

Cour de cassation

Chambre sociale

Audience publique du 12 janvier 2016

N° de pourvoi: 13-26.318

ECLI:FR:CCASS:2016:SO00020

Publié au bulletin

Cassation partielle

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, que M. X... a été engagé à compter du 1er mars 2007 par la société Groupe Cayon (la société) en qualité de conducteur poids lourds avec une reprise d'ancienneté au 8 juillet 2004 ; que le 18 juin 2008, l'intéressé a été désigné en qualité de représentant syndical au comité d'entreprise ; que le 1er décembre 2008, la société a engagé une procédure de licenciement à l'encontre du salarié dont le contrat a été suspendu jusqu'au 12 octobre 2009, date de sa reprise de travail ; que l'autorisation de licenciement a été refusée le 25 février 2009 par l'inspecteur du travail ; qu'après avoir été successivement confirmée le 8 septembre 2009 par le ministre du travail, puis le 3 mars 2011 par le tribunal administratif, cette décision a été annulée par arrêt de la cour administrative d'appel du 31 mai 2012 ; qu'entre-temps, l'intéressé a fait l'objet d'un avertissement le 17 février 2010, de deux mises à pied les 8 octobre et 13 décembre 2010 avant d'être de nouveau convoqué le 2 novembre 2011 à un entretien préalable à une mesure de licenciement dont l'autorisation a été donnée le 5 janvier 2012 par l'inspecteur du travail ; qu'il a été licencié le 10 janvier 2012 ;

Sur le pourvoi principal du salarié :

Sur les premier, deuxième, cinquième, et sixième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande de rappel de salaire pour la période du 1er octobre 2009 au 29 février 2012 alors, selon le moyen :

1°/ que le contrat de travail ne peut être modifié sans l'accord du salarié ; que le salarié peut seul se prévaloir de cette règle édictée pour la protection de son consentement ; que la durée du travail est un élément du contrat de travail ; que la cour d'appel a constaté que le contrat de travail stipulait une durée de travail de 169 heures, que M. X... avait été rémunéré de mars 2007 à juillet 2008 sur la base de 210 heures mensuelles et que l'employeur a unilatéralement modifié la durée du travail pour la ramener à 169 heures lorsque M. X... a repris son activité le 1er octobre 2009 ; qu'en déboutant le salarié de sa demande de rappel de salaire pour la période du 1er octobre 2009 au 29 février 2012, au motif que jamais aucun accord n'était intervenu entre les parties pour convenir de la rémunération de Nicolas X... sur la base d'un forfait et qu'il s'agissait d'une décision unilatérale de l'employeur, contraire aux termes du contrat de travail, et n'ayant jamais reçu l'aval de l'appelant la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail ;

2°/ que les dispositions prévues par les articles L. 3121-38 et L. 3121-40 du code du travail ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui seul peut se prévaloir de leur inobservation ; que pour rejeter la demande de rappel de salaire de M. X..., la cour d'appel a retenu que jamais aucun accord n'était intervenu entre les parties pour convenir de la rémunération de Nicolas X... sur la base d'un forfait ; qu'en se fondant sur le non-respect des articles L. 2131-38 et -40 du code du travail invoqués par l'employeur dans ses conclusions pour dire que M. X... ne pouvait se prévaloir de la convention de forfait qui lui avait été appliquée de mars 2007 à juillet 2008 et dont il réclamait l'application, la cour d'appel a violé les articles L. 3121-38 et L. 3121-40 du code du travail ;

Mais attendu que la preuve de l'existence d'une convention de forfait incombe à celui qui l'invoque ;

Et attendu qu'ayant relevé l'absence d'accord conclu entre les parties pour convenir qu'à compter du 1er octobre 2009, le salarié serait rémunéré sur la base d'un forfait mensuel de 201 heures, la cour d'appel en a exactement déduit qu'aucun rappel de salaire n'était dû pour la période du 1er octobre 2009 au 29 février 2012 ;

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

Mais sur le troisième moyen :

Vu les articles L. 2411-1 et L. 2411-8 du code du travail ;

Attendu que pour rejeter la demande du salarié en rappel de salaire pour la période du 1er décembre 2008 au 30 septembre 2009, l'arrêt retient que par arrêt du 31 mai 2012, la cour administrative a dit que le refus du salarié d'accepter la modification de ses conditions de travail était fautif, que ce motif constitue le soutien nécessaire de sa décision et s'impose à la présente cour de sorte que l'inexécution par le salarié de sa prestation de travail du 1er décembre 2008 au 30 septembre 2009 lui est imputable et qu'il ne peut prétendre à la rémunération correspondante ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartenait à l'employeur de maintenir tous les éléments de rémunération que le salarié protégé percevait avant décembre 2008 aussi longtemps que l'inspecteur du travail n'avait pas autorisé son licenciement, la cour d'appel a violé les dispositions sus-visées ;

Et sur le septième moyen :

Attendu que la cassation à intervenir sur le troisième moyen entraîne, par voie de conséquence, en application de l'article 624 du code de procédure civile, cassation du chef de l'arrêt relatif au rejet de la demande au titre du harcèlement moral ;

Sur le pourvoi incident de l'employeur :

Sur les troisième et quatrième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner au paiement d'une certaine somme à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires et pour congés payés afférents, alors, selon le moyen :

1°/ qu'aux termes de l'article L. 3121-4 du code du travail, si le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, il fait l'objet d'une contrepartie soit sous forme de repos, soit financière, laquelle est déterminée par convention ou accord collectif de travail ou à défaut, par décision unilatérale de l'employeur prise après consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, s'il en existe ; qu'en application de ce texte, il appartient au juge de vérifier si le temps de trajet pour se rendre sur les sites où a travaillé le salarié excède le temps nécessaire à un travailleur pour se rendre de son domicile à son lieu de travail habituel, et dans l'affirmative, en l'absence d'accord collectif ou d'engagement unilatéral pris conformément

à l'article L. 3121-4 du code du travail, d'en déterminer la contrepartie ; qu'en considérant que les trajets effectués par le salarié pour se rendre entre son domicile et divers lieux de prise de poste constituaient du travail effectif, sans s'assurer que le temps ainsi passé excédait celui nécessaire pour se rendre à son lieu de travail habituel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-4 du code du travail ;

2°/ qu'en application de l'article L. 3121-4 du code du travail, le temps passé pour se rendre sur un lieu de prise de poste ne constitue jamais du temps de travail ; qu'aux termes de l'article 5 du décret n° 83-40 du 26 janvier 1983 tel que modifié par le décret 2007-13 du 4 janvier 2007 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier de marchandises, la durée du travail des personnels roulants est le temps pendant lequel le conducteur est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles ; qu'en considérant que le temps que mettait le salarié pour se rendre de son domicile à ses différents lieux d'affectation constituait du temps de travail effectif, la cour d'appel a violé les articles L. 3121-1 du code du travail, L. 3221-4, ensemble le décret n° 83-40 du 26 janvier 1983 tel que modifié par le décret 2007-13 du 4 janvier 2007 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier de marchandises ;

3°/ qu'en application de l'article 9 du règlement CE 561/2006 du 15 mars 2006, tout temps passé par un conducteur pour se rendre sur le lieu de prise en charge d'un véhicule ou en revenir, lorsque celui-ci ne se trouve ni au lieu de résidence du conducteur ni à l'établissement de l'employeur auquel le conducteur est normalement rattaché, n'est pas considéré comme repos ou pause, à moins que le conducteur se trouve dans un ferry ou un train et ait accès à une couchette, mais comme une « autre tâche » ; qu'en se fondant sur ce texte pour considérer que le temps passé entre le domicile et ses lieux de prise de poste devait être considéré comme du temps de travail, tout en s'abstenant de rechercher quel était le lieu de rattachement habituel du salarié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 9 du règlement CE 561/2006 du 15 mars 2006 ;

4°/ qu'en tout état de cause, même lorsque le lieu de prise en charge du véhicule ne correspond pas au lieu de rattachement habituel du salarié, le temps passé pour se rendre sur ledit lieu n'est pas défini par le règlement CE 561/2006 du 15 mars 2006 comme du temps de travail effectif ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 9 du règlement CE 561/2006 du 15 mars 2006 ;

5°/ que les juges sont tenus de répondre aux conclusions des parties ; que l'exposante avait fait valoir qu'au lieu de se rendre directement de son domicile à son lieu de prise de poste, le salarié effectuait un détour injustifié par le site de Villefranche-sur-Saône, et qu'il avait ensuite pris en compte le temps ainsi passé à des trajets injustifiés pour effectuer son décompte d'heures supplémentaires ; qu'en ne se prononçant pas sur cet élément, ce d'autant qu'elle avait considéré, pour refuser d'annuler deux mises à pied disciplinaires, que le salarié s'était effectivement présenté, à de multiples reprises et sans raison valable, sur le site Villefranche-sur-Saône au lieu de se présenter sur son lieu de prise de poste, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

6°/ que les juges ne peuvent allouer que les heures supplémentaires effectivement

réalisées ; qu'en faisant droit aux sommes réclamées par le salarié, tout en relevant que son décompte comportait des erreurs, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations, a violé l'article 3171-4 du code du travail ;

