

**Cour de cassation  
Chambre sociale**

**10 janvier 2017**  
n° 15-13.007

**Sommaire :**

**Texte intégral :**

Cour de cassation Chambre sociale 10 janvier 2017 N° 15-13.007

Cassation partielle

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Tony X... a été salarié ostréicole sur l'exploitation de M. Gilbert X... depuis le mois de décembre 2003 ; que le 24 août 2009, il s'est rendu à un entretien préalable à un éventuel licenciement ; qu'il est décédé le 11 septembre 2009 ; que MM. Guillaume et Bernard X... et Mme Sylvie X..., ayants droit, ont fait citer M. Gilbert X... devant le tribunal d'instance de la Rochelle pour obtenir sa condamnation à leur payer diverses sommes liées aux modalités d'exécution et de rupture du contrat de travail de leur auteur ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que les ayants droit du salarié font grief à l'arrêt de limiter à une certaine somme la condamnation de M. Gilbert X... à leur payer au titre des heures supplémentaires non rémunérées alors, selon le moyen :

1°/ que la preuve des heures supplémentaires n'incombe pas au salarié mais qu'il appartient simplement d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement tels que des récapitulatifs rédigés par le salarié lui-même d'horaires non contresignés par l'employeur ou de simples décomptes d'heures écrits au crayon par le salarié ; qu'en retenant, pour limiter la somme allouée aux ayants-droit du salarié, que les heures mentionnées dans le récapitulatif produit par ceux-ci avaient été établies sur la base de fiches d'heures mensuelles établies par le salarié lui-même et que, n'étant confirmées par aucun témoignage ou autre élément de preuve, elles étaient dépourvues de force probante, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail ;

2°/ qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient simplement 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 ; qu'en se fondant, pour limiter le quantum des heures supplémentaires, sur des relevés établis par l'épouse de l'employeur dont il n'est pas contesté qu'elle n'appartenait pas à l'entreprise, et qui étaient donc dépourvus de toute force probante, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail ;

3°/ que les juges du fond ont l'obligation, en application de l'article 455 code de procédure civile, répondre aux moyens développés par les parties dans leurs conclusions ; qu'en omettant de répondre au moyen des conclusions des appelants selon lequel à aucun moment durant la conciliation, l'employeur n'avait fourni un quelconque décompte des heures supplémentaires, et que les relevés qu'il présentait devant le juge avaient été établis pour les seuls besoins de la cause et n'étaient revêtus d'aucun caractère probant, la cour d'appel a violé l'article susvisé ;

4°/ que les juges du fond ont l'obligation, en application de l'article 455 code de procédure civile, répondre aux moyens développés par les parties dans leurs conclusions ; qu'en omettant de répondre au moyen des conclusions des appelants selon lequel le contrat d'engagement maritime mentionnait un horaire de travail hebdomadaire de 40 heures soit 173 heures mensuelles pour un salaire expressément calculé sur le temps légal du travail de 151, 67 heures mensuelles soit 35 heures hebdomadaires, ce dont il ressortait que le salarié effectuait a minima 5 heures supplémentaires par semaine non rémunérées dont il était en droit d'obtenir le paiement, la cour d'appel a violé l'article susvisé ;

Mais attendu que le moyen se borne à remettre en discussion l'appréciation souveraine des éléments de preuve fournis par les parties, par la cour d'appel qui a considéré que les éléments apportés par l'employeur contredisaient les prétentions des ayants droit du salarié ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que les ayants droit du salarié font grief à l'arrêt de les débouter de leur demande de condamnation au paiement d'une certaine somme au titre de l'indemnité de travail dissimulé alors, selon le moyen :

1°/ que l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé est due, quelle que soit la qualification de la rupture du contrat de travail ; qu'en rejetant la demande des ayants droit de M. Tony X... en ce qu'il n'avait pas été jugé que la rupture du contrat de travail était consommée au jour du décès de Tony X..., quand le décès de ce dernier emportait de fait rupture dudit contrat, la cour d'appel a violé l'article L. 8223-1 du code du travail ;

