

SOC.

CH9

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 26 octobre 2022

Cassation partielle

M. SOMMER, président

Arrêt n° 1144 FS-B+R

Pourvoi n° V 21-14.178

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 26 OCTOBRE 2022

M. [V] [K], domicilié [Adresse 1], a formé le pourvoi n° V 21-14.178 contre l'arrêt rendu le 27 janvier 2021 par la cour d'appel d'Amiens (5e chambre prud'homale), dans le litige l'opposant à la société Garage du Poteau de Senlis dépannage, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Flores, conseiller, les observations de la SCP Bouzidi et Bouhanna, avocat de M. [K], de la SARL Cabinet Munier-Apaire, avocat de la société Garage du Poteau de Senlis dépannage, et l'avis de Mme Molina, avocat général référendaire, après débats en l'audience publique du 14 septembre 2022 où étaient présents M. Sommer, président, M. Flores, conseiller rapporteur, M. Schamber, conseiller doyen, Mmes Cavrois, Monge, MM. Sornay, Rouchayrole, conseillers, Mmes Ala, Thomas-Davost, Techer, conseillers référendaires, Mme Molina, avocat général

référénaire, et Mme Jouanneau, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Amiens, 27 janvier 2021), M. [K] a été engagé à compter du 12 décembre 1988 comme dépanneur par la société Garage du Poteau de Senlis dépannage, qui exerce une activité de dépannage de véhicules à la demande des particuliers, des professionnels ainsi que des compagnies d'assurance et d'assistance et assure une permanence pour intervenir sur une portion délimitée d'autoroute.
2. Les parties étaient convenues d'une rémunération mensuelle brute de 1 782,63 euros et du paiement des heures supplémentaires et repos compensateurs au moyen d'une commission de 10 % du chiffre d'affaires du dépannage poids-lourds et d'une commission de 20 % du chiffre d'affaires du dépannage véhicules légers, pour les interventions réalisées en dehors des horaires d'ouverture de l'entreprise.
3. Le 10 décembre 2015, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes en résiliation judiciaire du contrat de travail et en paiement de diverses sommes.
4. Le salarié a été licencié le 27 juin 2017.

#### Examen des moyens

Sur le premier moyen, le deuxième moyen, pris en ses trois dernières branches et le troisième moyen, pris en sa troisième branche, ci-après annexés

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche

#### Enoncé du moyen

6. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de toutes ses demandes et notamment de dommages-intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, au titre de la rupture brutale du contrat de travail, au titre du non-respect de la durée légale, au titre des heures supplémentaires outre congés payés afférents, au titre du repos compensateur, outre congés payés afférents, au titre du travail dissimulé, de nullité de son licenciement et de toutes les indemnités afférentes et subsidiairement de licenciement sans cause réelle et sérieuse et de toutes les indemnités afférentes, alors « que ayant expressément retenu que le salarié, dépanneur autoroutier de la société, au cours des périodes dites « d'astreinte » litigieuses de 15 jours consécutifs, « était tenu de se tenir en permanence ou à proximité immédiate des ou dans les locaux de l'entreprise, en dehors des heures et jours d'ouverture, afin de répondre sans délai à toute demande d'intervention » et qu'il était à cette fin muni d'un téléphone et intervenait à la demande d'un dispatcheur affecté à la réception continue des appels d'urgence, la cour d'appel qui conclut que l'organisation telle qu'elle résulte des pièces et documents versés aux débats lui permettent « de dire que ces périodes étaient des astreintes et non pas des permanences constituant un temps de travail effectif », sans nullement rechercher ni apprécier, ainsi qu'elle y était pourtant invitée, si, au regard des sujétions auxquelles le salarié était effectivement soumis au cours des périodes litigieuses, ce dernier n'était pas en permanence à la disposition de son employeur et s'il pouvait ou non vaquer librement à ses occupations personnelles, n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L 3121-5 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, L 3121-9 dudit code dans sa

rédaction issue de cette loi et L 3121-1 du code du travail. »

## Réponse de la Cour

Vu l'article L. 3121-1 du code du travail et l'article L. 3121-5 du même code, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

7. Aux termes du premier de ces textes, la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

8. Selon le second, constitue au contraire une astreinte la période pendant laquelle le salarié, sans être sur son lieu de travail et sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, doit être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif.

