



RAPPORT DE M. FLORES, CONSEILLER

Arrêt n° 834 du 4 septembre 2024 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-10.520

Décision attaquée : Cour d'appel de Riom du 22 novembre 2022

la société de Diffusion florale

C/

M. [G] [P]

Avec une proposition de rejet non spécialement motivé du premier moyen en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [P] a été engagé en qualité de VRP par la société Sodif le 30 mai 2008. Par avenant du 30 juin 2011, le salarié a été promu au poste de responsable de dépôt et soumis à un forfait en jours. Un avenant du 12 février 2015 a été formalisé afin de mettre en conformité avec la législation la clause de forfait en jour et a précisé que le forfait annuel portait sur 214 jours de travail.

Le salarié a été convoqué à un entretien en vue d'une éventuelle sanction disciplinaire le 11 juin 2018. Il a été placé en arrêt de travail le 15 juin 2018. Cet arrêt de travail a été prolongé jusqu'au terme du contrat.

Le 6 juillet 2018, le salarié a été licencié.

Le 2 janvier 2019, il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail.

Par jugement du 9 mars 2020, le conseil de prud'hommes de Clermont-Ferrand a notamment déclaré inopposable au salarié la convention de forfait en jours, dit que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse et condamné l'employeur au paiement de diverses sommes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail.

Par arrêt du 22 novembre 2022, la cour d'appel de Riom a :

CONFIRME le jugement déféré en ce qu'il a :

- *dit que le licenciement de M. [G] [P] n'est pas fondé sur une cause réelle et sérieuse ;*
- *condamné la société Sodif à payer à M. [G] [P] les sommes suivantes :*
- *20 356,86 euros à titre de rappel d'heures supplémentaires des années 2017 et 2018 et la somme de 2 035,68 euros au titre des congés payés afférents ;*
- *6 716,77 euros en indemnisation des contreparties obligatoires en repos non prises en 2017 et 2018 ;*
- *1 000 euros à titre de dommages et intérêts pour atteinte au droit au repos ;*
- *rejeté la demande de dommages et intérêts pour licenciement abusif ;*
- *condamné la société Sodif à rembourser à Pôle Emploi le montant des indemnités chômage susceptibles d'avoir été versées à Monsieur [P] dans la limite de six mois d'indemnités ;*
- *condamné la société Sodif à payer à M. [G] [P] la somme de 1500 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile ;*

INFIRME le jugement en toutes ses autres dispositions et, statuant à nouveau et y ajoutant :

DIT n'y avoir lieu à statuer sur les demandes des parties relatives au chef de dispositif ayant confirmé l'ordonnance rendue par la formation de référé du 12 novembre 2018 ;

REJETTE la demande de rappel de salaire au titre des 50 jours travaillés au-delà du forfait durant l'année 2016 ;

REJETTE la demande de paiement des jours d'autonomie non pris durant les années 2017 et 2018 ;

DIT que la convention de forfait annuel en jours conclue le 30 juin 2011 et la convention de forfait annuel en jours conclue le 12 février 2015 sont privées d'effet ;

CONDAMNE la société Sodif à payer à M. [G] [P] les sommes suivantes :

- *26 450,70 euros à titre d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé ;*
- *7 840,66 euros à titre de rappel de complément de salaire ;*
- *4 220,40 euros à titre de rappel d'indemnité de licenciement ;*
- *30 100 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;*

DIT que les sommes allouées supporteront, s'il y a lieu, le prélèvement des cotisations et contributions sociales ;

CONDAMNE la société Sodif à remettre à M. [G] [P] dans les 6 semaines du prononcé du présent arrêt les bulletins de salaire dûment rectifiés au vu des dispositions du présent arrêt sous astreinte de 10 euros par jour de retard ;

DIT que la cour ne se réserve pas la liquidation de l'astreinte ;

CONDAMNE la société Sodif à payer à M. [G] [P] la somme de 2 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNE la société Sodif aux entiers dépens de première instance et d'appel.

L'employeur a formé un pourvoi en cassation le 25 avril 2023. Il s'est désisté de son pourvoi en ce qu'il était dirigé à l'encontre de Pôle emploi le 11 mai 2023. Le mémoire ampliatif a été déposé le 11 mai 2023. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 3 000 euros. Le mémoire en défense a été déposé le 11 juillet 2023. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 3 500 euros.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1. - Premier moyen

La société SODIF fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, de l'AVOIR condamnée à payer à Monsieur [P] la somme de 26.450,70 € à titre d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé ;

ALORS QUE l'employeur ne peut être condamné au paiement de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé que s'il a volontairement cherché à dissimuler les heures de travail réellement effectuées ; que, pour condamner l'exposante à ce titre, la cour d'appel, après avoir affirmé que « la dissimulation d'emploi peut résulter de ce que l'employeur n'a pas respecté son obligation de suivi du temps de travail du salarié soumis au forfait », a retenu qu'il ressortait du registre du personnel que 12 salariés avaient quitté le site de [Localité 5] entre décembre 2015 et 2017, dont un préparateur de commandes/livreur et une secrétaire administrative, qu'entre décembre 2015 et octobre 2018, avaient été embauchés de façon pérenne une responsable de dépôt, une employée de bureau, deux merchandiseurs, un salarié à un poste non précisé dans le registre, un chauffeur livreur, un répartiteur, un marchandiseur, et qu'après l'arrêt de travail de Monsieur [P], 6 salariés avaient été embauchés, ces éléments démontrant l'existence d'un sous-effectif à compter du mois de décembre 2015 ; que la cour d'appel en a déduit que l'employeur, qui n'avait en outre pas respecté l'obligation de suivi du temps de travail de Monsieur [P] dans le cadre de son forfait jour, ne pouvait ignorer la surcharge de travail de ce dernier et les heures supplémentaires réalisées ; qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'intention de dissimulation, la cour d'appel a violé l'article L. 8221-5 du code du travail.

2.2. - Deuxième moyen

La société SODIF fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, de l'AVOIR condamnée à payer à Monsieur [P] la somme de 4.220,40 € à titre de rappel d'indemnité de licenciement ;

ALORS QUE l'indemnité allouée en compensation du repos compensateur non pris en raison de la contestation, par l'employeur, de l'existence d'heures supplémentaires, a le caractère de dommages-intérêts et n'entre pas dans l'assiette de l'indemnité légale de licenciement ; que, pour condamner l'employeur à payer un complément d'indemnité de licenciement, la cour d'appel a précisé réintégrer au salaire de référence l'indemnité qu'elle a allouée au salarié au titre des repos compensateurs non pris en raison d'heures supplémentaires demeurées impayées ; qu'en statuant ainsi, elle a violé les articles L. 1234-9, R. 1234-2, et L. 3121-30 du code du travail.

