

**Cour de cassation  
Chambre sociale**

**27 juin 2012**  
n° 11-12.527

**Sommaire :**

\*

\*\*

**Texte intégral :**

Cour de cassation Chambre sociale 27 juin 2012 N° 11-12.527

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 M. X..., qui a été engagé en qualité de responsable de magasin à compter du 21 septembre 2004 par la société Aldi marché, entreprise régie par la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, a été licencié le 28 novembre 2006 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir le paiement de sommes à titre d'heures supplémentaires, outre congés payés afférents et d'indemnité pour travail dissimulé ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner au paiement de sommes à titre d'heures supplémentaires, alors, selon le moyen :

1°/ que lorsqu'un texte conventionnel restreint à une catégorie de salariés la possibilité de signer une convention de forfait, il appartient au juge de rechercher, en tenant compte des fonctions réellement exercées par le salarié, si celui-ci entre dans le champ défini par le texte, sans pouvoir se borner à se référer à une fiche de poste ; que l'article 5. 7. 3 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001 prévoit la possibilité de signer un forfait en heures sur l'année avec les " cadres (...) qui ne sont pas occupés selon l'horaire collectif applicable au sein du service, de l'équipe dont ils relèvent et qui, pour l'accomplissement de l'horaire de travail auquel ils sont soumis, disposent, en application de leur contrat de travail, d'une certaine autonomie définie par la liberté qui leur est reconnue dans l'organisation de leur emploi du temps par rapport aux horaires de fonctionnement des équipes ou services et/ ou des équipements auxquels ils sont affectés, de telle sorte que leur horaire de travail effectif ne puisse être déterminé que a posteriori " ; qu'en l'espèce, pour dire que M. X..., responsable de magasin, ne bénéficiait d'aucune autonomie dans la gestion de son emploi du temps, travaillant au minimum de l'ouverture à la fermeture du magasin, en continu et six jours sur sept, la cour d'appel s'est fondée, d'une part, sur une " description de fonction de responsable de magasin " précisant qu'une telle fonction impliquait la réception et le contrôle des marchandises, les changements de prix, le contrôle des achats effectués par le personnel, le contrôle caisses, les clôtures caisses, le suivi administratif et comptable, l'information du responsable achats en cas de contrôles sanitaires, la fermeture du bâtiment, la prise de caisse en cas de besoin, la gestion du coffre, et d'autre part sur les dispositions du règlement intérieur précisant qu'il n'existe qu'un jeu de clés du coffre ; qu'en statuant ainsi, par une référence abstraite aux tâches du salarié, sans à aucun moment préciser le temps qu'il consacrait effectivement à chacune d'entre elles, précision permettant seule de vérifier la liberté du salarié dans l'organisation de son emploi du temps, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 5. 3 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, des articles L. 3121-82 à L. 3121-49 dans leur rédaction applicable à l'époque des faits (ancien article L. 212-15-3 du code du travail), de l'article 1221-1 du code du travail et de l'article 1134 du code civil ;

2°/ que la durée du travail effectif est le temps durant lequel le salarié se tient à la disposition de son employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles ; que " la présence dans l'entreprise " ne caractérise pas, à elle seule, un temps de travail effectif ; qu'en déduisant de ce que M. X... " se devait d'être présent " six jours sur sept, en continu, de l'ouverture à la fermeture, ce qui ne renseignait en rien sur le temps de travail de l'intéressé, pas plus que sur sa liberté de gérer son emploi du temps, la cour d'appel a violé l'article L. 3121-1 du code du travail, ensemble l'article 5. 7. 3 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001 ;

3°/ que la cour d'appel s'est également fondée, pour dire que l'intéressé ne jouissait d'aucune autonomie dans la gestion de son emploi du temps, sur les circonstances que l'alarme du magasin était en service de 20 heures 30 à 7 heures, et que l'employeur veillait à ce que les consignes soient respectées, ainsi qu'en attestaient les sanctions (avertissement et licenciement) lui reprochant un maintien de produits périmés en rayon, des rotations de marchandises non effectuées, des affichages publicitaires irréguliers ; qu'en statuant ainsi, par des motifs sans rapport avec l'autonomie du salarié et l'existence d'horaires susceptibles d'être déterminés a priori, la cour d'appel a violé l'article 5. 7. 3 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, les articles L. 3121-82 à L. 3121-49 dans leur rédaction applicable à l'époque des faits (ancien article L. 212-15-3 du code du travail), l'article 1221-1 du code du travail et l'article 1134 du code civil ;

4°/ qu'une contradiction de motifs équivalait à un défaut de motifs ; qu'en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait tout à la fois écarter les " fiches d'annualisation " produites par l'employeur en raison de leur caractère illisible, et dire qu'il en résultait que des heures avaient été effectuées au-delà du forfait ; qu'en y procédant néanmoins, elle a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'appréciant les éléments de fait et de preuve produits par les parties, la cour d'appel, qui a constaté que les

consignes auxquelles le salarié était tenu en permanence et de façon stricte, lui imposaient d'être présent au minimum pendant les heures d'ouverture du magasin pour y accomplir les tâches de réception des marchandises, de gestion de contrôle et de fermeture du magasin qui lui étaient dévolues, a pu décider que de par ces contraintes, ce dernier ne disposait d'aucune autonomie dans la gestion de son emploi du temps, autorisant le recours à un forfait annuel en heures ; que le moyen, qui manque en fait en sa quatrième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner au paiement de sommes à titre d'heures supplémentaires, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, la charge de la preuve est répartie entre le salarié et l'employeur ; qu'en l'espèce, pour retenir que le salarié n'avait pris aucune de ses pauses, la cour d'appel a retenu que l'employeur n'établissait pas lui avoir permis de les prendre ; qu'en statuant ainsi, elle a violé l'article L. 3171-4 du code du travail ;

