



## **RAPPORT DE Mme LE QUELLEC, CONSEILLÈRE**

**Arrêt n° 1252 du 4 décembre 2024 (B) – Chambre sociale**

**Pourvoi n° 23-14.259**

**Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 2 février 2023**

**la société Vivauto PL  
C/  
M. [O] [N]**

---

**Le présent rapport comporte des propositions de RNSM sur les premier, deuxième, quatrième, cinquième, sixième moyens du pourvoi principal de l'employeur et sur les premier et second moyens du pourvoi incident du salarié**

### **1 - Rappel des faits et de la procédure**

La société Vivauto PL a engagé M. [N] en qualité de contrôleur technique des véhicules poids lourds, à compter du 1<sup>er</sup> février 2016, pour 39 heures de travail.

Mis à pied à titre conservatoire à compter du 2 avril 2018, le salarié a été licencié le 13 avril 2018.

Le 23 novembre 2018, le salarié a saisi la juridiction prud'homale d'une contestation du bien-fondé de son licenciement et de demandes de paiement de diverses sommes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail.

Par jugement du 13 février 2020, le conseil de prud'hommes de Grasse a :

- jugé que le licenciement du salarié a été prononcé sans cause réelle et sérieuse ;
- condamné l'employeur à payer au salarié les sommes suivantes :
  - \* 5 059,52 euros de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
  - \* 5 059,52 euros d'indemnité de préavis et 505,95 euros de congés payés afférents ;
  - \* 1 498,52 euros d'indemnité de licenciement ;
  - \* 1 011,90 euros de rappel de salaire sur la mise à pied à titre conservatoire et 101,20 euros de congés payés afférents ;
  - \* 1 200 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- débouté le salarié de ses autres demandes ;
- débouté l'employeur de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamné l'employeur aux dépens.

Par arrêt du 2 février 2023, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a

- confirmé le jugement en ses dispositions relatives à l'indemnité de licenciement, l'indemnité compensatrice de préavis, indemnité de congés payés afférents, au rappel de salaire sur la mise à pied conservatoire et congés payés afférents, à l'article 700 du code de procédure civile ;
- infirmé le jugement pour sur surplus ;
- dit que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse et non sur une faute grave ;
- débouté le salarié de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- condamné l'employeur à payer au salarié :
  - \* 169,45 euros à titre de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires et 16,95 euros au titre des congés payés afférents ;
  - \* 100 euros à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité ;
  - \* 15 178,56 euros à titre d'indemnité pour travail dissimulé ;
- condamné l'employeur aux dépens de la procédure d'appel ;
- condamné l'employeur à payer au salarié une somme de 1 800 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ;
- débouté l'employeur de sa demande d'indemnité de procédure ;
- rejeté toute autre demande.

Le 3 avril 2023, l'employeur a formé un pourvoi. Le mémoire ampliatif a été déposé le 3 août 2023. Il contient une demande en paiement de la somme de 4 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 3 octobre 2023, le salarié a déposé un mémoire en défense et pourvoi incident. Il contient une demande en paiement de la somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 6 novembre 2023, l'employeur a déposé un mémoire en défense à pourvoi incident.

## **2. Propositions de rejets non spécialement motivés sur les premier, deuxième, quatrième, cinquième, sixième moyens du pourvoi principal de l'employeur et sur les premier et second moyens du pourvoi incident du salarié**

## **2.1 Pourvoi principal**

### **2.1.1 Premier moyen (heures supplémentaires)**

L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié des sommes à titre de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires et congés payés afférents, à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité, alors :

qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments ; que les heures supplémentaires se décomptent, sauf stipulation contraire, par semaine civile ; qu'en l'espèce, la durée contractuelle du travail de M. [N] était fixée à 39 heures hebdomadaires ; que, pour faire droit à la demande de

rappel d'heures supplémentaires, l'arrêt retient que le salarié "verse un relevé individuel des heures supplémentaires de janvier, février et mars 2018" et que, "dans ses écritures, il précise que durant les deux premières semaines du mois de février 2018 et les deux dernières semaines du mois de mars 2018 il a effectué un total de 10,08 heures supplémentaires, par semaine, soit 49 heures en janvier 2016, heures que la société a omis de lui payer, soit la somme de 169,44 euros outre les congés payés y afférents" ; qu'en statuant ainsi, cependant que le décompte versé aux débats par M. [N] mentionnait uniquement l'existence de dépassements de ses horaires quotidiens habituels, certains jours de certaines semaines, sans que soit indiqués ceux observés par lui les autres jours de la semaine, ce dont il résulte qu'il ne faisait pas ressortir l'exécution, sur la semaine, d'heures supplémentaires au-delà de celles pour lesquelles le salarié était contractuellement rémunéré, de sorte qu'il n'était pas suffisamment précis quant aux heures supplémentaires prétendument non rémunérées par l'employeur pour qu'il puisse y répondre, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail, ensemble les articles L. 3121-29 et L. 3121-35 du code du travail.

#### **Proposition de réponse au moyen :**

La cour d'appel, qui a constaté que le salarié versait un relevé individuel des heures supplémentaires de janvier, février et mars 2018, que dans ses écritures, il précisait que durant les deux premières semaines du mois de février 2018 et les deux dernières semaines du mois de mars 2018 il avait effectué un total de 10,08 heures supplémentaires que la société avait omis de lui payer soit la somme de 169,44 euros, outre les congés payés afférents, que les éléments présentés par le salarié étaient confortés par une capture d'écran du site internet de prise de rendez-vous pour un contrôle technique débutant dès 7 heures du matin, a exactement retenu que ces éléments étaient suffisamment précis pour permettre à l'employeur d'y répondre.

Appréciant souverainement les éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties, la cour d'appel a évalué l'importance des heures supplémentaires accomplies par le salarié et fixé en conséquence la créance salariale s'y rapportant.

Le moyen n'est donc pas fondé.

En effet, le régime probatoire est fixé par l'article L. 3171-4 qui énonce :  
*En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.*  
*Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*  
*Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable*

Par ailleurs, les articles L. 3171-2 et L. 3171-3 du code du travail déterminent les obligations de l'employeur, relatives au décompte du temps de travail.

La cour de justice de l'Union européenne a été amenée à statuer le 14 mai 2019 (C-55/18) sur le régime probatoire des heures effectivement accomplies par le salarié.

Elle a ainsi jugé que *“ contrairement à un système mesurant la durée du temps de travail journalier effectué, les moyens de preuve pouvant être produits par le travailleur, tels que, notamment, des témoignages ou des courriers électroniques, afin*

*de fournir l'indice d'une violation de ses droits et entraîner ainsi un renversement de la charge de la preuve, ne permettent pas d'établir de manière objective et fiable le nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire effectuées par le travailleur, compte tenu de sa situation de faiblesse dans la relation de travail (points 53 à 56) “, et que“ - afin d'assurer l'effet utile des droits prévus par la directive 2003/88 et du droit*

*fondamental de chaque travailleur à une limitation de la durée maximale de travail et à des périodes de repos journalières et hebdomadaires consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, les Etats membres doivent imposer aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur, avec toutefois une marge d'appréciation dans la mise en oeuvre concrète de cette obligation*

*pour tenir compte des particularités propres à chaque secteur d'activité concerné et des spécificités de certaines entreprises (points 60 à 63).”*

La chambre sociale s'est, dans un arrêt récent, rendu en sa formation plénière, et publié au rapport annuel de la Cour de cassation (Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919 P + B + R), prononcée à nouveau sur le régime probatoire des heures supplémentaires accomplies par le salarié :

*« Il résulte des dispositions des articles L. 3171-2, alinéa 1, L. 3171-3, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, et L. 3171-4 du code du travail, qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, **il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis** quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies **afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments.** Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant. »*

Règle réaffirmée le 27 janvier 2021 (Soc. 27 janvier 2021 pourvoi n°17-31.046, P R I L) et reprise ensuite, notamment voir Soc. 1<sup>er</sup> décembre 2021 n° 20-12.361, dans une espèce où le salarié avait procédé dans ses conclusions, à un calcul des heures supplémentaires.

