

SOC.

IK

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 20 janvier 2021

Cassation partielle

M. CATHALA, président

Arrêt n° 102 FS-P  
1er moyen, 1ère branche

Pourvoi n° Q 19-21.755

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 20 JANVIER 2021

La société Café du Trocadéro, société en nom collectif, dont le siège est [...], a formé le pourvoi n° Q 19-21.755 contre l'arrêt rendu le 2 juillet 2019 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 11), dans le litige l'opposant :

1°/ à M. J... I..., domicilié [...],

2°/ à Pôle emploi, dont le siège est [...],

défendeurs à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Mariette, conseiller, les observations de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Café du Trocadéro, de la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat de M. I..., et l'avis de M. Desplan, avocat général, après débats en l'audience publique du 25 novembre 2020 où étaient présents M. Cathala, président, Mme Mariette, conseiller rapporteur, M. Schamber, conseiller doyen, Mmes Cavrois, Monge, MM. Sornay, Rouchayrole, Flores, Mme Lecaplain-Morel, conseillers, Mmes Ala, Prieur, Thomas-Davost, Techer, conseillers référendaires, M. Desplan, avocat général, 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 (Paris, 2 juillet 2019), M. I... a été engagé à compter du 6 novembre 2002, par la société Café du Trocadéro en qualité de chef de rang, échelon 1, niveau II, de la convention collective des hôtels, cafés, restaurants, moyennant une rémunération au pourcentage sur le service.

2. Il a été placé en arrêt maladie à compter du 29 septembre 2014, le caractère professionnel de la pathologie ayant été reconnu par la caisse primaire d'assurance maladie le 24 mars 2015.

3. Après avoir été licencié le 21 février 2015 pour inaptitude et impossibilité de reclassement, il a saisi la juridiction prud'homale pour contester cette rupture et obtenir la condamnation de son employeur à lui verser, outre un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires effectuées, diverses sommes à titre d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts.

#### Examen des moyens

##### Sur le cinquième moyen

4. 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 ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

##### Sur le premier moyen, pris en sa seconde branche qui est préalable

##### Enoncé du moyen

5. L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié des sommes à titre de rappel d'heures supplémentaires et de congés payés afférents, alors « que le salarié qui réclame le paiement d'heures supplémentaires doit préalablement fournir des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur d'établir la réalité des horaires de travail de l'intéressé ; qu'en l'espèce, après avoir constaté qu'elle invoquait une falsification généralisée des tickets de caisse produits par le salarié pour la période postérieure au mois d'octobre 2011, la cour d'appel, sans se prononcer sur le mérite des éléments versés aux débats par le salarié ni constater que ceux-ci permettaient de présumer l'accomplissement d'heures supplémentaires, lui reproche de ne pas avoir satisfait à ses obligations en matière de décompte du temps de travail et de tenue d'un registre découlant de l'article 5.1 de l'avenant à la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel n'a pas respecté le mécanisme probatoire issu de l'article L. 3171-4 du code du travail et a fait peser la charge de la preuve sur le seul employeur, en violation du texte susvisé ainsi que des dispositions de l'article 5.1 de l'avenant n°2 du 5 février 2007 « relatif à l'aménagement du temps de travail » à la convention collective nationale des hôtels, cafés restaurants (HCR) du 30 avril 1997. »

#### Réponse de la Cour

6. Aux termes de l'article L. 3171-2, alinéa 1er, du code du travail, lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés. Selon l'article L. 3171-3 du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'employeur tient à la disposition de l'inspecteur ou du contrôleur du travail les documents permettant de comptabiliser le temps de travail accompli par chaque salarié. La nature des documents et la durée pendant laquelle ils sont tenus à disposition sont déterminées par voie réglementaire.

7. En outre, en application de l'article 5.1 de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 relatif à l'aménagement du temps de travail attaché à la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants (HCR) du 30 avril 1997, le chef d'entreprise enregistre obligatoirement sur un registre ou tout autre document l'horaire nominatif et individuel de chaque salarié ainsi que les périodes de travail qu'il a réellement effectuées pour chacun des jours où il n'est pas fait une stricte application de celui-ci. Ce document est émargé par le salarié au moins une fois par semaine et tenu à la disposition de l'inspecteur du travail.