2°/ qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour l'employeur de se soustraire intentionnellement à ses obligations de déclarations sociales et fiscales obligatoires ou de ne pas délivrer le bulletin de paie ou d'y mentionner un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ; qu'en rejetant la demande de paiement au motif que le caractère intentionnel de la dissimulation des heures supplémentaires ne résulterait d'aucune des pièces versées aux débats tout en retenant que le salarié avait droit au paiement d'heures supplémentaires au regard des relevés établis par l'épouse de l'employeur qui se trouvait sur l'exploitation et qui les avait donc établis au vu de ce qu'elle a pu constater sur place en fonction des marées, des congés, des demi-journées de repos, ce dont il résultait que l'employeur avait pleinement conscience d'avoir mentionner sur les bulletins de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli et de ne pas les avoir réglées, la cour d'appel a violé l'article L. 8223-1 du code du travail ;

Mais attendu que le moyen, inopérant en sa première branche, se borne à remettre en discussion l'appréciation souveraine des juges du fond qui ont estimé que la preuve du caractère intentionnel de la dissimulation des heures supplémentaires n'était pas rapportée ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen :

Vu les articles L. 1235-3, L. 1234-5 et L. 1235-9 du code du travail ;

Attendu que pour débouter les ayants droit du salarié de leur demande tendant à voir juger que Tony X... avait fait l'objet d'un licenciement abusif et à obtenir diverses indemnités de ce chef et limiter à une certaine somme la condamnation de l'employeur à titre de dommages-intérêts pour manquement à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, la cour d'appel, après avoir relevé que l'employeur avait demandé verbalement au salarié de quitter l'entreprise retient que l'envoi ultérieur d'une lettre de convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement ne faisant pas état d'une mise à pied conservatoire vient contredire l'intention de l'employeur de procéder verbalement au licenciement du salarié ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que l'employeur avait donné l'ordre au salarié de quitter l'entreprise, ce dont il résultait qu'il avait prononcé un licenciement verbal qui ne pouvait être régularisé a posteriori par l'envoi d'une lettre de convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

Et sur le quatrième moyen :

Vu l'article L. 5542-48 du code des transports et l'article 2242 du code civil ;

Attendu que pour limiter à une certaine somme la condamnation de l'employeur à payer aux ayants droit du salarié au titre des précomptes erronés de cotisation, la cour d'appel retient que la saisine de l'administration des affaires maritimes devant laquelle un préalable de conciliation est obligatoire en application de l'article L. 5542-48 du code des transports n'est pas interruptive de prescription ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la tentative de conciliation devant l'administrateur des affaires maritimes exigée par l'article L. 5542-48 du code des transports préalablement à la soumission au tribunal d'instance de tout litige concernant les contrats d'engagement régis par le code du travail maritime, entre les armateurs et les marins, à

l'exception des capitaines, constitue un acte interruptif de prescription, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne M. Gilbert X... à payer aux ayants droit de Tony X... la somme de 5 749, 55 euros au titre des erreurs sur les cotisations sociales indûment prélevées, limite à 5 000 euros le montant des dommages-intérêts pour manquement à l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail et déboute les ayants droit de Tony X... de leur demande tendant à voir juger que le salarié avait fait l'objet d'un licenciement abusif, l'arrêt rendu le 10 décembre 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Poitiers ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Limoges ;

Laisse à chaque partie la charge de ses propres dépens ;

Vu 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 dix janvier deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, avocat aux Conseils, pour les consorts X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté les ayants droit de M. Tony X... de leur demande tendant à voir juger que celui-ci avait fait l'objet d'un licenciement abusif et à obtenir diverses indemnités de ce chef et limité à la somme de 5 000 € la condamnation de M. Gilbert X... à titre de dommages et intérêts pour manquement à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail,

AUX MOTIFS PROPRES QUE

« Sur les demandes au titre de l'exécution déloyale du contrat de travail et de la rupture du contrat de travail :

Les ayants droits de Tony X... font valoir que Tony X... a fait l'objet d'un licenciement verbal le 20 août 2009.

Il ressort des pièces versées aux débats (pièce n° 20 des appelants) qu'une convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement a été adressée à Tony X... le 20 août 2009 par son employeur pour " retards habituels suite au retrait du permis de conduire, absences prolongées et état d'ébriété ". L'envoi de cette convocation, qui ne fait pas état d'une mise à pied conservatoire, vient contredire l'intention de M. Gilbert X... qui avait demandé le même jour à Tony X... de quitter l'entreprise, de procéder verbalement au licenciement de celui-ci. Il est constant qu'aucune lettre de licenciement n'a été notifiée à Tony X... après la tenue de cet entretien de telle sorte que son contrat de travail n'avait pas été rompu avant son décès survenu le 11 septembre 2009. Les ayants droits de Tony X... seront donc déboutés de leurs demandes en paiement d'indemnités pour la rupture abusive du contrat de travail de Tony X....