7°/ que les juges doivent statuer conformément aux règles de droit applicables ; qu'en retenant, pour allouer au salarié la somme qu'il réclamait au titre d'heures supplémentaires, qu'elle avait la « conviction » que le salarié avait effectué les heures dont il réclamait le paiement, la cour d'appel a violé l'article 12 du code de procédure civile ;

8°/ qu'un décompte établi par le salarié permet seulement d'étayer une demande d'heures supplémentaires ; qu'en présence d'un tel décompte, il revient aux juges du fond d'examiner si les pièces produites par l'employeur permettent de justifier des horaires salarié, et enfin de se prononcer sur le nombre d'heures effectuées ; qu'en l'espèce, l'employeur justifiait des horaires effectifs du salarié par la production de relevés de disques chronotachygraphes ainsi que de cartes électroniques dont étaient équipés les véhicules qu'il avait conduits sur la période litigieuse ; qu'en se fondant sur le seul décompte établi par le salarié pour faire droit à sa demande, sans examiner si les horaires dont se prévalait l'employeur n'étaient pas établis par les pièces qu'il versait aux débats, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail ;

Mais attendu qu'après avoir relevé qu'aux termes de l'article 9 du règlement CE n°561/2006 du 15 mars 2006, relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de législation sociale dans le domaine des transports de la route, tout temps passé par un conducteur pour se rendre sur le lieu de prise en charge d'un véhicule entrant dans le champ d'application du présent règlement ou en revenir, lorsque celui-ci ne se trouve ni au lieu de résidence du conducteur ni à l'établissement de l'employeur auquel le conducteur est normalement rattaché, n'est pas considéré comme repos ou pause, à moins que le conducteur se trouve dans un ferry ou un train et ait accès à une couchette, la cour d'appel en a exactement déduit que les trajets effectués par le salarié jusqu'en mai 2008 entre son domicile et les lieux de ses diverses prises de poste distincts du lieu de rattachement de l'entreprise, au moyen d'un véhicule de service, étaient du temps de travail effectif quelle que soit la distance séparant ces lieux du domicile du salarié ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à une certaine somme au titre de l'indemnité pour perte de repos compensateurs, alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel ayant alloué les repos compensateurs afférents aux heures supplémentaires auxquelles elle a condamné l'exposante, la cassation du chef du premier moyen de cassation du pourvoi incident entraînera celle des motifs critiqués par le présent moyen, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ que les juges sont tenus de répondre aux conclusions des parties ; qu'en l'espèce, l'employeur avait fait valoir que, dans le secteur transports routiers de marchandises tel que régi par le décret le décret n° 83-40 du 26 janvier 1983 modifié, le calcul des repos compensateurs s'effectuait au trimestre et non à la semaine et qu'en conséquence les calculs présentés par le salarié étaient erronés ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ qu'une insuffisance de motivation équivaut à un défaut de motivation ; qu'en condamnant l'exposante à payer au salarié une certaine somme à titre de repos compensateurs, sans préciser comment elle était parvenue à un tel résultat, la cour d'appel a, de ce chef aussi, violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir retenu que les heures supplémentaires devaient se décompter par semaine et non par mois, et constaté l'existence d'heures supplémentaires, la cour d'appel a, sans être tenue de préciser le détail du calcul appliqué, souverainement évalué l'indemnité due au salarié pour la perte des repos compensateurs auxquels ouvraient droit les heures supplémentaires accomplies ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt d'annuler l'avertissement notifié le 17 février 2010 au salarié, alors, selon le moyen :

1°/ que les heures de délégation d'un représentant syndical peuvent avoir pour objet de prêter assistance à un salarié convoqué à une éventuelle sanction disciplinaire ; qu'en l'espèce, le salarié s'était vu notifier un avertissement pour n'avoir pas prévenu son employeur de ce que, le 16 février 2010, il serait absent de son poste dans le cadre de ses heures de délégation ; qu'en annulant ledit avertissement aux motifs que, le 16 février 2010, le salarié n'était pas « en délégation » mais assistait l'un de ses collègues à un entretien préalable à une éventuelle sanction disciplinaire, la cour d'appel a statué par un motif inopérant, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en statuant ainsi, sans rechercher si le salarié n'aurait pas dû prévenir préalablement son employeur de son absence, que ce soit pour prendre ses heures de délégation ou pour assister l'un de ses collègues, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1331-1 et L. 1333-2 du code du travail ;

Mais attendu qu'une sanction disciplinaire ne pouvant être prononcée qu'en raison de faits constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles envers l'employeur, c'est à juste titre que la cour d'appel a annulé la sanction litigieuse infligée au salarié pour des faits concernant l'exercice de son mandat ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute M. X... de ses demandes en rappel de salaire sur la période du 1er décembre 2008 au 30 septembre 2009 et en indemnisation pour harcèlement moral, l'arrêt rendu le 17 septembre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, sur ces points, 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 Grenoble ;

Attendu qu'il convient de condamner la société Groupe Cayon, qui succombe pour l'essentiel, aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Groupe Cayon 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 douze janvier deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

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

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Monsieur X... de sa demande de rappel de salaire au titre des jours fériés.

AUX MOTIFS QUE Sur la demande d'indemnisation des jours fériés : que l'article 7 bis de l'annexe 1 de la convention collective, issu des avenants à cette convention en date des 13 novembre 1970 et 17 juillet 1975, vise au maintien de la rémunération intégrale du personnel ouvrier mensualisé, afin d'empêcher toute réduction de cette rémunération à l'occasion des jours fériés non travaillés ; qu'il a donc le même objet que celui prévu ultérieurement par l'article 3 de l'Accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977, rendu obligatoire par la loi du 19 janvier 1978 pour l'ensemble des salariés, dans la mesure où ces droits ne leur étaient pas reconnus antérieurement ; qu'il en résulte que ces deux avantages ne peuvent se cumuler et que le salarié mensualisé ne subit aucune perte de salaire du fait des jours fériés non travaillés ; Que les engagements de la S.A.S. GROUPE CAYON, s'ils ont eu pour objet de faire droit à certaines revendications du personnel rendant leur statut plus favorable que celui issu de la convention collective d'origine, n'ont

entraîné aucun cumul d'avantages, pas plus que l'accord interprofessionnel n'en avait lui-même créé ; que l'objet de tous ces textes, quelle que soit leur nature, est le maintien du salaire du personnel mensualisé, quel que soit le nombre de jours fériés ; Que le jugement entrepris sera donc confirmé en ce qu'il a débouté Nicolas X... de sa demande de rappel de salaire au titre des jours fériés.

ET aux motifs éventuellement adoptés QUE Sur la demande d'indemnisation des jours fériés : que M. Nicolas X... allègue des accords atypiques du 11 mars 1978, du 19 avril 1980 et du 19 mars 1983 signés entre les Organisations Syndicales et la SAS GROUPE CAYON ; que la SAS GROUPE CAYON conteste l'existence de ces accords atypiques ; que de surcroît M. Nicolas X... ne rapporte pas la preuve au Conseil de Prud'hommes de ces accords atypiques en les versants aux débats ; que dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de M. Nicolas X... tendant au paiement des jours fériés.

ALORS QUE le salarié ne doit subir aucune perte de rémunération en raison de jours fériés ; que Monsieur X... invoquait qu'il n'avait pas été indemnisé de la totalité des jours fériés pour la période d'avril 2007 à janvier 2012 ; que la cour d'appel, pour rejeter la demande de rappel de salaire de Monsieur X... au titre des jours fériés, s'est bornée à rappeler d'une part qu'en vertu de la convention collective applicable, le salarié mensualisé ne doit subir aucune perte de salaire du fait des jours fériés non travaillés et d'autre part que les engagements de la S.A.S. GROUPE CAYON au titre des jours fériés, s'ils ont eu pour objet de faire droit à certaines revendications du personnel rendant leur statut plus favorable que celui issu de la convention collective d'origine, n'ont entraîné aucun cumul d'avantages ; qu'en déboutant Monsieur X... de sa demande sans constater qu'il n'avait subi aucune perte de rémunération du fait des jours fériés non travaillés, peu important lequel des accords ayant même objet devait recevoir application, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.3133-3 du code du travail ensemble l'article 7 bis de l'annexe 1 à la convention collective des transports routiers.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Monsieur X... de sa demande de rappel de prime de monitorat.

AUX MOTIFS QUE Sur la demande de rappel de prime de monitorat : que l'avenant contractuel du 1er avril 2007 prévoyait en faveur de Nicolas X... une prime de monitorat de 60,97 € par semaine de formation accompagnée ; que le salarié soutient qu'il n'a pas bénéficié de ces primes pour 12 semaines de formations en 2007 et 7 semaines en 2008 ; qu'il présente une demande de rappel de primes qui couvre toute la période d'avril 2007 à avril 2008 ; que cette demande n'est étayée par aucun élément ; que dans ces conditions, la Cour ne s'explique pas comment l'appelant a pu établir le tableau très précis qui constitue son annexe 7 ; qu'il est troublant de constater que Nicolas X..., qui a adressé à son employeur treize lettres recommandées du 30 mai au 15 décembre 2008 pour exiger le respect scrupuleux de ses droits, n'y a jamais évoqué les primes de monitorat restant dues pour certaines depuis avril 2007 ; que le jugement qui l'a débouté de ce chef de demande sera donc confirmé.