8. Enfin, selon l'article L. 3171-4 du code du travail, 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.

9. Il résulte de ces dispositions, 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.

10. Ayant fait ressortir que le salarié présentait des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétendait avoir accomplies et constaté que l'employeur, tenu d'assurer le contrôle des heures de travail effectuées, s'était abstenu, en violation de l'obligation qui lui était faite, de procéder à l'enregistrement de l'horaire accompli par le salarié et qu'il ne versait aucun élément de nature à justifier des horaires de travail effectivement réalisés par celui-ci, la cour d'appel a pu en déduire, sans encourir le grief du moyen, que la preuve de l'accomplissement d'heures supplémentaires était rapportée et en a souverainement évalué l'importance.

11. Le moyen n'est donc pas fondé.

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

12. L'employeur fait le même grief à l'arrêt, alors « qu'il était constant aux débats que le salarié était rémunéré exclusivement au « pourcentage service » ; que ce mode de rémunération inclut par nature, ainsi que le rappelle l'article 5.2 de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 « relatif à l'aménagement du temps de travail » à la convention collective nationale des hôtels, cafés restaurants (HCR) du 30 avril 1997, le paiement des heures supplémentaires effectuées sauf à y ajouter le paiement des seules majorations applicables auxdites heures, et sous réserve de l'application des minima conventionnels appliqués aux heures de travail effectuées ; qu'en jugeant que le salarié pouvait prétendre, en raison des heures supplémentaires effectuées, non pas seulement à la majoration du « pourcentage service » à due proportion mais au paiement intégral d'un rappel d'heures supplémentaires, la cour d'appel a méconnu les conséquences légales de

ses propres constatations et a violé les articles L. 3121-10 et suivants du code du travail dans leur rédaction applicable à la cause, ensemble les articles L. 3244-1 et L. 3244-2 du même code et l'article 5.2 de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 « relatif à l'aménagement du temps de travail » à la convention collective nationale des hôtels, cafés restaurants (HCR) du 30 avril 1997. »

#### Réponse de la Cour

Vu les articles L. 3244-1 et L. 3244-2 du code du travail et l'article 5.2 de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 « relatif à l'aménagement du temps de travail » à la convention collective nationale des hôtels, cafés restaurants (HCR) du 30 avril 1997 :

13. Aux termes du premier de ces textes, dans tous les établissements commerciaux où existe la pratique du pourboire, toutes les perceptions faites pour le service par l'employeur sous forme de pourcentage obligatoirement ajouté aux notes des clients ou autrement, ainsi que toutes sommes remises volontairement par les clients pour le service entre les mains de l'employeur, ou centralisées par lui, sont intégralement versées au personnel en contact avec la clientèle.

14. Selon le deuxième, ces sommes ne doivent pas être confondues avec le salaire fixe, ni lui être substituées, sauf dans le cas où un salaire minimum a été garanti par l'employeur.

15. Il résulte enfin du troisième de ces textes que, pour les salariés rémunérés au service en application des articles L. 3244-1 et L. 3244-2 du code du travail, la rémunération tirée du pourcentage service calculé sur le chiffre d'affaires est réputée rémunérer l'intégralité des heures de travail et que l'entreprise doit, toutefois, ajouter au pourcentage service le paiement des majorations prévues à l'article 4 de l'avenant du 5 février 2007 au titre des heures supplémentaires exécutées, la rémunération du salarié payé au pourcentage service ainsi composée devant être au moins égale au salaire minimal de référence dû en application de la grille de salaire et en raison de la durée de travail effectuée, augmenté des majorations afférentes aux heures supplémentaires.