2.3. - Troisième moyen

La société SODIF fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, de l'AVOIR condamnée à payer à Monsieur [P] la somme de 30.100 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse ;

ALORS QUE l'indemnité allouée en compensation du repos compensateur non pris en raison de la contestation, par l'employeur, de l'existence d'heures supplémentaires, a le caractère de dommages-intérêts et n'entre pas dans l'assiette de l'indemnité due en application de l'article L. 12353 du code du travail; que, pour fixer le montant de l'indemnité allouée à ce titre, la cour d'appel a dit se fonder sur un salaire intégrant l'indemnité à laquelle elle a condamné l'employeur au titre de repos compensateurs non pris en raison d'heures supplémentaires demeurées impayées; qu'en statuant ainsi, elle a violé les articles L. 1235-3 et L. 3121-30 du code du travail.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Impact d'une indemnité pour repos compensateurs non pris sur l'assiette de calcul indemnités légale de licenciement et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. - Premier moyen (indemnité pour travail dissimulé)

Selon 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 soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable d'embauche ;

2°) Soit de soustraire intentionnellement à la formalité prévue à l'article L. 3243-2, 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 de travail conclu en application du titre II du livre 1^{er} de la troisième partie".

Pour allouer une indemnité pour travail dissimulé, les juges du fond doivent rechercher le caractère intentionnel de la dissimulation (Soc., 28 nov. 2008, N° 07-40.332 ; Soc., 15 avril 2008, N° 07-40.925)

Mais ce caractère intentionnel ne peut résulter du seul défaut de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie (Soc., 18 mai 2005, N° 02-46.966)

L'appréciation du caractère intentionnel de la dissimulation relève du pouvoir souverain des juges du fond (Soc., 19 janvier 2005, n° 02-40.084 ; Bull. civ. V, n° 222 ; Soc., 10 nov. 2008, n° 06-46.181).

En l'espèce, la cour d'appel a énoncé :

L'examen du registre des entrées et sorties du personnel produit pas le salarié démontre :

- que 12 salariés ont quitté le site de [Localité 5] entre le mois de décembre 2015 et le mois de décembre 2017, dont M. P..., préparateur de commandes/livreur, le 17 mars 2017, qui n'a pas été remplacé durant l'année 2017, Mme V..., secrétaire

administrative, le 13 octobre 2017, dont il n'est pas contesté qu'elle n'a été remplacée que le 24 juillet 2018

- qu'entre décembre 2015 et octobre 2018, date de départ de M. [G] [P] de l'entreprise, ont été embauchés de façon pérenne une responsable de dépôt en septembre 2016, une employée de bureau en octobre 2016, un marchandiseur en octobre 2016, une secrétaire administrative en juillet 2018, un salarié (M. J...) - à un poste non précisé dans le registre - en décembre 2016, un chauffeur livreur en juin 2018, un répartiteur en juillet 2018, un marchandiseur en août 2018 et un VRP en avril 2018, soit au total 9 salariés embauchés entre les mois de décembre 2015 et octobre 2018 mais seulement 4 embauches sur la période de décembre 2015 à décembre 2017 durant laquelle 12 salariés ont quitté l'entreprise

- qu'après le placement en arrêt de travail pour maladie de M. [G] [P] le 15 juin 2018, la société Sodif a procédé, parfois très rapidement, à l'embauche de 6 salariés pour pourvoir le poste d'employée de bureau vacant depuis le mois d'octobre 2017, mais également les postes de répartiteur, de marchandiseur (poste libéré le 31 août 2018 et pourvu le 14 août 2018), de VRP exclusif (poste vacant entre le 23 septembre 2017 et le 24 avril 2018, puis à compter du 24 juillet 2018 et pourvu le 27 novembre 2018), de chauffeur livreur (poste pourvu le 22 janvier 2019) et un poste non précisé dans le registre (pourvu par l'embauche de Mme G... le 25 juillet 2019).

Tous ces éléments démontrent l'existence d'un sous effectif à compter du mois de décembre 2015 et notamment l'absence de remplacement du poste de l'employée de bureau à compter du 13 octobre 2017 et jusqu'au placement en arrêt maladie du salarié, poste dont le contrat de travail de Mme V... révèle qu'il comportait de nombreuses tâches administratives en assistance du responsable de dépôt (saisie des factures, téléphone, contrôle quantitatif des tournées, pointage des factures/journaux de vente, saisie des commandes internet, divers travaux comptables, saisie des règlements, suivi et contrôle de la caisse, relance des clients).

Il est ainsi établi que l'employeur, qui n'a en outre pas respecté son obligation de suivi du temps de travail du salarié soumis au forfait, ne pouvait ignorer la surcharge de M. [G] [P] et donc les heures supplémentaires réalisées par ce dernier.

L'existence d'un travail dissimulé est ainsi établie.

Sous le couvert d'un grief non fondé de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause le pouvoir souverain des juges du fond qui, appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, ont estimé que le caractère intentionnel de la dissimulation était établi.

Ce moyen pourrait faire l'objet d'une décision de rejet non spécialement motivé en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

4.2. - Deuxième et troisième moyens

4.2.1. - L'assiette de calcul de l'indemnité de licenciement

Selon l'article L. 1234-9 du code du travail, le salarié licencié alors qu'il compte une ancienneté d'au moins huit mois (douze mois avant le 24 septembre 2017) au service du même employeur a droit, sauf en cas de faute grave ou lourde, à une indemnité de licenciement. Cette indemnité calculée en fonction de la rémunération brute du salarié est déterminée par voie réglementaire.

L'article R. 1234-1 du code du travail dispose que cette indemnité ne peut être inférieure à une somme calculée par année de service dans l'entreprise, tenant compte des durées de service accomplies au-delà des années pleines. En cas d'année incomplète, l'indemnité est calculée proportionnellement au nombre de mois complets.

Conformément à l'article R. 1234-2 du code du travail, dans sa rédaction issue du décret du 25 septembre 2017, l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure aux montants suivants :

- un quart de mois de salaire par année d'ancienneté jusqu'à dix ans
- un tiers de mois de salaire par année d'ancienneté pour les années à partir de dix ans

Ce texte s'applique aux licenciements, ruptures conventionnelles et mises à la retraite postérieurs au 27 septembre 2017 (Soc., 21 juin 2023, n° 22-11.091).