9. La Cour de justice de l'Union européenne juge que relève de la notion de "temps de travail effectif", au sens de la directive 2003/88, l'intégralité des périodes de garde, y compris celles sous régime d'astreinte, au cours desquelles les contraintes imposées au travailleur sont d'une nature telle qu'elles affectent objectivement et très significativement la faculté, pour ce dernier, de gérer librement, au cours de ces périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités et de consacrer ce temps à ses propres intérêts. Inversement, lorsque les contraintes imposées au travailleur au cours d'une période de garde déterminée n'atteignent pas un tel degré d'intensité et lui permettent de gérer son temps et de se consacrer à ses propres intérêts sans contraintes majeures, seul le temps lié à la prestation de travail qui est, le cas échéant, effectivement réalisée au cours d'une telle période constitue du "temps de travail", aux fins de l'application de la directive 2003/88 (CJUE 9 mars 2021, C-344/19, D.J. c/Radiotelevizija Slovenija, points 37 et 38).

10. Pour débouter le salarié de ses demandes à titre d'heures supplémentaires, l'arrêt retient que, conformément aux dispositions de la convention collective applicable, les dépanneurs de la société étaient tenus de se tenir en permanence ou à proximité immédiate des ou dans les locaux de l'entreprise, en dehors des heures et jours d'ouverture, afin de répondre sans délai à toute demande d'intervention. L'arrêt ajoute qu'il était constitué des équipes de trois ou quatre dépanneurs, munis d'un téléphone qui intervenaient à la demande du dispatcheur, lequel contrairement aux autres salariés, était spécialement affecté à la réception continue des appels d'urgence. L'arrêt en déduit que ces périodes étaient des astreintes et non pas des permanences constituant un temps de travail effectif.

11. En se déterminant ainsi, alors que le salarié invoquait le court délai d'intervention qui lui était imparti pour se rendre sur place après l'appel de l'usager, sans vérifier si le salarié avait été soumis, au cours de ses périodes d'astreinte, à des contraintes d'une intensité telle qu'elles avaient affecté, objectivement et très significativement, sa faculté de gérer librement, au cours de ces périodes, le temps pendant lequel ses services professionnels n'étaient pas sollicités et de vaquer à des occupations personnelles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.

Et sur le troisième moyen, pris en sa première branche

## Enoncé du moyen

12. Le salarié fait le même grief à l'arrêt, alors « que si l'article 1.09 d) de la convention collective nationale du commerce et de la réparation automobile du 15 janvier 1981, applicable, prévoit que « Lorsque des dépassements fréquents ou répétitifs de l'horaire collectif sont prévisibles, le paiement des heures supplémentaires peut être inclus dans la rémunération mensuelle sous la forme d'un forfait . », un tel forfait, assis sur un salaire mensuel, doit être d'un montant fixe et ne peut être constitué d'une rémunération sous forme de commission sur le chiffre d'affaires réalisé lors des dépannages accomplis en dehors des horaires d'ouverture de l'entreprise ; qu'en retenant qu'en vertu des dispositions

précitées de la convention collective et de la lettre du 1er mars 2000 signée par l'exposant aux termes de laquelle ce dernier aurait accepté que ses heures supplémentaires ne lui soient pas payées « en heures supplémentaires avec la majoration correspondante » mais « sous forme d'une commission sur le chiffre d'affaires hors taxes réalisé de nuit », les heures supplémentaires effectuées par l'exposant et les repos compensateurs dûs lors du dépassement du contingent annuel d'heures supplémentaires de 220 heures ont été rémunérées sous forme d'une commission calculée en pourcentage du chiffre d'affaires du dépannage poids-lourds et du dépannage véhicules légers, réalisés en dehors des horaires d'ouverture de l'entreprise et que « ce forfait est licite » la cour d'appel a violé les articles 1.09 d) et 1.09 bis de la convention collective précitée ensemble l'article L 3121-28 du code du travail. »