16. Pour condamner la société à payer une somme à titre de rappel d'heures supplémentaires incluant le paiement des heures de travail et des majorations applicables, l'arrêt retient qu'il ne se déduit pas des dispositions de l'article L. 3244-1 du code du travail invoquées par l'employeur que les pourboires versés au salarié se substituent aux heures supplémentaires effectuées par le salarié régies par l'avenant de la convention collective n° 2 du 5 février 2007 relatif à l'aménagement du temps de travail.

17. En statuant ainsi, alors que le salarié rémunéré par un pourcentage sur le service ne peut prétendre qu'à la majoration applicable aux heures supplémentaires effectuées, et non au paiement de ces heures qui sont réputées être payées par les pourboires, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

#### Sur le deuxième moyen

##### Enoncé du moyen

18. L'employeur fait grief à l'arrêt de fixer le salaire mensuel de l'intéressé à une certaine somme et de le condamner à lui payer, sur cette base, des sommes au titre de la dissimulation de l'emploi, à titre d'indemnité de préavis et de congés payés afférents et d'indemnité de licenciement, alors « que la censure à intervenir sur le premier moyen de cassation devra s'étendre, conformément à l'article 624 du code de procédure civile, aux chefs du dispositif visés par le deuxième moyen, compte tenu du lien de dépendance nécessaire qui existe entre les chefs concernés du dispositif. »

#### Réponse de la Cour

Vu l'article 624 du code de procédure civile :

19. La cassation des dispositions de l'arrêt sur le premier moyen, pris en sa première branche, entraîne la cassation des chefs de dispositif fixant le salaire mensuel de l'intéressé à la somme de 7 649,50 euros et condamnant l'employeur à payer, sur cette base, des sommes au titre de la dissimulation de l'emploi, à titre d'indemnité de préavis et de congés payés afférents et d'indemnité de licenciement qui s'y rattachent par un lien de dépendance nécessaire.

Et sur le quatrième moyen, pris en sa seconde branche

Enoncé du moyen

20. L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une somme au titre des congés payés afférents sur l'indemnité de préavis, alors « que l'indemnité prévue par l'article L. 1226-14 du code du travail n'a pas la nature d'une indemnité de préavis et n'ouvre pas droit à congés payés ; qu'en octroyant au salarié, qui réclamait un reliquat d'indemnité équivalente à l'indemnité de préavis sur le fondement de l'article L. 1226-14 du code du travail, une somme à ce titre en deniers ou quittance et en y ajoutant une indemnité de congés payés afférente, la cour d'appel a violé le texte précité. »

Réponse de la Cour

Recevabilité du moyen

21. Le salarié conteste la recevabilité du moyen. Il soutient que la critique est irrecevable, comme étant incompatible avec la thèse que l'employeur avait soutenue devant les juges du fond.

22. Cependant l'employeur développe devant la Cour de cassation, non pas une thèse contraire à celle proposée devant les juges du fond, mais une argumentation juridique nouvelle qui n'a pas été formulée devant les juges du fond.

23. S'agissant d'un moyen de pur droit, il peut être invoqué pour la première fois devant la Cour.

24. Le moyen est donc recevable.

Bien-fondé du moyen

Vu l'article L. 1226-14 du code du travail :

25. Selon ce texte, l'indemnité compensatrice d'un montant égal à celui de l'indemnité compensatrice de préavis n'a pas la nature d'une indemnité de préavis et n'ouvre pas droit à congés payés.

26. La cour d'appel a alloué au salarié une somme correspondant à l'indemnité de préavis et une somme au titre des congés payés afférents.

27. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il fixe le salaire mensuel de M. I... à 7 649,50 euros et condamne la société Café du Trocadéro à lui payer les sommes de 77 452,64 euros à titre de rappel d'heures supplémentaires et 7 745,26 euros au titre des congés payés afférents, 43 134,68 euros au titre de la dissimulation d'emploi, 15 299 euros en deniers ou quittance à titre d'indemnité de préavis, 1 529,90 euros en deniers ou quittance au titre des congés payés afférents et 43 131,68 euros en deniers ou quittance à titre d'indemnité de licenciement, l'arrêt rendu le 2 juillet 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, 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 Paris autrement composée ;