En application de l'article R. 1234-4 du code du travail, le salaire à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié :

- soit la moyenne des douze derniers mois précédant le licenciement, ou lorsque la durée de service du salarié est inférieure à douze mois, la moyenne mensuelle de la rémunération de l'ensemble des mois précédant le licenciement.
- soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion.

Les avantages suivants doivent, par exemple, être inclus dans l'assiette de l'indemnité de licenciement :

- rappel de salaire correspondant à la période de référence (Soc., 30 avril 2003, n° 00-44.789), mais pas un rappel de commission versé pendant la période de référence correspondant en réalité à des droits acquis auparavant (Soc., 19 mars 1990, n° 87-41.500) ;
- pourboires, lorsque ceux-ci sont centralisés par l'employeur (Soc., 21 février 1980, n° 78-41.528, Bull. V, n° 174).

En revanche, bien qu'elle ait un caractère salarial, l'indemnité compensatrice de congés payés, qui vient indemniser le salarié des droits à congés acquis mais non exercés à la date de la rupture, n'entre pas dans l'assiette de l'indemnité de licenciement. En effet, cette créance salariale ne correspond pas à la période de référence :

Vu l'article 15.02.3.1 de la convention collective des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif dite FEHAP du 31 octobre 1951 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X..., employé en qualité de cuisinier par la société Sodexo qui l'a licencié le 2 juillet 1996, a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de paiement de diverses sommes en application de la convention collective des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif dite FEHAP du 31 octobre 1951 et d'un reliquat d'indemnité conventionnelle ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer la somme de 7 908,83 euros à titre de solde d'indemnité conventionnelle de licenciement, l'arrêt infirmatif sur ce point énonce que le salaire à retenir est le salaire moyen brut des trois derniers mois précédant la rupture effective du contrat, en n'excluant de la rémunération effectivement touchée par le salarié que les éléments correspondant soit à des gratifications aléatoires ou temporaires soit à des remboursements de frais, la prime de treizième mois devant être intégrée au prorata de la période de référence et les congés payés dans leur totalité ;

Qu'en statuant ainsi, alors que **le salaire moyen des trois derniers mois est exclusif de l'indemnité compensatrice de congés payés**, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; (Soc., 14 décembre 2005, pourvoi n° 03-45.318)

L'assiette de référence doit prendre en compte l'ensemble des créances de nature salariale qui ont été ou auraient dû être versées au salarié pendant la période de référence :

Vu les articles L. 122-6, L. 122-8 et L. 122-9 du code du travail ;

Attendu que l'arrêt a fixé à la somme de 7 784,28 euros l'indemnité compensatrice de préavis, à la somme de 778,42 euros celle due au titre de congés payés y afférents et à la somme de 10 314 euros l'indemnité conventionnelle de licenciement ;

Qu'en statuant ainsi, alors que **les indemnités consécutives à la rupture du contrat de travail doivent être calculées sur la base de la rémunération que le salarié aurait dû percevoir et non sur celle de la rémunération qu'il a effectivement perçue du fait des manquements de l'employeur à ses obligations**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 22 mars 2006, pourvoi n° 04-44.090, 04-43.933, Bull. 2006, V, n° 121)

Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre d'indemnité de licenciement l'arrêt retient que s'agissant d'une résiliation judiciaire prenant effet à la date du licenciement pour faute lourde, intervenu sans préavis le 1er septembre 2008, il convient de prendre en considération le salaire d'août 2008, ou, si cela est plus favorable, la moyenne des salaires de septembre 2007 à août 2008, qu'il importe peu que le salarié, qui souhaitait rester à Marseille, ne se soit plus vu confier de tâches à la suite de la fermeture de l'établissement auquel il était affecté, celui-ci était rémunéré comme étant en activité, de sorte qu'il ne saurait invoquer le bénéfice de dispositions s'appliquant à des salariés bénéficiant d'un arrêt de travail pour maladie, que s'il convient d'intégrer dans le salaire servant de référence au calcul de cette « prime » les sommes perçues en application d'un accord de participation ou d'intéressement, peu important qu'elles n'aient pas la nature de salaire, il ne saurait être tenu compte de sommes perçues à ce titre au cours de l'année 2006, comme le réclame le salarié ;

Attendu cependant que **les indemnités consécutives à la rupture du contrat de travail doivent être calculées sur la base de la rémunération que le salarié aurait dû percevoir et non sur celle de la rémunération qu'il a effectivement perçue du fait des manquements de l'employeur à ses obligations** ;

Attendu qu'en se déterminant comme elle l'a fait, **sans rechercher, comme il lui était demandé, si le salarié n'avait pas été privé, pendant la période de référence, de certains éléments de salaire que la convention collective fait rentrer dans la base de calcul de l'indemnité de licenciement**, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ; (Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 15-10.513, D)

Le calcul est fait au regard des sommes définitivement acquises au salarié correspondant à la période de référence :

10. La requalification de la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée qui confère au salarié le statut de travailleur permanent de l'entreprise a pour effet de replacer ce dernier dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été recruté depuis l'origine dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée. **Il en résulte que les sommes qui ont pu lui être versées en sa qualité « d'intermittent » destinées à compenser la situation dans laquelle il était placé du fait de son contrat à durée déterminée, lui restent acquises nonobstant une requalification ultérieure en contrat à durée indéterminée.**

11. Selon l'article I/8.3 de l'accord d'entreprise TV5 Monde du 28 décembre 2012 la rémunération prise en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon le

calcul le plus avantageux, la moyenne des rémunérations brutes perçues au cours des douze derniers mois ou celle des trois derniers mois.

12. Selon l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1397 du 22 septembre 2017, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, et si l'une des parties refuse la réintégration du salarié, le juge octroie une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux exprimés en mois de salaire brut dans les tableaux prévus par ce texte.

13. La cour d'appel, qui, **pour déterminer le montant des indemnités conventionnelle de licenciement et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, a pris en compte les sommes perçues par le salarié au titre du salaire de base brut « d'intermittent » qui lui étaient définitivement acquises, a fait l'exacte application des deux textes susvisés.**

14. Le moyen n'est donc pas fondé. (Soc., 8 février 2023, pourvoi n° 21-17.971, B).

4.2.2. - L'assiette de calcul de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

Selon l'article L. 1235-3 al. 2 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1397 du 22 septembre 2017, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, et si l'une des parties refuse la réintégration du salarié, le juge octroie une indemnité la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux fixés dans les tableaux prévus par ce texte. Le tableau applicable est fonction de l'effectif de l'entreprise. Un barème spécifique est appliqué aux entreprises qui emploient habituellement moins de onze salariés.

