



Notice explicative relative à l'arrêt n°138 du 27 janvier 2021 Pourvoi n° 17-31.046 – Chambre sociale

Avec cette décision, la chambre sociale de la Cour de cassation poursuit la clarification des conditions d'examen par les juges du fond des demandes relatives à la preuve des heures travaillées, lesquelles génèrent un contentieux abondant.

Dans un précédent arrêt du 18 mars 2020, la chambre sociale a pris en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui considère que les États 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 œuvre concrète de cette obligation pour tenir compte des particularités propres à chaque secteur d'activité concerné et des spécificités de certaines entreprises (CJUE, arrêt du 14 mai 2019, CCOO, C-55/18, points 60 à 63). Modifiant la formule précédemment utilisée (Soc., 24 novembre 2010, pourvoi n° 09-40.928, *Bull.* 2010, V, n° 266, publié au *Rapport annuel*), la chambre sociale a jugé 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 (Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*).

En l'espèce, la cour d'appel avait rejeté la demande au titre des heures supplémentaires en relevant que, si le décompte produit par le salarié indiquait, jour après jour, les heures de prise et de fin de service, ainsi que de ses rendez-vous professionnels avec la mention du magasin visité, le nombre d'heures de travail quotidien et le total hebdomadaire, sa précision était insuffisante faute de mentionner la prise éventuelle d'une pause méridienne. De son côté, l'employeur, qui critiquait ce décompte, ne produisait aucun élément quant au contrôle de la durée de travail effectuée par le salarié.

Reprenant la solution dégagée le 18 mars 2020, la chambre sociale de la Cour de cassation explicite avec le présent arrêt le contrôle qu'elle exerce sur la notion « d'éléments suffisamment précis » quant aux heures de travail que le salarié prétend avoir accomplies. 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. Elle ne peut avoir pour effet de faire peser la charge de la preuve des heures accomplies sur le seul salarié, ni de contraindre ce dernier à indiquer les éventuelles pauses méridiennes qui auraient interrompu le temps de travail. En effet, comme tous les seuils et plafonds, prévus tant par le droit de l'Union européenne que par le droit interne, (Soc., 20 février 2013, pourvoi n° 11-28.811, *Bull.* 2013, V, n° 52) la charge de la preuve de la prise des temps de pause incombe à l'employeur (Soc., 20 février 2013, pourvois n° 11-21.848 et n° 11-21.599, *Bull.* 2013, V, n° 51).

Dès lors qu'il résultait de ses propres constatations que les éléments produits par le salarié étaient suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre, ce que la Cour de cassation relève expressément, le régime de la preuve partagée devenait applicable. Il appartenait donc à la cour d'appel d'examiner les pièces produites par l'une et l'autre des parties, étant précisé que l'employeur ne produisait aucun élément de contrôle de la durée du travail, et d'apprécier la portée des critiques formulées contre ces pièces, avant de décider, dans le cadre de son pouvoir souverain, si le salarié avait effectivement accompli des heures supplémentaires et, dans l'affirmative, de fixer la créance correspondante (Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-22.344, *Bull.* 2013, V, n° 299, publié au *Rapport annuel* ; Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919, précité).

Cet arrêt est également l'occasion d'une évolution de jurisprudence sur la question de la détermination de la rémunération variable au regard de l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale selon lequel la contribution de l'employeur au titre des cotisations sociales reste exclusivement à sa charge. La Cour de cassation en déduit qu'une clause du contrat de travail mettant à la charge du salarié des cotisations patronales est nulle de plein droit (Soc., 23 avril 2013, pourvoi n° 12-12.411, *Bull.* 2013, V, n° 106). S'agissant de la détermination de la rémunération revenant au salarié, la chambre sociale a, dans un premier temps, considéré qu'il n'était pas illicite de convenir d'une rémunération proportionnelle au chiffre d'affaires, déduction faite de différentes charges d'exploitation de l'employeur, y compris les charges sociales (Soc., 10 novembre 1993, pourvoi n° 89-44.063, *Bull.* 1993, V, n° 263). Puis, adoptant une interprétation plus large de l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale, elle a jugé que la clause contractuelle, selon laquelle les commissions revenant au salarié étaient diminuées du montant des cotisations sociales patronales, était nulle (Soc., 17 octobre 2000, pourvoi n° 98-45.669, *Bull.* 2000, V, n° 329). La chambre sociale a alors décidé de proscrire les clauses contractuelles qui excluaient les cotisations sociales patronales de l'assiette de calcul d'une rémunération variable (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-41.385 ; Soc., 5 juillet 2017, pourvoi n° 16-13.042).

En l'espèce, la cour d'appel avait validé une clause allouant au salarié une commission de 20 % de la marge nette, laquelle correspondait à la marge brute perçue pour chaque produit vendu après déduction de tous les frais de voiture, téléphone, restaurant, péage exposés par le salarié et d'un forfait au titre des charges sociales. Rompant avec sa précédente jurisprudence, la Cour de cassation a considéré que la prohibition de l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale ne portait que sur les modalités de paiement de la rémunération et pas sur sa détermination. Même si elle avait rejeté une question prioritaire de constitutionnalité critiquant l'interprétation donnée à l'article L. 241-8 du code de la sécurité sociale (Soc., 21 novembre 2018, QPC n° 18-15.844, publié au *Bulletin*), la chambre sociale de la Cour de cassation choisit, avec le présent arrêt, d'élargir l'exercice par les parties de leur liberté contractuelle dans la fixation des conditions de rémunération du salarié. En effet, les parties peuvent, pour des raisons qui leur appartiennent au regard de l'objet qu'elles fixent à la rémunération variable, exclure les cotisations sociales patronales de l'assiette de calcul, sans que cela remette en cause le paiement par l'employeur des cotisations sociales dues sur le montant de la rémunération revenant effectivement au salarié.

En outre, l'assiette de calcul doit être reliée aux autres éléments de détermination de la rémunération variable comme le taux éventuellement appliqué. Or, ce dernier peut corriger les effets d'assiette dans les conditions que les parties estiment pertinentes. En toute hypothèse, l'employeur reste tenu de payer les cotisations sociales sur le montant résultant de l'application des stipulations contractuelles.