2°/ que la durée du travail effectif est le temps durant lequel le salarié se tient à la disposition de son employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles ; qu'à supposer que la cour d'appel ait considéré qu'indépendamment de la défaillance probatoire reprochée à l'employeur, le salarié n'avait pas pris ses pauses dès lors qu'il devait être " présent " de l'ouverture à la fermeture du magasin, elle aurait, pour s'être abstenue de rechercher si le salarié était demeuré à la disposition de l'employeur et n'avait pu vaquer à ses occupations personnelles, privé sa décision de base légale au regard des articles L. 3121-1, L. 3121-2, L. 3121-33 du code du travail, ensemble de l'article 5. 4 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire ;

3°/ que la durée du travail effectif est le temps durant lequel le salarié se tient à la disposition de son employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles ; qu'en se fondant aussi, pour considérer que les pauses n'avaient pas été prises, sur les circonstances que les fiches de paie ne mentionnaient pas les temps de pauses et que les conditions de ces dernières n'avaient pas été fixées par l'employeur, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants en violation des articles L. 3121-1, L. 3121-2, L. 3121-33 du code du travail, ensemble de l'article 5. 4 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire ;

4°/ que l'article 5. 4 de la convention collective nationale du commerce en détail et de gros à prédominance alimentaire précise que si les conditions de prise de pauses ne sont pas fixées au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, une pause est prise toutes les quatre heures ; qu'en reprochant à l'employeur de n'avoir pas fixé les conditions de prise des pauses quand le texte conventionnel ne l'y obligeait pas, la cour d'appel a violé l'article 5. 4 de la convention collective nationale du commerce en détail et de gros à prédominance alimentaire ;

5°/ qu'il ne résulte ni de l'arrêt attaqué ni des écritures du salarié qu'il soutenait que ses bulletins de paie ne mentionnaient pas les pauses ; que les bordereaux de communication de pièces des deux parties ne mentionnent nullement les bulletins de paie de M. X..., lesquels n'avaient jamais été produits aux débats ; que dès lors, en reprochant à l'employeur de n'avoir pas mentionné ces pauses et le paiement correspondant sur les fiches de paie, la cour d'appel a violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

6°/ que le juge doit observer le principe du contradictoire ; qu'en relevant d'office l'irrégularité des bulletins de paie, sans inviter les parties à s'expliquer sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'appréciant souverainement les éléments de preuve produits par l'employeur et le salarié, dont les feuilles de présence, la cour d'appel a fait ressortir que pendant les temps qui auraient dû être consacrés aux pauses, le salarié, continuant de devoir travailler, demeurait à la disposition constante de l'employeur, sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; que le moyen, qui critique des motifs surabondants en ses quatre dernières branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le troisième moyen :

Vu les articles L. 8221-5 et L. 8223-1 du code du travail ;

Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre d'indemnité pour travail dissimulé, l'arrêt retient que le fait de soumettre un salarié qui n'en remplit pas les conditions à une clause d'annualisation de son temps de travail tout en lui imposant des obligations dont l'exécution implique nécessairement la réalisation d'heures supplémentaires caractérise la volonté délibérée de la société Aldi marché d'éluider les règles du code du travail quant à la rémunération des heures supplémentaires ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le caractère intentionnel du travail dissimulé ne peut se déduire de la seule absence de conclusion d'une convention de forfait dont la possibilité est prévue par la convention collective, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Aldi marché à payer à M. X... la somme de 15 522, 84 euros d'indemnité de travail dissimulé, l'arrêt rendu le 15 décembre 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; remet, en conséquence, sur ce point, 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 Montpellier ;

Laisse à chaque partie la charge de ses dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

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-sept juin deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Aldi marché