Condamne M. I... aux dépens ;

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

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 janvier deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour la société Café du Trocadéro

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR condamné la société CAFÉ DU TROCADÉRO à payer à Monsieur I... les sommes de 77.452,64 € à titre de rappel d'heures supplémentaires et 7.745,26 € au titre des congés payés y afférents ;

AUX MOTIFS QUE « 1. Sur les heures supplémentaires d'août 2011 à août 2014 Aux termes de ses conclusions, l'employeur conteste le jugement qui a arrêté le montant du rappel des heures supplémentaires à 20.202,34 euros outre les congés payés afférents et conteste M. I... qui prétend voir fixer à 77.0452,64 euros outre les congés payés afférents. Au demeurant et en premier lieu, il ne se déduit pas des dispositions de l'article L. 3244-1 du code du travail invoquées par l'employeur que les pourboires versés au salarié se substituent aux heures supplémentaires effectuées par le salarié régies par l'avenant de la convention collective n° 2 du 5 février 2007 relatif à l'aménagement du temps de travail et stipulant en son article 5.2. que "la rémunération tirée du pourcentage service calculé sur le chiffre d'affaires est réputée rémunérer l'intégralité des heures de travail. Toutefois, l'entreprise devra ajouter au pourcentage service le paiement des majorations prévues à l'article 4 du présent avenant au titre des heures supplémentaires exécutées. La rémunération du salarié payé au pourcentage service ainsi composée devra être au moins égale au salaire minimal de référence dû en application de la grille de salaire et en raison de la durée de travail effectuée, augmenté des majorations afférentes aux heures supplémentaires". En second lieu, au soutien de la preuve des heures supplémentaires qu'il revendique avoir exécutées, M. I... met aux débats les 1400 tickets de caisse qu'il a quotidiennement édités avec son badge du 10 août 2011 au 31 août 2014 et mentionnant les heures auxquelles il terminait son service ainsi que l'attestation du chauffeur de bus déclarant de M. I... qu'il "était passager sur ma ligne Noctilien N33 au départ de la Gare de Lyon destination Villers sur Marne aux horaires suivants : 1h30 ou 2h30 du matin pour arriver à Champigny sur Marne vers 2h15 ou 3h15 du matin. Cela plusieurs fois par semaine et depuis plusieurs années jusqu'à fin septembre 2014". Sur la base de ces horaires, M. I... établit un tableau récapitulatif des majorations des rémunérations d'après les taux de majoration fixés à l'article 4 de l'avenant de la convention collective précité. Pour contester ce dénombrement et soutenir que M. I... n'accomplissait aucune heure supplémentaire au-delà de la trente-cinquième heure, l'employeur relève que le salarié n'a jamais revendiqué ces heures et sur les pièces produites, relève d'autre part des erreurs sur des heures relevées sur trois tickets, relevant que des tickets étaient complétés d'annotations écrites du salarié ou que certains n'étaient pas lisibles Il soutient d'autre part que tous les dénombrements des heures supplémentaires ont été falsifiés de la semaine 32 à 42 ainsi que pour toute la période postérieure. De telles affirmations ou dénégations ponctuelles sont particulièrement insuffisantes pour renverser la charge de la preuve que supporte l'employeur d'établir l'horaire effectif de travail du salarié, l'employeur manquant en outre à l'obligation qu'il tient de l'article 5,1 de l'avenant précité d'" [enregistrer] sur un registre ou tout autre document l'horaire nominatif et individuel de chaque salarié ainsi que les périodes de travail qu'il a réellement effectuées pour chacun des jours où il n'est pas fait une stricte application de celui-ci. Ce document est émargé par le salarié au moins une fois par semaine et tenu à la disposition de l'inspecteur du travail." Il convient par conséquent d'infirmier le jugement en ce qu'il a limité le rappel de des heures supplémentaire et de condamner l'employeur à verser la somme de 77.0452,64 euros outre 7.745,26 euros au titre des congés payés afférents » ;