Le caractère abusif de l'engagement d'une procédure de licenciement par M. Gilbert X... sans notification d'une mise à pied conservatoire dans le cadre de son pouvoir disciplinaire n'est pas démontré dès lors d'une part que celui-ci était en droit de ne pas y donner suite, d'autre part que diverses attestations témoignent en termes concordants et circonstanciés (pièces 8 à 15 de l'intimé) de ce que les motifs invoqués à l'encontre du salarié dans la lettre de convocation n'étaient pas totalement dénués de fondement.

En revanche il est établi que M. Gilbert X... a manqué à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail en procédant à des décomptes abusifs de cotisation, en ne réglant pas les nombreuses heures supplémentaires

accomplies par Tony X..., en empêchant le salarié de bénéficier de ses congés payés et en lui interdisant l'accès à son poste de travail le 20 août 2009. Il en a résulté un préjudice dont la cour évalue la réparation à la somme de 5.000 euros à titre de dommages-intérêts. Le jugement déféré sera rectifié en ce sens »,

#### ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE

« Par lettre recommandée du 18 août 2009 (reçue le 20/08/2009), M. Gilbert X... écrit à Tony X... pour lui informer qu'il envisage une procédure de licenciement pour retards habituels suite au retrait du permis de conduire absences prolongées et état d'ébriété.

Le 20 août 2009, M. X... signifie oralement à son salarié une mise à pied avec ordre de quitter immédiatement l'entreprise et interdiction de reprendre le travail.

La concomitance de l'engagement de la procédure de licenciement et de l'annonce de la mise à pied conduit à analyser celle-ci comme une mise à pied conservatoire et non comme une mise à pied sanction (Cass Soc 26 septembre 1990). Il est entendu qu'une mise à pied conservatoire non justifiée peut se voir reconnaître un caractère vexatoire causant au salarié un préjudice moral donnant lieu à réparation (Cass Soc 21 mars 1991).

Il résulte du compte rendu de Monsieur Z... présent lors de l'entretien préalable de licenciement qui s'est tenu le 24 août 2009, que la mise à pied était intervenue parce que M. Gilbert X... en avait marre de son salarié. Il a par ailleurs admis lors de l'entretien qu'il n'avait aucun reproche à faire sur son travail " que M. X... termine toujours le travail de la journée avant de quitter l'entreprise ". S'agissant des absences prolongées qui lui sont reprochées, le salarié a pu expliquer que l'épouse de M. X... l'avait invité à rester chez lui en attendant la fin de l'hospitalisation et le retour de ce dernier sur l'exploitation. Or ce point n'est ni contesté ni infirmé par les témoignages recueillis par le défendeur. Pour les retards survenus en semaine 34, M. Tony X... a rappelé qu'il avait repris son travail le lundi (17 août), qu'il n'y avait pas de sortie en mer ce jour-là, ainsi que le mardi, qu'il n'y avait aucun travail urgent et qu'il avait repris son poste le mercredi avec l'accord de M. X... pour faire le travail en cours sur les huîtres. M. X... Gilbert a alors reconnu qu'il n'y avait pas eu de problème sur le plan du travail. Eu égard à l'absence de conséquence sur l'activité, une mise à pied conservatoire apparaît donc disproportionnée.

Le motif lié à l'état d'ébriété ou au retrait de permis antérieur à deux années n'apparaît pas recevable dès lors que M. X... n'a pas été en capacité de démontrer lors de cet entretien ou lors des échanges suivants que la dépendance à l'alcool dont souffrait M. X... n'ait eu une répercussion sur son travail ou qu'il se soit retrouvé en état d'ébriété caractérisé sur son lieu de travail.

Les attestations de Mme G... A... H... ou I... confirment certes que M. X... était un consommateur habituel d'alcool mais elles n'évoquent aucun épisode au cours duquel celui-ci se serait retrouvé en leur présence et sur le lieu du travail en état d'ébriété. L'attestation de Mme B... qui a travaillé pour le compte de M. X... est en réalité la seule à rapporter une prise d'alcool sur le lieu du travail. Cette attestation établie en mars 2012 est non circonstanciée dans le temps. Surtout elle ne décrit pas l'état réel de M. X... et donc sur sa capacité ou non à poursuivre ce jour-là ses fonctions.

