SOC.

CH.B

COUR DE CASSATION
_____

Audience publique du 6 février 2019

Rejet

Mme X..., conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 192 F-D

Pourvoi n° G 17-27.905

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

_____

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS
_____

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

Statuant sur le pourvoi formé par M. Christophe Y..., domicilié [...],

contre l'arrêt rendu le 4 octobre 2017 par la cour d'appel de Montpellier (4e chambre B chambre sociale), dans le litige l'opposant à la société Usap, société par actions simplifiée, dont le siège est [...] ,

défenderesse à la cassation ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 9 janvier 2019, où étaient présentes : Mme X..., conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Z..., conseiller rapporteur, Mme Monge, conseiller, Mme Lavigne, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Z..., conseiller, les observations de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de M. Y..., de Me A..., avocat de la société Usap, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 4 octobre 2017), que M. Y... a été engagé le 13 septembre 2004 en qualité de kinésithérapeute par la société Union sportive arlequins Perpignan ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes, notamment à titre d'heures supplémentaires, de repos compensateur et de travail dissimulé ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu que sous le couvert de griefs non fondés de violation de la loi et de manque de base légale, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond qui, analysant les éléments de preuve fournis par l'employeur et le salarié, ont évalué l'importance des heures supplémentaires accomplies par ce dernier et fixé en conséquence la créance salariale s'y rapportant ;

Et attendu que le rejet du premier moyen prive de portée le second moyen qui invoque une cassation par voie de conséquence ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, prononcé et signé par Mme Monge, conseiller le plus ancien en ayant délibéré, en remplacement du président empêché, conformément aux dispositions des articles 452 et 456 du code de procédure civile, en son audience publique du six février deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. Y....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité le montant des sommes devant être allouées au salarié respectivement au titre des heures supplémentaires et des congés payés y afférents et de l'AVOIR débouté de sa demande tendant au paiement d'une indemnité compensatrice de repos compensateur.

AUX MOTIFS QUE la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments de nature à justifier les horaires réalisés par le salarié ; qu'ainsi et sans violer le principe selon lequel il est impossible de faire peser la charge de la preuve des horaires effectués sur le seul salarié, le juge ne peut rejeter une demande en paiement d'heures supplémentaires aux motifs que les éléments produits par le salarié pour l'étayer ne prouvent pas le bien-fondé de celle-ci ; que l'absence de réclamation ne vaut pas renonciation à se prévaloir d'un droit ; que l'exécution prolongée par le salarié, au vu et au su de l'employeur qui dispose du pouvoir de direction et du pouvoir disciplinaire, d'heures de travail au-delà de la durée légale fait présumer l'accord