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêté attaqué d'AVOIR condamné l'exposante à payer à M. X... la somme de 1863,91 euros au titre des heures supplémentaires, 186,39 euros au titre des congés payés y afférents, de l'AVOIR condamnée aux dépens ainsi qu'au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « L'article 8 du contrat de travail signé par les parties énonce la liste des responsabilités que Monsieur X... devait assumer en sa qualité de responsable de magasin dont la première est la gestion commerciale consistant à optimiser le flux des marchandises, assurer la commande dirigée, gérer les prix, contrôler la publicité et mettre en œuvre la norme HACCP. En outre il est stipulé que la responsabilité du salarié, titulaire d'une délégation de pouvoirs en ce sens, est engagée à l'égard de l'employeur dans la mise en œuvre de la politique de l'entreprise, à l'égard de ses collaborateurs dans l'application de la réglementation du travail, à l'égard des institutions de contrôle extérieures (Inspection du travail, DGCCRF,...) dans l'application des prescriptions légales et réglementaires. Il n'est pas discuté que dans le cadre de ses obligations Monsieur X... devait notamment s'assurer du retrait des rayons des produits atteignant une certaine date limite de consommation ainsi que du respect de la réglementation en matière d'affichage publicitaire dans le magasin dont il avait la responsabilité. A cet égard les documents contractuels font expressément référence au manuel HACCP fixant les procédures internes à la société ALDI MARCHE dont fait partie l'obligation de retirer les produits de la vente deux jours avant leur date limite de vente, sauf la panification, un jour avant la date d'expiration de la DL V. C'est donc de façon inopérante que Monsieur X... prétend qu'il a été sanctionné incontinent pour certains produits qui n'étaient pas encore périmés lors des contrôles. Sur l'avertissement : L'avertissement dont Monsieur X... demande l'annulation lui a été délivré le 11 juillet 2006 pour des faits constatés :- le 4 mai 2006 par Monsieur Y..., responsable de secteur : présence dans les rayons de 10 unités d'épaulé périmées depuis le 26 avril 2006 et depuis le 2 mai 2006 par d'autres, le 22 mai 2006 par Madame Z..., responsable de secteur : présence de 11 reblochs dont la date limite de consommation était le 23 mai 2006, un aligot du 22 mai 2006, 3 bouquets de fleurs fanées, un sachet d'endives pourries, un sachet d'endives fanées, un box de pommes de terres rouges entamées avec germes de 1 cm environ, le 27 mai 2006 par Madame Z... : présence dans les rayons de 2 paquets de muesli périmés depuis le 17 mars 2006, le 6 juin 2006 par Madame Z... : des produits ALDI ACTUALITES se trouvaient en réserve et n'avaient pas été comptabilisés par deux personnes distinctes comme l'exige la procédure + présence de fruits et légumes abimés voire moisiss dans les rayons. En outre la société ALDI MARCHE reprochait à Monsieur X... son attitude agressive à l'égard de Madame Z... lors des contrôles des 26 mai et 6 juin 2006. La matérialité des faits sanctionnés résulte des pièces produites par la société ALDI MARCHE (rapports de visite et témoignage de Madame Z..., déclarations des non vendables, extraits du cahier des relations RS-RM co-signé par Madame Z... et Monsieur X...) et n'est d'ailleurs pas contestée par Monsieur X.... La circonstance qu'il était en congé le 4 mai 2006 est indifférente alors que les unités d'épaulé périmées auraient dû être retirées des rayons le 24 avril pour les premières et le 30 avril pour les secondes et qu'à l'exception du 29 avril, l'appelant a été présent à son poste du 21 au 30 avril. En outre l'ensemble de ses manquements ont été relevés par deux responsables de secteurs différents, en présence de Monsieur X... lui-même ou de tiers (une salariée Mlle A... pour les faits du 4 mai, Monsieur B... pour les faits du 27 mai). Par ailleurs l'examen du cahier des relations RS-RM produit par Monsieur X... pour la période du 21 au 4 juillet 2005 au 26 mai 2006 démontre d'une part que contrairement à ce qu'il affirme, de nombreuses remarques avaient été formulées par le responsable de secteur ayant précédé Madame Z... et que, d'autre part, l'appelant n'a jamais attiré l'attention de son supérieur sur un prétendu manque de moyens ou un nombre trop important de tâches. Sur le dernier grief Madame Z... atteste de ce que Monsieur X... a été violent verbalement et menaçant à son égard (je vais relever votre numéro de voiture, vous allez voir... ».) Dans son courrier de contestation de l'avertissement du 18 juillet 2006, Monsieur X... indique que c'est sa façon de parler (voix forte) et qu'il dit le fond de sa pensée quant il le faut. Par ailleurs l'agressivité de Monsieur X... est corroborée par la plainte adressée le 4 décembre 2005 à la direction de la société ALDI MARCHE par un autre salarié, Monsieur C..., qui a été agressé physiquement par l'appelant pour la simple raison qu'il souhaitait se faire ouvrir la porte des locaux sociaux pour y prendre sa pause. Monsieur X..., estime que la société ALDI MARCHE ne rapporte pas suffisamment la preuve de cet incident tout en admettant qu'il a motivé le transfert de Monsieur C... dans un autre magasin. Au vu de ces éléments c'est à bon droit et par des motifs adoptés que le premier juge a débouté Monsieur X... de sa demande d'annulation de cette sanction qui était parfaitement justifiée au regard de la répétition des manquements relevés. Sur le licenciement : La lettre de licenciement pour faute grave en date du 28 novembre 2006 énonce les motifs suivants : ; Articles périmés et fruits et légumes pourris (contrôle fraîcheur) Lors de notre visite du 09/11/06, M. E..., responsable de secteur, a dû retirer de la vente après l'ouverture du magasin, un paquet de pommes contenant un fruit abimé, 2 barquettes de raisins qui coulaient, 2 gâteaux basques dont la date limite de consommation était au 29/10/06, 14 sachets de mélanges salés du 31/08/2006 et 4 bombes de crème chantilly du 09/10/06. Vous n'avez donc pas respecté la procédure HACCP. Nous vous rappelons la procédure ALDI qui consiste à enlever des articles deux jours avant la date de péremption. Ceci dans le but de satisfaire nos clients et de leur assurer une qualité traiteur irréprochable. Rotations non effectuées. De plus, M. E... a également constaté que vous n'effectuiez pas correctement les rotations de tous les produits. En effet, en paniers de caisse, des rochers en chocolat, dont la date limite de consommation était au 08/10/07, se trouvaient au dessus de rochers du 18/06/07. De même, les filets de cabillaud surgelés d'octobre 2007 étaient stockés sous des produits de mars 2008. Or, selon la procédure, vous devez effectuer régulièrement les rotations des articles. De ce fait, vous ne respectez donc pas : • l'article 8- responsabilité de votre contrat de travail-cadre responsable de magasin-entretien et sécurité qui stipule : « s'assurer du bon entretien du magasin et du matériel, respecter et faire respecter les règles d'hygiène et de sécurité ». • gestion commerciale : « optimiser les flux de marchandises, assurer la commande dirigée, gérer les prix, contrôler la publicité, mettre en œuvre la norme HACCP ». • la délégation de pouvoir responsable magasin qui stipule : - en matière commerciale, 2° point : « contrôler que les produits mis en vente répondent à la réglementation en vigueur, afin de ne pas mettre en vente des produits impropres à la consommation 3-5° point : « contrôler la date limite de consommation et d'utilisation des produits et, en cas de dépassement, retrait de la vente des produits périmés ». Affichage publicitaire hors période annoncée Une affiche publicitaire comportant des dates de validité dépassées était encore présente en magasin, le jour de notre visite soit le 09/11/06 alors qu'elle correspondait à la période allant du 25/10/06 au 07/11/06. L'ensemble de ces faits constatés ce même jour par M. D..., huissier de justice, qui vous sont reprochés, rendent impossible la poursuite de votre activité au sein de notre société... ». La société ALDI MARCHE verse aux débats le constat d'huissier susvisé qui établit la réalité des manquements relevés. La gravité et l'imputabilité à Monsieur X... du grief relatif à la rotation des produits peut effectivement être discutée dans la mesure où l'inversion des produits peut résulter des manipulations effectuées par les clients tout au long de la journée. En revanche tel n'est pas le cas des deux autres griefs qui caractérisent un manquement aux obligations faisant partie du cœur de métier du responsable de magasin, dont Monsieur X... ne peut imputer la responsabilité à son adjoint placé sous ses ordres et auquel il devait laisser des consignes en son absence. La circonstance que Monsieur X... était occupé au déchargement d'un camion le 9 novembre en début de matinée n'est pas de nature à l'exonérer alors que l'huissier est intervenu à partir de 11 heures et 20 minutes, que les produits périmés auraient dû être retirés au plus tard les 29 août (mélanges salés), 7 octobre (chantilly) et 27 octobre (gâteaux basques) et que l'affiche publicitaire périmée aurait dû être retirée au plus tard le 8 novembre 2006 avant l'ouverture au public du magasin. De même le responsable de secteur effectuant ses contrôles par sondage, l'argument selon lequel Madame Z... n'avait pas décelé ces produits périmés lors de ses précédents contrôles est inopérant et n'est pas de nature à établir la réalité de la machination dont Monsieur X... se prétend victime. Les nouveaux manquements constatés démontrent qu'en quatre mois Monsieur X... n'a pris aucune mesure pour pallier aux dysfonctionnements ayant donné lieu à un avertissement et dans la mesure où ses carences étaient susceptibles d'engager la responsabilité pénale et civile de la société ALDI MARCHE, ces agissements rendaient impossible son maintien dans l'entreprise y compris pendant le préavis. C'est donc à bon droit et par des motifs adoptés que le conseil des prud'hommes l'a débouté de ses demandes au titre de la rupture.

