ensuite devenue Fougerolle Ballot, son siège social étant situé 4 avenue Morane Saulnier à Vélizy Villacoublay ; qu'à compter du 1er janvier 1994, M. François X... a été détaché au sein de la société de Construction des Autoroutes de l'Ouest (SCAO), gérante de la société en participation créée le 29 juin 1970, régie par les articles 419 à 422 de la loi du 24 juillet 1966 et ses statuts modifiés par avenants et protocoles additionnels des 1er mars 1991 et 1er avril 2001, constituée notamment avec la société Fougerolle, associée ; que ces statuts prévoient que le personnel d'encadrement et d'accompagnement nécessaire à l'exécution des travaux est fourni par les associés, les agents ainsi détachés par chacun des associés sur le site devant exercer leurs missions dans l'unique intérêt de la société en participation ; que M. François X... a ainsi exercé ses fonctions au sein de la SCAO à Nanterre du 1er juin 1994 au 30 juin 2007, régulièrement détaché au sein de cette société dans le cadre de la société en participation régulièrement créée ; que dès lors, ses demandes en paiement de dommages et intérêts pour prêt illicite de main d'oeuvre et marchandage sont infondées et il en a été à bon droit débouté par le jugement entrepris.

ALORS QUE tout jugement doit être rédigé en des termes intelligibles ; qu'en l'espèce, pour exclure l'existence du délit de prêt de main d'oeuvre et de marchandage, la Cour d'appel a retenu que le salarié « a été détaché au sein de la société SCAO, gérante de la société en participation créée le 29 juin 1970, (...), constituée notamment avec la société Fougerolle, associée » ; que les statuts de la société en participation « prévoient que le personnel d'encadrement et d'accompagnement nécessaire à l'exécution des travaux est fourni par les associés, les agents ainsi détachés par chacun des associés sur le site devant exercer leurs missions dans l'unique intérêt de la société en participation » ; que le salarié « a ainsi exercé ses fonctions au sein de la SCAO à Nanterre du 1er juin 1994 au 30 juin 2007, régulièrement détaché au sein de cette société dans le cadre de la société en participation régulièrement créée » ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel n'a pas mis la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle et violé l'article 455 du Code de procédure civile.

ALORS, en tout état de cause, QUE toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'oeuvre est interdite ; que cette interdiction concerne également l'entreprise utilisatrice et le caractère lucratif de l'opération peut résulter d'un accroissement de flexibilité dans la gestion du personnel et de l'économie de charges procurés à l'entreprise utilisatrice ; qu'en l'espèce, Monsieur X... soutenait qu'il avait été détaché de 1994 à 2007, soit pendant 13 ans, à la société SCAO SARL, (qui avait été constituée en avril 1970 par trois sociétés, dont la société FOUGEROLLE (devenue la société EIFFAGE) et qui avait constitué, en juin 1970, avec ces trois associés, une société en participation, dont les statuts de 1970, modifiés en mars 1991 et avril 2001, prévoyaient que « le personnel d'encadrement et d'accompagnement nécessaire à l'exécution (des travaux de construction des Autoroutes A10 et A11) est fourni par les associés ») ; il faisait valoir, d'abord, que, de 2000 à 2007, il s'était vu appliquer un forfait en jours prévu par un accord collectif conclu, ainsi qu'il ressort des propres constatations de la Cour d'appel, au sein de la société FOUGEROLLE (devenue la société EIFFAGE) ; qu'il faisait valoir, ensuite, en s'appuyant notamment sur une « proposition d'affectation du résultat soumise à l'assemblée générale ordinaire du 29 juin 2006 » et un « compte de résultat de l'exercice » de la société utilisatrice, que la totalité du personnel qui travaillait pour cette société avait été mis à sa disposition par ses associés, qui jouaient ainsi simultanément le rôle de prêteur et d'utilisateur de main d'oeuvre et, enfin, que par ce montage, la société utilisatrice se faisait l'économie des charges qu'aurait normalement amené l'embauche de personnel ; que pourtant, la Cour d'appel s'est bornée à énoncer qu'« à compter du 1er janvier 1994, Monsieur X... a été détaché au sein de la société SCAO, gérante de la