Les minima et maxima sont déterminés en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et sont exprimés en mois de salaire brut.

Vu l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 :

5. Selon ce texte, **si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse et si l'une ou l'autre des parties refuse la réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux exprimés en mois de salaire brut .**

6. Pour condamner l'employeur à payer au salarié la somme nette de 63 364,20 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que compte tenu des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée au salarié (3 168,21 euros par mois), de son âge, de sa capacité à trouver un nouvel emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle, de son ancienneté dans l'entreprise et de l'effectif de celle-ci, il y a lieu de fixer le préjudice à la somme nette de 63 364,20 euros en application des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail.

7. En statuant ainsi, alors que le salarié ne pouvait prétendre, au regard de son ancienneté de vingt-neuf ans dans l'entreprise et au montant de son salaire brut de 3 168,21 euros, qu'à une indemnité maximale de 63 364,20 euros brut , la cour d'appel a violé le texte susvisé. (Soc., 15 décembre 2021, pourvoi n° 20-18.782)

En revanche, le nouvel article L. 1235-3 du code du travail ne prévoit plus de condition quant à la période de rémunération à prendre en compte (six derniers mois de salaire dans le texte antérieure à l'ordonnance n° 2017-1397 du 22 septembre 2017).

Le calcul est fait au regard des sommes définitivement acquises au salarié correspondant à la période de référence :

10. La requalification de la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée qui confère au salarié le statut de travailleur permanent de l'entreprise a pour effet de replacer ce dernier dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été recruté depuis l'origine dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée. **Il en résulte que les sommes qui ont pu lui être versées en sa qualité « d'intermittent » destinées à compenser la situation dans laquelle il était placé du fait de son contrat à durée déterminée, lui restent acquises nonobstant une requalification ultérieure en contrat à durée indéterminée.**

11. Selon l'article I/8.3 de l'accord d'entreprise TV5 Monde du 28 décembre 2012 la rémunération prise en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon le calcul le plus avantageux, la moyenne des rémunérations brutes perçues au cours des douze derniers mois ou celle des trois derniers mois.

12. Selon l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1397 du 22 septembre 2017, en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, et si l'une des parties refuse la réintégration du salarié, le juge octroie une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre les montants minimaux et maximaux exprimés en mois de salaire brut dans les tableaux prévus par ce texte.

13. La cour d'appel, qui, **pour déterminer le montant des indemnités conventionnelle de licenciement et pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, a pris en compte les sommes perçues par le salarié au titre du salaire de base brut « d'intermittent » qui lui étaient définitivement acquises, a fait l'exacte application des deux textes susvisés.**

14. Le moyen n'est donc pas fondé. (Soc., 8 février 2023, pourvoi n° 21-17.971, B).

Le montant de l'indemnité doit obligatoirement être déterminé entre les bornes fixées par le législateur :

Vu l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 :

5. Selon ce texte, si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse et si l'une ou l'autre des parties refuse la réintégration, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, dont le montant est compris entre des montants minimaux et maximaux exprimés en mois de salaire brut.

6. Pour condamner l'employeur à payer au salarié la somme nette de 63 364,20 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que compte tenu des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée au salarié (3 168,21 euros par mois), de son âge, de sa capacité à trouver un nouvel emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle, de son ancienneté dans l'entreprise et de l'effectif de celle-ci, il y a lieu de fixer le préjudice à la somme nette de 63 364,20 euros en application des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail.

7. En statuant ainsi, alors que le salarié ne pouvait prétendre, au regard de son ancienneté de vingt-neuf ans dans l'entreprise et au montant de son salaire brut de 3 168,21 euros, qu'à une indemnité maximale de 63 364,20 euros brut, la cour d'appel a violé le texte susvisé. (Soc., 15 décembre 2021, pourvoi n° 20-18.782, B).

L'employeur ne peut pas exclure de l'assiette de calcul des sommes prélevées au titre de l'impôt sur le revenu :

Vu les articles L. 1234-5, L. 1234-9 et R. 1234-4 du code du travail :

19. En application de ces textes, le montant des indemnités de rupture doit être déterminé sur la base de la rémunération perçue par le salarié dont peuvent seulement être déduites les sommes représentant le remboursement de frais exposés pour l'exécution du travail.

20. Pour allouer au salarié diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, d'indemnité de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que le salaire de référence doit être fixé sur la base du salaire brut moyen calculé sur trois mois sans qu'il y ait lieu de réintégrer la somme correspondant à l'impôt sur le revenu prélevé par l'employeur directement comme les autres cotisations.

21. En statuant ainsi, alors que les sommes prélevées par l'employeur au titre de l'impôt sur le revenu marocain dû par le salarié ne pouvaient être exclues de la rémunération pour le calcul des indemnités de rupture, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 8 décembre 2021, pourvoi n° 20-11.738, B).

4.2.3. - La nature de l'indemnité pour repos compensateurs non pris

L'article L. 3121-28 du code du travail dispose : « toute heure accomplie au-delà de la durée légale hebdomadaire ou de la durée considérée comme équivalente est une heure supplémentaire qui ouvre droit à une majoration salariale ou, le cas échéant, à un repos compensateur équivalent. »

L'article D. 3121-19 du code du travail prévoit que la contrepartie obligatoire en repos peut être prise par journée entière ou par demie-journée à la convenance du salarié. Elle est assimilée à une période de travail effectif pour le calcul des droits du salarié. Elle donne lieu à une indemnisation qui n'entraîne aucune diminution de rémunération par rapport à celle que le salarié aurait perçue s'il avait accompli son travail.

L'article D. 3121-23 du code du travail ajoute que le salarié dont le contrat de travail prend fin avant qu'il ait pu bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos à laquelle il a droit ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants pour pouvoir prendre ce repos reçoit une indemnité en espèces dont le montant correspond à ses droits acquis. Cette indemnité a le caractère de salaire.