1/ ALORS QU'il était constant aux débats que Monsieur I... était rémunéré exclusivement au « pourcentage service » ; que ce mode de rémunération inclut par nature, ainsi que le rappelle l'article 5.2 de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 « relatif à l'aménagement du temps de travail » à la Convention collective nationale des hôtels, cafés restaurants (HCR) du 30 avril 1997, le paiement des heures supplémentaires effectuées sauf à y ajouter le paiement des seules majorations applicables auxdites heures, et sous réserve de l'application des minima conventionnels appliqués aux heures de travail effectuées ; qu'en jugeant que le salarié pouvait prétendre, en raison des heures supplémentaires effectuées, non pas seulement à la majoration du « pourcentage service » à due proportion mais au paiement intégral d'un rappel d'heures supplémentaires, la cour d'appel a méconnu les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles L. 3121-10 et suivants du Code du travail dans leur rédaction applicable à la cause, ensemble les articles L. 3244-1 et L. 3244-2 du même Code et l'article 5.2 de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 « relatif à l'aménagement du temps de travail » à la Convention collective nationale des hôtels, cafés restaurants (HCR) du 30 avril 1997 ;

2/ ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QUE le salarié qui réclame le paiement d'heures supplémentaires doit préalablement fournir des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur d'établir la réalité des horaires de travail de l'intéressé ; qu'en l'espèce, après avoir constaté que la société CAFE DU TROCADERO invoquait une falsification généralisée des tickets de caisse produits par Monsieur I... pour la période postérieure au mois d'octobre 2011, la cour d'appel, sans se prononcer sur le mérite des éléments versés aux débats par le salarié ni constater que ceux-ci permettaient de présumer l'accomplissement d'heures supplémentaires, reproche à la société CAFE DU TROCADERO de ne pas avoir satisfait à ses obligations en matière de décompte du temps de travail et de tenue d'un registre découlant de l'article 5.1 de l'avenant à la convention collective nationale des hôtels, cafés, restaurants ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel n'a pas respecté le mécanisme probatoire issu de l'article L.3171-4 du code du travail et a fait peser la charge de la preuve sur le seul employeur, en violation du texte susvisé ainsi que des dispositions de l'article 5.1 de l'avenant n° 2 du 5 février 2007 « relatif à l'aménagement du temps de travail » à la Convention collective nationale des hôtels, cafés restaurants (HCR) du 30 avril 1997.

## DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR fixé le salaire mensuel de Monsieur I... à 7.649,50 € bruts et d'AVOIR condamné la société CAFÉ DU TROCADÉRO à lui payer les sommes de 43.134,68 € d'indemnité au titre de la dissimulation de l'emploi, 15.299 € en deniers ou quittance à titre d'indemnité de préavis, 1.529,90 € en deniers ou quittance au titre des congés payés y afférents et 43.134,68 € en deniers ou quittance à titre d'indemnité de licenciement ;

AUX MOTIFS QUE « 2. Sur le salaire de référence pour la détermination de l'indemnité de licenciement et l'indemnité compensatrice de préavis. En suite de la majoration de salaire qui résulte des heures supplémentaires retenues au point 1 ci-dessus, M. I... est bien fondé à voir fixer son salaire mensuel moyen à la somme de 7649,50 euros bruts. L'indemnité compensatrice de préavis de deux mois due par l'employeur sera en conséquence fixée à 15.299 euros outre 1.529,90 euros au titre des congés afférents et l'indemnité légale de licenciement due sur la base de l'ancienneté acquise depuis le 31 octobre 2002 sera fixée à 43.134,68 euros. 3. Sur l'indemnité de travail dissimulé et les dommages et intérêts pour violation des durées maximales du travail Pour voir rejeter la demande d'indemnité au titre du travail dissimulé, l'employeur soutient avoir de bonne foi justement rémunéré M. I... en fonction d'un pourcentage du chiffre d'affaires en application de l'article 5.2 de l'avenant n° 2 de la convention collective et que le seul défaut de mention de l'intégralité des heures de travail sur le bulletin de paie ne permet pas déduire preuve de la dissimulation intentionnelle de l'employeur. Toutefois, l'avenant relatif aux heures supplémentaires des salariés rémunérés au pourcentage service est ancien et ne souffre pas d'une interprétation particulière, et alors ainsi que cela est relevé au point 1 ci-dessus, que l'employeur est totalement défaillant dans la tenue de son registre ou de tout autre document sur l'horaire nominatif du salarié, ne démentant par ailleurs pas M. I... en ce qu'il devait signer des fiches hebdomadaires de temps de présence pré-remplies sans possibilité d'ajustement aux horaires réellement accomplis, l'intention de la dissimulation est acquise et l'employeur sera condamné à verser l'indemnité pour travail dissimulé de six mois pour la somme de 43.134,68 euros » ;

