

Le : 27/03/2015

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 3 mars 2015**

**N° de pourvoi: 13-23348**

ECLI:FR:CCASS:2015:SO00391

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Frouin (président), président**

SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bastia, 19 juin 2013), que M. X... a été engagé le 17 novembre 2009 par la société Patri auto en qualité de vendeur automobile ; que par lettre du 7 septembre 2010, l'employeur a reproché au salarié des absences injustifiées les 9, 17 juillet et 4 septembre 2010, et par lettre du 16 septembre 2010, il a rappelé ces trois absences, outre une le 11 septembre 2010 ; que les parties ont signé le 28 octobre 2010 une convention de rupture du contrat de travail ; que le salarié a exercé son droit de rétractation le 5 novembre suivant ; que le 16 novembre 2010, ce dernier a été convoqué à un entretien préalable au licenciement, qui lui a été notifié le 6 décembre suivant pour absences sans autorisation ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire le licenciement du salarié sans cause réelle et sérieuse et de le condamner au paiement d'une indemnité à cet effet, alors, selon le moyen :

1°/ que la prescription pour engager des poursuites disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement est interrompue par tout acte manifestant sans équivoque la volonté de l'employeur de tirer les conséquences des faits fautifs ; que tel est le cas de la signature d'une convention de rupture amiable qui intervient à la suite de la constatation par

l'employeur des faits fautifs commis par le salarié ; qu'en l'espèce, il résulte des propres constatations de l'arrêt qu'après avoir fait l'objet d'une première mise en demeure le 7 septembre 2010 de justifier de ses absences des 9, 17 juillet et 4 septembre 2010, le salarié avait été de nouveau mis en demeure le 16 septembre 2010 de justifier de ses précédentes absences ainsi que de celle survenue depuis, le 11 septembre 2010 ; qu'il était constant que le 28 octobre 2010, une convention de rupture amiable avait été signée par les parties, dont la date de premier entretien était mentionnée au 14 octobre 2010 ; qu'en jugeant que la signature de cette convention n'avait pas interrompu la prescription disciplinaire lorsque, survenue après la constatation par l'employeur que le salarié n'avait pas justifié ses absences, elle manifestait la volonté de l'employeur de tirer les conséquences de ce comportement, la cour d'appel a violé l'article L. 1332-4 du code du travail ;

2°/ que la prescription pour engager des poursuites disciplinaires pour absences injustifiées ne court qu'à compter du constat par l'employeur de l'absence de justification par le salarié desdites absences ; qu'en l'espèce, il résultait des propres constatations de l'arrêt qu'après avoir fait l'objet d'une première mise en demeure le 7 septembre 2010 de justifier de ses absences des 9, 17 juillet et 4 septembre 2010, le salarié avait été de nouveau mis en demeure le 16 septembre 2010 de justifier de ses précédentes absences ainsi que de celle survenue depuis, le 11 septembre 2010, la lettre précisant que « dans le cas contraire, nous serons contraints de vous sanctionner en engageant une procédure disciplinaire à votre encontre » ; que la société Patri auto faisait valoir dans ses conclusions d'appel que M. X... lui avait répondu par courrier du 24 septembre 2010, sans justifier par un motif valable ses absences ; qu'en faisant dès lors courir la prescription à compter des absences litigieuses, et non pas du constat par l'employeur de leur absence de justification par le salarié qui n'avait pu avoir lieu qu'à réception du courrier du 24 septembre 2010 du salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 1332-4 du code du travail ;

Mais attendu que la signature par les parties d'une rupture conventionnelle ne constitue pas un acte interruptif de la prescription prévue par l'article L. 1332-4 du code du travail ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a souverainement retenu que l'employeur ne justifiait pas n'avoir eu connaissance des absences reprochées, dont la dernière était du 11 septembre 2010, que dans les deux mois ayant précédé la convocation, le 16 novembre 2010, à l'entretien préalable, en a exactement déduit la prescription des faits fautifs ;

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

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les deuxième, troisième et quatrième moyens annexés qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Patri auto aux dépens ;

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

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Patri auto.