Soulignons que ce droit à repos compensateur doit être exercé en nature et que le salarié ne peut pas obtenir de paiement tant que le contrat est en cours :

Vu l'article D. 3121-14 du code du travail alors applicable, ensemble l'article R. 1455-7 du code du travail ;

Attendu, selon l'ordonnance de référé attaquée, que Mme Y..., salariée de la société ISS propreté en qualité de chef d'équipe, est titulaire de plusieurs mandats représentatifs ; qu'à compter du mois de mars 2015, l'employeur a cessé de lui payer les heures de délégation effectuées lors de ses contreparties obligatoires de repos ; que la salariée a saisi la formation de référé du conseil de prud'hommes en paiement des heures de délégation effectuées en mars et avril 2015, outre les congés payés afférents ;

Attendu que pour condamner l'employeur au paiement provisionnel des sommes réclamées, le juge des référés retient que le représentant du personnel qui bénéficie de jours de repos compensateurs conventionnels (contrepartie obligatoire à repos) et utilise ses heures de délégation pendant ce repos est en droit de bénéficier de la quote-part de repos correspondant au temps de délégation ; qu'en l'espèce, l'employeur n'a pas procédé au report de la quote-part de la contrepartie obligatoire à repos de la salariée correspondant au temps de l'exercice de ses mandats pendant cette période ; Qu'en statuant ainsi, alors que, si le temps alloué à un représentant élu du personnel ou à un représentant syndical pour l'exercice de son mandat est de plein droit

*considéré comme temps de travail et que la salariée ne pouvait être privée des jours de repos compensateur du fait de l'exercice de ses mandats durant cette période de repos compensateurs, **il résulte de l'article D. 3121-14 du code du travail alors applicable que ce n'est que lorsque le contrat de travail prend fin avant que le salarié ait pu bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos à laquelle il a droit ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants pour pouvoir prendre ce repos qu'il reçoit une indemnité en espèces dont le montant correspond à ses droits acquis, ce dont il résultait que, le contrat de la salariée n'ayant pas été rompu, sa demande, non en report de ses jours de repos compensateurs mais en paiement de l'indemnité correspondante se heurtait à une contestation sérieuse, la formation de référé du conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés ; (Soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 15-25.250, Bull. 2017, V, n° 92)***

Selon l'article L. 3121-30 alinéa 1^{er} du code du travail, « des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel. Les heures effectuées au delà de ce contingent annuel ouvrent droit à une contrepartie obligatoire sous forme de repos. »

Selon l'article L. 3121-33 2° du code du travail, le contingent annuel prévu par l'article L. 3121-30 est défini par voie d'accord collectif. L'article L. 3121-39 du code du travail précise qu'à défaut d'accord collectif, le contingent annuel est déterminé par décret. Ce contingent est fixé à deux cent vingt heures par l'article D. 3121-24 du code du travail.

L'article D. 3171-11 du code du travail ajoute : « A défaut de précision conventionnelle contraire, les salariés sont informés du nombre d'heures de repos compensateur de remplacement et de contrepartie obligatoire en repos portés à leur crédit par un document annexé au bulletin de paie. Dès que ce nombre atteint sept heures, ce document comporte une mention notifiant l'ouverture du droit à repos et l'obligation de le prendre dans un délai maximum de deux mois après son ouverture ».

La loi du 13 juin 2008 avait modifié le régime légal antérieur en réaction à la jurisprudence de la chambre sociale qui jugeait que le salarié qui n'avait pas formulé de demande de prise de repos dans le délai de deux mois ne pouvait prétendre à une indemnité compensatrice (Soc., 7 juillet 1986,). C'est pourquoi a été institué la règle selon laquelle « l'absence de demande de prise de repos par le salarié ne peut entraîner la perte de son droit au repos » qui est reprise aujourd'hui par l'article D. 3121-17 CT.

Le préjudice subi par le salarié, qui n'a pas été mis en état de prendre ses repos, résulte de ce que l'employeur s'est soustrait à la législation sur les repos compensateurs :

*Mais attendu, d'une part, qu'il résulte de l'alinéa 5 de l'article L. 212-5-1 du code du travail, issu de l'article 8 de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998, que le repos compensateur auquel ouvre droit l'accomplissement d'heures supplémentaires doit obligatoirement être pris dans un délai de deux mois suivant l'ouverture du droit, que l'absence de demande de prise de repos par le salarié ne peut entraîner la perte de son droit à repos et que, dans ce cas, l'employeur est tenu de lui demander de prendre ses repos dans le délai maximum d'un an ; **d'autre part, que lorsque l'employeur se soustrait à la législation relative aux repos compensateurs , le salarié subit nécessairement un préjudice ;***

Et attendu que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche inopérante, a constaté que si l'employeur rapportait bien la preuve qu'il avait régulièrement informé ses salariés des droits à repos compensateurs acquis au cours

de la période 1998 à 2003, il n'avait pas établi leur avoir demandé de prendre en temps de repos les reliquats des droits à repos compensateurs qu'ils avaient acquis au cours de l'année précédente dans le délai d'un an à dater de leur ouverture ; que le moyen n'est pas fondé ; (Soc., 9 mai 2007, pourvoi n° 05-46.029, 05-46.030, 05-46.031, 05-46.032, 05-46.033, 05-46.034, 05-46.035, 05-46.036, 05-46.037, 05-46.038, 05-46.039, 05-46.040, 05-46.041, Bull. 2007, V, n° 69)

Le salarié qui, du fait de son employeur, n'a pas été en mesure de formuler une demande de repos compensateur, a droit à l'indemnisation du préjudice subi. Ce préjudice contient le montant d'une indemnité calculée comme si le salarié avait pris son repos, majoré de l'indemnité de congé payé afférente :

Mais attendu que le salarié, qui n'a pas été en mesure, du fait de son employeur, de formuler une demande de repos compensateur, a droit à l'indemnisation du préjudice subi ; que celle-ci comporte à la fois le montant de l'indemnité de repos compensateur et le montant de l'indemnité de congés payés afférents ; que la somme allouée par l'arrêt, même inexactement qualifiée, correspond à ce préjudice, en sorte que le moyen n'est pas fondé ; (Soc., 23 octobre 2001, pourvoi n° 99-40.879, Bull. 2001, V, n° 332)

Vu les articles L. 212-5, L. 212-5-1 et L. 212-6 du code du travail, dans leur rédaction alors en vigueur ;