In fine il sera donc considéré que les griefs développés par M. X... sont insuffisamment caractérisés pour légitimer a posteriori la mise à pied conservatoire et la procédure de licenciement engagée par M. X... Gilbert.

Il est enfin constant que M. X... était particulièrement fragilisé sur le plan de la santé puisqu'il a subi au cours de l'année 2009 plusieurs hospitalisations (4 au 6 mai 2009, 18 au 21 mai 2009 et du 25 au 27 août 2009). 11 n'est en revanche pas démontré que les difficultés sur le plan personnel (décès dans l'entourage proche, relations conflictuelles avec sa compagne) qui ont motivé un suivi psychiatrique aient été connues de son employeur. Les brimades ou récriminations sur le lieu du travail évoquées par la famille de Tony et Melle C... sa compagne ne sont pas non plus rapportées par des témoins directs.

La survenance d'une mise à pied et annonce verbale d'un licenciement le 19 août 2009 à quelques jours du deuxième rendez-vous avec le CGO finalisant le projet de cession, puis la convocation à un entretien préalable de licenciement, alors qu'aucun motif réel ou sérieux ne permet de légitimer la sanction de mise à pied (avec retenue salariale correspondante) et l'engagement d'une procédure de licenciement apparaît dans ce contexte particulièrement vexatoire et préjudiciable.

Dans l'évaluation du préjudice subi par le salarié il sera retenu que si M. Gilbert X... a signifié expressément à son salarié le 25 août 2009 (lettre reçue le 26 août 2009) que le contrat de travail n'était pas interrompu, sa lettre du 1er septembre 2009 est porteuse d'une ambiguïté puisqu'il y déclare que " en ce qui concerne votre position dans l'entreprise nous vous demandons de bien vouloir attendre les résultats de votre visite médicale du 16 septembre 2009 ". Il s'en déduit donc que la réintégration de M. Tony X... à l'issue de l'arrêt de travail (qui venait d'être prolongé pour 15 jours par le Docteur D...) et à un poste équivalent au sien avant les difficultés rencontrées au mois d'août n'était pas acquis.

L'incertitude qui pesait sur l'avenir professionnel de Tony X... en tant que salarié sur l'exploitation ou futur repreneur de celle-ci n'était donc pas levée par l'employeur.

En outre dans cet ultime échange entre les parties M. Gilbert X... maintient les griefs sur les absences de son salarié déjà évoquées lors de l'entretien du 24 août 2009 et les griefs sur l'alcoolémie de Monsieur X... qui en l'état des attestations et constatations ne peuvent légitimer une procédure de mise à pied ou de licenciement pour faute.

Il sera en revanche relevé que la mise à pied conservatoire même injustifiée et la convocation à un entretien préalable de licenciement ne s'analysent pas en une rupture du contrat de travail imputable à M. X... Gilbert, puisqu'aucune mesure de licenciement n'a été notifiée même oralement au salarié et que Tony au jour de son décès est en arrêt de travail toujours salarié au sein de l'exploitation.

A ce titre le fait qu'il se soit inscrit comme demandeur d'emploi auprès de Pôle Emploi n'est pas un élément suffisant pour caractériser une quelconque rupture du contrat d'engagement du 04 octobre 2004.

Du reste Monsieur Z... en conclusion du compte rendu d'entretien préalable de licenciement n'évoque pas la suite donnée par M. Gilbert X... à l'issue de cet entretien et indique même aux parents du jeune X... le 26 août 2009 dans un email que celui-ci doit reprendre son poste sous peine de se voir considéré comme démissionnaire.

En considération de l'ensemble de ces éléments, les manquements de M. X... à l'occasion de l'exécution du contrat d'engagement de Monsieur X... et de la rupture des pourparlers pour la reprise de l'exploitation, mais aussi en l'absence d'une rupture caractérisée du contrat d'engagement, justifient l'allocation de dommages et intérêts pour préjudice moral »,