#### Réponse de la Cour

Vu l'article L. 212-5 du code du travail, alors en vigueur, et l'article 1.09 d) de la convention collective nationale du commerce et de la réparation de l'automobile du cycle, du motocycle et des activités connexes, ainsi que du contrôle technique automobile du 15 janvier 1981 :

13. Selon le second de ces textes, lorsque des dépassements fréquents ou répétitifs de l'horaire collectif sont prévisibles, le paiement des heures supplémentaires peut être inclus dans la rémunération mensuelle sous la forme d'un forfait. Le nombre d'heures sur lequel est calculé le forfait doit être déterminé en respectant la limite du nombre d'heures prévu par le contingent annuel d'heures supplémentaires visé à l'article 1.09 bis ou, exceptionnellement, d'un nombre supérieur autorisé par l'inspecteur du travail. L'inclusion du paiement des heures supplémentaires dans la rémunération forfaitaire ne se présume pas. Elle doit résulter d'un accord de volonté non équivoque des parties, d'une disposition expresse du contrat de travail ou d'un avenant à celui-ci. La rémunération forfaitaire convenue doit être au moins égale au minimum mensuel garanti applicable au salarié, complété par une majoration pour les heures supplémentaires comprises dans le forfait, majoration calculée comme indiqué à l'annexe " Salaires minima ". Ce forfait s'accompagne d'un mode de contrôle de la durée réelle du travail, qui doit être conforme aux prescriptions de l'article 1.09 a.

14. La seule fixation d'une rémunération forfaitaire, sans que soit déterminé le nombre d'heures supplémentaires inclus dans cette rémunération, ne permet pas de caractériser une convention de forfait.

15. Pour débouter le salarié de sa demande au titre des heures supplémentaires, l'arrêt retient que le salarié a, dans une lettre du 1er mars 2000, donné son accord pour que les heures supplémentaires soient payées sous forme d'une commission sur le chiffre d'affaires hors taxes réalisé de nuit. L'arrêt ajoute que les heures supplémentaires effectuées par le salarié et les repos compensateurs lors du dépassement du contingent annuel d'heures supplémentaires de 220 heures ont été rémunérés sous forme d'une commission de 10 % du chiffre d'affaires du dépannage poids-lourds et d'une commission de 20 % du chiffre d'affaires du dépannage véhicules légers réalisés en dehors des horaires d'ouverture de l'entreprise. L'arrêt en déduit que le forfait est licite.

16. En statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que le salarié avait effectué 737,47 heures supplémentaires en 2013, 873,31 en 2014 et 762,46 en 2015 hors astreinte et qu'il résultait de ses constatations que le forfait convenu entre les parties ne précisait ni le nombre d'heures incluses dans le forfait ni la rémunération mensuelle correspondante, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

#### Portée et conséquences de la cassation

La cassation sur les chefs de dispositif critiqués par les deuxième et troisième moyens, qui porte sur les demandes de rappel de salaires au titre des heures supplémentaires et congés payés afférents, n'entraîne pas la cassation par voie de conséquence du chef de dispositif rejetant la demande en nullité du licenciement et en paiement des indemnités afférentes, qui ne s'y rattache pas par un lien de dépendance nécessaire ou d'indivisibilité.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief, la Cour :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il déboute M. [K] de ses demandes en paiement de dommages-intérêts pour harcèlement moral, en nullité de son licenciement et en paiement des indemnités afférentes, de dommages-intérêts pour voie de fait et d'une indemnité pour défaut de formation, l'arrêt rendu le 27 janvier 2021, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens ;

Remet, sauf sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Douai ;

Condamne la société Garage du Poteau de Senlis dépannage aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Garage du Poteau de Senlis dépannage et la condamne à payer à M. [K] la somme de 3 000 euros ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-six octobre deux mille vingt-deux.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Bouzidi et Bouhanna, avocat aux Conseils, pour M. [K]