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que le licenciement de Monsieur X... est sans cause réelle et sérieuse et d'AVOIR en conséquence condamné la société PATRI AUTO à verser au salarié la somme de 15 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse outre une indemnité en application de l'article 700 du Code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE « en application de l'article L. 1332-4 du code du travail, le seul engagement de poursuites disciplinaires par une convocation à un entretien préalable à une sanction disciplinaire est susceptible d'interrompre la prescription ; Attendu que la signature d'une rupture conventionnelle, au demeurant non suivie d'effet, ne peut être assimilée à une sanction disciplinaire au sens de l'article précité; qu'en effet, l'esprit et la caractéristique d'une telle convention sont exclusifs de toute notion de faute pouvant être reprochée par l'une ou l'autre des parties; que ce moyen sera donc écarté ;

Attendu en second lieu que La SAS PATRI AUTO allègue que la lettre de convocation à l'entretien préalable, qui constitue le point de départ de l'engagement de poursuites disciplinaires, a été adressée le 16 novembre 2010, soit dans le délai de deux mois stipulé par les dispositions de l'article L. 1332-4 ; Attendu en effet qu'en application de cet article, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance ;

Attendu en l'espèce que par courrier du 7 septembre 2010, l'employeur a reproché des absences injustifiées à son salarié pour les 9, 17 juillet et 4 septembre 2010 ; que par courrier du 16 septembre 2010, il a rappelé ces trois absences et en a ajouté une autre pour le 11 septembre 2010 ; Attendu toutefois que l'envoi de ces courriers ne justifie nullement que La SAS PATRI AUTO n'a eu connaissance de ces absences que le jour où elle a rédigé ces deux mises en demeure; que la date des absences reprochées est largement antérieure au délai de deux mois stipulé par l'article L. 1332-4, la dernière absence datant du 11 septembre et la lettre de convocation à l'entretien préalable étant du

16 novembre suivant ;

Attendu que dès lors que les faits sanctionnés ont été commis plus de deux mois avant l'engagement des poursuites, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve qu'il n'en a eu connaissance que dans les deux mois ayant précédé l'engagement des poursuites; que cette preuve n'étant pas rapportée, et alors que La SAS PATRI AUTO ne justifie nullement que des absences injustifiées ont été portées à sa connaissance ultérieurement, il convient de considérer qu'elle ne pouvait plus engager de poursuites disciplinaires pour ces seuls faits ;

Attendu ainsi qu'en raison de la prescription des faits fautifs reprochés, le licenciement de M. Jean-Baptiste X... est nécessairement dénué de cause réelle et sérieuse; qu'il est sans objet d'examiner la réalité du grief invoqué ;

Attendu sur la demande indemnitaire résultant du caractère non causé du licenciement qu'il doit être fait application de l'article L. 1235-5 du code du travail ; que M. Jean-Baptiste X... était âgé de 57 ans au moment du licenciement; qu'il est à ce jour en fin de droits et bénéficiaire de l'allocation de solidarité spécifique; que compte tenu de son ancienneté dans l'entreprise, son préjudice a été justement fixé par le premier juge à la somme de 15 000 € »

1/ ALORS QUE la prescription pour engager des poursuites disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement est interrompue par tout acte manifestant sans équivoque la volonté de l'employeur de tirer les conséquences des faits fautifs; que tel est le cas de la signature d'une convention de rupture amiable qui intervient à la suite de la constatation par l'employeur des faits fautifs commis par le salarié ; qu'en l'espèce, il résulte des propres constatations de l'arrêt qu'après avoir fait l'objet d'une première mise en demeure le 7 septembre 2010 de justifier de ses absences des 9, 17 juillet et 4 septembre 2010, Monsieur X... avait été de nouveau mis en demeure le 16 septembre 2010 de justifier de ses précédentes absences ainsi que de celle survenue depuis, le 11 septembre 2010 ; qu'il était constant que le 28 octobre 2010, une convention de rupture amiable avait été signée par les parties, dont la date de premier entretien était mentionnée au 14 octobre 2010 ; qu'en jugeant que la signature de cette convention n'avait pas interrompu la prescription disciplinaire lorsque, survenue après la constatation par l'employeur que le salarié n'avait pas justifié ses absences, elle manifestait la volonté de l'employeur de tirer les conséquences de ce comportement, la Cour d'appel a violé l'article L 1332-4 du Code du travail ;