ALORS QUE le licenciement verbal est nécessairement dépourvu de cause réelle et sérieuse ; que le fait pour l'employeur de convoquer par la suite le salarié à un entretien préalable ne régularise pas la rupture du contrat de travail qui reste sans cause réelle et sérieuse ; que la renonciation du salarié à invoquer le licenciement intervenu et consentir, sur la proposition de l'employeur, à la continuation du contrat de travail, doit être claire et non équivoque ; qu'en considérant qu'en ce qu'elle ne faisait pas état d'une mise à pied conservatoire, la convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement adressée à Tony X... le 20 août 2009 par son employeur venait contredire l'intention dudit employeur, qui avait demandé le même jour au salarié de quitter l'entreprise, de procéder verbalement au licenciement de celui-ci, et que le salarié n'avait donc pas été licencié, cependant que l'employeur avait reconnu lors de l'entretien du 24 août 2009 lui avoir interdit la reprise de son travail, lui avoir intimé l'ordre de quitter immédiatement l'entreprise et ne plus souhaiter la présence dudit salarié dans son entreprise, ce qui équivalait à un licenciement verbal, la cour d'appel a violé les articles L. 1235-3, L. 1234-5 et L. 1235-9 du code du travail.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION.

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir limité à la somme 10 423, 33 €, outre les congés payés afférents, la condamnation de M. Gilbert X... à payer aux ayants droit de M. Tony X... au titre des heures supplémentaires non rémunérées,

#### AUX MOTIFS PROPRES QU'

« Il résulte de l'article L. 3171-4 du code du travail que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties, que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et qu'il appartient à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande.

A l'appui de leur réclamation à hauteur de la somme de 34. 548, 88 euros outre les congés payés afférents, les ayants droits de Tony X... font valoir d'une part que celui-ci était rémunéré sur la base de 151, 67 heures mensuelles alors que son contrat de travail stipulait une durée hebdomadaire de travail de 40 heures, d'autre part que des fiches d'heures mensuelles établies par Tony X... sur la base desquelles ils fondent le montant de leur demande ont été remises à la DDTM ainsi qu'à M. Gilbert X... lors de la procédure de conciliation. Il est produit un tableau récapitulatif des heures supplémentaires effectuées de 2004 à 2009.

Les heures mentionnées dans le récapitulatif produit par les ayants droits de Tony X... sur la base de fiches d'heures mensuelles établies par le salarié lui-même et donc dépourvues de force probante ne sont confirmées par aucun témoignage ou élément de preuve. Elles sont contredites par les relevés de l'épouse de M. Gilbert X... qui se trouvait

sur l'exploitation et qui les a donc établi au vu de ce qu'elle a pu constater sur place en fonction des marées, des congés, des demi-journées de repos. Le jugement déféré qui a fixé le montant dû au titre des heures supplémentaires sur cette base à la somme de 10. 423, 33 euros outre les congés payés afférents, sera confirmé »,

#### ET AUX MOTIFS POTENTIELLEMENT ADOPTES QUE

« Il résulte du procès-verbal de non conciliation du 04 juillet 2011 que M. Gilbert X... a contesté les montants réclamés au titre des heures supplémentaires, congés payés, et corrections des prélèvements erronés de cotisation MSA.

Il ressort de ce procès-verbal que le décompte des heures supplémentaires a été instruit par la Direction Départementale des Territoires et de la Mer, laquelle a arrêté la créance salariale à 23014, 00 euros. Dans une note de service établie entre M. E...en charge du dossier et M. F...Administratrice des Affaires Maritimes responsable du service, il est indiqué que la DDTM a en réalité calculé ce montant à partir des données fournies par la famille de Tony. En l'absence de note manuscrite de ce dernier permettant à la juridiction d'évaluer le volume des heures réellement effectuées par le salarié, il sera retenu le montant arrêté par le comptable de M. Gilbert X... et fondé sur les relevés de l'épouse de ce dernier soit la somme de 10423, 33 euros brut »,

ALORS QUE la preuve des heures supplémentaires n'incombe pas au salarié mais qu'il appartient simplement d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement tels que des récapitulatifs rédigés par le salarié lui-même d'horaires non contresignés par l'employeur ou de simples décomptes d'heures écrits au crayon par le salarié ; qu'en retenant, pour limiter la somme allouée aux ayants-droit du salarié, que les heures mentionnées dans le récapitulatif produit par ceux-ci avaient été établies sur la base de fiches d'heures mensuelles établies par le salarié lui-même et que, n'étant confirmées par aucun témoignage ou autre élément de preuve, elles étaient dépourvues de force probante, la cour d'appel a violé l'article L 3171-4 du code du travail,