Sur les heures supplémentaires : le contrat de travail signé par les parties stipule que le volume moyen hebdomadaire de travail sur une année sera de 42 heures effectives par semaine, dans la limite de 1920 heures par an, augmentées des temps de pause de 3 mn par heure, soit 2h10 par semaine. En outre les parties ont signé un document spécifique, qui fait expressément référence à l'article 5.7.3 de la convention collective du commerce de détail et de gros à prédominance

alimentaire relatif au forfait d'heure sur l'année. En premier lieu il convient de souligner le caractère inexploitable des fiches de suivi d'annualisation " produits par la société ALDI MARCHE qui sont remplies manuellement de façon peu lisible et au surplus raturées ; En second lieu force est de constater que la société ALDI MARCHE ne tire pas elle-même les conséquences de ce suivi puisqu'elle n'a pas payé à Monsieur X... les heures supplémentaires effectuées au-delà du forfait avec le solde de tout compte. Surtout la question essentielle est de savoir si Monsieur X... peut se voir appliquer ce régime de forfait lequel, au, vu de la convention collective, est réservé aux cadres qui disposent d'une certaine autonomie par la liberté qui leur est reconnue dans l'organisation de leur emploi du temps par rapport aux horaires de fonctionnement des équipes ou services et/ ou des équipements auxquels ils sont affectés, de telle sorte que leur horaire effectif de travail ne puisse être déterminé qu'a posteriori ; Monsieur X... soutient que cette annualisation lui est inopposable au motif que la très longue liste de tâches qui lui incombaient ainsi que les directives très strictes de la société ALDI MARCHE, notamment sur les procédures de passation des clés de fermeture du magasin, ne lui laissaient aucune liberté et le contraignaient à être présent pendant les heures d'ouverture du public mais aussi largement avant et après cette ouverture ; il ajoute que sa charge de travail ne lui permettait pas de prendre de pause et réclame le paiement des heures de travail effectuées au-delà de la 42<sup>ème</sup> heure entre le 7 novembre 2005 et le 28 octobre 2006, telles qu'elles résultent des listes de présence établies à la demande de la société ALDI MARCHE et transmises mensuellement à celle-ci. Il résulte effectivement de l'ensemble des documents contractuels versés aux débats et notamment de la " description de fonction responsable de magasin " que Monsieur X... avait pour obligation, notamment, d'effectuer la réception et le contrôle physique des marchandises. effectuer en temps et en heure les changements de prix dans le cadre de la réglementation en vigueur, s'assurer de l'application du manuel HACCP et informer le responsable achat en cas de contrôle DSV, DGGCRF et effectuer un contrôle avec envoi immédiat à ce responsable de l'échantillon, prendre une caisse en cas de besoin, effectuer les contrôles erreur de frappe et annulation, les contrôles sacs et les contrôles caisse, contrôler les achats effectués par le personnel du magasin, procéder aux clôtures caisses, suivre au quotidien l'ensemble des pièces administratives et comptables du magasin, s'assurer avant le départ du magasin de la fermeture de portes et fenêtres du bâtiment. Il devait en outre, gérer le coffre selon les procédures en vigueur, les clés du coffre ne pouvant être remise à son remplaçant que contre une confirmation écrite de reprise des clés et des montants du coffre. Ainsi au regard de l'ensemble de ses obligations Monsieur X... se devait d'être présent au minimum pendant les heures d'ouverture du magasin qui étaient les lundi, mardi et jeudi de 9h à 12h 15 et de 14 à 19 heures et les mercredi, vendredi et samedi de 9 heures à 19 heures sans interruption et ce d'autant plus que le règlement intérieur de la société ALDI MARCHE stipule que les responsables de magasin ne disposent que d'un seul jeu de clés dont il leur est interdit de faire un double. En outre il résulte, des consignes relatives à la télésurveillance que les horaires de mises en service de l'alarme étaient de 20 heures à 7h30. Les motifs de l'avertissement et du licenciement notifiés à Monsieur X... démontrant au surplus que la société ALDI MARCHE exerce un contrôle quasi permanent et très strict sur les conditions dans lesquelles les responsables de magasin appliquent ses consignes. L'ensemble de ces constatations établissent que Monsieur X... ne bénéficiait d'aucune autonomie dans l'organisation de son emploi du temps, de sorte que la société ALDI MARCHE ne pouvait le soumettre à un forfait annualisé de son temps de travail. En outre la société ALDI MARCHE ne démontre pas que Monsieur X... a été mis en mesure de prendre son temps de pause. A cet égard les listes de présence ne permettent pas de vérifier la prise effective de pauses et, contrairement à ce qu'impose l'article 5. 4 de la convention collective, la société ALDI MARCHE, d'une part, ne justifie pas avoir fixé les conditions de prise des pauses et, d'autre part, ne mentionne pas sur une ligne distincte des bulletins de paie la durée des pauses et le paiement correspondant. : Il doit donc être fait droit à la demande formulée par Monsieur X... au titre des heures supplémentaires dont l'effectivité s'évince des listes de présence versées aux débats et qui sont récapitulées dans son tableau (pièce 46) »

1. ALORS QUE lorsqu'un texte conventionnel restreint à une catégorie de salariés la possibilité de signer une convention de forfait, il appartient au juge de rechercher, en tenant compte des fonctions réellement exercées par le salarié, si celui-ci entre dans le champ défini par le texte, sans pouvoir se borner à se référer à une fiche de poste ; que l'article 5. 7. 3 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001 prévoit la possibilité de signer un forfait en heures sur l'année avec les « cadres (...) qui ne sont pas occupés selon l'horaire collectif applicable au sein du service, de l'équipe dont ils relèvent et qui, pour l'accomplissement de l'horaire de travail auquel ils sont soumis, disposent, en application de leur contrat de travail, d'une certaine autonomie définie par la liberté qui leur est reconnue dans l'organisation de leur emploi du temps par rapport aux horaires de fonctionnement des équipes ou services et/ ou des équipements auxquels ils sont affectés, de telle sorte que leur horaire de travail effectif ne puisse être déterminé qu'a posteriori » ; qu'en l'espèce, pour dire que M. X..., responsable de magasin, ne bénéficiait d'aucune autonomie dans la gestion de son emploi du temps, travaillant au minimum de l'ouverture à la fermeture du magasin, en continu et six jours sur sept, la Cour d'appel s'est fondée, d'une part, sur une « description de fonction de responsable de magasin » précisant qu'une telle fonction impliquait la réception et le contrôle des marchandises, les changements de prix, le contrôle des achats effectués par le personnel, le contrôle caisses, les clôtures caisses, le suivi administratif et comptable, l'information du responsable achats en cas de contrôles sanitaires, la fermeture du bâtiment, la prise de caisse en cas de besoin, la gestion du coffre, et d'autre part sur les dispositions du règlement intérieur précisant qu'il n'existe qu'un jeu de clés du coffre ; qu'en statuant ainsi, par une référence abstraite aux tâches du salarié, sans à aucun moment préciser le temps qu'il consacrait effectivement à chacune d'entre elles, précision permettant seule de vérifier la liberté du salarié dans l'organisation de son emploi du temps, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 5. 3 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, des articles L. 3121-82 à L. 3121-49 dans leur rédaction applicable à l'époque des faits (ancien article L. 212-15-3 du Code du Travail), de l'article 1221-1 du Code du Travail et de l'article 1134 du Code civil ;