Attendu que, pour limiter les sommes allouées aux salariés à titre de dommages-intérêts pour perte du droit à repos compensateur, les arrêts énoncent que l'indemnité réparant le préjudice subi pour repos compensateur non pris du fait de la méconnaissance par l'employeur des articles L. 212-5 et D. 212-22 du code du travail a le caractère de dommages-intérêts qui ne sont pas pris en compte pour le calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le salarié, qui n'a pas été en mesure, du fait de son employeur, de formuler une demande de repos compensateur, a droit à l'indemnisation du préjudice subi, laquelle comporte à la fois le montant de l'indemnité de repos compensateur et le montant de l'indemnité de congés payés afférents, la cour d'appel a violé les articles susvisés ; (Soc., 22 février 2006, pourvoi n° 03-45.385, 03-45.386, 03-45.387, Bull. 2006, V, n° 83)

Mais attendu qu'ayant exactement énoncé que le salarié qui n'a pas été en mesure, du fait de son employeur, de formuler une demande de repos compensateur a droit à l'indemnisation du préjudice subi et que cette indemnisation comporte à la fois le montant de l'indemnité calculée comme si le salarié avait pris son repos et le montant des congés payés afférents, la cour d'appel, formant sa conviction au vu des pièces produites et tenant compte des heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent, a, sans dénaturation souverainement évalué le préjudice subi par le salarié ; que le moyen, inopérant en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus ; (Soc., 20 février 2013, n° 11-28.811, Bull. 2013, V, n° 52).

Vu l'article L. 3121-11 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 et les articles D. 3121-9, devenu D. 3121-19 et D. 3121-14, alinéa 1er, devenu D. 3121-23, alinéa 1er, du même code :

15. Il résulte du premier de ces textes que toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel d'heures supplémentaires donne droit à une contrepartie obligatoire en repos.

16. Selon le deuxième de ces textes, la contrepartie obligatoire en repos est assimilée à une période de travail effectif pour le calcul des droits du salarié. Elle donne lieu à

une indemnisation qui n'entraîne aucune diminution de rémunération par rapport à celle que le salarié aurait perçue s'il avait accompli son travail.

17. Suivant le troisième de ces textes, le salarié dont le contrat de travail prend fin avant qu'il ait pu bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos à laquelle il a droit ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants pour pouvoir prendre ce repos, reçoit une indemnité en espèces dont le montant correspond à ses droits acquis.

18. Pour débouter le salarié de sa demande d'une certaine somme au titre des congés payés afférents à l'indemnité de "repos compensateur", l'arrêt retient que les dommages-intérêts, pour les droits érudés au titre de la contrepartie obligatoire en repos, ne donnent pas lieu à congés payés.

19. En statuant ainsi, alors que **le salarié, qui n'a pas été en mesure, du fait de son employeur, de formuler une demande de repos compensateur, a droit à l'indemnisation du préjudice subi et que cette indemnisation comporte à la fois le montant de l'indemnité calculée comme si le salarié avait pris son repos et le montant des congés payés afférents**, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 1 mars 2023, pourvoi n° 21-12.068Soc., 1 mars 2023, pourvoi n° 21-12.068, B)

Dans cette limite, les juges apprécient souverainement le préjudice subi par le salarié (Soc., 13 juin 2007, n° 06-44.845) :

Mais attendu qu'ayant exactement énoncé que le salarié qui n'a pas été en mesure, du fait de son employeur, de formuler une demande de repos compensateur a droit à l'indemnisation du préjudice subi et que cette indemnisation comporte à la fois le montant de l'indemnité calculée comme si le salarié avait pris son repos et le montant des congés payés afférents, la cour d'appel, formant sa conviction au vu des pièces produites et tenant compte des heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent, a, sans dénaturation **souverainement évalué le préjudice subi par le salarié** ; que le moyen, inopérant en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus ; (Soc., 20 février 2013, n° 11-28.811, Bull. 2013, V, n° 52).

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 ; (Soc., 12 janvier 2016, pourvoi n° 13-26.318, Bull. 2016, V, n° 6)

Ce préjudice est acquis lorsque le salarié obtient en justice le paiement d'heures supplémentaires et que leur nombre laisse apparaître l'existence de repos compensateurs dont la réalité avait été méconnue par l'employeur :

Vu l'article L. 212-5-1 du Code du travail, dans sa version alors en vigueur ;

Attendu que pour débouter Mme Le X... de sa demande tendant à la condamnation de son employeur au paiement de dommages-intérêts pour défaut d'information de ses droits aux repos compensateurs , l'arrêt énonce par motifs adoptés des premiers juges que dès lors que la salariée n'a fourni ni chiffre, ni justification à ses demandes de rappel de salaire pour heures supplémentaires, il ne peut être question d'infliger une sanction à l'employeur et, par motifs propres, que la demande de la salariée ne peut aboutir puisqu'elle suppose comme préalable la reconnaissance par l'employeur d'un droit au paiement d'heures supplémentaires ;

Qu'en statuant ainsi, **alors qu'elle avait accueilli la demande de Mme Le X... en paiement d'heures supplémentaires pour les semaines de fêtes et les jours fériés, ce dont il résultait que la salariée n'avait pas été en mesure de formuler, du fait**

de son employeur, une demande portant sur le repos compensateur auquel ces heures lui donnaient droit, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 11 mai 2005, pourvoi n° 03-41.927, Bull. 2005, V, n° 162)

Dans un premier temps, notre chambre a retenu que cette créance, qui avait la nature de dommages-intérêts, ne relevait pas de la prescription quinquennale applicable en matière de salaire :

Vu l'article L. 212-5-1 du Code du travail dans sa rédaction alors en vigueur, ensemble l'article L. 143-14 du même Code ;

Attendu que Mmes X..., Y... et Z... ont été embauchées comme crépières par la société Leroux en avril 1992 ; que, le 7 avril 2000, elles ont saisi la juridiction prud'homale en vue d'obtenir la condamnation de leur employeur au paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice consécutif au non-paiement d'heures supplémentaires effectuées au cours de la période antérieure à 1995 et d'indemnités compensatrices de repos compensateurs ;

Attendu que pour débouter les salariées de leurs demandes le conseil de prud'hommes énonce que l'indemnité susceptible d'être versée au titre de repos compensateur non pris, ce repos n'étant que la compensation en nature d'heures supplémentaires effectuées et non payées, est soumis au même régime que les heures dont elle est la compensation, et que ces heures ayant la nature de salaires, la prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil doit s'appliquer ;

*Qu'en statuant ainsi, alors que **l'indemnité allouée en compensation du repos compensateur non pris du fait de la contestation par l'employeur des heures supplémentaires effectuées par les salariées a le caractère de dommages-intérêts et échappe ainsi à la prescription quinquennale**, le conseil de prud'hommes a violé, par fausse application, les textes susvisés ; (Soc., 5 février 2003, pourvoi n° 01-40.819, 01-40.820, 01-40.821)*