de ce dernier, sauf preuve contraire apportée par l'employeur qui ne peut résulter de la seule inobservation par le salarié de la procédure interne relative à l'accomplissement des heures supplémentaires ; que le salarié qui n'a pas été en mesure du fait de son employeur de formuler une demande de repos compensateur a droit à l'indemnisation du préjudice subi qui comporte le montant de l'indemnité de repos compensateur et le montant de l'indemnité de congés payés afférents ; qu'au soutien de sa réclamation M. Y... expose que : - son contrat de travail qui prévoit une durée de travail de 35 heures par semaine lui imposait deux types de présence auprès des joueurs, la première au moment des entraînements sur les emprises du stade Aimé Giral (il devait se présenter bien avant les joueurs pour préparer le matériel nécessaire, afin que tout soit prêt lorsqu'ils arrivent et il partait plus tard après avoir rangé le matériel) et pour les matchs tant à domicile (il devait quitter son domicile pour partager, avec l'ensemble de l'équipe, la nuit d'hôtel où étaient concentrés les joueurs puis assister l'équipe toute la journée jusqu'à la fin du match) qu'à l'extérieur (il partait avec l'équipe et devait rester à la disposition de l'USAP pendant tout le déplacement, le point de rassemblement, avant départ, était fixé au stade Aimé Giral) ; - l'employeur n'a jamais considéré comme temps de travail effectif les «temps passés auprès des joueurs, tant lors des matchs à domicile, dates pendant lesquelles il restait totalement «au travail» et ne pouvait vaquer à des occupations personnelles, ni lors des déplacements qui prenaient au moins 48 heures ; - la convention collective du sport qui lui est applicable définit aussi dans son article 5.1.1. (pièce n° 45) le temps de travail effectif qui reprend in extenso l'article L. 3121-1 du code du travail mais en précisant qu'étaient considérés comme temps de travail effectif « les temps de déplacement pour se rendre d'un lieu d'activité à un autre au cours de la journée de travail pour le compte d'un même employeur » ainsi que les temps de repas et de pause lorsque le salarié reste à la disposition de l'employeur sur son lieu de travail ; - cette même convention collective dans son article 12.7.1.2 (réservé au sport professionnel -pièce n° 46) détermine les temps qui sont considérés comme temps de travail effectif pour les sportifs et les entraîneurs mais si les kinésithérapeutes ne sont pas visés par ces dispositions, ils sont exactement dans la même situation et il faut leur appliquer les mêmes définitions qui n'excluent du temps de travail effectif que les temps de «coucher à l'extérieur» alors que tous les autres temps entrent intégralement dans le décompte du temps de travail ; - toutefois cette exclusion spécifique (aux joueurs et entraîneurs) des temps de «coucher à l'extérieur» n'est pas opposable aux kinésithérapeutes puisqu'ils ne sont pas visés par cette exclusion et les kinésithérapeutes peuvent décompter comme temps de travail toutes ces périodes pendant lesquelles ils sont à la disposition de l'employeur où qu'ils se trouvent ; - pour toute la durée non prescrite il produit un planning précis émis par la SAS USAP (pièces 63 à 68), un décompte journalier des temps de travail effectif (pièces 69 à 74) et un décompte récapitulatif semaine par semaine (pièces 75 à 80), les décomptes précis années par armées étant réalisés suivant 3 méthodes comportant les trois possibilités de décomptes des heures supplémentaires (prise en compte intégrale de toutes les périodes suivant laquelle le salarié est à la disposition de l'employeur ou calcul précédent duquel ont été enlevés les heures de repos de nuits à l'instar des entraîneurs ou modulation annuelle du temps de travail dans laquelle, les périodes de nuits sont considérées comme repos ; que ces éléments, notamment les décomptes établis par le salarié, représentent des éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments de nature à justifier les horaires réalisés par le salarié ; qu'en premier lieu il convient d'observer que M. Y... ne peut réclamer l'application des dispositions du chapitre 12 de la convention collective sur le sport professionnel à défaut de relever d'une des catégories visées par ce texte, « les sportifs professionnels et leurs entraîneurs » ; que l'article 5.1.1. de la convention collective définit le temps de travail effectif comme le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, précisant que sont considérés notamment comme du temps de travail effectif : - les durées nécessaires à l'habillage et au déshabillage sur le lieu de travail dans le cadre d'une tenue particulière ; - les temps nécessaires à la mise en oeuvre de l'activité, au contrôle et à la maintenance du matériel ; - les temps de déplacement pour se rendre d'un lieu d'activité à un autre au cours de la durée journalière de travail pour le compte d'un même employeur ; - les temps de repas et de pause lorsque le salarié reste à la disposition de l'employeur sur le lieu de travail ; que l'article 5.3.3.2 sur le temps de déplacement en dehors des heures habituelles de travail rappelle que le temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail ne constitue pas en soi du temps de travail effectif et que le temps de trajet effectué dans le cadre d'une mission donne lieu à contrepartie mais n'est pas comptabilisé comme temps de travail effectif ; qu'enfin l'article 5.3.3.4.2. précise que les salariés amenés à travailler dans le cadre d'un accompagnement et d'un encadrement de groupe comprenant une présence nocturne obligatoire, le régime d'équivalence par journée de travail est le suivant : rémunération sur la base de 7 heures pour une présence de 13 heures maximum, s'ajoutant à la rémunération prévue à l'article 5.3.3.4.1 ; que par simple application de ces dispositions, M. Y... ne peut réclamer que l'intégralité des temps de «coucher à l'extérieur » et les temps de déplacements pour les matchs à l'extérieur soient considérés comme du temps de travail effectif ; qu'au vu des éléments horaires