ET aux motifs éventuellement adoptés QUE Sur la demande de paiement de la prime de monitorat : Attendu qu'il apparaît à la lecture attentive de l'avenant du 1er avril 2007 que la prime de monitorat n'est due qu'en cas de semaine complète d'action de formation. Attendu que M. X... formule une demande de rappel de 19 primes de monitorat correspondant à 19 semaines de formation. Mais attendu également la SAS GROUPE CAYON rapporte la preuve au Conseil de Prud'hommes que M. Nicolas X... n'a effectué de semaine complète d'action de formation. Attendu que dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de M. Nicolas X... tendant au paiement de la prime de monitorat.

ALORS QU'en cas de litige relatif à l'existence du nombre d'heures de travail accomplies, 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 ; que la cour d'appel a rejeté la demande de Monsieur X... au motif qu'elle n'est étayée par aucun élément ; qu'en statuant ainsi alors qu'elle a constaté que Monsieur X... produisait un tableau très précis de ses semaines de monitorat, ce qui permettait à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article L.3171-4 du code du travail.

ALORS AUSSI QUE la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs ; que la cour d'appel a retenu d'une part que la demande de rappel de prime de monitorat n'était étayée par aucun élément et d'autre part que le salarié produit un tableau très précis qui constitue son annexe 7 ; que ces deux motifs de fait sont parfaitement inconciliables : qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Monsieur X... de sa demande de rappel de salaire pour la période du 1er décembre 2008 au 30 septembre 2009.

AUX MOTIFS QUE Sur la demande de rappel de salaire du 1er décembre 2008 au 30 septembre 2009 : que pour annuler les décisions administratives ayant refusé d'autoriser la S.A.S. GROUPE CAYON à licencier Nicolas X..., la Cour administrative d'appel de Lyon, par arrêt du 31 mai 2012, a dit que le refus du salarié d'accepter la modification de ses conditions de travail était fautive ; que ce motif, qui constitue le soutien nécessaire de sa décision, s'impose à la Cour d'appel de Lyon, saisie du présent litige ; qu'il en résulte que l'inexécution par Nicolas X... d'une prestation de travail du 1er décembre 2008 au 30 septembre 2009 est imputable au salarié lui-même qui ne peut, en conséquence, prétendre au versement de la rémunération correspondante ; que Nicolas X... sera débouté de ce chef de demande, le jugement entrepris étant confirmé.

ET aux motifs éventuellement adoptés QUE Sur le rappel de salaire pour la période du 1er décembre 2008 au 30 septembre 2009 : qu'à la lecture attentive des pièces versées aux débats il apparaît que M. Nicolas X... a refusé d'exécuter son contrat de travail et ce

malgré les mises en demeure de la SAS GROUPE CAYON. Que dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de M. Nicolas X... tendant au paiement des salaires pour la période du 1er décembre 2008 au 30 septembre 2009.

ALORS QU'aucune modification de son contrat de travail ou changement de ses conditions de travail ne peut être imposé à un salarié protégé, et qu'en cas de refus par celui-ci de cette modification ou de ce changement, l'employeur doit poursuivre le contrat de travail aux conditions antérieures ou engager la procédure de licenciement en saisissant l'autorité administrative d'une demande d'autorisation de licenciement ; que dans son arrêt du 31 mai 2012, la cour administrative d'appel de Lyon, dont les constatations s'imposent au juge judiciaire, a retenu que la SAS GROUPE CAYON a modifié les conditions de travail de Monsieur X... ; qu' en déboutant pourtant Monsieur X... de sa demande de rappel de salaire au motif que l'inexécution d'une prestation de travail du 1er décembre 2008 au 20 septembre 2009, suite à ce changement de ses conditions de travail lui était la Cour d'appel a violé les articles L.2411-1 et L.2411-8 du code du travail.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la demande de rappel de salaire pour la période du 1er octobre 2009 au 29 février 2012.

AUX MOTIFS QUE Sur la demande de rappel de salaire du 1er octobre 2009 au 29 février 2012: que Nicolas X... fait valoir qu'à compter de sa reprise du travail, il a été rémunéré sur la base de 169 heures mensuelles de travail et non de 210 heures comme auparavant ; qu'il sollicite le rappel de salaire correspondant à cette différence de volume horaire d'activité ; Mais que si les bulletins de paie de mars 2007 à juillet 2008 portent mention d'un nombre d'heures rémunérées au moins égal à 210 heures, jamais aucun accord n'était intervenu entre les parties pour convenir de la rémunération de Nicolas X... sur la base d'un forfait ; qu'il s'agissait d'une décision unilatérale de l'employeur, contraire aux termes du contrat de travail, et n'ayant jamais reçu l'aval de l'appelant ; que celui-ci était donc sans droit à la pérennisation de ce mode de rémunération ; Qu'en conséquence, le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il a débouté Nicolas X... de sa demande de rappel de salaire sur la période du 1er octobre 2009 au 29 février 2012.

ET aux motifs éventuellement adoptés QUE Sur le rappel de salaire pour la période du 1er octobre 2009 au 31 octobre 2011 qu'aux termes de l'article L. 3121-38 du Nouveau Code du Travail : La durée du travail de tout salarié peut être fixée par une convention individuelle de forfait en heures sur la semaine ou sur le mois. qu'aux termes de l'article L. 3121-39 du Nouveau Code du Travail : La conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions. qu'aux termes de l'article L. 3121-40 du Nouveau Code du Travail : La conclusion d'une convention individuelle de forfait requiert l'accord du salarié. La convention est établie par

écrit. qu'aux termes de l'article L. 3121-41 du Nouveau Code du Travail : La rémunération du salarié ayant conclu une convention de forfait en heures est au moins égale à la rémunération minimale applicable dans l'entreprise pour le nombre d'heures correspondant à son forfait, augmentée des majorations pour heures supplémentaires prévues à l'article L. 3121-22. que l'accord d'entreprise du 16 octobre 2009, rappelle les règles de calcul de la rémunération du temps de service en excluant expressément tout principe de forfait au-delà de 169 heures pour les conducteurs courtes distances et 186 heures pour les grands routiers. qu'à la lecture attentive du contrat de travail et des deux avenants versés aux débats il apparaît que M. Nicolas X... était rémunéré sur la base de 169 heures mensuelles. que dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de M. Nicolas X... tendant au paiement des salaires pour la période du 1^{er} octobre 2009 au 31 octobre 2011.

ALORS QUE le contrat de travail ne peut être modifié sans l'accord du salarié ; que le salarié peut seul se prévaloir de cette règle édictée pour la protection de son consentement ; que la durée du travail est un élément du contrat de travail ; que la cour d'appel a constaté que le contrat de travail stipulait une durée de travail de 169 heures, que Monsieur X... avait été rémunéré de mars 2007 à juillet 2008 sur la base de 210 heures mensuelles et que l'employeur a unilatéralement modifié la durée du travail pour la ramener à 169 heures lorsque Monsieur X... a repris son activité le 1^{er} octobre 2009 ; qu'en déboutant le salarié de sa demande de rappel de salaire pour la période du 1^{er} octobre 2009 au 29 février 2012, au motif que jamais aucun accord n'était intervenu entre les parties pour convenir de la rémunération de Nicolas X... sur la base d'un forfait et qu'il s'agissait d'une décision unilatérale de l'employeur, contraire aux termes du contrat de travail, et n'ayant jamais reçu l'aval de l'appelant la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ensemble l'article L.1221-1 du code du travail.

ET ALORS QUE les dispositions prévues par les articles L.3121-38 et L.3121-40 du Code du travail ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui seul peut se prévaloir de leur inobservation ; que pour rejeter la demande de rappel de salaire de Monsieur X..., la cour d'appel a retenu que jamais aucun accord n'était intervenu entre les parties pour convenir de la rémunération de Nicolas X... sur la base d'un forfait ; qu'en se fondant sur le non-respect des articles L.2131-38 et -40 du code du travail invoqués par l'employeur dans ses conclusions pour dire que Monsieur X... ne pouvait se prévaloir de la convention de forfait qui lui avait été appliquée de mars 2007 à juillet 2008 et dont il réclamait l'application, la cour d'appel a violé les articles L.3121-38 et L.3121-40 du code du travail.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Monsieur X... de sa demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire du 8 octobre 2010.

AUX MOTIFS QUE Sur la demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire du 8 octobre 2010: qu'en refusant de prendre son service à Vénissieux les 8 juillet, 10 juillet et 7 septembre 2010, et à Saint-Priest les 3, 4 et 5 août 2010, et en se présentant sans raison valable sur le site de la S.A.S. GROUPE CAYON à Villefranche-sur-Saône, Nicolas X... a commis une insubordination qui justifie la mise à pied qui lui a été notifiée et qui est

proportionnée à la faute commise ET aux motifs éventuellement adoptés QUE Sur la demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire notifiée le 08 octobre 2010 : qu'il apparaît à la lecture attentive des pièces versées aux débats que M. Nicolas X... a refusé de prendre son service à Vénissieux le 07 septembre 2010 à la demande de Mme Nadia Y... agent d'exploitation. également que M. X... ne rapporte pas la preuve que sa prise de poste est située à Villefranche sur Saône de sorte qu'il n'était nullement tenu de se rendre à Vénissieux en tant que salarié protégé. que dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de M. Nicolas X... tendant à l'annulation de la mise à pied disciplinaire notifiée le 08 octobre 2010.