C'est dans ce contexte, pour se mettre en parfaite conformité avec le droit de l'Union, que la chambre sociale a rendu l'arrêt précité du 18 mars 2020 dans lequel elle :

- abandonne la notion d'étaiement de sa demande par le salarié trop souvent source de confusion avec celle de preuve, pour seulement exiger la présentation d'éléments par celui-ci ;
- met l'accent en parallèle sur les obligations pesant sur l'employeur quant au contrôle des heures de travail effectuées.

On notera que pour autant, les éléments produits par le salarié doivent toujours être suffisamment précis quant aux heures non rémunérées prétendument accomplies afin de permettre à l'employeur d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments.

La chambre sociale contrôle le respect par les juges du fond du mécanisme probatoire. Dans le prolongement de l'arrêt du 18 mars 2020 (précité), l'arrêt du 27 janvier 2021 (précité) a explicité le contrôle exercé sur la notion "d'éléments suffisamment précis" quant aux heures de travail que le salarié prétend avoir accomplies, ainsi que le relève la note explicative : *"S'agissant d'une obligation découlant de l'article 6 du code de procédure civile, relatif à l'obligation d'alléguer les faits nécessaires au succès des prétentions, et non de l'article L. 3171-4 du code du travail, relatif à la preuve des heures travaillées, la précision des éléments produits doit être examinée au regard de cet objectif d'organisation du débat judiciaire. Cette précision n'est ni de la même nature, ni de la même intensité que celle qui pèse par ailleurs sur l'employeur dans le cadre de son obligation de contrôle de la durée du travail."*

Notre chambre exerce un contrôle lourd sur la première étape du mécanisme probatoire : Soc., 11 mai 2022, pourvoi n° 21-10.158.

La chambre apprécie ainsi la motivation du juge du fond quant à la précision des éléments présentés par le salarié.

Ensuite, après analyse, conformément aux principes sus énoncés, des éléments fournis, le juge du fond évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant (Soc. 18 mars 2020 et 27 janvier 2021 précités, mais déjà trois arrêts de principe en 2013 et notamment Soc. 4 décembre 2013, n° 12-11.886, Bull. V, n° 296, PBRI).

Au cas d'espèce, la cour d'appel a statué ainsi qu'il suit :

*« En l'espèce, M. [N] fait valoir qu'il effectuait un nombre bien plus important d'heures hebdomadaires que les 39 heures prévues au contrat de travail en dépassant bien souvent la durée légale. Il devait faire l'ouverture de l'établissement à 7 heures.*

*Le salarié verse un relevé individuel des heures supplémentaires de janvier février et mars 2018.*

*Dans ses écritures, il précise que durant les deux premières semaines du mois de février 2018 et les deux dernières semaines du mois de mars 2018 il a effectué un total de 10,08 heures supplémentaires, par semaine, soit 49 heures en janvier 2016, heures que la société a omis de lui payer soit la somme de 169,44 euros outre les congés payés y afférents.*

*Alors que les éléments présentés par le salarié sont confortés par une capture d'écran du site Internet de prise de rendez- vous pour un contrôle technique débutant dès 7 heures du matin la SAS Vivauto se contente de fournir le même relevé d'heures que celui produit par le salarié, lequel est pas d'avantage signé par le supérieur du salarié.*

*Ainsi, l'employeur n'apporte aucun justificatif des horaires de travail effectivement réalisés par M. [N].*

*La décision du conseil de prud'hommes sera infirmée en ce qu'elle a débouté M. [N] de sa demande en paiement d'heures supplémentaires et des congés payés y afférents ainsi que de sa demande en paiement de dommages-intérêts au titre du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité par dépassement de la durée légale du travail. »*

Dans ses conclusions, le salarié faisait valoir qu'il avait effectué un certain nombre d'heures supplémentaires les deux premières semaines du mois de février mais également les deux dernières semaines du mois de mars 2018 et faisait état d'un nombre d'heures effectuées au delà de 39 h, pour février S1: 2h45, S2 :1h30, pour mars S4 : 4h30 et S5 : 1h50. Il mentionnait que l'employeur avait omis de rémunérer:

- au titre du mois de février 2018 : 4,25 heures à 25 pour cent
- au titre du mois de mars 2017 ( lire 2018) : 5,83 heures à 25 pour cent. (P21 et 22).

### **2.1.2 Deuxième moyen (subsidaire) (manquement à l'obligation de sécurité) :**

L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une somme à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité, alors :

1° /que le dépassement de la durée contractuelle de travail du salarié impliquant l'exécution d'heures supplémentaires ne constitue pas, en soi, un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 4121-1 du code du travail en sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 et l'article L. 4121-2 du même code dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ;

2°/ subsidiairement, que le juge ne peut accorder, à deux titres différents, la réparation d'un même préjudice ; qu'en accordant à M. [N] des dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité du seul fait qu'il avait accompli des heures supplémentaires non rémunérées, auxquelles la société Vivauto PL a été condamnée au paiement, la cour d'appel a réparé deux fois le préjudice subi par l'intéressé, violant le principe de la réparation intégrale du préjudice.

**Proposition de réponse aux deux branches réunies :**

La cour d'appel, qui a constaté que le salarié faisait valoir qu'il effectuait un nombre bien plus important d'heures hebdomadaires que les 39 heures prévues au contrat de travail en dépassant bien souvent la durée légale de travail, a relevé que l'employeur n'apportait aucun justificatif des horaires de travail effectivement réalisés par le salarié.

La cour d'appel, qui a fait ressortir que l'employeur avait manqué à son obligation de sécurité tenant au respect de la durée maximale légale de travail, a, sans méconnaître le principe de réparation intégrale du préjudice, évalué le préjudice en découlant pour le salarié.

Le moyen n'est donc pas fondé.

En effet, l'article L. 3121-20 du code du travail dispose: « Au cours d'une même semaine, la durée du travail ne peut dépasser quarante-huit heures. »

Sur la question du préjudice pouvant résulter du dépassement des durées maximales journalières de travail nous avons jugé que le seul constat de son dépassement ouvrait droit à réparation :

*Vu l'article L. 3121-35, alinéa 1er, du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, interprété à la lumière de l'article 6 b) de la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003:*

*5. Aux termes du texte susvisé, au cours d'une même semaine, la durée du travail ne peut dépasser quarante-huit heures.*

*6. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire fixée à l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 constitue, en tant que tel, une violation de cette disposition, sans qu'il soit besoin de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique (CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, Fuß c. Stadt Halle, point 53). Cette directive poursuivant l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant, le législateur de l'Union a considéré que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire, en ce qu'il prive le travailleur d'un tel repos, lui cause, de ce seul fait, un préjudice dès lors qu'il est ainsi porté atteinte à sa sécurité et à sa santé (CJUE, 14 octobre 2010, C-243/09, Fuß c. Stadt Halle, point 54). La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que c'est au droit national des États membres qu'il appartient, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, d'une part, de déterminer si la réparation du dommage causé à un particulier par la violation des dispositions de la directive 2003/88 doit être effectuée par l'octroi de temps libre supplémentaire ou d'une indemnité financière et, d'autre part, de définir les règles portant sur le mode de calcul de cette réparation (CJUE, 25 novembre 2010, Fuß c. Stadt Halle, C-429/09, point 94). 7. Pour débouter le salarié de sa demande en dommages-intérêts pour violation de la durée maximale du travail, l'arrêt, après avoir constaté que le salarié avait travaillé 50,45 heures durant la semaine du 6 au 11 juillet 2015, retient que celui-ci doit démontrer très exactement en quoi ces horaires chargés lui ont porté préjudice et, qu'en l'état des éléments soumis, ce préjudice n'est pas suffisamment démontré.*

*8. En statuant ainsi, alors que le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation, la cour d'appel a violé le texte susvisé. (Soc., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-21.636) ».*

Alors que la charge de la preuve des heures de travail effectivement accomplies est répartie entre le salarié et l'employeur, sans peser spécialement ni sur l'un ni sur

l'autre, la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne et des durées maximales de travail fixées par le droit interne incombe à l'employeur.