2/ ALORS QUE la prescription pour engager des poursuites disciplinaires pour absences injustifiées ne court qu'à compter du constat par l'employeur de l'absence de justification par le salarié desdites absences ; qu'en l'espèce, il résultait des propres constatations de l'arrêt qu'après avoir fait l'objet d'une première mise en demeure le 7 septembre 2010 de justifier de ses absences des 9, 17 juillet et 4 septembre 2010, Monsieur X... avait été de nouveau mis en demeure le 16 septembre 2010 de justifier de ses précédentes absences ainsi que de celle survenue depuis, le 11 septembre 2010, la lettre précisant que « dans le cas contraire, nous serons contraints de vous sanctionner en engageant une procédure disciplinaire à votre encontre » ; que la société PATRI AUTO faisait valoir dans ses conclusions d'appel que Monsieur X... lui avait répondu par courrier du 24 septembre 2010, sans justifier par un motif valable ses absences (conclusions d'appel de l'exposante p 10); qu'en faisant dès lors courir la prescription à compter des absences litigieuses, et

non pas du constat par l'employeur de leur absence de justification par le salarié qui n'avait pu avoir lieu qu'à réception du courrier du 24 septembre 2010 du salarié, la Cour d'appel a violé l'article L 1332-4 du Code du travail.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société PATRI AUTO à verser à Monsieur X... les sommes de 6 672, 42 euros à titre d'heures supplémentaires et 667, 42 euros à titre de congés payés afférents, 1 130, 80 euros à titre d'indemnité de repos compensateur et 113, 08 euros à titre de congés payés afférents outre une indemnité en application de l'article 700 du Code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE « sur les heures supplémentaires que M. Jean-Baptiste X... indique avoir travaillé pendant toutes les heures d'ouverture de l'entreprise au public soit du lundi au vendredi de 8:00 à 12:00 et de 14:00 à 18:00 ainsi que le samedi matin 8:00 à 12:00 ; qu'il ajoute qu'il assurait la fermeture le soir à 18:30 ;

Attendu que La SAS PATRI AUTO, au motif qu'il appartient au salarié, en application des dispositions de l'article L 3171-4 du code du travail, de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande, soutient que M. Jean-Baptiste X... ne justifie pas du bien-fondé de sa réclamation ;

Attendu sur ce point qu'il doit être constaté que M. Jean- Baptiste X... justifie d'un décompte précis de sa réclamation par conclusions; qu'il produit également les témoignages d'anciens salariés quant aux horaires de présence sur le service commercial ;

Attendu qu'en l'état des pièces ainsi produites, il appartient donc à l'employeur de fournir les éléments de preuve dont il dispose afin de justifier des heures de travail effectivement réalisées par son salarié et seuls susceptibles de contrecarrer les pièces produites par ce dernier afin d'étayer sa réclamation :

Attendu à cet égard qu'il doit être noté que la convention collective applicable précise que l'employeur doit mesurer le temps de travail de ses salariés et mettre en place les modalités de décompte des heures effectuées; que sur ce point, La SAS PATRI AUTO ne justifie d'aucune mesure du temps de travail pas plus que de la mise en place d'un tel décompte ;

Attendu sur les horaires d'ouverture de la concession que La SAS PATRI AUTO ne verse au débat aucun planning, aucun tableau de roulement, aucun décompte d'heures permettant de justifier des horaires réalisés par ses salariés ;

Attendu que La SAS PATRI AUTO conteste les témoignages produits alors que, s'agissant de M. Y..., le fait qu'il ait été malade à compter du 23 août 2010, n'obère en rien le fait qu'il puisse témoigner sur les horaires d'ouverture de la concession ; qu'à l'opposé, M. Z..., qui a succédé à M. Jean-Baptiste X..., confirme ses horaires ;

Attendu par ailleurs que les attestations produites par l'employeur ne peuvent fournir des éléments utiles que sur une période de temps postérieure à celle pendant laquelle M.