ALORS QUE le salarié invoquait que son contrat de travail prévoyait une prise de poste à Villefranche-sur-Saône et qu'en exigeant qu'il prenne son poste à Vénissieux sans lui fournir de véhicule, l'employeur modifiait son contrat ; qu'en négligeant de répondre à ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

ET ALORS QUE le salarié prétendait avoir pris son poste sur le site de Villefranche-sur-Saône au lieu de Vénissieux afin de pouvoir récupérer une attestation de non activité, document que son employeur devait lui remettre avant qu'il reprenne son service ; qu'en négligeant de répondre à ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Monsieur X... de sa demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire du 13 décembre 2010.

AUX MOTIFS QUE Sur la demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire du 13 décembre 2010 : qu'en refusant de prendre son service à Belleville-sur-Saône les 18, 21, 22 octobre et 16 novembre 2010, et en se présentant sans raison valable sur le site de la S.A.S. GROUPE CAYON Villefranche-sur-Saône, Nicolas X... a commis une insubordination qui justifie la mise à pied qui lui a été notifiée et qui est proportionnée à la faute commise.

ET aux motifs éventuellement adoptés QUE Sur la demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire notifiée le 13 décembre 2010 : qu'il apparaît à la lecture attentive des pièces versées aux débats que M. Nicolas X... : a refusé de prendre son service les 18, 21 et 22 octobre 2010 ainsi que le 16 novembre 2010 à la demande de M. Yves Z..., son exploitant ; a saisi manuellement dans le chrono tachygraphe numérique des séquences de temps de mise à disposition pour la période du 23 septembre 2010 de 00 h 00 à 04 h 00, pour celle du 24 septembre 2010 de 8 h 55 à 24 h 00 ainsi que pour celle du 07 octobre 2010 de 00 h 00 à 15 h 01 ; que dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de M. Nicolas X... tendant à l'annulation de la mise à pied disciplinaire notifiée le 13 décembre 2010.

ALORS QUE le salarié soutenait avoir pris son poste sur le site de Villefranche-sur-Saône

afin de pouvoir récupérer une attestation de non activité, document que son employeur devait lui remettre avant qu'il reprenne son service ; qu'en négligeant de répondre à ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la demande de Monsieur X... au titre du harcèlement moral.

AUX MOTIFS QUE Sur la demande nouvelle de dommages-intérêts pour harcèlement moral : qu'aux termes de l'article L 1154-1 du code du travail, en cas de litige relatif à l'application des articles L 1152-1 à L 1152-3, dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; que le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; Que les faits mis en avant par Nicolas X... sont : - le fait que l'employeur n'a pas hésité à le décrier lors de réunions des délégués du personnel, - le procès-verbal du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, dans lequel il est accusé à tort, reste affiché dans les vestiaires à Chalon-sur-Saône depuis le 25 octobre 2010, l'employeur s'est rendu complice du harcèlement du responsable des ressources humaines et a pris position en faveur du harceleur, - la direction a cautionné le blocage du dernier téléphone professionnel dont disposait Nicolas X... à un seul appelant nominatif la dernière année, - la direction lui faisait balayer les remorques devant les bureaux de l'exploitation à Chalon, - ses demandes de congés recevaient une réponse proche de la date de son départ, - le refus de la S.A.S. GROUPE CAYON pendant plusieurs mois de lui verser régulièrement son salaire ; Que Nicolas X... ne peut revendiquer le droit de s'exprimer librement, et parfois avec véhémence, au cours des réunions des délégués du personnel, comme d'ailleurs du comité d'entreprise, et restreindre la possibilité pour le représentant de l'employeur de s'exprimer à son tour ; qu'aucun élément ne permet de vérifier les conditions d'affichage du procès-verbal de réunion du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail à Chalon-sur-Saône ; que Nicolas X... est sans qualité pour solliciter réparation du harcèlement moral éventuellement subi par d'autres salariés ; que Nicolas X... n'a jamais demandé au service atelier de résoudre le problème purement technique de fonctionnement de son téléphone, préférant entretenir une vaine polémique ; que l'appelant ne peut tirer de ses écrits à l'employeur (pièces n°177 et 180) la preuve de ce qu'on l'a obligé à balayer les remorques à Chalon ; que le salarié a demandé le 15 juin 2011 seulement à partir en congé le 18 juillet ; que la date à laquelle le congé sollicité lui a été accordé n'est pas connue ; que le refus de lui verser son salaire était justifié par l'absence de toute prestation de travail ; Que Nicolas X... n'établissant pas des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, sa demande de dommages-intérêts sera rejetée.

ALORS QUE la cour d'appel a rejeté la demande de dommages et intérêts pour harcèlement notamment au motif que l'employeur était fondé à ne pas rémunérer Monsieur X... pour la période du 1er décembre 2008 au 30 septembre 2009 ; que Monsieur X... sollicite dans son troisième moyen la cassation de l'arrêt en ce qu'il l'a

débouté de cette demande de rappel de salaire ; que la cassation à intervenir sur ce troisième moyen entraînera la cassation par voie de conséquence sur ce dernier moyen en application de l'article 624 du code de procédure civile.

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Groupe Cayon, demanderesse au pourvoi incident.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'exposante à payer à Monsieur X... la somme de 5315,73 euros à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires, de 531,57 euros au titre des congés payés afférents, de l'AVOIR condamnée et aux dépens et de l'AVOIR déboutée de sa demande au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la demande de rappel de salaire sur les heures supplémentaires (mars 2007 à mai 2008) Attendu que l'examen des bulletins de paie communiqués fait apparaître qu'au cours de la période de mars 2007 à mai 2008 couverte par la demande, Nicolas X... a été soumis à un forfait mensuel de 210 heures de travail, comprenant 152 heures rémunérées au taux de base, 17 heures rémunérées au taux majoré de 25%, 17 heures supplémentaires rémunérées au taux majoré de 25%, 24 heures supplémentaires rémunérées au taux majoré de 50%; Que Nicolas X... sollicite paiement d'heures supplémentaires qu'il affirme avoir effectuées au-delà du forfait de 210 heures ; Attendu que selon l'article 6 (1°) du décret n°83-40 du 26 janvier 1983 relatif aux modalités d'application des dispositions du code du travail concernant la durée du travail dans les entreprises de transport routier de marchandises, la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; que cette durée est égale à l'amplitude de la journée de travail, définie au paragraphe 1 de l'article 6, diminuée de la durée totale des coupures et du temps consacré aux repas, à l'habillage et au cassecroûte, dans le respect des dispositions de l'article L. 212-4 du code du travail (devenu L 3121-2) selon lesquelles le temps nécessaire à la restauration ainsi que les temps consacrés aux coupures sont considérés comme du temps de travail effectif lorsque les critères définis au premier alinéa de l'article L. 212-4 (devenu L 3121-1) sont réunis ; Attendu qu'aux termes de l'article 4 du décret n°83-40, la durée hebdomadaire du travail est calculée sur une semaine ; qu'en l'absence d'accord conclu dans le cadre des dispositions de l'article L. du code du travail, devenu L 3122-9, la durée hebdomadaire du travail des personnels roulants peut être calculée sur une durée supérieure à la semaine, sans pouvoir dépasser trois mois, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel s'ils existent ; Que le cadre du calcul de la durée du travail fait d'ailleurs difficulté depuis longtemps dans le Groupe CAYON puisque par jugement du 24 octobre 2002, le Tribunal administratif de Dijon a rejeté la requête de l'employeur tendant à l'annulation d'une décision de l'inspecteur du travail, confirmée par le ministre des transports, qui avait rejeté sa demande de dérogation au calcul de la durée du travail à la semaine pour les personnels roulants "grands routiers" ; qu'en l'espèce, les accords d'entreprise des 16 octobre 2009 et 29 octobre 2010, auxquels se réfère la S.A.S. GROUPE CAYON, sont postérieurs à la période couverte par la demande de rappel de salaire et sont donc inopérants ; que la société intimée ne démontre pas qu'elle satisfaisait de mars 2007 à mai 2008 aux conditions réglementaires requises pour déroger au cadre

hebdomadaire du calcul de la durée du travail ; que les calculs qu'elle a effectués à l'intérieur du module mensuel sont par conséquent erronés ; Que Nicolas X... a fait application des dispositions l'article 5 (1°) du décret n°83-40 dans les feuilles de travail qu'il communique et sur la base desquelles il a établi le tableau récapitulatif des heures supplémentaires non payées qui constitue sa pièce n°210 (annexe 2) ; que contrairement à ce que soutient la S.A.S. GROUPE CAYON, il n'a pas confondu amplitude de la journée de travail et temps de travail effectif ; que les erreurs ponctuelles inévitables dans ce type de calculs, telles celles relevées par la société les 29, 30 mai 2007 et 3 avril 2008, ne lui sont pas toujours favorables ; que l'employeur admet en effet que les écarts constatés en cas de conduite en double équipage entre les décomptes d'heures des deux chauffeurs ne sont pas systématiquement en faveur de Nicolas X..., ainsi le 7 juin 2007 ; Attendu qu'interprétant l'article 15 du règlement (CEE) n°3821/85 du Conseil du 20 décembre 1985, qui définit les périodes de temps que les conducteurs doivent enregistrer distinctement et séparément, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit, dans un arrêt C-297/99 du 18 janvier 2001, que l'obligation pour le conducteur d'enregistrer tous les autres temps de travail concerne également :