Voir à cet égard les arrêts suivants : Soc., 17 octobre 2012 (pourvoi n° 10-17.370, Bull. 2012, V, n° 267) : *« Mais attendu que les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail relatives à la répartition de la charge de la preuve des heures de travail effectuées entre l'employeur et le salarié ne sont pas applicables à la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne, qui incombe à l'employeur ; que le moyen n'est pas fondé »*.

Mais aussi Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-20.891, Bull. 2015, V, n° 23, Soc., 23 mai 2017, pourvoi n° 15-24.507, Bull. 2017, V, n° 93, Soc., 18 septembre 2019, pourvoi n° 18-10.782.

S'agissant de l'obligation de sécurité, l'article L.4121-1 du code du travail dispose que :

*« L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.*

*Ces mesures comprennent :*

*1° Des actions de prévention des risques professionnels, y compris ceux mentionnés à l'article L. 4161-1 ;*

*2° Des actions d'information et de formation ;*

*3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.*

*L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes. »*

et l'article L.4121-2 du même code dispose que :

*« L'employeur met en oeuvre les mesures prévues à l'article L. 4121-1 sur le fondement des principes généraux de prévention suivants :*

*1° Eviter les risques ;*

*2° Evaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ;*

*3° Combattre les risques à la source ;*

*4° Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ;*

*5° Tenir compte de l'état d'évolution de la technique ;*

*6° Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ;*

*7° Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral et au harcèlement sexuel, tels qu'ils sont définis aux articles L. 1152-1 et L. 1153-1, ainsi que ceux liés aux agissements sexistes définis à l'article L. 1142-2-1 ;*

*8° Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ;*

*9° Donner les instructions appropriées aux travailleurs. »*

Dans ses conclusions d'appel (p.25 et 26), le salarié invoquait que les nombreuses heures supplémentaires l'avait amené à travailler très fréquemment plus de 48 heures par semaine ou encore plus de 10 heures par jour sans contrepartie en repos et à titre d'exemple invoquait , pour le mois de janvier 2018, semaine 3 : 52,8 h et

semaine 4: 49 h. Il sollicitait en conséquence, des dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité.

La cour d'appel a statué ainsi qu'il suit :

*« En l'espèce, M. [N] fait valoir qu'il effectuait un nombre bien plus important d'heures hebdomadaires que les 39 heures prévues au contrat de travail en dépassant bien souvent la durée légale. Il devait faire l'ouverture de l'établissement à 7 heures.*

*(...)*

*La décision du conseil de prud'hommes sera infirmée en ce qu'elle a débouté M. [N] de sa demande en paiement d'heures supplémentaires et des congés payés y afférents ainsi que de sa demande en paiement de dommages-intérêts au titre du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité par dépassement de la durée légale du travail. »*

### **2.1.3 Quatrième moyen (indemnité compensatrice de préavis et congés payés afférents)**

L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une somme au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents, alors :

1°/ que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ; qu'en l'espèce, M. [N] faisait valoir qu'il était en droit, sur la base d'une rémunération mensuelle brute moyenne de 2 529,76 euros, de percevoir une indemnité compensatrice de préavis d'un montant de 5 059,52 euros ; que la société Vivauto PL soutenait que "la moyenne des trois derniers mois s'élève à la somme de 2 084,49 euros bruts, de sorte que l'indemnité compensatrice de préavis ne pourrait être fixée à un montant supérieur à 4 168,98 euros bruts" ; qu'en énonçant dès lors, pour condamner la société Vivauto PL à payer à M. [N] la somme de 5 059,52 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, que "le jugement (...) doit être confirmé en ses dispositions allouant au salarié les indemnités de rupture prévues par la loi auxquelles il a droit et dont les montants ne sont pas discutés", cependant que le montant de l'indemnité compensatrice de préavis était expressément discuté et contesté, la cour d'appel a modifié les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ subsidiairement, que l'indemnité de préavis correspond aux salaires et avantages dont le salarié aurait normalement bénéficié s'il avait continué de travailler pendant la durée théorique du préavis ; qu'en lui accordant dès lors une indemnité compensatrice de préavis de deux mois sur la base d'une rémunération brute moyenne de 2 529,76 euros "calculée sur la moyenne des salaires bruts des 12 derniers mois", cependant qu'il lui appartenait de déterminer le montant de cette indemnité, non par référence à une rémunération mensuelle moyenne, mais en considération des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, la cour d'appel a violé l'article L. 1234-5 du code du travail.

#### **Proposition de réponse au moyen :**

La cour d'appel, qui, par motifs adoptés, a retenu que la rémunération brute moyenne du salarié était de 2 529,76 euros, celle-ci étant calculée sur la moyenne

de salaires bruts des douze derniers mois, et que le salarié avait plus de deux ans d'ancienneté, a fixé l'indemnité de préavis à 5 059,52 euros, à laquelle s'ajoute 505,95 euros de congés payés.

Le moyen, qui, pris en sa première branche, est inopérant en ce qu'il critique des motifs surabondants et qui, pris en sa seconde branche, est irrecevable comme contraire aux conclusions de l'employeur, n'est donc pas fondé.

Dans ses conclusions d'appel, le salarié soutenait que :

« *La rémunération mensuelle brute moyenne de Monsieur [N] étant de 2.529,76 euros et nullement de 2.391,83 euros. (Pièce 2).*

« *Monsieur [N] a donc droit à une indemnité compensatrice de préavis à hauteur de 5.059,52 euros et à une indemnité de congés payés afférents à hauteur de 505,95 euros nets. » (p 19)*

Dans ses conclusions en réplique, l'employeur soutenait que :

« **En outre, la moyenne des 3 derniers mois s'élève à la somme de 2 084,49 € bruts, de sorte que l'indemnité compensatrice de préavis ne pourrait être fixée à un montant supérieur à 4 168,98 € bruts** » ( p 20). »

Au cas d'espèce, la cour d'appel a statué ainsi qu'il suit :

« **En conséquence, le jugement sera infirmé en ce qu'il alloue au salarié des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse . Il doit être confirmé en ses dispositions allouant au salarié les indemnités de rupture prévues par la loi auxquelles il a droit et dont les montants ne sont pas discutés ainsi qu'un rappel de salaire durant la mise à pied qui était injustifiée. »**

Pour sa part, le conseil a statué comme suit :

« ... il convient donc de lui octroyer les sommes afférentes à la perte de son emploi :  
- Soit une indemnité de préavis, prévue dans la convention collective des services automobiles, à laquelle la société Vivauto PL est soumise. La rémunération brute moyenne de Monsieur [O] [N] était de 2.529,76 €, celle-ci étant calculée sur la moyenne des salaires bruts des douze derniers mois. Monsieur [O] [N], ayant plus de deux ans d'ancienneté, le préavis est égal à deux mois, soit la somme de 5.059,52 €, à laquelle il convient d'ajouter les congés payés y afférents, soit la somme de 505,95 €. »