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

LE POURVOI REPROCHE À L'ARRÊT ATTAQUÉ D'AVOIR débouté l'exposant de toutes ses demandes et notamment de dommages et intérêts pour harcèlement moral et pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, de nullité de son licenciement et de toutes les indemnités y afférentes dont le doublement de l'indemnité conventionnelle de licenciement et de dommages et intérêts pour voie de fait ;

1°) ALORS QUE pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral au sens de l'article L. 1152-1 du code du travail ; que, dans l'affirmative, il revient alors au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'au soutien de la reconnaissance du harcèlement moral dont il avait été victime, l'exposant avait invoqué et offert de démontrer plusieurs faits et agissements dont il avait été victime et qui avaient eu pour effet d'entraîner une dégradation de ses conditions de travail, de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique et mentale et de compromettre son avenir professionnel, ainsi que cela ressortait encore des nombreux éléments médicaux qu'il produisait ; qu'en écartant d'abord les nombreuses attestations versées par l'exposant et décrivant de manière concordante son supérieur hiérarchique, Monsieur [X], comme une personne instable, colérique et agressive, s'emportant verbalement « tout en se levant de son siège donnant l'impression d'être prêt à en découdre avec son interlocuteur » et notamment celle de Madame [N] évoquant l'animosité de M. [X] à l'égard de l'exposant au motif notamment que « l'employeur verse des attestations en sens contraire », puis en justifiant le fait que M. [X] avait finalement été muté dans la holding, le 1er septembre 2016, se trouvant confiné à des tâches administratives sans plus de rapport avec les dépanneurs par le fait que cette décision de l'employeur « s'est inscrite dans une démarche de rationalité économique », puis en écartant les certificats médicaux et autres pièces médicales attestant de la dégradation de l'état de santé de l'exposant comme étant « insuffisants à eux-seuls à laisser présumer l'existence d'une situation de harcèlement moral s'ils ne sont pas corroborés par d'autres éléments objectifs », la cour d'appel a procédé à une appréciation séparée de chaque élément invoqué par l'exposant, en justifiant chacun d'eux pris isolément, sans nullement apprécier si, pris dans leur ensemble, les éléments ainsi matériellement établis, dont les documents médicaux relatifs à une altération de l'état de santé de l'exposant, ne laissaient pas présumer l'existence d'un harcèlement moral et a violé les articles L 1152-1 du code du travail et L 1154-1

dudit code ;

2°) ALORS QUE pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge de prendre en compte tous les éléments invoqués par le salarié ; qu'au titre du harcèlement moral, l'exposant avait notamment fait valoir que le 27 novembre 2015 Monsieur [X] s'en était pris à lui, en lui adressant des insultes, menaces voire menaces de mort, que l'exposant n'avait eu de salut que dans la fuite et qu'il avait immédiatement déposé une main-courante auprès de la police pour dénoncer ces faits qui participaient au harcèlement moral dont il avait été victime ; qu'en se bornant à constater de manière inopérante que « le salarié appelant ne sollicite pas l'annulation de la sanction disciplinaire de mise à pied prise le 18 décembre 2015 en relation notamment avec l'incident l'ayant opposé à Monsieur [X] le 27 novembre 2015 alors même qu'il en conteste les circonstances et qu'il a déposé une plainte avec constitution de partie civile pour ces faits, suite au classement sans suite de sa plainte initiale » sans prendre en compte cet « incident », dont elle avait pourtant constaté la réalité et qui avait été qualifié par l'employeur dans sa lettre du 18 décembre 2015 d'« altercation violente avec Monsieur [H] [X] contraignant un collaborateur de notre société à intervenir pour vous séparer », ni apprécier si, pris avec les autres éléments matériellement établis, il ne faisait pas présumer l'existence d'un harcèlement moral dont avait été victime l'exposant, la cour d'appel a violé l'article L 1154-1 du code du travail,