ALORS QUE la censure à intervenir sur le premier moyen de cassation devra s'étendre, conformément à l'article 624 du Code de procédure civile, aux chefs du dispositif visés par le deuxième moyen, compte tenu du lien de dépendance

nécessaire qui existe entre les chefs concernés du dispositif.

### TROISIÈME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR condamné la société CAFÉ DU TROCADÉRO à payer à Monsieur I... la somme de 43.134,68 € en deniers ou quittance à titre d'indemnité de licenciement ;

AUX MOTIFS QUE « 2. Sur le salaire de référence pour la détermination de l'indemnité de licenciement et l'indemnité compensatrice de préavis. En suite de la majoration de salaire qui résulte des heures supplémentaires retenues au point 1 ci-dessus, M. I... est bien fondé à voir fixer son salaire mensuel moyen à la somme de 7649,50 euros bruts. L'indemnité compensatrice de préavis de deux mois due par l'employeur sera en conséquence fixée à 15.299 euros outre 1.529,90 euros au titre des congés afférents et l'indemnité légale de licenciement due sur la base de l'ancienneté acquise depuis le 31 octobre 2002 sera fixée à 43.134,68 euros » ;

ALORS QUE Monsieur I... réclamait, non pas la condamnation de la société CAFÉ DU TROCADÉRO à lui payer la somme de 43.134,68 € en deniers ou quittance au titre de l'indemnité spéciale de licenciement prévue par l'article L. 1226-14 du Code du travail, mais sa condamnation à lui payer le solde exact restant selon lui dû, c'est-à-dire la somme de 24.814,68 € (ses conclusions, pages 27 & 50) ; qu'en prononçant une condamnation en deniers ou quittance d'un montant plus élevé que celui réclamé, la cour d'appel a méconnu les termes du litiges en violation de l'article 4 du Code de procédure civile.

### QUATRIÈME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR condamné la société CAFÉ DU TROCADÉRO à payer à Monsieur I... les sommes de 15.299 €, en deniers ou quittance, à titre d'indemnité de préavis et 1.529,90 €, en deniers ou quittance, au titre des congés payés y afférents ;

AUX MOTIFS QUE « 2. Sur le salaire de référence pour la détermination de l'indemnité de licenciement et l'indemnité compensatrice de préavis. En suite de la majoration de salaire qui résulte des heures supplémentaires retenues au point 1 ci-dessus, M. I... est bien fondé à voir fixer son salaire mensuel moyen à la somme de 7649,50 euros bruts. L'indemnité compensatrice de préavis de deux mois due par l'employeur sera en conséquence fixée à 15.299 euros outre 1.529,90 euros au titre des congés afférents et l'indemnité légale de licenciement due sur la base de l'ancienneté acquise depuis le 31 octobre 2002 sera fixée à 43.134,68 euros » ;