- les périodes consacrées par un conducteur aux déplacements nécessaires pour prendre en charge un véhicule soumis à l'obligation d'installer et d'utiliser un appareil de contrôle et situé en un lieu autre que le domicile du conducteur ou le centre d'exploitation de l'employeur, que celui-ci ait donné des instructions à cet égard ou que le choix de l'horaire et des modalités de transport ait appartenu au conducteur,
- les périodes consacrées par un conducteur à la conduite dans le cadre d'un service de transport qui échappe au domaine d'application du règlement n° 3821/86, avant la prise en charge d'un véhicule soumis à l'application de ce règlement ;

Qu'aux termes de l'article 9 du règlement CE n° 561/2006 du 15 mars 2006, tout temps passé par un conducteur pour se rendre sur le lieu de prise en charge d'un véhicule entrant dans le champ d'application du présent règlement ou en revenir, lorsque celui-ci ne se trouve ni au lieu de résidence du conducteur ni à l'établissement de l'employeur auquel le conducteur est normalement rattaché, n'est pas considéré comme repos ou pause, à moins que le conducteur se trouve dans un ferry ou un train et ait accès à une couchette ; que tout temps passé par un conducteur conduisant un véhicule n'entrant pas dans le champ d'application du présent règlement pour se rendre sur le lieu de prise en charge d'un véhicule entrant dans le champ d'application du présent règlement ou en revenir, lorsque celui-ci ne se trouve ni au lieu de résidence du conducteur ni à l'établissement de l'employeur auquel le conducteur est normalement rattaché, est considéré comme une autre tâche ;

Qu'il en résulte que la S.A.S. GROUPE CAYON n'est pas fondée à soutenir que les trajets effectués par Nicolas X... entre son domicile à Chatillon d'Azergues (Rhône) et ses divers lieux de prise de poste, tels Irigny, Feyzin, Saint-Priest, Chasse-sur-Rhône, Genay, Vénissieux, etc, au moyen d'un véhicule de service jusqu'en mai 2008, et conformément aux instructions de son employeur, n'étaient pas des temps de travail effectif au sens de l'article L 3121-1 du code du travail, quelle que soit la distance séparant ces lieux du domicile du salarié ; Qu'appréciant les éléments communiqués par l'une et l'autre partie conformément aux prescriptions de l'article L 3171-4 du code du travail, la Cour en retire la conviction que Nicolas X... a effectué les 419,71 heures supplémentaires dont il sollicite le paiement ; que la S.A.S. GROUPE CAYON sera donc condamnée à lui payer un rappel de salaire de 5 315,73 € outre 531,57 € au titre des congés payés afférents ;

(...)

Sur la demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire du 8 octobre 2010 : Attendu qu'en refusant de prendre son service à Vénissieux les 8 juillet, 10 juillet et 7 septembre 2010, et à Saint-Priest les 3, 4 et 5 août 2010, et en se présentant sans raison valable sur le site de la S.A.S. GROUPE CAYON à Villefranche-sur-Saône, Nicolas X... a commis une insubordination qui justifie la mise à pied qui lui a été notifiée et qui est proportionnée à ta faute commise ;

Sur la demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire du 13 décembre 2010 :

Attendu qu'en refusant de prendre son service à Belleville-sur-Saône les 18,21,22 octobre et 16 novembre 2010, et en se présentant sans raison valable sur le site de la S.A.S. GROUPE CAYON à Villefranche-sur-Saône, Nicolas X... a commis une insubordination qui justifie la mise à pied qui lui a été notifiée et qui est proportionnée à la faute commise ;

1. ALORS QU'aux termes de l'article L. 3121-4 du Code du Travail, si le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, il fait l'objet d'une contrepartie soit sous forme de repos, soit financière, laquelle est déterminée par convention ou accord collectif de travail ou à défaut, par décision unilatérale de l'employeur prise après consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, s'il en existe ; qu'en application de ce texte, il appartient au juge de vérifier si le temps de trajet pour se rendre sur les sites où a travaillé le salarié excède le temps nécessaire à un travailleur pour se rendre de son domicile à son lieu de travail habituel, et dans l'affirmative, en l'absence d'accord collectif ou d'engagement unilatéral pris conformément à l'article L. 3121-4 du code du travail, d'en déterminer la contrepartie ; qu'en considérant que les trajets effectués par Monsieur X... pour se rendre entre son domicile et divers lieux de prise de poste constituaient du travail effectif, sans s'assurer que le temps ainsi passé excédait celui nécessaire pour se rendre à son lieu de travail habituel, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-4 du Code du travail ;

2. ALORS QU'en application de L. 3121-4 du Code du Travail, le temps passé pour se rendre sur un lieu de prise de poste ne constitue jamais du temps de travail ; qu'aux termes de l'article 5 du décret n°83-40 du 26 janvier 1983 tel que modifié par le décret 2007-13 du 4 janvier 2007 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier de marchandises, la durée du travail des personnels roulants est le temps pendant lequel le conducteur est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles ; qu'en considérant que le temps que mettait le salarié pour se rendre de son domicile à ses différents lieux d'affectation constituait du temps de travail effectif, la Cour d'appel a violé les articles L 3121-1 du Code du Travail, L. 3221-4, ensemble le décret n°83-40 du 26 janvier 1983 tel que modifié par le décret 2007-13 du 4 janvier 2007 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier de marchandises ;

3. ET ALORS QU'en application de l'article 9 du règlement CE 561/2006 du 15 mars 2006,

tout temps passé par un conducteur pour se rendre sur le lieu de prise en charge d'un véhicule ou en revenir, lorsque celui-ci ne se trouve ni au lieu de résidence du conducteur ni à l'établissement de l'employeur auquel le conducteur est normalement rattaché, n'est pas considéré comme repos ou pause, à moins que le conducteur se trouve dans un ferry ou un train et ait accès à une couchette, mais comme une « autre tâche » ; qu'en se fondant sur ce texte pour considérer que le temps passé entre le domicile et ses lieux de prise de poste devait être considéré comme du temps de travail, tout en s'abstenant de rechercher quel était le lieu de rattachement habituel du salarié, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 9 du règlement CE 561/2006 du 15 mars 2006 ;

4. ET ALORS QU'en tout état de cause, même lorsque le lieu de prise en charge du véhicule ne correspond pas au lieu de rattachement habituel du salarié, le temps passé pour se rendre sur ledit lieu n'est pas défini par le règlement CE 561/2006 du 15 mars 2006 comme du temps de travail effectif ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé l'article 9 du règlement CE 561/2006 du 15 mars 2006 ;

5. ET ALORS QUE les juges sont tenus de répondre aux conclusions des parties ; que l'exposante avait fait valoir qu'au lieu de se rendre directement de son domicile à son lieu de prise de poste, Monsieur X... effectuait un détour injustifié par le site de VILLEFRANCHE SUR SAONE, et qu'il avait ensuite pris en compte le temps ainsi passé à des trajets injustifiés pour effectuer son décompte d'heures supplémentaires ; qu'en ne se prononçant pas sur cet élément, ce d'autant qu'elle avait considéré, pour refuser d'annuler deux mises à pied disciplinaires, que le salarié s'était effectivement présenté, à de multiples reprises et sans raison valable, sur le site VILLEFRANCHE SUR SAONE au lieu de se présenter sur son lieu de prise de poste, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

6. ALORS QUE les juges ne peuvent allouer que les heures supplémentaires effectivement réalisées ; qu'en faisant droit aux sommes réclamées par le salarié, tout en relevant que son décompte comportait des erreurs, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations, a violé l'article 3171-4 du Code du travail ;

7. ET ALORS QUE les juges doivent statuer conformément aux règles de droit applicables ; qu'en retenant, pour allouer au salarié la somme qu'il réclamait au titre d'heures supplémentaires, qu'elle avait la « conviction » que Monsieur X... avait effectué les heures dont il réclamait le paiement, la Cour d'appel a violé l'article 12 du Code de procédure civile ;

8. ET ALORS QU'un décompte établi par le salarié permet seulement d'étayer une demande d'heures supplémentaires ; qu'en présence d'un tel décompte, il revient aux juges du fond d'examiner si les pièces produites par l'employeur permettent de justifier des horaires salarié, et enfin de se prononcer sur le nombre d'heures effectuées ; qu'en l'espèce, l'employeur justifiait des horaires effectifs du salarié par la production de relevés de disques chronotachygraphes ainsi que de cartes électroniques dont étaient équipés les véhicules qu'il avait conduits sur la période litigieuse ; qu'en se fondant sur le seul décompte établi par le salarié pour faire droit à sa demande, sans examiner si les horaires

dont se prévalait l'employeur n'étaient pas établis par les pièces qu'il versait aux débats, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3171-4 du Code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'exposante à payer à Monsieur X... la somme de 3827,75 euros à titre d'indemnité pour perte des repos compensateurs, de 382,77 euros au titre de congés payés afférents, de l'AVOIR condamnée et aux dépens et de l'AVOIR déboutée de sa demande au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la demande de rappel de salaire sur les heures supplémentaires (mars 2007 à mai 2008)