3°) ALORS à titre subsidiaire QUE la charge de la preuve du harcèlement moral ne pèse pas sur le salarié qui n'est tenu que de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement ; qu'à supposer qu'elle ait retenu, par motifs adoptés des premiers juges que, si Monsieur [K] expose avoir été victime le 27 novembre 2015 d'une agression de la part de Monsieur [X] sur son lieu de travail et verse la déclaration de main-courante dans laquelle il explique que Monsieur [X] lui a lancé plusieurs insultes ou grossièretés l'a menacé de coup avant de se diriger vers lui pour le frapper ce que trois salariés l'ont empêché de faire par leur intervention, « toutefois Monsieur [K] ne produit aucun élément corroborant ses déclarations » la cour d'appel qui a fait peser la charge de la preuve du harcèlement moral sur le salarié a violé l'article L 1154-1 du code du travail ;

## DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

LE POURVOI REPROCHE À L'ARRÊT ATTAQUÉ D'AVOIR débouté l'exposant de toutes ses demandes et notamment de dommages et intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, au titre de la rupture brutale du contrat de travail, au titre du non-respect de la durée légale, au titre des heures supplémentaires outre congés payés y afférents, au titre du repos compensateur, outre congés payés y afférents, au titre du travail dissimulé, de nullité de son licenciement et de toutes les indemnités y afférentes et subsidiairement de licenciement sans cause réelle et sérieuse et de toutes les indemnités y afférentes ;

1°) ALORS QU' ayant expressément retenu que l'exposant, dépanneur autoroutier de la société, au cours des périodes dites « d'astreinte » litigieuses de 15 jours consécutifs, « était tenu de se tenir en permanence ou à proximité immédiate des ou dans les locaux de l'entreprise, en dehors des heures et jours d'ouverture, afin de répondre sans délai à toute demande d'intervention » et qu'il était à cette fin muni d'un téléphone et intervenait à la demande d'un dispatcheur affecté à la réception continue des appels d'urgence, la cour d'appel qui conclut que l'organisation telle qu'elle résulte des pièces et documents versés aux débats lui permettent « de dire que ces périodes étaient des astreintes et non pas des permanences constituant un temps de travail effectif », sans nullement rechercher ni apprécier, ainsi qu'elle y était pourtant invitée, si, au regard des sujétions auxquelles l'exposant était effectivement soumis au cours des périodes litigieuses, ce dernier n'était pas en permanence à la disposition de son employeur et s'il pouvait ou non vaquer librement à ses occupations personnelles, n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L 3121-5 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, L 3121-9 dudit code dans sa rédaction issue de cette loi et L 3121-1 du code du travail ;

2°) ALORS D'AUTRE PART QUE tout jugement doit être motivé ; qu'après avoir expressément retenu que l'exposant, dépanneur autoroutier de la société, au cours des périodes dites d'astreinte litigieuses de 15 jours consécutifs, « était tenu de se tenir en permanence ou à proximité immédiate des ou dans les locaux de l'entreprise, en dehors des heures et jours d'ouverture, afin de répondre sans délai à toute demande d'intervention » et qu'il était à cette fin muni d'un téléphone et intervenait à la demande d'un dispatcheur affecté à la réception continue des appels d'urgence, la cour d'appel qui conclut que « l'organisation telle qu'elle résulte des pièces et documents versés aux débats permettent à la