1/ ALORS QUE Monsieur I... réclamait, non pas la condamnation de la société CAFÉ DU TROCADÉRO à lui payer les sommes de 15.299 €, en deniers ou quittance, à titre d'indemnité de préavis et 1.529,90 €, en deniers ou quittance, au titre des congés payés y afférents mais le reliquat de l'indemnité d'un montant équivalent à l'indemnité de préavis prévue par l'article L. 1226-14 du Code du travail, après déduction des sommes déjà perçues à ce titre soit selon lui 8.413,70 € outre les congés payés auxquels, toujours selon lui, cette somme ouvrait droit (ses conclusions, pages 26 & 50) ; qu'en prononçant une condamnation en deniers ou quittance d'un montant plus élevé que celui réclamé, la cour d'appel a méconnu les termes du litiges en violation de l'article 4 du Code de procédure civile ;

2/ ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QUE l'indemnité prévue par l'article L. 1226-14 du code du travail n'a pas la nature d'une indemnité de préavis et n'ouvre pas droit à congés payés ; qu'en octroyant à Monsieur I..., qui réclamait un reliquat d'indemnité équivalente à l'indemnité de préavis sur le fondement de l'article L. 1226-14 du Code du travail, une somme à ce titre en deniers ou quittance et en y ajoutant une indemnité de congés payés afférente, la cour d'appel a violé le texte précité.

### CINQUIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR dit dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement de Monsieur I..., d'AVOIR condamné la société CAFÉ DU TROCADÉRO à lui payer la somme de 100.000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et d'AVOIR ordonné à cette dernière de rembourser aux organismes

concernés les indemnités de chômage perçues par le salarié, dans la limite de six mois d'indemnités ;

AUX MOTIFS QUE « 3. Sur le bien-fondé du licenciement. L'employeur tient des articles L. 4121-1, L. 4121-2 et L. 4121-3 du code du travail l'obligation de prendre des mesures de nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés. Pour voir confirmer le jugement qui a dit bien fondé le licenciement de M. I... après avoir écarté tout manquement de la société Café Trocadéro à son obligation de sécurité de résultat, l'employeur retient que l'origine professionnelle de l'inaptitude du salarié n'est pas de nature à caractériser par elle-même le manquement, que M. I... a occupé avant son emploi à la brasserie d'autres emplois notamment de caviste et de poissonnier qui ont aussi bien pu être à l'origine de sa maladie professionnelle, affirmant que le salarié a régulièrement été employé comme "extra" en plus de son activité dans la brasserie. Enfin au titre des mesures de prévention, l'employeur se prévaut de ce que M. I... a passé trois visites en 2014 auprès du médecin du travail, que l'entreprise est dotée d'un registre de sécurité ainsi que d'un document "hygiène / HACCP" mis à jour chaque année par un consultant, que dans la cuisine et à l'office est installée pour chaque rang une desserte ou un repose plateau, que les plateaux sont en plastique et de petit diamètre d'un poids d'un kilogramme, que le sol de la brasserie est recouvert de linoléum pour circuler entre les rangs sans trop de fatigue, que les chaises intérieures de la brasserie ont été choisies pour qu'elles puissent être glissées et non soulevées., que les tables et les chaises de la terrasse sont légères. Néanmoins, si M. I... est passé devant le médecin du travail pour constater l'origine professionnelle de son inaptitude, il est constant qu'il n'a pas vu le médecin du travail entre avril 2010 et mars 2013, en contravention pour l'employeur à son obligation de provoquer une visite tous les vingt-quatre mois. Il est encore constant que le salarié n'a reçu aucune formation pendant toute la durée de son emploi dans l'entreprise. Enfin, l'origine professionnelle de l'inaptitude de M. I... est définitivement acquise par la prise en charge de sa maladie professionnelle par l'assurance maladie du Val-de-Marne qui a notifié au salarié le 24 mars 2015 "il ressort que votre maladie Sciatique par hernie discale inscrite au tableau n° 98 - affection chronique du rachis lombaire provoquée par la manutention manuelle de charges lourdes - est d'origine professionnelle". Cette maladie professionnelle est en relation directe avec les conditions de travail de M. I... associées aux dépassements des horaires légaux de travail relevés au point 1. de l'arrêt, et ceci, alors que non seulement l'employeur n'a pas pris de mesures propres à empêcher ces dépassements, mais qu'il les a encouragés y compris par dissimulation, ce qui caractérise le manquement de la société Café Trocadéro à son obligation de sécurité de résultat, de sorte qu'il s'en déduit que le licenciement de M. I... était dépourvu de cause réelle et sérieuse. Le jugement sera infirmé de ce chef. Pour prétendre fixer à 137.690 euros le montant des dommages et intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse, M. I... se prévaut au jour de la rupture de son âge, 59 ans, et de son ancienneté dans l'entreprise, 12 ans, de la période de chômage sans discontinuer qu'il a connue à compter de la rupture puis de l'aide au retour à l'emploi qu'il a perçue jusqu'au terme en novembre 2017, de la perte de 26 trimestres de cotisations à la retraite dont il a été privé pour espérer une pension à taux plein ainsi que des difficultés financières auxquelles il a été confronté avec son épouse pour le remboursement d'un prêt immobilier de 795 euros en cours jusqu'en février 2022. Sur la base de ces éléments, il convient de fixer à 100.000 euros, le montant de l'indemnité propre à réparer les conséquences du licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur délivrera les documents au salarié suivant les modalités décidées ci-dessous. Enfin, en application de l'article L. 1235-4, alinéa 2, du code du travail, l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement justifie que soit ordonné d'office à l'employeur le remboursement à Pôle emploi des indemnités que cet organisme a versées à M. I... dans la limite de 6 mois » ;