société en participation créée le 29 juin 1970, régie par les articles 419 à 422 de la loi du 24 juillet 1966 et ses statuts modifiés par avenants et protocoles additionnels des 1er mars 1991 et 1er avril 2001, constituée notamment avec la société FOUGEROLLE, associée », que « ces statuts prévoient que le personnel d'encadrement et d'accompagnement nécessaire à l'exécution des travaux est fourni par les associés, les agents ainsi détachés par chacun des associés sur le site devant exercer leurs missions dans l'unique intérêt de la société en participation » et que le salarié « a ainsi exercé ses fonctions au sein de la SCAO à Nanterre du 1er juin 1994 au 30 juin 2007 régulièrement détaché au sein de cette société dans le cadre de la société en participation régulièrement créée » ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée, si le caractère lucratif de l'opération conclue entre ces sociétés, liées par des intérêts communs, résultait du bénéfice d'éléments anormaux de flexibilité dans la gestion du personnel, puisque le salarié faisait l'objet d'une convention de forfait prévu par un accord collectif de la société prêteuse, et de l'économie que la société utilisatrice faisait sur les charges qu'elle aurait supportée si elle avait employé ses propres salariés, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 8241-1 (tel que rédigé avant l'entrée en vigueur de la loi du n°2011-893 du 28 juillet 2011) du Code du travail.

ET ALORS QU'est interdit tout marchandage défini comme une opération à but lucratif de fourniture de main d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail ; qu'en l'espèce, non seulement le salarié s'était vu appliquer, pendant les sept ans de sa mise à disposition au sein de la société utilisatrice, une convention de forfait jours en appuyée sur un prétendu « accord collectif » conclu, ainsi qu'il ressort des propres constatations de la Cour d'appel, au sein de la société FOUGEROLLE (devenue la société EIFFAGE), le privant du bénéfice d'une durée de travail de 35 heures complétée par des heures supplémentaires, mais il s'était vu aussi supprimer une indemnité de repas constituant un complément de salaire ; que par conséquent, l'absence de cotisations par l'employeur sur les heures supplémentaires et l'indemnité de repas avait entraîné, ainsi que le faisait valoir le salarié, une minoration de sa retraite complémentaire ; qu'en outre, le salarié faisait valoir que l'entreprise utilisatrice, en utilisant la main d'oeuvre exclusivement fournie par ses seuls associés, qui jouaient ainsi simultanément le rôle de prêteur et d'utilisateur de main d'oeuvre à travers une société en participation constituée entre eux et la société utilisatrice, évitait de franchir un seuil d'embauche qui l'aurait obligée à mettre en place les institutions représentatives du personnel et se soumettre à la participation sur les résultats ; que pourtant, pour exclure l'existence du délit de prêt de main d'oeuvre et de marchandage, la Cour d'appel s'est bornée à énoncer, que le salarié a « exercé ses fonctions au sein de la SCAO à Nanterre du 1er juin 1994 au 30 juin 2007 régulièrement détaché au sein de cette société dans le cadre de la société en participation régulièrement créée » ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 8231-1 et L. 8241-2 (tel que rédigé avant l'entrée en vigueur de la loi du n° 2011-893 du 28 juillet 2011) du Code du travail.