ALORS QU'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient simplement 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 ; qu'en se fondant, pour limiter le quantum des heures supplémentaires, sur des relevés établis par l'épouse de l'employeur dont il n'est pas contesté qu'elle n'appartenait pas à l'entreprise, et qui étaient donc dépourvus de toute force probante, la cour d'appel a violé l'article L 3171-4 du code du travail,

ALORS QUE les juges du fond ont l'obligation, en application de l'article 455 code de procédure civile, répondre aux moyens développés par les parties dans leurs conclusions ; qu'en omettant de répondre au moyen des conclusions des appelants (conclusions p. 9 § 2 & s) selon lequel à aucun moment durant la conciliation, l'employeur n'avait fourni un quelconque décompte des heures supplémentaires, et que les relevés qu'il présentait devant le juge avaient été établis pour les seuls besoins de la cause et n'étaient revêtus d'aucun caractère probant, la cour d'appel a violé l'article susvisé,

ALORS QUE les juges du fond ont l'obligation, en application de l'article 455 code de procédure civile, répondre aux moyens développés par les parties dans leurs conclusions ; qu'en omettant de répondre au moyen des conclusions des appelants (conclusions d'appel des exposants, p. 9, pénultième paragraphe) selon lequel le contrat d'engagement maritime mentionnait un horaire de travail hebdomadaire de 40 heures soit 173 heures mensuelles pour un salaire expressément calculé sur le temps légal du travail de 151, 67 heures mensuelles soit 35 heures hebdomadaires, ce dont il ressortait que le salarié effectuait a minima 5 heures supplémentaires par semaine non rémunérées dont il était en droit d'obtenir le paiement, la cour d'appel a violé l'article susvisé.

#### TROISIEME MOYEN DE CASSATION.

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir débouté les ayants droit de M. Tony X... de leur demande tendant à la condamnation de M. Gilbert X... à leur payer la somme de 12 156 € au titre de l'indemnité de travail dissimulé,

AUX MOTIFS PROPRES QUE « Il résulte de l'article L. 3171-4 du code du travail que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties, que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et qu'il appartient à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande.

A l'appui de leur réclamation à hauteur de la somme de 34. 548, 88 euros outre les congés payés afférents, les ayants droits de Tony X... font valoir d'une part que celui-ci était rémunéré sur la base de 151, 67 heures mensuelles alors que son contrat de travail stipulait une durée hebdomadaire de travail de 40 heures, d'autre part que des fiches d'heures mensuelles établies par Tony X... sur la base desquelles ils fondent le montant de leur demande ont été remises à la DDTM ainsi qu'à M. Gilbert X... lors de la procédure de conciliation. Il est produit un tableau récapitulatif des heures supplémentaires effectuées de 2004 à 2009.

Les heures mentionnées dans le récapitulatif produit par les ayants droits de Tony X... sur la base de fiches d'heures mensuelles établies par le salarié lui-même et donc dépourvues de force probante ne sont confirmées par aucun témoignage ou élément de preuve. Elles sont contredites par les relevés de l'épouse de M. Gilbert X... qui se trouvait sur l'exploitation et qui les a donc établis au vu de ce qu'elle a pu constater sur place en fonction des marées, des congés, des demi-journées de repos. Le jugement déferé qui a fixé le montant dû au titre des heures supplémentaires sur cette base à la somme de 10. 423, 33 euros outre les congés payés afférents, sera confirmé Le caractère intentionnel de la dissimulation des heures supplémentaires ne résulte d'aucune des pièces versées aux débats. Les ayants droits de Tony X... seront déboutés de leurs demandes de ce chef et le jugement déferé sera confirmé »,

#### ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE

« La réclamation au titre du travail dissimulé et fondée sur les dispositions de l'article L 8223-1 du Code du Travail, n'est en revanche pas recevable dès lors qu'il n'a pas été jugé que la rupture du contrat de travail était consommée au jour du décès de Tony X.... »,

ALORS QUE l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé est due, quelle que soit la qualification de la rupture du contrat de travail ; qu'en rejetant la demande des ayants droit de M. Tony X... en ce qu'il n'avait pas été jugé que la rupture du contrat de travail était consommée au jour du décès de Tony X..., quand le décès de ce dernier emportait de fait rupture dudit contrat, la cour d'appel a violé l'article L. 8223-1 du code du travail,