2. ALORS QUE la durée du travail effectif est le temps durant lequel le salarié se tient à la disposition de son employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles ; que « la présence dans l'entreprise » ne caractérise pas, à elle seule, un temps de travail effectif ; qu'en déduisant de ce que M. X... « se devait d'être présent » 6 jours sur 7, en continu, de l'ouverture à la fermeture, ce qui ne renseignait en rien sur le temps de travail de l'intéressé, pas plus que sur sa liberté de gérer son emploi du temps, la Cour d'appel a violé l'article L. 3121-1 du Code du Travail, ensemble l'article 5. 7. 3 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001 ;

3. ALORS QUE la Cour d'appel s'est également fondée, pour dire que l'intéressé ne jouissait d'aucune autonomie dans la gestion de son emploi du temps, sur les circonstances que l'alarme du magasin était en service de 20 heures 30 à 7 heures, et que l'employeur veillait à ce que les consignes soient respectées, ainsi qu'en attestaient les sanctions (avertissement et licenciement) lui reprochant un maintien de produits périmés en rayon, des rotations de marchandises non effectuées, des affichages publicitaires irréguliers ; qu'en statuant ainsi, par des motifs sans rapport avec l'autonomie du salarié et l'existence d'horaires susceptibles d'être déterminés a priori, la Cour d'appel a violé l'article 5. 7. 3 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, les articles L. 3121-82 à L. 3121-49 dans leur rédaction applicable à l'époque des faits (ancien article L. 212-15-3 du Code du Travail), l'article 1221-1 du Code du Travail et l'article 1134 du Code civil ;

4. ALORS QU'une contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel ne pouvait tout à la fois écarter les « fiches d'annualisation » produites par l'employeur en raison de leur caractère illisible, et dire qu'il en résultait que des heures avaient été effectuées au-delà du forfait ; qu'en y procédant néanmoins, elle a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'exposante à verser à M. X... la somme de 1863, 91 euros au titre des