#### **2.1.4 Cinquième moyen ( rappel de salaire sur la mise à pied conservatoire)**

L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une somme au titre de rappel de salaire sur la mise à pied conservatoire, outre congés payés afférents, alors :

1°/ que tout jugement doit être motivé à peine de nullité ; qu'en condamnant l'employeur à payer à M. [N] la somme de 1 011,90 euros à titre de rappel de salaire sur la mise à pied conservatoire, sans préciser sur quel élément elle se fondait pour retenir un tel montant, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ et que la société Vivauto PL faisait expressément valoir que, "concernant le rappel pour mise à pied conservatoire, le calcul est également erroné. En effet, il lui a été retiré à ce titre la somme de 917,54 € sur son bulletin de salaire du mois d'avril 2018 (pièce n° 5, bulletin de paie d'avril 2018). M. [N] ne peut donc nullement

solliciter la somme de 1 011,90 € bruts, outre les congés payés y afférents à hauteur de 101,20 € bruts. C'est donc parfaitement à tort que le Conseil de prud'hommes de Grasse, sans même se reporter aux bulletins de salaire produits, a condamné la société Vivauto PL à payer ces sommes'' ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans répondre à ce moyen des conclusions de l'employeur, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

### **Proposition de réponse aux deux branches du moyen réunies :**

La cour d'appel, qui, par motifs adoptés, a fixé la rémunération brute moyenne du salarié à la somme de 2 529,76 euros, celle-ci étant calculée sur la moyenne des salaires bruts des douze derniers mois (1<sup>ère</sup> B), a, sans être tenue de suivre les parties

dans le détail de leur argumentation, ni de répondre à des allégations dépourvues d'offre de preuve (2<sup>ème</sup> B), évalué à la somme de 1 011,90 euros la somme due au salarié au titre du rappel de salaire durant la mise à pied conservatoire injustifiée. Le moyen n'est donc pas fondé.

En effet, les deux branches du moyen sont tirées de la violation de l'article 455 du code de procédure civile, la première reprochant à la cour de ne pas avoir précisé sur quel élément elle se fondait pour retenir le montant de rappel de salaire sur la mise à pied conservatoire, la seconde reprochant à la cour de ne pas avoir répondu à ses conclusions qui faisaient valoir que la somme retirée sur le bulletin de salaire d'avril 2018 étaient de 917,54 euros.

Au cas d'espèce, la cour d'appel a statué ainsi qu'il suit :

**« En conséquence, le jugement sera infirmé en ce qu'il alloue au salarié des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse . Il doit être confirmé en ses dispositions allouant au salarié les indemnités de rupture prévues par la loi auxquelles il a droit et dont les montants ne sont pas discutés ainsi qu'un rappel de salaire durant la mise à pied qui était injustifiée. »**

Le conseil de prud'hommes avait pour fixer l'indemnité de préavis retenu que la rémunération brute moyenne du salarié était de 2 529,76 euros, calculée sur la moyenne des salaires bruts des douze derniers mois. Il avait retenu les mêmes modalités pour la fixation du rappel de salaire sur la mise à pied conservatoire, retenant le paiement de 1 011,90 euros à titre de rappel de salaire sur la mise à pied conservatoire, ainsi que la somme de 101,20 euros de congés payés afférent.

#### **2.1.5 Sixième moyen ( indemnité de licenciement)**

L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une somme au titre de l'indemnité de licenciement, alors :

1°/ que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ; qu'en l'espèce, la société Vivauto PL soutenait qu' "à toutes fins, il est rappelé que la moyenne des 12 dernières rémunérations du salarié s'élève à la somme de 2 391,83 € bruts" et qu' "en conséquence, pour une ancienneté de 2 ans et 2 mois (sans qu'il soit nullement oublié la période de préavis), l'indemnité légale de licenciement de M.

[N] ne pourrait dépasser la somme de 1 295,56 € ; qu'en allouant à M. [N] la somme de 1 498,52 euros au titre de l'indemnité de licenciement, motifs pris de l'absence de discussion du montant de l'indemnité, cependant qu'il était expressément discuté et contesté par l'employeur, la cour d'appel a modifié les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ que la société Vivauto PL soutenait qu' " à toutes fins, il est rappelé que la moyenne des 12 dernières rémunérations du salarié s'élève à la somme de 2 391,83 € bruts" et qu' "en conséquence, pour une ancienneté de 2 ans et 2 mois (sans qu'il soit nullement oublié la période de préavis), l'indemnité légale de licenciement de M. [N] ne pourrait dépasser la somme de 1 295,56 €" ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen de l'employeur, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ et que en se bornant à affirmer que le salarié a droit à "une indemnité légale de licenciement, prenant en compte l'ancienneté de 2 ans, 2 mois et 13 jours, soit la somme de 1 498,52 €", sans préciser sur quels éléments elle se fondait pour retenir une telle somme, ni préciser le salaire de référence retenu, ainsi que les modalités de son calcul, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle et a, derechef, violé l'article 455 du code de procédure civile.

### **Proposition de réponse aux trois branches du moyen réunies :**

La cour d'appel qui, par motifs adoptés, a retenu que la rémunération brute moyenne du salarié était de 2 529,76 euros, celle-ci étant calculée sur la moyenne des salaires bruts des douze derniers mois et prenant en compte l'ancienneté de 2 ans, 2 mois et 13 jours, a, répondant aux conclusions prétendument omises (2<sup>ème</sup> branche), fixé l'indemnité légale de licenciement à la somme de 1 498,52 euros.

Le moyen, qui, pris en sa première branche, est inopérant en ce qu'il critique des motifs surabondants, et qui, pris en sa troisième branche, manque par le fait qui lui sert de base, n'est donc pas fondé.

En effet, dans ses conclusions d'appel, le salarié soutenait que :

*« Monsieur [N] a droit à l'indemnité légale de licenciement qui doit être calculée en tenant compte du préavis.*

*Monsieur [N] a une ancienneté de 2 ans et 2 mois et 13 jours, à laquelle il faut ajouter les deux mois de préavis soit une ancienneté de 2 ans et 4 mois et 13 jours. Le salarié a donc droit au titre de l'indemnité de licenciement à 1.498,52 euros.*

*En effet, la société VIVAUTO omet de prendre en compte dans l'ancienneté du salarié son préavis. » ( p 19)*

Dans ses conclusions en réplique, l'employeur soutenait que :

*« A toutes fins, il est rappelé que la moyenne des 12 dernières rémunérations du salarié s'élève à la somme de 2.391,83 € bruts.*

*En conséquence, pour une ancienneté de 2 ans et 2 mois ( sans qu'il soit nullement oublié la période de préavis), l'indemnité légale de licenciement de Monsieur [N] ne pourrait dépasser la somme de 1 295,56 €. » ( p.20)*

Au cas d'espèce, la cour d'appel a statué ainsi qu'il suit :

***« En conséquence, le jugement sera infirmé en ce qu'il alloue au salarié des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse . Il doit être confirmé en ses dispositions allouant au salarié les indemnités de rupture***

***prévues par la loi auxquelles il a droit et dont les montants ne sont pas discutés ainsi qu'un rappel de salaire durant la mise à pied qui était injustifiée. »***

## **2.2 Pourvoi incident**

### **2.2.1 Premier moyen (limitation de l'indemnité allouée à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité.)**

Le salarié reproche à l'arrêt de limiter le montant de l'indemnité allouée à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité constitué par le dépassement des durées légales maximales de travail, alors que le seul constat du dépassement des durées maximales quotidienne et hebdomadaire de travail, lesquelles poursuivent l'objectif de garantir la sécurité et la santé des travailleurs par la prise d'un repos suffisant, ouvre droit à une réparation effective ; qu'en octroyant à M. [N], à titre d'indemnisation pour le dépassement des durées maximales légales hebdomadaire et quotidienne de travail, une réparation dérisoire équivalente à une absence de réparation, la cour d'appel a violé les articles L. 3121-18 et L. 3121-20 du code du travail.