Malgré, le caractère indemnitaire des sommes allouées au salarié qui, du fait de l'employeur, n'a pas été en mesure d'exercer ses droits à repos compensateur, la jurisprudence a retenu par ailleurs, un lien de nature salarial pour l'application des textes relatifs au taux d'appel :

Vu les articles 605 du nouveau Code de procédure civile et R. 517-4, alinéa 1er, du Code du travail ;

*Attendu que, selon le premier de ces textes, le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre de jugements rendus en dernier ressort ; que, selon le second, le jugement est sans appel lorsqu'aucun des chefs de demandes initiales ou incidentes ne dépasse à lui seul, le taux de compétence en dernier ressort du conseil de prud'hommes ; **que, présentent un caractère salarial et constituent un seul chef de demande les prétentions d'un salarié tendant au paiement de rappel de salaire, d'heures supplémentaires et de repos compensateurs ;***

Attendu que la société Stoeffler s'est pourvue contre un jugement rendu le 8 avril 1994 par le conseil de prud'hommes de Guebwiller l'ayant condamnée à payer à Mme X..., sa salariée, diverses sommes à titre de salaires et d'heures supplémentaires ;

Attendu qu'il résulte des énonciations du jugement que les sommes réclamées par Mme X... à titre de rappel de salaire, d'heures supplémentaires et de repos compensateurs dépassaient le taux de compétence en dernier ressort du conseil de prud'hommes, fixé par l'article D. 517-1 du Code du travail, alors applicable ; que le jugement, inexactement qualifié en dernier ressort, était donc susceptible d'appel ; (Soc., 12 mars 1997, pourvoi n° 94-42.771, 94-42.840, Bulletin 1997, V, n° 106)

Notre chambre a finalement modifié la solution applicable en matière de prescription en considérant que cette créance indemnitaire était afférente aux sommes afférentes aux salaires dus au titre du contrat de travail :

Vu l'article L. 143-14 du Code du travail ;

Attendu que M. X... , salarié de la société Lorentz de mars 1990 à juillet 1999, a saisi la juridiction prud'homale en avril 2000 notamment d'une demande en paiement d'une somme à titre de dommages-intérêts pour repos compensateurs non pris durant les années 1990 à 1999 ;

Attendu que, pour accueillir sa demande, l'arrêt énonce que le moyen tiré de la prescription pour la période antérieure à avril 1995 n'est pas fondé dès lors que l'indemnité sollicitée, ayant pour objet de compenser le repos compensateur non pris du fait de la contestation par l'employeur des heures supplémentaires, a le caractère de dommages-intérêts et échappe à la prescription quinquennale ;

Attendu cependant que la prescription quinquennale instituée par l'article L. 143-14 du Code du travail s'applique à toute action engagée à raison des sommes afférentes aux salaires dus au titre du contrat de travail; que tel est le cas d'une demande tendant au versement de sommes qui auraient dû être payées au titre du repos compensateur ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; (Soc., 16 décembre 2005, pourvoi n° 03-45.482, Bull. 2005, V, n° 368)

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu qu'ayant retenu que les dispositions impératives de la loi française devaient s'appliquer, la cour d'appel a condamné l'employeur à payer à chacun des salariés une certaine somme correspondant au préjudice subi du fait de la non information des droits à repos compensateur ;

Attendu cependant que la prescription quinquennale, instituée par l'article L. 143-14 devenu L. 3245-1 du code du travail s'applique à toute action engagée à raison de sommes afférentes aux salaires dues au titre du contrat de travail ; que tel est le cas d'une demande tendant au versement de sommes qui auraient dû être payées au titre du repos compensateur ;

Qu'en statuant comme elle a fait, sans répondre aux conclusions de l'employeur qui faisaient valoir que les salariés, qui revendiquaient des droits à repos compensateur pour les années 1998 à 2004, n'avaient saisi la juridiction prud'homale que le 29 octobre 2004 et n'étaient en droit de faire valoir une demande qu'à compter du 29 octobre 1999, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ; (Soc., 24 février 2009, pourvoi n° 07-43.308, 07-43.309, 07-43.310, 07-43.311)

Rappelons que l'article L. 143-14 du code du travail, qui fixait la prescription applicable en matière de salaire avant la réforme de 2013, énonçait : « *L'action en paiement du salaire se prescrit par cinq ans conformément à l'article 2277 du code civil.* » L'article 2277 du code civil, prévoyait la prescription par cinq ans, notamment des salaires, « *et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts.* » En matière de prescription l'alternative se posait entre le délai trentenaire, alors applicable en matière indemnitaire, et le délai quinquennal des créances périodiques.

La réforme issue de la loi du 14 juin 2013 a profondément modifié la géographie de la prescription en droit du travail, puisque, avec l'article L. 1471-1 du code du travail a été institué un délai biennal pour l'exécution du contrat, le délai pour la rupture étant réduit à un an avec l'ordonnance du 22 septembre 2017. Les salaires font toujours l'objet d'un texte spécial, l'article L. 3245-1 du code du travail prévoyant un délai triennal pour l'action en paiement du salaire ou en répétition du salaire.

Dans un arrêt récent notre chambre a fait application de la prescription triennale. Notons toutefois que le moyen n'invoquait que l'article L. 3245-1 du code du travail :

Les salariées font grief à l'arrêt de dire que la prescription triennale leur est opposable à partir du jour où ils avaient eu connaissance de leurs droits, de déclarer irrecevables les demandes afférentes à la période antérieure à 2010 et de limiter la condamnation de l'employeur au paiement d'une certaine somme correspondant à la régularisation au titre des années 2010 à 2012, alors :