heures supplémentaires, 186, 39 euros au titre des congés payés y afférents, de l'AVOIR condamnée aux dépens ainsi qu'au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « L'article 8 du contrat de travail signé par les parties énonce la liste des responsabilités que Monsieur X... devait assumer en sa qualité de responsable de magasin dont la première est la gestion commerciale consistant à optimiser le flux des marchandises, assurer la commande dirigée, gérer les prix, contrôler la publicité et mettre en oeuvre la norme HACCP. En outre il est stipulé que la responsabilité du salarié, titulaire d'une délégation de pouvoirs en ce sens, est engagée à l'égard de l'employeur dans la mise en oeuvre de la politique de l'entreprise, à l'égard de ses collaborateurs dans l'application de la réglementation du travail, à l'égard des institutions de contrôle extérieures (Inspection du travail, DGCCRF,...) dans l'application des prescriptions légales et réglementaires. Il n'est pas discuté que dans le cadre de ses obligations Monsieur X... devait notamment s'assurer du retrait des rayons des produits atteignant une certaine date limite de consommation ainsi que du respect de la réglementation en matière d'affichage publicitaire dans le magasin dont il avait la responsabilité A cet égard les documents contractuels font expressément référence au manuel HACCP fixant les procédures internes à la société ALDI MARCHE dont fait partie l'obligation de retirer les produits de la vente deux jours avant leur date limite de vente, sauf la panification, un jour avant la date d'expiration de la DL V. C'est donc de façon inopérante que Monsieur X... prétend qu'il a été sanctionné iniquement pour certains produits qui n'étaient pas encore périmés lors des contrôles. Sur l'avertissement : L'avertissement dont Monsieur X... demande l'annulation lui a été délivré le 11 juillet 2006 pour des faits constatés :- le 4 mai 2006 par Monsieur Y..., responsable de secteur : présence dans les rayons de 10 unités d'épaule périmées depuis le 26 avril 2006 et depuis le 2 mai 2006 pour d'autres, le 22 mai 2006 par Madame Z..., responsable de secteur : présence de 11 reblochs dont la date limite de consommation était le 23 mai 2006, un aligot du 22 mai 2006, 3 bouquets de fleurs fanées, un sachet d'endives pourries, un sachet d'endives fanées, un box de pommes de terres rouges entamées avec germes de 1 cm environ, le 27 mai 2006 par Madame Z... : présence dans les rayons de 2 paquets de muesli périmés depuis le 17 mars 2006, le 6 juin 2006 par Madame Z... : des produits ALDI ACTUALITES se trouvaient en réserve et n'avaient pas été comptabilisés par deux personnes distinctes comme l'exige la procédure + présence de fruits et légumes abimés voire moisis dans les rayons. En outre la société ALDI MARCHE reprochait à Monsieur X... son attitude agressive à l'égard de Madame Z... lors des contrôles des 26 mai et 6 juin 2006. La matérialité des faits sanctionnés résulte des pièces produites par la société ALDI MARCHE (rapports de visite et témoignage de Madame Z..., déclarations des non vendables, extraits du cahier des relations RS-RM co-signé par Madame Z... et Monsieur X...) et n'est d'ailleurs pas contestée par Monsieur X.... La circonstance qu'il était en congé le 4 mai 2006 est indifférente alors que les unités d'épaule périmées auraient dû être retirées des rayons le 24 avril pour les premières et le 30 avril pour les secondes et qu'à l'exception du 29 avril, l'appelant a été présent à son poste du 21 au 30 avril. En outre l'ensemble de ses manquements ont été relevés par deux responsables de secteurs différents, en présence de Monsieur X... lui-même ou de tiers (une salariée Mlle A... pour les faits du 4 mai, Monsieur B... pour les faits du 27 mai). Par ailleurs l'examen du cahier des relations RS-RM produit par Monsieur X... pour la période du 21 juillet 2005 au 26 mai 2006 démontre d'une part que contrairement à ce qu'il affirme, de nombreuses remarques avaient été formulées par le responsable de secteur ayant précédé Madame Z... et que, d'autre part, l'appelant n'a jamais attiré l'attention de son supérieur sur un prétendu manque de moyens ou un nombre trop important de tâches. Sur le dernier grief Madame Z... atteste de ce que Monsieur X... a été violent verbalement et menaçant à son égard (je vais relever votre numéro de voiture, vous allez voir... ».) Dans son courrier de contestation de l'avertissement du 18 juillet 2006, Monsieur X... indique que c'est sa façon de parler (voix forte) et qu'il dit le fond de sa pensée quant il le faut. Par ailleurs l'agressivité de Monsieur X... est corroborée par la plainte adressée le 4 décembre 2005 à la direction de la société ALDI MARCHE par un autre salarié, Monsieur C..., qui a été agressé physiquement par l'appelant pour la simple raison qu'il souhaitait se faire ouvrir la porte des locaux sociaux pour y prendre sa pause. Monsieur X..., estime que la société ALDI MARCHE ne rapporte pas suffisamment la preuve de cet incident tout en admettant qu'il a motivé le transfert de Monsieur C... dans un autre magasin. Au vu de ces éléments c'est à bon droit et par des motifs adoptés que le premier juge a débouté Monsieur X... de sa demande d'annulation de cette sanction qui était parfaitement justifiée au regard de la réitération des manquements relevés. Sur