#### **Proposition de réponse au moyen :**

Le moyen n'est pas fondé. La cour d'appel a souverainement apprécié le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite.

Notre chambre juge que « le seul constat du dépassement de la durée maximale de travail ouvre droit à la réparation » : Soc., 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-21.636, Soc., 11 mai 2023, pourvoi n° 21-22.281, 21-22.912.

Encore que « le dépassement de la durée maximale de travail ouvre, à lui seul, droit à la réparation » : Soc., 27 septembre 2023, pourvoi n° 21-24.782.

L'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond : Soc., 7 juillet 2021, pourvoi n° 16-15.980, 15-28.233, voir aussi Soc., 5 octobre 2016, pourvoi n° 15-15.857.

Notre chambre a déjà jugé qu'une cour d'appel qui s'est bornée à allouer à un syndicat, qui intervenait pour la défense des intérêts collectifs de la profession dans une instance opposant un salarié à son employeur, une somme « symbolique » à titre de dommages-intérêts, n'a pas procédé, comme il lui appartenait de le faire à l'évaluation du préjudice réel subi par celui-ci et a violé l'article 1382 du code civil : Soc., 18 novembre 2009, n°08-43-523, voir aussi : Soc., 27 mars 2013, pourvoi n° 12-21.717, 12-21.734.

Dans le cas d'espèce, la cour d'appel a statué ainsi qu'il suit :

« *La SAS Vivauto PI sera condamnée à payer à M. [N] :*

*(...)*

*-100 euros à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité; »*

### **2.2.2 Second moyen du pourvoi incident (licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse)**

Le salarié fait grief à l'arrêt de dire que son licenciement reposait sinon sur une faute grave, du moins sur une cause réelle et sérieuse et de, en conséquence, le débouter de sa demande de dommages et intérêts pour licenciement injustifié, alors :

1°/ que pour statuer comme elle l'a fait, la cour d'appel a retenu exclusivement le prétendu manquement consistant dans le fait d'avoir, le 30 mars 2018, fait passer un véhicule semi-remorque sur le banc de freinage sans avoir entré les références du véhicule dans le système informatique de l'entreprise ; que le salarié faisait valoir qu'il s'agissait d'un simple essai informel et ponctuel de vérification, à la demande du client, pour un véhicule qui avait déjà subi peu de temps auparavant un contrôle technique et une contre-visite, et non d'un contrôle technique obligatoire au sens des articles R. 323-23 à R. 323-26 du code de la route, auxquels renvoie l'article 1er de l'arrêt du 27 juillet 2004 relatif au contrôle technique des véhicules lourds ; que la cour d'appel a relevé, pour retenir une faute à la charge du salarié, que l'employeur soutenait "sans être utilement contredit" qu'il découlait de son contrat de travail que le salarié n'était pas habilité à faire réaliser un simple test, qu'il aurait dû procéder à une saisie informatique des documents du véhicule et à l'établissement du contrôle technique et qu'en omettant de respecter ces procédures il s'exposait au risque de perte de l'agrément pour lui-même ainsi que pour le centre et le réseau dont il relevait; qu'en statuant de la sorte, sans faire ressortir en quoi les fonctions contractuelles du salarié ou l'arrêt du 27 juillet 2004 relatif au contrôle technique des véhicules lourds emportaient interdiction de procéder à une vérification informelle, distincte des contrôles techniques obligatoires prévus par les articles R. 323-23 à R. 323-25 du code de la route, la cour d'appel a statué par des motifs impuissants à caractériser la faute commise par le salarié, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article L. 1235-1 du code de travail ;

2°/ qu'en ne précisant pas le fondement juridique de l'interdiction faite au salarié de réaliser un simple test informel, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 12 du code de procédure civile.

### **Proposition de réponse aux deux branches du moyen réunies :**

La cour d'appel, par une appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve soumis à son examen, a décidé, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L.1235-1 du code du travail, que le grief reproché au salarié, consistant à faire passer un semi-remorque sur le banc de freinage sans avoir entré les documents du véhicule, alors qu'il découlait de son contrat de travail que le salarié n'était pas habilité à réaliser un simple test et qu'une telle action pouvait entraîner la perte de son agrément et de celui du centre, constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Les critiques du moyen qui ne tendent en réalité qu'à remettre en cause devant la Cour de cassation l'appréciation souveraine des juges du fond, ne sont pas de nature à entraîner la cassation de l'arrêt.

En effet, l'article L.1235-1 du code du travail dispose que :

*« En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation et d'orientation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des*

*indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié.*

*Le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au présent chapitre.*

*A défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.*

*Il justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie.*

*Si un doute subsiste, il profite au salarié. »*

L'article 12 du code de procédure civile dispose que :

*« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.*

*Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.*

*Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé. »*

Les juges apprécient souverainement si les faits reprochés au salarié à l'appui d'une licenciement de nature disciplinaire sont établis.

En l'espèce, la cour d'appel, après avoir relevé que la lettre de licenciement contenait quatre griefs, sur le grief d'avoir le vendredi 30 mars 2018, fait passer une semi-remorque sur le banc de freinage sans avoir entré les documents du véhicule, a statué comme suit :

*« Il est reproché au salarié d'avoir fait un contrôle technique sans observer la procédure.*

*M. [N] admet avoir fait passer un semi-remorque sur le banc de freinage . Il prétend que cet essai ne constituait ni un contrôle technique, ni une contre-visite mais une simple vérification avant de procéder à une contre-visite.*

*La SAS Vivauto PL soutient sans être utilement contredite qu'il découle de son contrat de travail que le salarié n'était pas habilité à faire réaliser un simple test.*

*Dans ces conditions, M. [N], dès lors que le véhicule avait été positionné sur les bancs de freinage, devait obligatoirement enregistrer lors de ce nouveau passage les documents du véhicule, toute vérification devant donner lieu à une saisie informatique des documents du véhicule et à l'établissement d'un procès verbal de contrôle technique, lequel n'a pas été établi en l'espèce.*

*Comme il est exactement indiqué dans la lettre de licenciement, le risque de cette action était la perte de l'agrément du salarié, la perte de l'agrément du centre entraînant sa fermeture temporaire ou définitive, ainsi que la perte de l'agrément Réseau.*

*Il se déduit de ces motifs que le grief est établi et qu'il constitue, non une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise même durant le préavis, mais une cause réelle et sérieuse de licenciement. »*

### **3 - Analyse succincte des moyens**

#### **3.1 Pourvoi principal de l'employeur**

##### **Troisième moyen**

L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une somme à titre d'indemnité pour travail dissimulé, alors :