ALORS, au demeurant, QUE en refusant de répondre aux conclusions du salarié et d'analyser, même de façon sommaire, les éléments de preuve versés par le salarié à l'appui de ses prétentions et notamment, les statuts, la « proposition d'affectation du résultat soumise à l'assemblée générale ordinaire du 29 juin 2006 » et le « compte de résultat de l'exercice » de la société utilisatrice, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande en paiement des heures supplémentaires, de congés payés afférents, et d'indemnité compensatrice de repos compensateur non pris ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE, sur la contestation de la convention individuelle de forfait annuel en jours et la demande en paiements des rappels de salaire au titre des heures supplémentaires depuis le 1<sup>er</sup> mars 2000 et de dommages et intérêts pour absence de repos compensateur, M. François X... expose que la convention de forfait non datée qu'il reconnaît désormais avoir signée est illicite, que l'accord d'entreprise pour la mise en oeuvre de la réduction du temps de travail à compter du 1<sup>er</sup> mars 2000 ne lui a jamais été communiqué, qu'il avait à cette date une position hiérarchique inférieure à celle requise (B 1<sup>er</sup> échelon en mars 2000), que sa rémunération forfaitaire n'a pas été chiffrée, que cette convention est en conséquence contraire aux dispositions de l'article L. 212-15 du code du travail et à la convention collective des IAC des Travaux publics ; que cependant, comme en justifie la société Eiffage TP, cette convention de forfait a été signée sur le fondement d'un accord d'entreprise conclu au sein de la société Fougerolle Ballot, précise le nombre de jours travaillés (217 jours), la rémunération étant « maintenue à son niveau antérieur, bien que le temps de travail soit réduit. Celle-ci est forfaitaire », a été signée et acceptée par l'appelant qui y a porté la mention « Lu et approuvé. Bon pour accord » ; qu'elle a par ailleurs été prise en compte dès le 1<sup>er</sup> mars 2000 comme l'établit son bulletin de paie dudit mois ; et que c'est en vain que M. François X... soutient qu'elle est illicite au motif qu'elle ne pouvait être convenue, conformément à la convention collective, qu'avec des IAC classés au moins en position B, 2<sup>ème</sup>, échelon, catégorie 1 dès lors que cette même convention prévoit en son titre III « Dispositions relatives à l'encadrement » 2 (1) que « Sur proposition de leur employeur les IAC ou Etam ayant des responsabilités d'encadrement, de maintenance, de gestion ou d'expertise technique peuvent, à compter de l'entrée en vigueur du présent accord bénéficier d'un salaire exprimé forfaitairement avec une référence à un nombre annuel de jours de travail » ; qu'il ne peut pas davantage arguer qu'il était cadre intégré et non pas cadre autonome sans en justifier par un quelconque élément ; qu'il s'ensuit que la décision déférée sera confirmée en ce qu'elle l'a débouté de sa contestation de ce chef et de celui subséquent en paiement d'heures supplémentaires, étant ici rappelé que le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif, et de dommages et intérêts pour absence de repos compensateur du fait de l'employeur.

ET AUX MOTIFS SUPPOSES ADOPTES QUE M. X... sollicite la condamnation de la société EIFFAGE TP au paiement d'un rappel de salaire pour des heures supplémentaires, au repos compensateur et aux congés payés afférents ; que cette demande s'appuie sur le différentiel de temps de trajet effectuée entre son domicile à Champigny (94) au siège de la société SCAO à Nanterre (92° en comparaison au temps de transport qu'il aurait effectué s'il était resté au siège de la société EIFFAGE TP à Neuilly-sur-Marne ; que vu l'article L. 3121-4 du Code du travail, vu la convention de forfait jours de la société EIFFAGE ; que l'article L. 3121-4 indique que le temps de déplacement professionnel pour se rendre de son domicile sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif ; qu'il n'est pas contestable que depuis 1994, date de son détachement, le lieu de travail habituel de M. X... est situé à Nanterre ; que M. X... n'a pas la qualité de personnel itinérant, qu'il n'a pas vocation à changer habituellement de lieu d'exécution de son travail ; qu'en conséquence, le temps de trajet ne peut être assimilé à un temps de travail effectif couvert par le champ des heures supplémentaires,