ALORS QU'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour l'employeur de se soustraire intentionnellement à ses obligations de déclarations sociales et fiscales obligatoires ou de ne pas délivrer le bulletin de paie ou d'y mentionner un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ; qu'en rejetant la demande de paiement au motif que le caractère intentionnel de la dissimulation des heures supplémentaires ne résulterait d'aucune des pièces versées aux débats tout en retenant que le salarié avait droit au paiement d'heures supplémentaires au regard des relevés établis par l'épouse de l'employeur qui se trouvait sur l'exploitation et qui les avait donc établis au vu de ce qu'elle a pu constater sur place en fonction des marées, des congés, des demi-journées de repos, ce dont il résultait que l'employeur avait pleinement conscience d'avoir mentionner sur les bulletins de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli et de ne pas les avoir réglées, la cour d'appel a violé l'article L 8223-1 du code du travail.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION.

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir limité à la somme de 5 749, 55 € la condamnation de M. Gilbert X... à payer aux ayants droit de M. Tony X... au titre des précomptes erronés de cotisation,

#### AUX MOTIFS PROPRES QUE « Sur la demande au titre de précomptes erronés de cotisation :

Les ayants droits de Tony X... font valoir que des cotisations à la MSA et des cotisations au titre de l'assurance chômage ont été irrégulièrement précomptés sur les bulletins de salaires de Tony X... sans qu'il soit démontré qu'ils ont été effectivement versés alors que celui-ci ne relevait plus depuis octobre 2004 que de l'Enim en sa qualité de marin et qu'il n'existe pas de cotisation à l'assurance chômage pour les marins. Ils sollicitent à ce titre une somme de 9. 210, 32 euros nets.

En cause d'appel, M. Gilbert X..., qui demande à ce titre la confirmation du jugement entrepris sur le montant retenu, soulève la prescription quinquennale. La saisine de l'administration des affaires maritimes devant laquelle un préalable de conciliation est obligatoire en application de l'article L. 5542 du code des transports n'est pas interruptive de prescription. L'acte introductif d'instance date du 10 février 2012 de telle sorte que les demandes ne peuvent remonter au-delà du mois de février 2007 du fait de la prescription quinquennale.

Pour le surplus, c'est par des motifs que la cour adopte que le premier juge a retenu que l'offre de M. Gilbert X... de régler la somme de 5. 749, 55 euros à ce titre était conforme en l'absence de pièces établissant le caractère erroné du calcul effectué par le comptable de l'exploitation et en se fondant sur une attestation de l'Enim dont relevait Tony X... qui mentionne que toutes les cotisations sociales et contributions dues par M. Gilbert X... ont été intégralement payées jusqu'au 5 février 2010, date de fin de la dernière période taxée et échue » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « Enfin l'offre de régler la somme de 5749, 55 euros brut (5218, 69 euros plus 521, 86 euros au titre des congés payés apparaît satisfaisant en l'absence de pièces établissant le caractère erroné du calcul effectué par le comptable de l'exploitation et du contenu de l'attestation de l'ENIM selon laquelle « les cotisations sociales et contributions dues par Monsieur Gilbert X... sont intégralement payées jusqu'au 05 février 2010, date de fin de la dernière période taxée et échue ».

Pour le surplus, la réclamation du titre de l'URSAFF étant notamment non fondé et non justifiée, les demandes seront rejetées » ;

ALORS QUE la tentative de conciliation devant l'administrateur des affaires maritimes exigée par l'article 2 du décret n° 59-1337 du 20 novembre 1959, depuis lors codifié à l'article L 5542-48 du code des transports, préalablement à la soumission de tout litige concernant les contrats d'engagement régis par le code du travail maritime, entre les armateurs et les marins, à l'exception des capitaines, au tribunal d'instance, constitue un acte interruptif de prescription dont l'effet interruptif se prolonge jusqu'à ce que le litige trouve sa solution ; qu'en énonçant que l'acte introductif d'instance datant du 1er février 2012, la demande relative aux sommes dues au titre de précomptes abusifs et des erreurs sur le bulletins de paie ne pouvait remonter au-delà du mois de février 2007 du fait de la prescription quinquennale, cependant que l'administrateur des affaires maritimes avait été saisi par M. Tony X... puis ses ayants droit pour tentative de conciliation en septembre 2009, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées, ensemble l'article 2242 du code civil.

**Composition de la juridiction** : M. Frouin, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray

**Décision attaquée** : Cour d'appel Poitiers 2014-12-10 (Cassation partielle)