communiqués par le salarié et des plannings transmis par l'employeur, il est établi, pour la période non prescrite et sans que le salarié n'ait jamais dépassé le contingent annuel d'heures supplémentaires ni plus de 8 heures supplémentaires par semaine, l'existence de 10 heures supplémentaires pour la période de l'année 2006 non prescrite (la saisine intervenant le 22 novembre 2011), de 53 heures pour l'année 2007, de 78 heures pour l'année 2008, de 81 heures pour l'année 2009, de 59 heures pour l'année 2010 et de 24 heures pour l'année 2011, soit la somme représentative de la formule suivante = [(10 X 25,67 X 1,25) + (53 X 25,67 X 1,25) + (78 X 25,67 X 1,25) + (81 x 25,783 x 1,25) + (59 x 25,783 x 1,25) (24 x 25,783 x 1,25)] outre 10% de cette somme pour congés payés afférents.

1° ALORS QUE 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 constitue un temps de travail effectif et doit être rémunéré comme tel ; qu'en se fondant sur des dispositions conventionnelles allouant au salarié une contrepartie au titre des temps de déplacement et de coucher pour exclure que ces temps puissent constituer du temps de travail effectif, la cour d'appel a violé les articles L. 3121-1 du code du travail et 5.1.1 de la convention collective nationale du sport du 7 juillet 2005 par refus d'application et les articles 5.3.3.2 et 5.3.3.4 de la convention collective nationale du sport du 7 juillet 2005 par fausse application.

2° ALORS QUE 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 constitue un temps de travail effectif et doit être rémunéré comme tel ; qu'en se fondant sur des dispositions conventionnelles allouant au salarié une contrepartie au titre des temps de déplacement et de coucher pour exclure que ces temps puissent constituer du temps de travail effectif, sans rechercher si celui-ci n'était pas, lors de ces déplacements et couchers, à la disposition de son employeur et s'il ne devait pas se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 3121-1 du code du travail et 5.1.1 de la convention collective nationale du sport du 7 juillet 2005.

3° ALORS QUE le temps de trajet entre deux lieux de travail constitue un temps de travail effectif ; que le salarié exposait, sans être aucunement contredit, que lors des déplacements, il était tenu de se rendre au point de rassemblement fixé au stade Aimé Giral et de partir avec l'équipe ; qu'en le déboutant de sa demande d'heures supplémentaires au titre du temps de déplacement sans rechercher si le salarié n'effectuait pas en ces occasions un trajet entre deux lieux de travail constitutif d'un temps de travail effectif, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 3121-1 du code du travail et 5.1.1 de la convention collective nationale du sport du 7 juillet 2005.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande tendant au paiement d'une indemnité pour travail dissimulé.

AUX MOTIFS propres QU'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur, 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, soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre 1er de la troisième partie, 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 ; qu'en l'espèce, dans un contexte d'absence totale de réclamation durant l'exécution contractuelle et à la mesure des seules heures supplémentaires existantes, il n'est nullement établi que l'absence de paiement des heures supplémentaires ci-dessus retenues et la délivrance d'un bulletin de paie mentionnant un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, procède d'un comportement intentionnel de l'employeur ;

AUX MOTIFS éventuellement adoptés QUE sur le travail dissimulé au regard du contrat de travail et de l'emploi occupé, le conseil déboutera le demandeur de ce chef de demande.

ALORS QUE la cassation à intervenir sur le précédent moyen de cassation, relatif au défaut de déclaration et de paiement de nombreuses heures de travail, emportera la censure par voie de conséquence du présent chef du dispositif en application des dispositions de l'article 624 du code de procédure civile.