M. X... est débouté de sa demande ;

ALORS QUE, la protection de la santé et de la sécurité des salariés étant une exigence constitutionnelle et un principe général du droit de l'Union européenne dont le respect s'impose impérativement aux partenaires sociaux, le juge amené à appliquer un accord collectif sur lequel s'appuie nécessairement une convention de forfait en jours doit préalablement s'assurer, sans même y avoir été invité par les parties, du respect par ledit accord de l'exigence ci-dessus énoncée ; qu'en l'espèce, pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, de congés payés afférents, et d'indemnité compensatrice de repos compensateur non pris, la Cour d'appel s'est bornée à affirmer, par motifs propres, que « cette convention de forfait a été signée sur le fondement d'un accord d'entreprise conclu au sein de la société Fougerolle Ballot, précise le nombre de jours travaillés (217 jours), la rémunération étant « maintenue à son niveau antérieur, bien que le temps de travail soit réduit, celle-ci est forfaitaire », a été signée et acceptée par l'appelant qui y a porté la mention « Lu et approuvé. Bon pour accord » et que « c'est en vain que M. François X... soutient qu'elle est illicite au motif qu'elle ne pouvait être convenue, conformément à la convention collective, qu'avec des IAC classés au moins en position B, 2ème, échelon, catégorie 1 dès lors que cette même convention prévoit en son titre III « Dispositions relatives à l'encadrement » 2 (1) que « Sur proposition de leur employeur les IAC ou Etam ayant des responsabilités d'encadrement, de maintenance, de gestion ou d'expertise technique peuvent, à compter de l'entrée en vigueur du présent accord bénéficier d'un salaire exprimé forfaitairement avec une référence à un nombre annuel de jours de travail » ; qu'en statuant ainsi, elle a privé sa décision de base légale au regard l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L 3121-45 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'annexe VI à la convention collective des cadres des travaux public et ledit accord d'entreprise.

ALORS, encore, QUE tout jugement doit être motivé à peine de nullité ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel s'est bornée à énoncer péremptoirement, par motifs propres, que « c'est en vain que M. François X... soutient qu'elle est illicite au motif qu'elle ne pouvait être convenue, conformément à la convention collective, qu'avec des IAC classés au moins en position B, 2ème, échelon, catégorie 1 dès lors que cette même convention prévoit en son titre III « Dispositions relatives à l'encadrement » 2 (1) que « Sur proposition de leur employeur les IAC ou Etam ayant des responsabilités d'encadrement, de maintenance, de gestion ou d'expertise technique peuvent, à compter de l'entrée en vigueur du présent accord bénéficier d'un salaire exprimé forfaitairement avec une référence à un nombre annuel de jours de travail » et, aux motifs supposés adoptés, que « M. X... n'a pas la qualité de personnel itinérant, qu'il n'a pas vocation à changer habituellement de lieu d'exécution de son travail » ; que faute de démonstration de ce que les fonctions du salarié ne lui permettaient pas d'être soumis à l'horaire collectif de travail, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

ALORS, enfin et en tout état de cause, QU'aux termes de l'article L. 8241-2 du Code du travail applicable à l'espèce tel que rédigé avant l'entrée en vigueur de la loi du n°2011-893 du 28 juillet 2011, dans l'hypothèse d'un prêt de main-d'oeuvre à but non

lucratif, les articles L. 1251-21 à L. 1251-24 sont applicables, ce dont il résulte que doit être respecté en particulier le régime de la durée du travail en vigueur dans l'entreprise utilisatrice ; qu'en l'espèce, après avoir exclu l'existence du délit de prêt de main d'oeuvre et de marchandage, la Cour d'appel a débouté le salarié de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, de congés payés afférents, et d'indemnité compensatrice de repos compensateur non pris, sans toutefois rechercher l'existence d'un accord collectif ou d'une convention collective applicable au sein de la société utilisatrice autorisant l'application d'une convention de forfait en jours ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 8241-2 du Code du travail dans sa rédaction applicable à l'espèce.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande en paiement de l'indemnité de repas et des congés afférents et, par conséquent, de dommages et intérêts pour le préjudice résultant de la minoration de sa retraite complémentaire ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE, sur les modifications unilatérales alléguées du contrat de travail, l'appelant soutient qu'en violation de son contrat de travail, il n'a pas perçu le 13ème mois contractuel de 1991 à 2007, que pour l'année 2007, à la gratification de 1.750 euros qui apparaît sur son bulletin de paie de juin 2007 doit s'ajouter le 13ème mois prorata temporis, qu'il n'a pas davantage perçu l'indemnité contractuelle de repas à compter du mois de juin 1994 lors de son détachement au sein de la SCAO, ce qui justifie ses demandes en paiement des sommes de 49 486 euros et 4 948 euros au titre des congés payés incidents d'une part, 21.083 euros et 2.108 euros au titre des congés payés afférents, d'autre part ; que cependant, et en tenant compte de la prescription quinquennale, le salarié ayant saisi le conseil de prud'hommes le 31 octobre 2007, l'examen de ses bulletins de paie de 2002 à 2007 fait apparaître en décembre le versement de ce 13ème mois et il en est de même, prorata temporis en juin 2007 ; que s'agissant de son indemnité de repas, il a bénéficié, ce qu'il ne conteste pas, du restaurant interentreprises existant au sein de la SCAO pour la période considérée qui doit également tenir compte de la prescription quinquennale ; qu'il en résulte qu'il ne peut utilement solliciter des dommages et intérêts pour « contribution réduite à la retraite complémentaire AGIRC » sur le 13ème mois contractuel, les heures supplémentaires à hauteur de la somme de 89.981, 94 euros ou subsidiairement 44.049,74 euros.