1°/ que pour juger que la société Vivauto PL avait mis à la disposition de M. [N] un logement de fonction de manière gratuite, l'arrêt retient qu' "il est établi par les attestations précises et concordantes de [K] [S] et [Z] [X], qui emportent la conviction, que M. [N] était logé par son employeur dans un bâtiment de l'entreprise constitué d'une pièce principale d'environ 45 m2 avec un coin cuisine, douche et wc au premier étage du centre Autovision [Adresse 4] à [Localité 1], dans lequel il vivait et recevait ses amis. Le salarié produit en outre des factures d'achat d'éléments mobiliers acquis en 2016 qui corroborent le fait invoqué qu'il avait dû meubler ce logement" et que "M. [N] fait exactement valoir que l'indication d'une adresse personnelle distincte de celle du logement de fonction octroyé, dans l'acte de saisine du conseil de prud'hommes et sur ses factures de mobilier n'est pas un élément pertinent conduisant à rejeter sa demande" ; qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de l'exposante qui avait valoir, d'une part, que "durant toute l'exécution de son contrat de travail, M. [N] n'a déclaré qu'une seule adresse pour son domicile : [Adresse 3] à [Localité 1] (pièce n° 1 et pièce adverse n° 2). Cette adresse est également portée sur l'offre de crédit émise à son nom, le 22 juin 2017", la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile;

2°/ que le délit de travail dissimulé par dissimulation partielle d'emploi salarié est caractérisé par l'absence volontaire de déclaration préalable à l'embauche, la mention délibérée sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui véritablement exécuté par le salarié ou le défaut intentionnel d'établissement des déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale ; que, pour condamner l'employeur à payer à M. [N] la somme de 15 178,56 euros à titre d'indemnité pour travail dissimulé, l'arrêt - après avoir retenu que le salarié justifiait de la mise à disposition d'un logement à titre gratuit - énonce que "l'intention de dissimuler l'avantage en nature ainsi accordé par l'employeur est caractérisée en l'espèce" ; qu'en statuant ainsi, cependant que le manquement de l'employeur à son obligation de faire figurer sur le bulletin de paie la nature et le montant des avantages en nature et de payer les cotisations sociales en résultant ne suffit pas à caractériser une dissimulation volontaire d'emploi, la cour

d'appel a violé l'article L. 8221-5 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ;

3°/ plus subsidiairement, que le délit de travail dissimulé par dissimulation partielle d'emploi salarié est caractérisé par l'absence volontaire de déclaration préalable à l'embauche, la mention délibérée sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui véritablement exécuté par le salarié ou le défaut intentionnel d'établissement des déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale ; que, pour condamner l'employeur à payer à M. [N] la somme de 15 178,56 euros à titre d'indemnité pour travail dissimulé, l'arrêt - après avoir retenu que le salarié justifiait de la mise à disposition d'un logement à titre gratuit - énonce que "l'intention de dissimuler l'avantage en nature ainsi accordé par l'employeur est caractérisée en l'espèce" ; qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'élément intentionnel de l'omission de la mention de l'avantage en nature de logement sur les bulletins de paie et de déclaration de celui-ci aux organismes sociaux concernés, la cour d'appel a violé l'article L. 8221-5 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

#### **4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

- avantage en nature et travail dissimulé

#### **5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

Le présent rapport inclut des éléments d'études émanant du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, en ses bureaux du contentieux de la chambre sociale, de la deuxième chambre civile et en son bureau du droit pénal et de la procédure pénale.

##### **5.1 Textes**

L'article L.8223-1 du code du travail dispose :

*« En cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L. 8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L. 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire. »*

Travaux parlementaires du 3° de l'article L.8221-5 du code du travail :

. Le 3° de l'article L. 8221-5 du code du travail a été introduit dans la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 par un amendement déposé en séance publique devant le Sénat en 1<sup>ère</sup> lecture. L'objet de cet amendement était d'introduire dans l'appréciation de la notion de travail dissimulé, *« l'obligation explicite des employeurs de remplir le bordereau récapitulatif des cotisations ou d'y déclarer l'ensemble des rémunérations versées, et d'effectuer une déclaration annuelle des données sociales*

*(DADS) pour chacun de ses salariés. En effet, à l'heure actuelle, si un employeur réalise la déclaration préalable à l'embauche et édite des bulletins de paie pour un salarié, le délit de travail dissimulé n'est pas constitué, alors que rien ne prouve que*

*les cotisations et contributions de sécurité sociale ont bien été déclarées dans leur totalité et acquittées pour ce salarié, ce dont seule la déclaration annuelle des données sociales permet de s'assurer ».*

Le 3° de l'article L. 8221-5 du code du travail était ainsi rédigé :

*« Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :*

*3° Soit de ne pas accomplir auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales les déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci ».*

.La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité a modifié la rédaction du 3° de l'article L. 8221-5 du code du travail :

*« Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :*

*3° Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales ».*

Cette modification résulte d'un amendement déposé par M. Goasguen devant la Com-

mission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale, lors de l'examen du texte en 2<sup>ème</sup> lecture. L'objet de cet amendement est, dans un souci de cohérence avec la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011, d'une part, de spécifier que l'omission des déclarations doit être intentionnelle et d'autre part, d'intégrer l'omission des déclarations devant être faites auprès de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales.

.La loi n° 2016-1088 du 8 Août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels apportera des modifications au 2° de l'article L. 8221-5 du code du travail mais ne modifiera pas le 3° de cet article.

L' article L.8221-5 du code du travail, modifié par la Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 dispose :

*« 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 L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;*

*2° Soit de se soustraire intentionnellement à la délivrance d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent défini par voie réglementaire, ou de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent 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 Ier de la troisième partie ;*

***3° Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des***

## **organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales. »**

### **5.2 Eléments de doctrine :**

Le répertoire de droit du travail (Dalloz) nous enseigne que :

« C - Omissions des déclarations sociales ou fiscales

50. Extension du champ de la dissimulation d'emploi. - Depuis la LFSS pour 2011, est aussi réputé travail dissimulé le fait de se soustraire « aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations assises sur ceux-ci, auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales en vertu des dispositions légales » (C. trav., art. L. 8221-5, 3o). Ce nouveau cas de travail dissimulé a rapidement été étendu, par la loi no 2011-672 du 16 juin 2011, à l'omission des déclarations devant être faites auprès de l'administration fiscale. Ces dispositions sont la transposition à la dissimulation d'emploi salarié de l'une des formes de la dissimulation d'activité (C. trav., art. L. 8221-3, 2o. – V. supra, no 25). **La formule est large et se pose aujourd'hui la question du champ exact de ce nouveau cas de travail dissimulé. On pense notamment à l'omission de la déclaration annuelle des données sociales (DADS), issue de la LFSS pour 2011, indiquant le montant des rémunérations versées à chaque salarié ou assimilé au cours de l'année précédente, qui servira de base, notamment, à la vérification des déclarations de cotisations sociales de l'employeur.** Cette déclaration doit se substituer à un certain nombre de déclarations existantes (CSS, art. L. 133-5-4 ). Toutefois, les décrets devant désigner l'organisme destinataire et les déclarations ainsi regroupées n'ont pas encore été pris. Seront sans doute concernées les déclarations périodiques obligatoires auprès de l'URSSAF (bordereau récapitulatif des cotisations, CSS, art. R. 243-13 ; déclaration annuelle des données sociales, CSS, art. R. 243-14 ; déclaration nominative trimestrielle des salaires pour les particuliers employeurs, CSS, art. R. 243-17 ).

(...)

#### **Section 2 - Élément intentionnel**

55. Exigence légale. - Les quatre comportements prohibés (dissimulation d'activité, dissimulation de salarié, recours au travail dissimulé, publicité en faveur du travail dissimulé) ne peuvent être sanctionnés que si l'auteur a agi ou s'est abstenu volontairement. Il en est de même lorsque les présomptions de non-salariat des articles L. 8221-6 et L. 8221-6-1 du code du travail sont écartées (art. L. 8221-6, dern. al. – V. supra, nos 37 s.). Cet élément est apprécié souverainement par les juges du fond (Soc. 19 janv. 2005, no 02-46.967 , Bull. civ. V, no 13 ; Dr. soc. 2005. 472, obs. Radé . – Crim. 11 mars 1997, no 95-82.009 , Bull. crim. no 97). **On constate cependant une divergence d'appréciation entre les juridictions pénales et sociales.**

(...)