1/ ALORS, D'UNE PART, QUE la cour d'appel s'est notamment fondée, pour dire que l'inaptitude de Monsieur I... était imputable à un manquement de la société CAFÉ DU TROCADÉRO à son obligation de sécurité, sur de prétendus dépassements des horaires légaux de travail ; qu'en statuant de la sorte, sans préciser en quoi précisément les horaires de travail de Monsieur I... auraient excédé les amplitudes maximales autorisées, et cependant qu'elle rejetait la demande de dommages et intérêts pour violation des durées maximales de travail présentée par le salarié, la cour d'appel n'a pas suffisamment fait ressortir en quoi les horaires de travail de Monsieur I... auraient caractérisé un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité et a ainsi privé sa décision de base légale au regard des articles L. 4121-1, L. 4121-2, L. 1232-1 et L. 1235-1 du Code du travail ;

2/ ALORS, D'AUTRE PART, QU' il était constant aux débats que Monsieur I... avait occupé, avant de travailler auprès de la société CAFÉ DU TROCADÉRO, divers emplois par nature susceptibles d'avoir causé la maladie professionnelle reconnue par la CPAM ; que la cour d'appel a constaté par ailleurs que la société CAFÉ DU TROCADÉRO démontrait que Monsieur I... avait passé trois visites en 2014 auprès de la médecine du travail, que l'entreprise était dotée d'un registre de sécurité

ainsi que d'un document « hygiène/HACCP » mis à jour chaque année par un consultant, qu'étaient installés des dessertes et des repose-plateaux permettant de soulager les charges portées par les salariés, que les plateaux étaient en plastique et de petit diamètre afin de ne pas dépasser un poids d'un kilogramme, que le sol de la brasserie avait été choisi de façon à faciliter les déplacements sans fatigue, que les chaises intérieures pouvaient être glissées et non soulevées et que les chaises et tables de la terrasse étaient légères ; qu'outre l'affirmation imprécise de prétendus dépassements des horaires légaux de travail, la cour d'appel s'est bornée à constater un unique retard de onze mois dans le déroulement d'une visite médicale obligatoire entre avril 2010 et mars 2013 (date à laquelle le salarié avait été déclaré apte sans réserve à son poste) et l'absence de formation durant l'exécution du contrat de travail ; qu'en statuant comme elle l'a fait, par des motifs impuissants à faire ressortir l'existence d'un lien de causalité nécessaire entre l'inaptitude du salarié et les irrégularités constatées, la cour d'appel a, pour cette raison supplémentaire, privé sa décision de base légale au regard des articles L. 4121-1, L. 4121-2, L. 1232-1 et L. 1235-1 du Code du travail.