ET AUX MOTIFS SUPPOSES ADOPTES QUE, sur sa demande concernant l'indemnité contractuelle de repas de 1994 à 2007, il n'est pas contestable que le contrat de travail de M. X... prévoit une indemnité de repas, indemnité versée jusqu'en juin 1994, année de son détachement auprès de la société SCAO à Nanterre ; que cependant, M. X... n'a jamais, depuis cette date, contesté la suppression de son indemnité de repas ; qu'il n'a pas été contesté que M. X... bénéficiait d'un restaurant interentreprises à compter de son détachement le 01/01/94 auprès de la société SCOA à Nanterre ; qu'en conséquence, l'indemnité de repas ne se justifiait plus ; que M. X... ne pas qu'il a subi pendant cette période un quelconque préjudice financier, il est débouté de sa demande ;

ALORS QUE la modification du contrat de travail par l'employeur, pour quelque cause que ce soit, nécessite l'accord exprès du salarié, qui ne saurait résulter ni de son silence ni de la poursuite du travail ; qu'en l'espèce, après avoir relevé, aux motifs supposés adoptés, qu'« il n'est pas contestable que le contrat de travail de M. X... prévoit une indemnité de repas, indemnité versée jusqu'en juin 1994, année de son détachement auprès de la

société SCAO à Nanterre », la Cour d'appel a affirmé, par des motifs propres, que « s'agissant de son indemnité de repas, il a bénéficié, ce qu'il ne conteste pas, du restaurant interentreprises existant au sein de la SCAO pour la période considérée » et, par des motifs supposés adoptés, que « M. X... n'a jamais, depuis (juin 1994), contesté la suppression de son indemnité de repas et qu'il n'a pas été contesté que M. X... bénéficiait d'un restaurant interentreprises à compter de son détachement le 01/01/94 auprès de la société SCOA à Nanterre » ; qu'en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants, la Cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du Code du travail, ensemble l'article 1134 du Code civil.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande d'indemnisation au titre de la nullité de la rupture de son contrat de travail ;

AUX MOTIFS QUE, sur la nullité de la mise à la retraite, contrairement à ce que soutient l'appelant, la chute dont il a été victime le 21 décembre 2004 est un accident de trajet, survenu en gare du RER à Nanterre et non de travail et a bien été déclaré comme tel ; qu'il ne peut dès lors utilement arguer de la nullité de sa mise à la retraite, motif pris de ce que celle-ci est survenue alors que son contrat de travail était suspendu, la société Eiffage TP rappelant à bon droit que selon l'article L 1226-7 du code du travail « le contrat de travail du salarié victime d'un accident de travail, autre qu'un accident de trajet, ou d'une maladie professionnelle est suspendu pendant la durée de l'arrêt de travail provoqué par l'accident ou la maladie » et que cette protection ne lui est ainsi pas applicable ; que pas davantage peut il se prévaloir du caractère discriminatoire de sa mise à la retraite ; qu'en effet, la mise à la retraite s'entend de la possibilité donnée à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié ayant atteint l'âge mentionné au 1° de l'article L 351-8 du code de la sécurité sociale soit 65 ans, l'alinéa 2 de l'article L. 1237-5 du même code énonçant que la mise à la retraite peut être décidée à l'égard d'un salarié âgé de 60 à 65 ans dès lors qu'il bénéficie d'une pension de vieillesse à taux plein au sens du code de la sécurité sociale dans le cadre notamment d'une convention ou d'un accord collectif étendu conclu avant le 1er janvier 2008 fixant des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle ; que si M. François X... soutient qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve que ces conditions sont remplies, il est patent que ce dernier ne peut avoir directement connaissance de la situation du salarié au regard de son droit à pension de vieillesse, raison pour laquelle il lui avait été demandé de se munir de son relevé de carrière le 1er mars 2007, ce qu'il reconnaît ne pas avoir fait ;