*« 1° / que l'employeur est tenu d'informer ses salariés du nombre d'heures de repos compensateur auquel ils ont droit dans les conditions de l'article D. 3171-11 du code du travail issu du décret n° 2008-1132 du 4 novembre 2008, lequel prévoit que dans un document annexé au bulletin de salaire, l'employeur indique au salarié le nombre d'heures effectuées, et, si ce nombre atteint sept heures, mentionne l'ouverture du droit à repos et l'obligation de le prendre dans un délai maximum de deux mois après son ouverture ; qu'à défaut de les avoir informés dans les conditions du décret susvisé, la prescription triennale de l'action en paiement de dommages-intérêts pour repos compensateur et contrepartie en repos non octroyés, n'est pas opposable aux salariés ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément relevé que la société Cougnaud construction n'avait pas informé MM. H... et W... de leurs droits à repos compensateurs dans les conditions du décret susvisé ; qu'en retenant, pour déclarer irrecevables comme prescrites, pour la période antérieure à l'année 2010, les demandes de MM. H... et W... en dommages-intérêts pour repos compensateur et contrepartie en repos non octroyés, que l'information donnée par la société Cougnaud construction, lors d'une réunion extraordinaire du comité d'entreprise du 30 octobre 2013 et à la faveur d'une note de service du 6 novembre 2013, sur le principe général des contreparties obligatoires en repos, était suffisante à la connaissance de leurs droits et rendait opposable la prescription, la cour d'appel a violé les articles **L. 3245-1 et D. 3171-11 du code du travail** ;*

*2°/ que l'employeur est tenu d'informer ses salariés du nombre d'heures de repos compensateur auquel ils ont droit dans les conditions de l'article D. 3171-11 du code du travail, lequel prévoit que dans un document annexé au bulletin de salaire, l'employeur indique au salarié le nombre d'heures effectuées, et, si ce nombre atteint sept heures, mentionne l'ouverture du droit à repos et l'obligation de le prendre dans un délai maximum de deux mois après son ouverture ; qu'à défaut de les avoir informés dans les conditions du décret susvisé, la prescription triennale de l'action en paiement de dommages-intérêts pour repos compensateur et contrepartie en repos non octroyés, ne leur est pas opposable ; qu'en retenant, pour déclarer irrecevables, pour la période antérieure à l'année 2010, les demandes de MM. W... et H... en paiement de dommages-intérêts pour repos compensateur et contrepartie en repos non octroyés, que les bulletins de salaires mentionnaient le nombre d'heures supplémentaires, ce qui permettait aux salariés, par simple addition, de connaître le total des heures supplémentaires accomplies, la cour d'appel, qui a statué par une motivation totalement inopérante à établir que les exposants avaient été informés dans les conditions du décret susvisé, a privé sa décision de toute base légale au regard **des articles L. 3245-1 et D. 3171-11 du code du travail**. »*

Réponse de la Cour

4. Aux termes de l'article L. 3245-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, l'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat.

5. **Cette prescription triennale s'applique à toute action engagée à raison de sommes afférentes aux salaires dues au titre du contrat de travail. Tel est le cas d'une demande tendant au versement de sommes qui auraient dû être payées au titre du repos compensateur ou de la contrepartie obligatoire en repos.**

6. Ayant constaté que **les salariés qui sollicitaient des dommages-intérêts pour repos compensateurs obligatoires et contreparties obligatoires en repos non octroyés** au titre des heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel entre 2001 et 2012 avaient saisi la juridiction prud'homale le 23 février 2016 et retenu que les intéressés relevaient exactement que l'employeur n'avait pas notifié, à chacun d'entre eux, individuellement, les droits acquis pour la période antérieure à octobre 2013, la cour d'appel a jugé, à bon droit, que cette action n'était pas prescrite et qu'elle ne pouvait porter sur la période antérieure à l'année 2010.

7. Le moyen, inopérant en ses deux branches, n'est donc pas fondé. (Soc., 6 janvier 2021, pourvoi n° 19-14.522, FD).

Notre chambre a ensuite dégagé un critère pour la détermination de la prescription applicable à chaque demande : la durée de la prescription est déterminée par la nature de la créance invoquée (Soc., 30 juin 2021, pourvoi n° 19-10.161, B ; pourvoi n° 18-23.932, B ; pourvoi n° 20-12.960, B ; pourvoi n° 19-14.543, B).

Notons enfin, que les sommes allouées en réparation du préjudice résultant du défaut de prise des repos compensateurs en raison d'un défaut d'information de l'employeur, ne sont pas soumises à cotisation sociales :

*Mais attendu qu'après avoir analysé l'accord transactionnel conclu entre la société Evanno et les salariés intéressés, ainsi que l'ensemble des éléments qui lui étaient soumis, la cour d'appel a retenu que **les versements litigieux ne correspondaient pas à des droits acquis ayant le caractère de salaire au sens de l'article L. 212-5-1 du Code du travail, mais que leur règlement sanctionnait l'attitude fautive de l'employeur qui avait omis de faire mention sur les bulletins de salaires des jours de repos compensateurs auxquels les salariés pouvaient prétendre** ; qu'elle a pu en déduire que ces sommes avaient le caractère de dommages-intérêts et qu'elles n'avaient donc pas lieu d'être réintégrées dans l'assiette des cotisations sociales ; que le moyen n'est pas fondé ; (Soc., 28 mars 2002, pourvoi n° 00-17.851)*

Le mémoire en défense soutient que l'employeur n'a pas empêché le salarié de bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos, l'application de la convention de forfait excluant par principe tout débat sur les heures supplémentaires et sur les repos obligatoires qu'elles peuvent générer. Il ajoute que l'indemnité allouée au titre de la contrepartie obligatoire en repos l'a été parce que le salarié, du fait de la rupture de son contrat de travail, n'a pu en bénéficier.

Dans ses conclusions, le salarié demandait le paiement d'une contrepartie en repos pour toutes les heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent de 220 heures annuelles. Il soutenait avoir accompli 292 heures au delà du contingent en 2017 et 92,25 heures au-delà du contingent en 2018. La contrepartie obligatoire en repos étant de 100 %, le salarié demandait **6 716,77 euros à titre de dommages-intérêts (P. 21 dernier § des conclusions)**. Et, dans le dispositif des conclusions, le salarié demandait a confirmation du jugement en ce qu'il avait condamné l'employeur au paiement de « **6 716,77 euros, à titre de dommages et intérêts sur les contreparties obligatoires en repos non prises en 2017 et 2018.** »

La cour d'appel a confirmé le jugement en ce qu'il a condamné l'employeur à payer au salarié la somme de « 6 716,77 euros en indemnisation des contreparties obligatoires en repos non prises en 2017 et 2018 ».

Sur ce chef de dispositif, elle a énoncé :

Au dernier jour de la relation de travail et après réintégration au montant du salaire de référence des heures supplémentaires et de l'indemnité compensatrice de contrepartie obligatoire en repos, qui a une nature salariale, M. [G] [P] avait perçu au cours des 12 derniers mois un salaire mensuel brut moyen de 5 015,35 euros.