57. Dissimulation d'activité ou de salarié. - En présence d'un travail dissimulé proprement dit, la chambre criminelle affirme que « la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 du code pénal » (Crim. 19 mars 2002, préc.). Elle approuve les juges du fond qui, pour établir l'élément moral, estiment que le prévenu avait « nécessairement connaissance du caractère illégal de son activité (Crim. 21 nov. 2000, no 00-80.695 , inédit, relatif à un retard de deux mois de l'immatriculation au registre du commerce). La solution est constante malgré les nombreuses critiques doctrinales qu'elle suscite (Crim. 17 juin 2008, no 07-87.518 , Bull. crim. no 155. – Crim. 9 nov. 2010, no 10-81.074 , JCP S 2011. 1076, note Martinon ; Dr. pénal 2011. Comm. 39, obs. Robert). Une analyse identique de l'élément moral se rencontre en matière de prêt illicite de main-d'œuvre ou de marchandage (Crim. 29 sept. 2009, no 08-82.691 , Dr. soc. 2009. 1267, obs. Duquesne ; Dr. pénal 2009. Comm. 142, obs. Robert).

(...)

#### **Art. 2 - Devant les juridictions sociales**

60. Caractère intentionnel indispensable. - La chambre sociale de la Cour de cassation est beaucoup plus exigeante que son homologue criminel. Elle rappelle régulièrement aux juges du fond que la dissimulation d'emploi salarié « n'est caractérisée que s'il est établi que

l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué » (Soc. 4 mars 2003, no 00-46.906 , Bull. civ. V, no 80 ; Dr. soc. 2003. 528, note Radé . – Soc. 30 juin 2004, no 02-41.823 , Bull. civ. V, no 189. – Soc. 19 janv. 2005, no 02-40.085 , Bull. civ. V, no 13 ; Dr. soc. 2005. 472, note Radé). Elle censure les décisions ayant considéré que l'élément intentionnel n'est pas requis (Soc. 24 mars 2004, no 01-43.875 , Bull. civ. V, no 96 ; Dr. soc. 2004. 664, note Radé (...)) »

Le Lamy Protection sociale mentionne que :

« 390 Textes

Mis à jour 05/2023

Les avantages en nature sont des éléments de la rémunération et, comme tels, ils doivent être soumis à cotisations de sécurité sociale (CSS, art. L. 242-1). Ils sont également soumis à la CSG-CRDS (voir no 574), ainsi qu'à la contribution de solidarité autonomie et à toutes les autres cotisations et contributions sociales.

Les règles relatives à l'évaluation des avantages en nature sont définies par l'arrêté du 10 décembre 2002 (Arr. min. 10 déc. 2002, JO 27 déc., p. 21750). Ces dispositions ont été explicitées et commentées par circulaires ministérielles (Circ. min. DSS/SDFSS/5B n° 2003-06, 6 janv. 2003 ; Circ. min. DSS/SDFSS/5B n° 2003-07, 7 janv. 2003 ; Circ. min. questions-réponses n° 1 DSS/5B, 31 mars 2003 ; Circ. min. questions-réponses n° 2 DSS/5B-DC, 7 mai 2003 ; Circ. min. questions-réponses n° 3 DSS/SDFSS/5B, 6 juin 2003 ; Circ. DSS/SDFSS/5B n° 2005-523, 24 nov. 2005). (...)

402 Logement à titre gratuit

Mis à jour 05/2023

L'évaluation de l'avantage logement, pour le calcul des cotisations sociales, doit se faire conformément à l'arrêté du 10 décembre 2002 (Arr. min. 10 déc. 2002, JO 27 déc.). Des circulaires ministérielles en précisent les modalités d'application (Circ. min. no 2003-07, 7 janv. 2003 ; Circ. Questions-réponses no 1 DSS/5B, 31 mars 2003).

### 5.3 Eléments de jurisprudence

La chambre criminelle a retenu que « *l'article L. 8221-5, 3°, du code du travail, qui répute travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur de se soustraire intentionnellement aux déclarations, légalement requises, relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci, auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale, **s'applique aussi bien au défaut de souscription de toute déclaration qu'au fait, lorsqu'une déclaration a été souscrite, d'y porter des informations tendant à minorer les obligations de l'employeur;***»

Crim., 27 mars 2018, pourvoi n° 16-87.585, Bull. crim. 2018, n° 55.

La deuxième chambre civile a retenu que :

« *Vu l'article L. 244-3, alinéa 1er, du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003, applicable au litige :*

*4. Selon ce texte, en cas de constatation d'une infraction de travail illégal par procès verbal établi par un agent verbalisateur, l'avertissement ou la mise en demeure peut concerner les cotisations exigibles au cours des cinq années civiles qui précèdent l'année de leur envoi ainsi que les cotisations exigibles au cours de l'année de leur envoi.*

*5. Pour valider le chef de redressement au titre du non-respect de l'obligation de nourriture dans la limite des trois dernières années, l'arrêt retient que la seule absence de*

**déclaration d'un avantage en nature soumis à cotisation sociale est insuffisante à caractériser l'élément intentionnel constitutif de l'infraction de travail dissimulé prévue par l'article L. 8221-5, 3°, du code du travail.**

**6. En statuant ainsi, alors que s'il procède du constat d'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, le redressement effectué par l'URSSAF a pour objet exclusif le recouvrement des cotisations afférentes à cet emploi, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'intention frauduleuse de l'employeur, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »**

2e Civ., 9 juillet 2020, pourvoi n° 19-11.860

Notre chambre a jugé que :

« Vu les articles L. 3221-3 et R. 3243-1 du code du travail ;

*Attendu que la fourniture, par l'employeur, d'un logement et d'un véhicule constitue un avantage en nature qu'il y a lieu d'inclure dans le montant de la rémunération du salarié et qui doit être indiqué sur le bulletin de paie qui lui est remis ; »*

Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.388, Bull. 2012, V, n° 47

Et encore que :

« Vu l'article L. 3221-3 du code du travail :

**14. La prise en charge, par l'employeur, d'un logement constitue un avantage qu'il y a lieu d'inclure dans le montant de la rémunération du salarié.**

*15. Les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, doivent lui être remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération.*

*16. Pour fixer à une certaine somme la rémunération de la joueuse, l'arrêt retient que s'agissant de la prise en charge par l'employeur des frais de logement à hauteur de 6 000 euros, il ne s'agit pas d'un élément de rémunération au sens de l'article L. 3221-3 du code du travail et L. 242-1 du code de la sécurité sociale, mais de frais professionnels liés à l'exercice de l'activité sportive sur la saison au même titre que les frais de déplacements et de séjours, dont l'URSSAF lors de ses contrôles n'a pas considéré à ce jour qu'ils devaient être pris en compte au titre d'un avantage en nature.*

*17. En se déterminant ainsi, sans préciser en quoi les frais de logement pris en charge par l'employeur avaient été exposés par la joueuse pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. »*

Soc., 4 novembre 2021, pourvoi n° 19-24.378

Notre chambre avait jugé, avant les modifications de l'article L.8221-5 du code du travail, par la loi du 20 décembre 2010, puis par celle du 16 juin 2011, que :

« Vu l'article L. 8221-5 du code du travail ;