ET AUX MOTIFS SUPPOSES ADOPTES QUE, vu les articles 1237-5 et suivants du Code du Travail, les pièces des parties et après avoir entendu les plaidoiries ; que M. X... a été mis en retraite par son employeur, la société EIFFAGE TP, selon les dispositions du Code du Travail, après avoir eu un entretien préalable le 1er mars 2007 et un courrier recommandé lui notifiant sa mise à la retraite, qui spécifiait sa période de préavis et l'indemnité conventionnelle à laquelle il pouvait prétendre ; que M. X... demande la nullité de sa mise à la retraite à titre principal aux motifs que l'accident de trajet dont il a été victime le 21 décembre 2005 était en réalité un accident de travail car il était détaché auprès d'une autre entreprise ce qui équivalait à un envoi en mission ; et que n'ayant pas bénéficié d'une visite médicale de reprise, son contrat de travail était de fait suspendu au moment de sa mise à la retraite entraînant la nullité de cette dernière ; et que d'autre part, sa mise à la retraite serait également frappée de nullité en raison de son caractère discriminatoire ; que vu l'article L. 1226-7 du Code du Travail ; que seul, précise l'article cité en référence, l'accident de travail suspend le contrat de travail durant l'arrêt de travail ;

que M. X..., embauché le 1er janvier 1991 par la société LEON BALLON BTP, devenue la société FOUGEROLLE BALLOT, puis en dernier lieu EIFFAGE TP, a été détaché dès le 1er janvier 1994 au siège social de la société SCAO ; qu'il n'est pas contesté que ce détachement auprès de la société SCAO se soit fait en parfait accord entre les parties, aucun écrit, aucune pièce ne vient contredire ce fait ; qu'en conséquence, le nouveau lieu de travail de M. X... à compter du 1er janvier 1994 était situé au siège social de la société SCAO, à Nanterre ; que la fonction de M. X..., Dessinateur, chef de groupe est une fonction sédentaire, que sa situation n'était pas celle d'un salarié en mission caractérisée par des déplacements de courtes durées et ponctuels, ni celle d'un commercial itinérant constamment en déplacement pour les besoins de son métier ; qu'en conséquence, l'activité de M. X... s'exerçant essentiellement au siège de la société SCAO, l'accident dont il a été victime le 21 décembre 2005 dont il produit la déclaration relève bien d'un accident de trajet, puisque la chute de M. X... à la gare du RER de Nanterre s'est produite entre son lieu de travail et son domicile ; que la protection prévue à l'article L. 1226-7 du Code du travail n'est pas applicable en cas d'accident de trajet ; que ce moyen n'est pas recevable pour justifier la demande de nullité de sa mise à la retraite

ALORS QU'au cours des périodes de suspension consécutives à un accident du travail ou une maladie professionnelle, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie, de maintenir ledit contrat, toute résiliation du contrat de travail prononcée en méconnaissance de ces dispositions étant nulle ; que le salarié effectuant une mission a droit à la protection prévue à l'article L. 411-1 du Code de la sécurité sociale pendant le temps de la mission qu'il accomplit pour son employeur, peu important que l'accident survienne à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante, sauf la possibilité pour l'employeur ou la caisse de rapporter la preuve que le salarié a interrompu sa mission pour un motif personnel ; qu'en l'espèce, pour débouter le salarié de sa demande d'indemnisation au titre de la nullité de la rupture de son contrat de travail, la Cour d'appel a, par de motifs supposés adoptés, affirmé que les fonctions de Monsieur X... étant sédentaires, sa situation n'était pas celle d'un salarié en mission ; qu'en statuant ainsi, alors que le caractère sédentaire n'est pas exclusif d'une mission, la Cour a statué par un motif inopérant et n'a pas justifié sa décision au regard des articles L. 122-32-2 du Code du travail et L. 411-1 du Code de la sécurité sociale.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Paris , du 11 mai 2011