Attendu que l'examen des bulletins de paie communiqués fait apparaître qu'au cours de la période de mars 2007 à mai 2008 couverte par la demande, Nicolas X... a été soumis à un forfait mensuel de 210 heures de travail, comprenant

152 heures rémunérées au taux de base,

17 heures rémunérées au taux majoré de 25%,

17 heures supplémentaires rémunérées au taux majoré de 25%,

24 heures supplémentaires rémunérées au taux majoré de 50%;

Que Nicolas X... sollicite paiement d'heures supplémentaires qu'il affirme avoir effectuées au-delà du forfait de 210 heures ;

Attendu que selon l'article 6 (1°) du décret n°83-40 du 26 janvier 1983 relatif aux modalités d'application des dispositions du code du travail concernant la durée du travail dans les entreprises de transport routier de marchandises, la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; que cette durée est égale à l'amplitude de la journée de travail, définie au paragraphe 1 de l'article 6, diminuée de la durée totale des coupures et du temps consacré aux repas, à l'habillage et au cassecroûte, dans le respect des dispositions de l'article L. 212-4 du code du travail (devenu L 3121-2) selon lesquelles le temps nécessaire à la restauration ainsi que les temps consacrés aux coupures sont considérés comme du temps de travail effectif lorsque les critères définis au premier alinéa de l'article L. 212-4 (devenu L 3121-1) sont réunis ;

Attendu qu'aux termes de l'article 4 du décret n°83-40, la durée hebdomadaire du travail est calculée sur une semaine ; qu'en l'absence d'accord conclu dans le cadre des dispositions de l'article L. 212-8 du code du travail, devenu L 3122-9, la durée hebdomadaire du travail des personnels roulants peut être calculée sur une durée supérieure à la semaine, sans pouvoir dépasser trois mois, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel s'ils existent ;

Que le cadre du calcul de la durée du travail fait d'ailleurs difficulté depuis longtemps dans le Groupe CAYON puisque par jugement du 24 octobre 2002, le Tribunal administratif de Dijon a rejeté la requête de l'employeur tendant à l'annulation d'une décision de l'inspecteur du travail, confirmée par le ministre des transports, qui avait rejeté sa demande de dérogation au calcul de la durée du travail à la semaine pour les personnels roulants "grands routiers" ; qu'en l'espèce, les accords d'entreprise des 16 octobre 2009 et 29 octobre 2010, auxquels se réfère la S.A.S. GROUPE CAYON, sont postérieurs à la période couverte par la demande de rappel de salaire et sont donc inopérants ; que la société intimée ne démontre pas qu'elle satisfaisait de mars 2007 à mai 2008 aux conditions réglementaires requises pour déroger au cadre hebdomadaire du calcul de la durée du travail ; que les calculs qu'elle a effectués à l'intérieur du module mensuel sont par conséquent erronés ;

Que Nicolas X... a fait application des dispositions l'article 5 (1°) du décret n°83-40 dans les feuilles de travail qu'il communique et sur la base desquelles il a établi le tableau récapitulatif des heures supplémentaires non payées qui constitue sa pièce n°210 (annexe 2) ; que contrairement à ce que soutient la S.A.S. GROUPE CAYON, il n'a pas confondu amplitude de la journée de travail et temps de travail effectif ; que les erreurs ponctuelles inévitables dans ce type de calculs, telles celles relevées par la société les 29, 30 mai 2007 et 3 avril 2008, ne lui sont pas toujours favorables ; que l'employeur admet en effet que les écarts constatés en cas de conduite en double équipage entre les décomptes d'heures des deux chauffeurs ne sont pas systématiquement en faveur de Nicolas X..., ainsi le 7 juin 2007

Attendu qu'interprétant l'article 15 du règlement (CEE) n° 3821/85 du Conseil du 20 décembre 1985, qui définit les périodes de temps que les conducteurs doivent enregistrer distinctement et séparément, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit, dans un arrêt C-297/99 du 18 janvier 2001, que l'obligation pour le conducteur d'enregistrer tous les autres temps de travail concerne également :

- les périodes consacrées par un conducteur aux déplacements nécessaires pour prendre en charge un véhicule soumis à l'obligation d'installer et d'utiliser un appareil de contrôle et situé en un lieu autre que le domicile du conducteur ou le centre d'exploitation de l'employeur, que celui-ci ait donné des instructions à cet égard ou que le choix de l'horaire et des modalités de transport ait appartenu au conducteur,
- les périodes consacrées par un conducteur à la conduite dans le cadre d'un service de transport qui échappe au domaine d'application du règlement n° 3821/86, avant la prise en charge d'un véhicule soumis à l'application de ce règlement ;

Qu'aux termes de l'article 9 du règlement CE n° 561/2006 du 15 mars 2006, tout temps passé par un conducteur pour se rendre sur le lieu de prise en charge d'un véhicule entrant dans le champ d'application du présent règlement ou en revenir, lorsque celui-ci ne se trouve ni au lieu de résidence du conducteur ni à l'établissement de l'employeur auquel le conducteur est normalement rattaché, n'est pas considéré comme repos ou pause, à moins que le conducteur se trouve dans un ferry ou un train et ait accès à une couchette ; que tout temps passé par un conducteur conduisant un véhicule n'entrant pas dans le champ d'application du présent règlement pour se rendre sur le lieu de prise en charge d'un véhicule entrant dans le champ d'application du présent règlement ou en revenir, lorsque celui-ci ne se trouve ni au lieu de résidence du conducteur ni à l'établissement de l'employeur auquel le conducteur est normalement rattaché, est

considéré comme une autre tâche ;

Qu'il en résulte que la S.A.S. GROUPE CAYON n'est pas fondée à soutenir que les trajets effectués par Nicolas X... entre son domicile à Chatillon d'Azergues (Rhône) et ses divers lieux de prise de poste, tels Irigny, Feyzin, Saint-Priest, Chasse-sur-Rhône, Genay, Vénissieux, etc, au moyen d'un véhicule de service jusqu'en mai 2008, et conformément aux instructions de son employeur, n'étaient pas des temps de travail effectif au sens de l'article L 3121-1 du code du travail, quelle que soit la distance séparant ces lieux du domicile du salarié ;

Qu'appréciant les éléments communiqués par l'une et l'autre partie conformément aux prescriptions de l'article L 3171-4 du code du travail, la Cour en retire la conviction que Nicolas X... a effectué les 419,71 heures supplémentaires dont il sollicite le paiement ; que la S.A.S. GROUPE CAYON sera donc condamnée à lui payer un rappel de salaire de 5 315,73 € outre 531,57 € au titre des congés payés afférents ;

(...)

Sur les repos compensateurs :

Attendu que selon les mentions des bulletins de paie, Nicolas X... avait acquis au 31 mai 2008 31,04 heures de repos compensateur ; qu'il a bénéficié de ces repos début juin 2008 ; qu'il peut donc seulement prétendre aux repos compensateurs auxquels lui ouvraient droit les heures supplémentaires en paiement desquelles lui est alloué un rappel de salaire de 5 315,73 E ; qu'une somme de 3 827,75 € lui sera accordée à titre d'indemnité pour la perte des repos compensateurs, outre 382,77 € au titre des congés payés afférents ;

Sur la demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire du 8 octobre 2010 :

Attendu qu'en refusant de prendre son service à Vénissieux les 8 juillet, 10 juillet et 7 septembre 2010, et à Saint-Priest les 3, 4 et 5 août 2010, et en se présentant sans raison valable sur le site de la S.A.S. GROUPE CAYON à Villefranche-sur-Saône, Nicolas X... a commis une insubordination qui justifie la mise à pied qui lui a été notifiée et qui est proportionnée à ta faute commise ;

Sur la demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire du 13 décembre 2010 :

Attendu qu'en refusant de prendre son service à Belleville-sur-Saône les 18,21,22 octobre et 16 novembre 2010, et en se présentant sans raison valable sur le site de la S.A.S. GROUPE CAYON à Villefranche-sur-Saône, Nicolas X... a commis une insubordination qui justifie la mise à pied qui lui a été notifiée et qui est proportionnée à la faute commise ;

1. ALORS QUE la Cour d'appel ayant alloué les repos compensateurs afférents aux heures supplémentaires auxquelles elle a condamné l'exposante, la cassation du chef du

premier moyen de cassation du pourvoi incident entraînera celle des motifs critiqués par le présent moyen, en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

2. ALORS QUE les juges sont tenus de répondre aux conclusions des parties ; qu'en l'espèce, l'employeur avait fait valoir que, dans le secteur transports routiers de marchandises tel que régi par le décret le décret n° 83-40 du 26 janvier 1983 modifié, le calcul des repos compensateurs s'effectuait au trimestre et non à la semaine et qu'en conséquence les calculs présentés par le salarié étaient erronés ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