*Attendu que pour condamner la caisse au paiement d'une indemnité pour dissimulation d'emploi salarié, l'arrêt retient que des avantages en nature soumis à cotisations et constituant des accessoires du salaire ont été omis sur le bulletin de paie au détriment de la véritable assiette de cotisation ;*

**Qu'en statuant ainsi alors que le manquement de l'employeur à son obligation de faire figurer sur le bulletin de paie la nature et le montant de tous les ajouts à la rémunération brute, dont les avantages en nature, et de payer les cotisations sociales en résultant ne suffit pas à caractériser une dissimulation volontaire d'emploi dès lors**

**que ce manquement ne porte pas sur la détermination des heures de travail accomplies, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »**  
Soc., 22 septembre 2011, pourvoi n° 10-12.180

Il est de jurisprudence constante de notre chambre que l'élément intentionnel doit être établi pour que soit retenue la dissimulation de travail salarié et que l'appréciation de l'existence de cet élément intentionnel relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ( voir, notamment, Soc., 2 décembre 2015, pourvoi n° 14-22.311, Bull. 2015, V, n° 247 et, Soc., 31 janvier 2018, pourvoi n°16-16.659). La chambre contrôle toutefois le caractère opérant des motifs retenus par les juges du fond pour caractériser le caractère intentionnel de l'abstention de l'employeur.

Notre chambre retient que *“le caractère intentionnel ne peut se déduire du seul recours à un contrat inapproprié”* ( Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-41.712, 08-41.713, 08-41.714, 08-40.981, 08-40.982, 08-40.983, Bull. 2009, V, n°141, voir encore Soc., 9 janvier 2019, pourvoi n° 17-21.939 ) ni, en matière d'heures supplémentaires, *“de la seule absence de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie”* ( Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 04-40.758, Bull. 2005, V, n° 222 ), ni *“de la seule application d'une convention de forfait illicite”* (Soc., 16 juin 2015, pourvoi n° 14-16.953, Bull. 2015, V, n° 124 ), ni *« de la seule constatation de l'inexécution par l'employeur de ses obligations conventionnelles de contrôle de l'amplitude et de la charge de travail »* ( Soc., 14 septembre 2016, N°14-26.099 : *« Mais attendu que le caractère intentionnel de la dissimulation des heures supplémentaires résultant de la privation d'effet de la convention individuelle de forfait ne découle pas de la seule constatation de l'inexécution par l'employeur de ses obligations conventionnelles de contrôle de l'amplitude et de la charge de travail ; que le moyen n'est pas fondé ; »*)

Notre chambre a jugé que :  
« Vu l'article L. 8221-5 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [X...], a été engagé le 7 novembre 1980, en qualité de métreur, par le GIEDAS (groupement d'intérêt économique Dumez pour l'Arabie Saoudite), aux droits duquel se trouve la société Vinci construction grands projets ; que son contrat a été rompu pour inaptitude le 2 octobre 1984 ; que le 5 juin 2008, il a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la condamnation de son ancien employeur à lui payer une somme en réparation du préjudice résultant du manquement de celui-ci à son obligation de cotisation au régime général de base de retraite pendant sa période de travail en Arabie Saoudite de novembre 1980 à novembre 1984, outre une indemnité pour travail dissimulé ;

Attendu **qu'après avoir retenu que l'employeur n'avait pas cotisé au régime général de base en complément de l'affiliation du salarié au régime de retraite des expatriés, l'arrêt retient, pour condamner la société Vinci construction grands projets à payer une indemnité pour travail dissimulé, que dans le cas d'espèce, l'absence de cotisations est nécessairement intentionnelle ;**

**Qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser l'intention de l'employeur de dissimuler l'emploi de son salarié, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; ».**  
Soc., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-20.339.

Mais elle a jugé aussi que :  
« 11. Ensuite, ayant constaté que les **indemnités de fonction, les indemnités de coût de la vie et les indemnités d'éloignement, qui figuraient sur les bulletins de paie du salarié jusqu'en 2000, en ont disparu de cette date au 1er janvier 2013, l'employeur s'abstenant de verser les cotisations sociales correspondantes au cours de cette période, et que la société explique, sans en justifier, avoir ainsi modifié le régime de ces**

*primes pour procéder à une uniformisation du statut de son personnel, provenant d'entreprises différentes, la cour d'appel a retenu, **dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation et sans inverser la charge de la preuve, le caractère intentionnel de la dissimulation d'emploi salarié.***

12. *Le moyen n'est donc pas fondé.* » Soc., 7 juillet 2021, pourvoi n° 19-17.847

**5.4 Au cas d'espèce**, la cour d'appel, après avoir rappelé les dispositions de l'article L. 8221-5 du code du travail, a statué ainsi qu'il suit :

« L'avantage en nature logement consiste, pour un employeur, à mettre à la disposition d'un salarié un logement de fonction de manière gratuite. Cet avantage lié à l'hébergement gracieux d'un salarié est assimilé à une rémunération et doit, à ce titre, être évalué pour être soumis à cotisations sociales.

Il est établi par les attestations précises et concordantes de [K] [S] et [Z] [X], qui emportent la conviction, que M. [N] était logé par son employeur dans un bâtiment de l'entreprise constitué d'une pièce principale d'environ 45 m<sup>2</sup> avec un coin cuisine, douche et wc au premier étage du centre Autovision [Adresse 4] à [Localité 1], dans lequel il vivait et recevait ses amis. Le salarié produit en outre des factures d'achat d'éléments mobiliers acquis en 2016 qui corroborent le fait invoqué qu'il avait dû meubler ce logement.

M. [N] fait exactement valoir que l'indication d'une adresse personnelle distincte de celle du logement de fonction octroyé, dans l'acte de saisine du conseil de prud'hommes et sur ses factures de mobilier n'est pas un élément pertinent conduisant à rejeter sa demande.

Il s'ensuit que l'intention de dissimuler l'avantage en nature ainsi accordé par l'employeur est caractérisé en l'espèce ».

La première branche du moyen fait grief à l'arrêt de ne pas avoir répondu aux conclusions qui soutenaient que le salarié n'avait déclaré qu'une seule adresse pour son domicile.

La deuxième branche du moyen soutient que le manquement de l'employeur à son obligation de faire figurer sur le bulletin de paie la nature et le montant des avantages en nature et de payer les cotisations sociales en résultant ne suffit pas à caractériser une dissimulation volontaire d'emploi.

Le mémoire ampliatif soutient que l'absence de mention des avantages en nature sur les bulletins de paie et de déclaration de ceux-ci aux organismes sociaux concernés n'entre pas dans les prévisions de l'article L.8221-5 du code du travail, de sorte qu'elle ne constitue pas le délit de travail dissimulé et qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L.8221-5 du code du travail.

Il ne fait état d'aucun précédent.

Le mémoire en défense relève que le texte envisage expressément la dissimulation volontaire, par l'employeur, de tout élément générant le paiement de cotisations sociales, ce qui est le cas des avantages en nature, lesquels doivent être économiquement évalués et donner lieu, pour leur valeur, au paiement de cotisations.

Il observe que si la jurisprudence de la chambre sociale n'offre pas d'exemple, à ce jour, d'application de l'indemnité forfaitaire de l'article L.8223-1 du code du travail au cas d'absence de déclaration d'un avantage en nature soumis à cotisation aux organismes sociaux, c'est simplement parce que l'article L.8221-5.3° du code du travail, qui envisage ce cas, n'existait pas avant la loi du 20 décembre 2010.

La troisième branche du moyen, subsidiaire, soutient que les motifs de l'arrêt sont impropres à caractériser l'élément intentionnel du délit de travail dissimulé.

Notre chambre aura à se pencher sur les mérites du moyen au regard de ces éléments.