le licenciement : La lettre de licenciement pour faute grave en date du 28 novembre 2006 énonce les motifs suivants : ; Articles périmés et fruits et légumes pourris (contrôle fraîcheur) Lors de notre visite du 09/ 11/ 06, M. E..., responsable de secteur, a dû retirer de la vente après l'ouverture du magasin, un paquet de pommes contenant un fruit abimé, 2 barquettes de raisins qui coulaient, 2 gâteaux basques dont la date limite de consommation était au 29/ 10/ 06, 14 sachets de mélanges salés du 31/ 08/ 2006 et 4 bombes de crème chantilly du 09/ 10/ 06. Vous n'avez donc pas respecté la procédure HACCP. Nous vous rappelons la procédure ALDI qui consiste à enlever des articles deux jours avant la date de péremption. Ceci dans le but de satisfaire nos clients et de leur assurer une qualité traiteur irréprochable. Rotations non effectuées De plus, M. E... a également constaté que vous n'effectuiez pas correctement les rotations de tous les produits. En effet, en paniers de caisse, des rochers en chocolat, dont la date limite de consommation était au 08/ 10/ 07, se trouvaient au dessus de rochers du 18/ 06/ 07. De même, les filets de cabillaud surgelés d'octobre 2007 étaient stockés sous des produits de mars 2008. Or, selon la procédure, vous devez effectuer régulièrement les rotations des articles. De ce fait, vous ne respectez donc pas : • l'article 8- responsabilité de votre contrat de travail-cadre responsable de magasin-entretien et sécurité qui stipule : « s'assurer du bon entretien du magasin et du matériel, respecter et faire respecter les règles d'hygiène et de sécurité ». • gestion commerciale : « optimiser les flux de marchandises, assurer la commande dirigée, gérer les prix, contrôler la publicité, mettre en oeuvre la norme HACCP ». • la délégation de pouvoir responsable magasin qui stipule :- en matière commerciale, 2° point : « contrôler que les produits mis en vente répondent à la réglementation en vigueur, afin de ne pas mettre en vente des produits impropres à la consommation 3-5° point : « contrôler la date limite de consommation et d'utilisation des produits et, en cas de dépassement, retrait de la vente des produits périmés ». Affichage publicitaire hors période annoncée Une affiche publicitaire comportant des dates de validité dépassées était encore présente en magasin, le jour de notre visite soit le 09/ 11/ 06 alors qu'elle correspondait à la période allant du 25/ 10/ 06 au 07/ 11/ 06. L'ensemble de ces faits constatés ce même jour par Mettre D..., huissier de justice, qui vous sont reprochés, rendent impossible la poursuite de votre activité au sein de notre société.... ». La société ALDI MARCHE verse aux débats le constat d'huissier susvisé qui établit la réalité des manquements relevés. La gravité et l'imputabilité à Monsieur X... du grief relatif à la rotation des produits peut effectivement être discutée dans la mesure où l'inversion des produits peut résulter des manipulations effectuées par les clients tout au long de la journée. En revanche tel n'est pas le cas des deux autres griefs qui caractérisent un manquement aux obligations faisant partie du coeur de métier du responsable de magasin, dont Monsieur X... ne peut imputer la responsabilité à son adjoint placé sous ses ordres et auquel il devait laisser des consignes en son absence. La circonstance que Monsieur X... était occupé au déchargement d'un camion le 9 novembre en début de matinée n'est pas de nature à l'exonérer alors que l'huissier est intervenu à partir de 11 heures et 20 minutes, que les produits périmés auraient dû être retirés au plus tard les 29 août (mélanges salés), 7 octobre (chantilly) et 27 octobre (gâteaux basques) et que l'affiche publicitaire périmée aurait dû être retirée au plus tard le 8 novembre 2006 avant l'ouverture au public du magasin. De même le responsable de secteur effectuant ses contrôles par sondage, l'argument selon lequel Madame Z... n'avait pas décelé ces produits périmés lors de ses précédents contrôles est inopérant et n'est pas de nature à établir la réalité de la machination dont Monsieur X... se prétend victime. Les nouveaux manquements constatés démontrent qu'en quatre mois Monsieur X... n'a pris aucune mesure pour pallier aux dysfonctionnements ayant donné lieu à un avertissement et dans la mesure où ses carences étaient susceptibles d'engager la responsabilité pénale et civile de la société ALDI MARCHE, ces agissements rendaient impossible son maintien dans l'entreprise y compris pendant le préavis. C'est donc à bon droit et par des motifs adoptés que le conseil des prud'hommes l'a débouté de ses demandes au titre de la rupture. ; sur les heures supplémentaires : le contrat de travail signé par les parties stipule que le volume moyen hebdomadaire de travail sur une année sera de 42 heures effectives par semaine, dans la limite de 1920 heures par an, augmentées des temps de pause de 3 mn par heure, soit 2h10 par semaine. En outre les parties ont signé un document spécifique, qui fait expressément référence à l'article 5. 7. 3 de la convention collective du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire relatif au forfait d'heure sur l'année. En premier lieu il convient de souligner le caractère inexploitable des fiches de suivi d'annualisation " produits par la société ALDI MARCHE qui sont remplies manuellement de