3. ALORS QU'une insuffisance de motivation équivaut à un défaut de motivation ; qu'en condamnant l'exposante à payer au salarié une certaine somme à titre de repos compensateurs, sans préciser comment elle était parvenue à un tel résultat, la Cour d'appel a, de ce chef aussi, violé l'article 455 du Code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'exposante à payer à Monsieur X... la somme de 15445,08 euros à titre d'indemnité pour travail dissimulé de l'AVOIR condamnée et aux dépens et de l'AVOIR déboutée de sa demande au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la demande de rappel de salaire sur les heures supplémentaires (mars 2007 à mai 2008)

Attendu que l'examen des bulletins de paie communiqués fait apparaître qu'au cours de la période de mars 2007 à mai 2008 couverte par la demande, Nicolas X... a été soumis à un forfait mensuel de 210 heures de travail, comprenant

152 heures rémunérées au taux de base,

17 heures rémunérées au taux majoré de 25%,

17 heures supplémentaires rémunérées au taux majoré de 25%, 24 heures supplémentaires rémunérées au taux majoré de 50%;

Que Nicolas X... sollicite paiement d'heures supplémentaires qu'il affirme avoir effectuées au-delà du forfait de 210 heures ;

Attendu que selon l'article 6 (1°) du décret n°83-40 du 26 janvier 1983 relatif aux modalités d'application des dispositions du code du travail concernant la durée du travail dans les entreprises de transport routier de marchandises, la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; que cette durée est égale à l'amplitude de la journée de travail, définie au paragraphe 1 de l'article 6, diminuée de la durée totale des coupures et du temps consacré aux repas, à l'habillage et au casse-croûte, dans le respect des dispositions de l'article L, 212-4 du code du travail

(devenu L 3121-2) selon lesquelles le temps nécessaire à la restauration ainsi que les temps consacrés aux coupures sont considérés comme du temps de travail effectif lorsque les critères définis au premier alinéa de l'article L. 212-4 (devenu L 3121-1) sont réunis ;

Attendu qu'aux termes de l'article 4 du décret n°83-40, la durée hebdomadaire du travail est calculée sur une semaine ; qu'en l'absence d'accord conclu dans le cadre des dispositions de l'article L. 212-8 du code du travail, devenu L 3122-9, la durée hebdomadaire du travail des personnels roulants peut être calculée sur une durée supérieure à la semaine, sans pouvoir dépasser trois mois, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel s'ils existent ;

Que le cadre du calcul de la durée du travail fait d'ailleurs difficulté depuis longtemps dans le Groupe CAYON puisque par jugement du 24 octobre 2002, le Tribunal administratif de Dijon a rejeté la requête de l'employeur tendant à l'annulation d'une décision de l'inspecteur du travail, confirmée par le ministre des transports, qui avait rejeté sa demande de dérogation au calcul de la durée du travail à la semaine pour les personnels roulants "grands routiers" ; qu'en l'espèce, les accords d'entreprise des 16 octobre 2009 et 29 octobre 2010, auxquels se réfère la S.A.S. GROUPE CAYON, sont postérieurs à la période couverte par la demande de rappel de salaire et sont donc inopérants ; que la société intimée ne démontre pas qu'elle satisfaisait de mars 2007 à mai 2008 aux conditions réglementaires requises pour déroger au cadre hebdomadaire du calcul de la durée du travail ; que les calculs qu'elle a effectués à l'intérieur du module mensuel sont par conséquent erronés ;

Que Nicolas X... a fait application des dispositions l'article 5 (1°) du décret n° 83-40 dans les feuilles de travail qu'il communique et sur la base desquelles il a établi le tableau récapitulatif des heures supplémentaires non payées qui constitue sa pièce n° 210 (annexe 2) ; que contrairement à ce que soutient la S.A.S. GROUPE CAYON, il n'a pas confondu amplitude de la journée de travail et temps de travail effectif ; que les erreurs ponctuelles inévitables dans ce type de calculs, telles celles relevées par la société les 29, 30 mai 2007 et 3 avril 2008, ne lui sont pas toujours favorables ; que l'employeur admet en effet que les écarts constatés en cas de conduite en double équipage entre les décomptes d'heures des deux chauffeurs ne sont pas systématiquement en faveur de Nicolas X..., ainsi le 7 juin 2007 Attendu qu'interprétant l'article 15 du règlement (CEE) n°3821/85 du Conseil du décembre 1985, qui définit les périodes de temps que les conducteurs doivent enregistrer distinctement et séparément, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit, dans un arrêt C-297/99 du 18 janvier 2001, que l'obligation pour le conducteur d'enregistrer tous les autres temps de travail concerne également :

- les périodes consacrées par un conducteur aux déplacements nécessaires pour prendre en charge un véhicule soumis à l'obligation d'installer et d'utiliser un appareil de contrôle et situé en un lieu autre que le domicile du conducteur ou le centre d'exploitation de l'employeur, que celui-ci ait donné des instructions à cet égard ou que le choix de l'horaire et des modalités de transport ait appartenu au conducteur,

- les périodes consacrées par un conducteur à la conduite dans le cadre d'un service de transport qui échappe au domaine d'application du règlement n° 3821/86, avant la prise en charge d'un véhicule soumis à l'application de ce règlement ;

Qu'aux termes de l'article 9 du règlement CE n° 561/2006 du 15 mars 2006, tout temps passé par un conducteur pour se rendre sur le lieu de prise en charge d'un véhicule

entrant dans le champ d'application du présent règlement ou en revenir, lorsque celui-ci ne se trouve ni au lieu de résidence du conducteur ni à l'établissement de l'employeur auquel le conducteur est normalement rattaché, n'est pas considéré comme repos ou pause, à moins que le conducteur se trouve dans un ferry ou un train et ait accès à une couchette ; que tout temps passé par un conducteur conduisant un véhicule n'entrant pas dans le champ d'application du présent règlement pour se rendre sur le lieu de prise en charge d'un véhicule entrant dans le champ d'application du présent règlement ou en revenir, lorsque celui-ci ne se trouve ni au lieu de résidence du conducteur ni à l'établissement de l'employeur auquel le conducteur est normalement rattaché, est considéré comme une autre tâche ;

Qu'il en résulte que la S.A.S. GROUPE CAYON n'est pas fondée à soutenir que les trajets effectués par Nicolas X... entre son domicile à Chatillon d'Azergues (Rhône) et ses divers lieux de prise de poste, tels Irigny, Feyzin, Saint-Priest, Chasse-sur-Rhône, Genay, Vénissieux, etc, au moyen d'un véhicule de service jusqu'en mai 2008, et conformément aux instructions de son employeur, n'étaient pas des temps de travail effectif au sens de l'article L 3121-1 du code du travail, quelle que soit la distance séparant ces lieux du domicile du salarié ;

Qu'appréciant les éléments communiqués par l'une et l'autre partie conformément aux prescriptions de l'article L 3171-4 du code du travail, la Cour en retire la conviction que Nicolas X... a effectué les 419,71 heures supplémentaires dont il sollicite le paiement ; que la S.A.S. GROUPE CAYON sera donc condamnée à lui payer un rappel de salaire de 5 315,73 € outre 531,57 € au titre des congés payés afférents ;

(...)

Sur les repos compensateurs :

Attendu que selon les mentions des bulletins de paie, Nicolas X... avait acquis au 31 mai 2008 31,04 heures de repos compensateur ; qu'il a bénéficié de ces repos début juin 2008 ; qu'il peut donc seulement prétendre aux repos compensateurs auxquels lui ouvraient droit les heures supplémentaires en paiement desquelles lui est alloué un rappel de salaire de 5 315,73 € ; qu'une somme de 3 827,75 € lui sera accordée à titre d'indemnité pour la perte des repos compensateurs, outre 382,77 € au titre des congés payés afférents ;

Sur la demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire du 8 octobre 2010 :

Attendu qu'en refusant de prendre son service à Vénissieux les 8 juillet, 10 juillet et 7 septembre 2010, et à Saint-Priest les 3, 4 et 5 août 2010, et en se présentant sans raison valable sur le site de la S.A.S. GROUPE CAYON à Villefranche-sur-Saône, Nicolas X... a commis une insubordination qui justifie la mise à pied qui lui a été notifiée et qui est proportionnée à la faute commise ;

Sur la demande d'annulation de la mise à pied disciplinaire du 13 décembre 2010 :

Attendu qu'en refusant de prendre son service à Belleville-sur-Saône les 18,21,22 octobre

et 16 novembre 2010, et en se présentant sans raison valable sur le site de la S.A.S. GROUPE CAYON à Villefranche-sur-Saône, Nicolas X... a commis une insubordination qui justifie la mise à pied qui lui a été notifiée et qui est proportionnée à la faute commise ;

(...)