Jean-Baptiste X... a été employé;

Attendu enfin sur la classification de M. Jean-Baptiste X... que La SAS PATRI AUTO prétend qu'en sa qualité de vendeur, ce dernier devant effectuer des déplacements à l'extérieur, il n'était pas tenu de respecter les horaires des magasins ; que toutefois, dans la mesure où il n'est pas contesté que M. Jean-Baptiste X... était le seul vendeur dans l'antenne de la concession, il doit être considéré que ces déplacements ne pouvaient s'effectuer au regard des horaires d'ouverture et de fermeture de l'établissement ;

Attendu au demeurant que le fait que le salarié puisse avoir à se déplacer ne change en rien la durée légale du travail et l'obligation pour l'employeur de justifier des horaires de travail effectivement réalisés ;

Attendu ainsi qu'en considération du décompte ainsi produit, il sera fait droit à la demande en paiement au titre des heures supplémentaires et des congés payés y afférents mais en ne retenant pas la demi-heure entre 18:00 et 18:30, au regard des horaires d'ouverture et de fermeture du service commercial; qu'il sera donc alloué à M. Jean-Baptiste X... la somme de 6672,42 euros bruts au titre des heures supplémentaires et celle de 667,42 euros bruts au titre de l'indemnité de congés payés sur heures supplémentaires ;

Attendu sur le repos compensateur, que toute heure supplémentaire effectuée au-delà du contingent annuel conventionnel ou réglementaire ouvre droit à une contrepartie en repos; que le contingent temps réglementaire conventionnel, au terme de la convention collective, est de 220 heures par an ;

Attendu que lorsque l'entreprise emploie plus de 20 salariés le droit au repos est de 100 % par heure supplémentaire effectuée au-delà du contingent; que compte tenu des motifs précédents, le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a condamné l'employeur au paiement de la somme de 1 130,80 euros au titre de l'indemnité de repos compensateur; qu'il convient d'y ajouter la somme de 113,08 euros au titre de l'indemnité de congés payés y afférents »

ALORS QUE s'il résulte de l'article L. 3171-4 du Code du travail que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande suffisamment précis ; que ne constitue pas un décompte précis de nature à étayer sa demande d'heures supplémentaires le décompte ne laissant pas apparaître pour chaque jour précis de chaque semaine précise les horaires de travail accomplis ; que dans ses conclusions d'appel (p 9-10), Monsieur X... se bornait à alléguer un temps de travail hebdomadaire supérieur à la durée légale du travail pour certaines semaines des années 2009 et 2010 ; qu'en jugeant que Monsieur X... justifiait ainsi d'un décompte précis de sa réclamation par conclusions, pour mettre à la charge de l'employeur le soin de démontrer les horaires effectivement réalisés par le salarié, la Cour d'appel a violé l'article L 3171-4 du Code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société PATRI AUTO à verser

à Monsieur X... la somme de 11 694 euros au titre de l'indemnité pour travail dissimulé outre une indemnité en application de l'article 700 du Code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE « sur l'existence du délit de travail dissimulé qu'en application de l'article L8221-5, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur de mentionner sur le bulletin de salaire un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli;

Attendu que La SAS PATRI AUTO prétend que l'analyse des pièces versées au dossier mais également des faits dans leur chronologie, ne permet pas de relever ni de mauvaise foi de sa part ni le caractère intentionnel du défaut de paiement des heures supplémentaires de nature à justifier sa condamnation de ce chef;

Attendu toutefois qu'il a été reconnu dans les motifs précédents que M. Jean-Baptiste X... avait effectué des heures supplémentaires; que compte tenu de leur amplitude et de leur caractère répétitif, La SAS PATRI AUTO ne peut valablement soutenir qu'elle ignorait leur existence;

Attendu par ailleurs qu'il doit être constaté qu'aucune heure supplémentaire ne figure sur aucun bulletin de salaire et que cette absence, en l'état des dénégations de l'employeur, ne peut relever d'une erreur mais uniquement d'une omission intentionnelle;

Attendu qu'en application de l'article L8223-1, en cas de rupture de la relation de travail, le salarié, auquel un employeur a eu recours en commettant les faits prévus par l'article L8221-5, a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire;

Attendu que compte tenu de la moyenne des six derniers mois de salaire pour un montant de 1949 €, il doit être alloué à M. Jean-Baptiste X... la somme de 11 694 €, étant précisé à ce titre que le premier juge a injustement estimé que l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement ne pouvait se cumuler avec l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé »

1. ALORS QUE la cassation à intervenir sur le deuxième moyen relatif aux heures supplémentaires entraînera, par voie de conséquence, la censure de l'arrêt du chef de l'indemnité pour travail dissimulé, en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

2. ALORS QUE la seule circonstance que l'employeur n'ait pas fait figurer sur les bulletins de paie les heures supplémentaires qu'il contestait et qui n'avaient pas été réclamées par le salarié pendant la relation de travail, ne caractérise pas une dissimulation intentionnelle; qu'il était constant en l'espèce que Monsieur X... n'avait jamais prétendu avoir effectué des heures supplémentaires au cours de la relation de travail ; qu'en se fondant sur l'amplitude et le caractère répétitif des heures effectuées par Monsieur X... qui ne figuraient pas sur ses bulletins de paie, pour condamner la société PATRI AUTO à verser au salarié une indemnité pour travail dissimulé, la Cour d'appel qui n'a pas caractérisé le caractère intentionnel du défaut de mention des heures effectuées sur les bulletins de paie, a privé sa décision de base légale au regard des articles L.8221-3 et suivants du Code du travail.

## QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société PATRI AUTO à verser à Monsieur X... la somme de 527, 01 euros à titre de rappel de commissions ainsi que 107, 30 euros à titre de congés payés afférents, outre une indemnité en application de l'article 700 du Code de procédure civile

AUX MOTIFS PROPRES QUE « sur les commissions liées à la vente de véhicules neufs qu'il doit être constaté que le mode de calcul des commissions ne figure pas dans le contrat de travail pas plus d'ailleurs que dans aucun autre élément contractuel; Attendu que les parties s'accordent sur un taux de 10 % mais divergent sur la base de calcul; que si l'on se réfère aux fiches produites par l'employeur, ces ventes ont donné lieu à des facturations après le départ de M- Jean-Baptiste X... entre le 1 er janvier et le 1 er avril 2011 ; Attendu qu'en l'absence d'élément contractuel sur le mode de calcul, il convient de considérer que la commission calculée sur la marge brute aboutit effectivement à une rémunération trimestrielle de 407,48 euros ainsi que l'a décidé le premier juge; que la condamnation en paiement de ce chef sera donc également confirmée en son principe et en son quantum; Attendu qu'il convient d'y ajouter l'indemnité de congés payés correspondant aux sommes allouées, soit 10 % de 407,48 euros auxquels il convient d'ajouter la somme de 665, 53 euros ; qu'il est dû de ce chef à Monsieur X... la somme de 107, 30 euros »

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « Le contrat de travail ne mentionne pas le mode de calcul des commissions dues au salarié. Il n'est pas davantage joint aux bulletins de salaire et aucune pièce n'est versée aux débats sur ce point par l'employeur. Si l'on se réfère aux fiches produites par l'employeur, 7 ventes ont donné lieu à des facturations après le départ du salarié, entre le 1 er janvier et le 1 er avri1 2011. La commission calculée sur la marge brute aboutit à une rémunération trimestrielle de 407, 48 euros en sus du salaire de base de 1500 euros x 3 et à un défaut s'agissant des ventes dont cette marge est négative hors remise prise en charge par le concessionnaire. Le calcul présenté par le salarié qui est basé sur la marge restante après réintégration de la remise prise en charge par le concessionnaire n'est étayé par aucune pièce. L'employeur est taisant sur ce point. Il convient donc d'allouer la somme de 407, 48 euros de ce chef »

ALORS QUE ne donne pas à sa décision une véritable motivation le juge qui procède par voie de simple affirmation sans donner à ses constatations de fait une précision suffisante; que la société PATRI AUTO faisait valoir en se fondant sur les documents qu'elle versait aux débats que la marge brute sur la vente des 7 véhicules neufs était de 3214, 22 euros, ouvrant droit à une commission de 322 euros (conclusions d'appel p 5); qu'en affirmant que la commission de 10 % calculée sur la marge brute aboutit à une rémunération trimestrielle de 407, 48 euros, sans cependant indiquer les éléments qui lui permettaient de constater une marge brute de 4974, 80 euros, la Cour d'appel a violé les articles 455 et 458 du code de procédure civile.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Bastia , du 19 juin 2013