cour de dire que ces périodes étaient des astreintes et non pas des permanences constituant un temps de travail effectif » sans nullement préciser la nature et le contenu des « pièces et documents versés aux débats » sur lesquels elle se serait ainsi fondée, ni procédé à leur analyse même sommaire, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS DE TROISIÈME PART et à titre subsidiaire QUE l'article 1.10 e) 1. « Permanences de service » de la convention collective nationale du commerce et de la réparation automobile du 15 janvier 1981, applicable, prévoit que « le contrat de travail peut donc comporter une clause d'astreinte », que « Les salariés dont le contrat de travail prévoit une clause d'astreinte doivent être normalement assurés de bénéficier, entre chaque période quotidienne de travail, d'un repos au moins égal à 11 heures consécutives » et encore que « La rémunération spécifique des astreintes, leurs modalités (permanence tenue au domicile ou en tout lieu autre que le lieu de travail, contact programmé avec une centrale d'appel...), les conditions de repos journalier et hebdomadaire et les compensations en repos visées ci-avant doivent être indiquées dans le contrat de travail. » ; que l'exposant avait fait valoir qu'en vertu de ce texte, si l'employeur veut mettre en place un système s'astreinte il peut le faire, mais doit impérativement le faire à travers une disposition du contrat de travail, qu'il s'agit là d'une condition nécessaire et indispensable à défaut de laquelle l'employeur ne peut pas invoquer les dispositions spécifiques de l'astreinte (conclusions d'appel p 30 et 31) ; qu'en affirmant qu'aucune disposition de la convention collective n'impose à peine de nullité que l'astreinte soit formalisée au contrat de travail, les modalités étant fixées par l'employeur conformément aux dispositions de l'article L 3121-7 du code du travail et qu'il suffit que le salarié soit informé de celles-ci et de ses conditions de travail, la cour d'appel a violé les dispositions précitées de la convention collective ensemble l'article L 3121-1 du code du travail ;

4°) ALORS ENFIN QUE l'article 1.10 e) 1. « Permanences de service » de la convention collective nationale du commerce et de la réparation automobile du 15 janvier 1981, applicable, prévoit notamment à la charge de l'employeur que « La programmation individuelle des périodes d'astreinte doit être portée à la connaissance de chaque salarié concerné 15 jours à l'avance, sauf circonstances exceptionnelles et sous réserve que le salarié en soit averti au moins 1 jour franc à l'avance .En fin de mois, l'employeur doit remettre à chaque salarié concerné un document récapitulatif le nombre d'heures d'astreinte effectuées par celui-ci au cours du mois écoulé ainsi que la compensation correspondante. » ; que l'exposant avait fait valoir qu'en l'espèce l'employeur ne s'était jamais conformé à ces obligations de sorte qu'il ne pouvait se prévaloir des dispositions propres aux astreintes (conclusions d'appel p 31) ; qu'en ne répondant pas à ce moyen pertinent des conclusions d'appel dont elle était saisie, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

### TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

LE POURVOI REPROCHE À L'ARRÊT ATTAQUÉ D'AVOIR débouté l'exposant de toutes ses demandes et notamment de dommages et intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, au titre de la rupture brutale du contrat de travail, au titre du non-respect de la durée légale, au titre des heures supplémentaires outre congés payés y afférents, au titre du repos compensateur, outre congés payés y afférents, au titre du travail dissimulé, de nullité de son licenciement et de toutes les indemnités y afférentes et subsidiairement de licenciement sans cause réelle et sérieuse et de toutes les indemnités y afférentes ;

1°) ALORS D'UNE PART QUE si l'article 1.09 d) de la convention collective nationale du commerce et de la réparation automobile du 15 janvier 1981, applicable, prévoit que « Lorsque des dépassements fréquents ou répétitifs de l'horaire collectif sont prévisibles, le paiement des heures supplémentaires peut être inclus dans la rémunération mensuelle sous la forme d'un forfait . », un tel forfait, assis sur un salaire mensuel, doit être d'un montant fixe et ne peut être constitué d'une rémunération sous forme de commission sur le chiffre d'affaires réalisé lors des dépannages accomplis en dehors des horaires d'ouverture de l'entreprise ; qu'en retenant qu'en vertu des dispositions précitées de la convention collective et de la lettre du 1er mars 2000 signée par l'exposant aux termes de laquelle ce dernier aurait accepté que ses heures supplémentaires ne lui soient pas payées « en heures supplémentaires avec la majoration correspondante » mais « sous forme d'une commission sur le chiffre d'affaires hors taxes réalisé de nuit », les heures supplémentaires effectuées par l'exposant et les repos compensateurs dûs lors du dépassement du contingent annuel d'heures supplémentaires de 220 heures ont été rémunérées sous forme d'une commission calculée en pourcentage du chiffre d'affaires du dépannage poids-lourds et du dépannage véhicules légers, réalisés en dehors des horaires d'ouverture de l'entreprise et que « ce forfait est licite » (arrêt p 9) la cour d'appel a violé les articles 1.09 d) et 1.09 bis de la convention

collective précitée ensemble l'article L 3121-28 du code du travail ;