Sur la demande d'indemnité pour travail dissimulé :

Attendu qu'aux termes de l'article L 8221-5 du code du travail, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :

1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche :

2° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre premier de la troisième partie ;

Attendu qu'aux termes de l'article L 8223-1 du code du travail, en cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire ;

Que l'opacité de la durée du travail au sein du groupe CAYON est une donnée ancienne puisque l'inspectrice du travail la relevait déjà dans sa décision du 14 mars 2001 ; que le fait d'imposer à Nicolas X... un forfait mensuel de 210 heures de travail et de s'abstenir ensuite de décompter les heures de travail qui excédaient ce forfait, au point de méconnaître les dispositions de l'article 9 du règlement CE n° 56112006 du 15 mars 2006, manifeste l'intention de la S.A.S. GROUPE CAYON de dissimuler une partie des heures de travail réellement accomplies ;

Qu'en conséquence, la S.A.S. GROUPE CAYON sera condamnée à payer à Nicolas X... l'indemnité de 15 445,08 € qu'il sollicite pour travail dissimulé ;

1. ALORS QUE la condamnation au titre du travail dissimulé ayant été prononcée à raison du non-paiement des heures supplémentaires, la cassation du chef du premier moyen de cassation du pourvoi incident entraînera celle des motifs critiqués par le présent moyen, en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

2. ALORS QUE la dissimulation d'emploi salarié ne se déduit pas du seul défaut de paiement de l'intégralité des heures travaillées pas plus que d'incertitudes sur la durée du travail, au surplus pour une période précédant de plusieurs années celle de l'embauche du salarié; qu'en retenant, pour condamner l'employeur au paiement de l'indemnité afférente au travail dissimulé, que l'employeur n'aurait pas payé des heures supplémentaires en méconnaissance d'un règlement communautaire et que l'Inspectrice du travail aurait relevé « l'opacité de la durée du travail » dans une décision du 14 mars 2001, ce dont elle a déduit qu'il aurait agi intentionnellement, la Cour d'appel, qui n'a pas caractérisé ce

caractère intentionnel, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 8221-3, L. 8221-5, et L. 8223-1 du Code du Travail ;

3. ALORS QU'en ne précisant pas à quelle décision de l'Inspectrice du travail elle faisait référence, ni de quel élément elle déduisait cette dernière, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

4. ALORS QU'en n'invitant pas l'exposante à s'expliquer sur cette décision de l'Inspectrice du travail, dont ne se prévalait pas le salarié, la Cour d'appel a violé l'article du Code de procédure civile.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'exposante à payer à Monsieur X... la somme de 2000 euros à titre de discrimination syndicale, de l'AVOIR condamnée aux dépens et de l'AVOIR déboutée de sa demande au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « aux termes de l'article L 2141-5 du code du travail, il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail ; Attendu que selon l'article L 1132-1 du même code, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de ses activités syndicales ; Qu'aux termes de l'article L 1134-1, lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ; qu'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 ; que le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ;

Qu'en l'espèce, Nicolas X... invoque

1. son absence d'emploi du 20 juin 2008 au 12 octobre 2009,

2. l'absence de rémunération durant deux mois et sa rémunération incomplète du 1^{er} décembre 2008 au 30 septembre 2009,

3. son affectation depuis octobre 2009, de fait à un emploi de chauffeur-routier et non de conducteur moniteur,
4. le refus de l'employeur d'accéder à sa demande de formation pour la validation de ses certificats d'aptitude,
5. le refus d'accès sur le site de CALBERSON à Genay,
6. les sanctions disciplinaires injustifiées ;

Que les trois premiers griefs adressés à la S.A.S. GROUPE CAYON ne sont pas de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination, la Cour administrative d'appel ayant jugé que le refus de Nicolas X... d'accepter la modification de ses conditions de travail, qui était à l'origine de son absence d'emploi et de rémunération, était fautif ; que les mises à pied des 8 octobre et 13 décembre 2010 étaient justifiées ; qu'en ce qui concerne le grief n°4, la SAS. GROUPE CAYON justifie à la page 57 de ses écritures le refus opposé aux demandes de formation de Nicolas X... par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;

Attendu, cependant, que selon l'article L 2325-11 du code du travail, pour l'exercice de leurs fonctions, les membres élus du comité d'entreprise et les représentants syndicaux au comité d'entreprise peuvent, durant les heures de délégation, se déplacer hors de l'entreprise ; qu'ils peuvent également, tant durant les heures de délégation qu'en dehors de leurs heures habituelles de travail, circuler librement dans l'entreprise et y prendre tous contacts nécessaires à l'accomplissement de leur mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés ; Qu'en l'espèce, il résulte des pièces et des débats que la S.A. & GROUPE CAYON affecte des salariés, à titre temporaire ou permanent, sur le site de l'entreprise cliente CALBERSON ; que le salarié Jean A... ayant sollicité Nicolas X... le 23 décembre 2009 à la suite d'un incident qui l'avait opposé à ce client, Nicolas X... s'est vu opposer par la société CALBERSON une interdiction d'accès à ses installations et a dû rencontrer Jean A... à l'extérieur ; que Nicolas X... n'a donc pu rencontrer ce dernier à son poste de travail ainsi que l'article L 2325-11 l'y autorisait ; que l'explication de la S.A.S. GROUPE CAYON, qui prétend ne pouvoir imposer à ses clients les règles qu'ils appliquent à l'intérieur de leur site, est sans portée ; qu'il incombait en effet à la S.A.S. GROUPE CAYON d'anticiper la difficulté de sorte que les représentants du personnel puissent rencontrer sur leurs postes de travail les salariés affectés chez des clients dans les mêmes conditions que les salariés qui travaillent sur les sites de la société intimée ;

qu'il suffisait, selon l'inspecteur du travail, de faire figurer les représentants du personnel sur la liste des salariés du groupe CAYON susceptibles de pénétrer sur les sites des sociétés clientes ; que la restriction apportée à la liberté de circulation de Nicolas X... caractérise une discrimination syndicale, qui n'a causé qu'un préjudice limité puisque Nicolas X... a pu rencontrer Jean A... à l'extérieur ; Qu'en conséquence, la S.A.S. GROUPE CAYON sera condamnée à payer à Nicolas X... une somme de 2 000 E à titre de dommages-intérêts » ;

ALORS QUE la discrimination syndicale résulte de la prise en compte de l'activité

syndicale dans une décision de l'employeur ; que pour condamner l'exposante à ce titre, la Cour d'appel a retenu que l'un des clients de l'exposante n'avait pas permis à Nicolas X... de pénétrer dans l'enceinte de l'entreprise pour rencontrer un salarié, et que l'exposante aurait dû informer cette société cliente de ce qu'en sa qualité de représentant du personnel, il pouvait entrer sur le site ; qu'en statuant par ces motifs, la Cour d'appel, qui n'a pas relevé que cette omission aurait résulté d'une prise en considération de l'activité syndicale du salarié, mais a tout au contraire reproché à l'employeur de n'avoir pas pris en considération cette qualité en avisant l'entreprise cliente, ce dont il ne pouvait s'inférer aucune discrimination syndicale, a violé l'article L. 1132-1 du Code du Travail, ensemble son article L. 2141-5.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR annulé l'avertissement du 17 février 2010, de l'AVOIR déboutée de sa demande au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Attendu qu'aux termes des articles L 1333-1 et L 1333-2 du code du travail, dont les dispositions demeurent applicables lorsqu'un licenciement e été ultérieurement prononcé, le juge du contrat de travail peut, au vu des éléments que doit fournir l'employeur et de ceux que peut fournir le salarié, annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise ; Qu'en l'espèce, la S.A.S. GROUPE CAYON ne saisit la Cour d'aucun moyen opérant contre le jugement qui a annulé l'avertissement pour des motifs que la Cour adopte » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU' « aux termes de l'article L. 1333-1 nouveau du code du travail, en cas de litige, le conseil des prud'hommes apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction ; l'employeur fournit au conseil des prud'hommes les éléments retenus pour prendre la sanction ; au vu de ces éléments et ceux qui sont fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, le conseil des prud'hommes forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; si un doute subsiste, il profite au salarié ; qu'aux termes de l'article L. 1333-2 du Code du Travail, le conseil des prud'hommes peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise ; qu'il apparaît à la lecture attentive des pièces versées aux débats que le 16 février 2010 M. X... n'était pas en délégation mais qu'il apportait son assistance à M. B... Norbert salarié de la SAS GROUPE CAYON convoqué à un entretien préalable en vue d'une sanction disciplinaire ; attendu également que la SAS GROUPE CAYON ne conteste pas l'argument soulevé par Monsieur X... ; que dans ces conditions, il y a lieu de faire droit à la demande de M. X... tendant à l'annulation de l'avertissement notifié le 17 février 2010 » ;

1. ALORS QUE les heures de délégation d'un représentant syndical peuvent avoir pour objet de prêter assistance à un salarié convoqué à une éventuelle sanction disciplinaire ; qu'en l'espèce, Monsieur X... s'était vu notifier un avertissement pour n'avoir pas prévenu son employeur de ce que, le 16 février 2010, il serait absent de son poste dans le cadre de ses heures de délégation ; qu'en annulant ledit avertissement aux motifs que, le 16 février 2010, Monsieur X... n'était pas « en délégation » mais assistait l'un de ses

collègues à un entretien préalable à une éventuelle sanction disciplinaire, la Cour d'appel a statué par un motif inopérant, en violation de l'article 455 du Code de procédure civile ;

2. ALORS QU'en statuant ainsi, sans rechercher si le salarié n'aurait pas dû prévenir préalablement son employeur de son absence, que ce soit pour prendre ses heures de délégation ou pour assister l'un de ses collègues, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1331-1 et L. 1333-2 du Code du travail.

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel de Lyon , du 17 septembre 2013