2°) ALORS D'AUTRE PART QUE l'article 1.09 d) de la convention collective nationale du commerce et de la réparation automobile du 15 janvier 1981, applicable prévoit que « Lorsque des dépassements fréquents ou répétitifs de l'horaire collectif sont prévisibles, le paiement des heures supplémentaires peut être inclus dans la rémunération mensuelle sous la forme d'un forfait. Le nombre d'heures sur lequel est calculé le forfait doit être déterminé en respectant la limite du nombre d'heures prévu par le contingent annuel d'heures supplémentaires visé à l'article 1.09 bis ou, exceptionnellement, d'un nombre supérieur autorisé par l'inspecteur du travail. ( .). Ce forfait s'accompagne d'un mode de contrôle de la durée réelle du travail, qui doit être conforme aux prescriptions de l'article 1.09 a. » ; qu'il en résulte que ce forfait n'est pas applicable et ne peut rémunérer les heures supplémentaires accomplies au-delà du contingent annuel de 220 heures supplémentaires prévu par l'article 1.09 bis c) de la convention collective, lesquelles doivent être rémunérées sous la forme d'un complément de salaire assorti d'une majoration égale à 30 % du salaire de base, s'ajoutant à ce dernier conformément aux dispositions de l'article 1.09 bis g) de la convention collective ; qu'ayant expressément constaté que l'exposant avait réalisé 737,47 heures supplémentaires en 2013, 873,31 heures en 2014 et 762,46 heures en 2015 hors astreinte la cour d'appel qui énonce qu'est licite le « forfait » rémunérant l'ensemble de ces heures supplémentaires sous forme d'une commission calculée en pourcentage du chiffre d'affaires du dépannage poids-lourds et véhicules légers réalisés en dehors des horaires d'ouverture de l'entreprise a violé les articles 1.09 d) et 1.09 bis de la convention collective précitée ensemble l'article L 3121-28 du code du travail ;

3°) ALORS ENFIN et à titre subsidiaire QUE l'exposant avait fait valoir qu'il ressortait des termes clairs et précis de la lettre du 1er mars 2000 portant accord sur une rémunération forfaitaire pour les heures supplémentaires effectuées selon lesquels : « Suite à la mise en application de la loi des 35 heures et de l'utilisation du contingent d'heures supplémentaires, vous avez organisé une réunion entre tous les dépanneurs du garage en février 2000. Vous nous avez fait deux propositions : Soit que les dépannages effectués en dehors des heures d'ouverture du Garage – c'est-à dire en heures supplémentaires - nous soient payées en heures supplémentaires avec la majoration correspondante Soit qu'ils nous soient payés sous la forme d'une commission sur le chiffre d'affaire hors taxes réalisé de nuit. Après réflexion de ma part, je vous demande à ce que mes heures supplémentaires me soient payées sous forme d'une commission sur le chiffre d'affaire hors taxes réalisé de nuit », que ladite rémunération forfaitaire à la supposer même licite, ne couvrait pas l'indemnisation des repos compensateurs générés par les nombreuses heures supplémentaires accomplies (conclusions d'appel p 37) ; qu'en affirmant qu'en vertu de cet accord les heures supplémentaires effectuées par le salarié et les repos compensateurs dûs lors du dépassement du contingent annuel d'heures supplémentaires de 220 heures ont été rémunérés sous forme d'une commission de 10 % du chiffre d'affaires du dépannage poids-lourds et d'une commission de 20 % du chiffre d'affaires du dépannage véhicule légers en dehors des horaires d'ouverture de l'entreprise, la cour d'appel a dénaturé les termes et clairs et précis de la lettre susvisée dont il ne ressortait pas que les repos compensateurs étaient rémunérés dans le cadre de la commission forfaitaire convenue pour la rémunération des seules heures supplémentaires accomplies et a méconnu le principe faisant interdiction au juge de dénaturer l'écrit qui lui est soumis ;