façon peu lisible et au surplus raturées ; En second lieu force est de constater que la société ALDI'MARCHE ne tire pas elle-même les conséquences de ce suivi puisqu'elle n'a pas payé à Monsieur X... les heures supplémentaires effectuées au-delà du forfait avec le solde de tout compte. Surtout la question essentielle est de savoir si Monsieur X... peut se voir appliquer ce régime de forfait lequel, au vu de la convention collective, est réservé aux cadres qui disposent d'une certaine autonomie par la liberté qui leur est reconnue dans l'organisation de leur emploi du temps par rapport aux horaires de fonctionnement des équipes ou services et/ ou des équipements auxquels ils sont affectés, de telle sorte que leur horaire effectif de travail ne puisse être déterminé qu'a posteriori ; Monsieur X... soutient que cette annualisation lui est inopposable au motif que la très longue liste de tâches qui lui incombaient ainsi que les directives très strictes de la société ALDI MARCHE, notamment sur les procédures de passation des clés de fermeture du magasin, ne lui laissaient aucune liberté et le contraignaient à être présent pendant les heures d'ouverture du public mais aussi largement avant et après cette ouverture ; il ajoute que sa charge de travail ne lui permettait pas de prendre de pause et réclame le paiement des heures de travail effectuées au-delà de la 42<sup>ème</sup> heure entre le 7 novembre 2005 et le 28 octobre 2006, telles qu'elles résultent des listes de présence établies à la demande de la société ALDI MARCHE et transmises mensuellement à celle-ci. Il résulte effectivement de l'ensemble des documents contractuels versés aux débats et notamment de la " description de fonction responsable de magasin " que Monsieur X... avait pour obligation, notamment, d'effectuer la réception et le contrôle physique des marchandises. effectuer en temps et en heure les changements de prix dans le cadre de la réglementation en vigueur, s'assurer de l'application du manuel HACCP et informer le responsable achat en cas de contrôle DSV, DGGCRF et effectuer un contrôle avec envoi immédiat à ce responsable de l'échantillon, prendre une caisse en cas de besoin, effectuer les contrôles erreur de frappe et annulation, les contrôles sacs et les contrôles caisse, contrôler les achats effectués par le personnel du magasin, procéder aux clôtures caisses, suivre au quotidien l'ensemble des pièces administratives et comptables du magasin, s'assurer avant le départ du magasin de la fermeture de portes et fenêtres du bâtiment. Il devait en outre, gérer le coffre selon les procédures en vigueur, les clés du coffre ne pouvant être remise à son remplaçant que contre une confirmation écrite de reprise des clés et des montants du coffre. Ainsi au regard de l'ensemble de ses obligations Monsieur X... se devait d'être présent au minimum pendant les heures d'ouverture du magasin qui étaient les lundi, mardi et jeudi de 9h à 12h 15 et de 14 à 19 heures t les mercredi, vendredi et samedi de 9 heures à 19 heures sans interruption et ce d'autant plus que le règlement intérieur de la société ALDI MARCHE stipule que les responsables de magasin ne disposent que d'un seul jeu de clés dont il leur est interdit de faire un double. En outre il résulte, des consignes relatives à la télésurveillance que les horaires de mises en service de l'alarme étaient de 20 heures à 7h30. Les motifs de l'a avertissement et du licenciement notifiés à Monsieur X... démontrant au surplus que la société ALDI MARCHE exerce un contrôle quasi permanent et très strict sur les conditions dans lesquelles les responsables de magasin appliquent ses consignes. L'ensemble de ces constatations établissent que Monsieur X... ne bénéficiait d'aucune autonomie dans l'organisation de son emploi du temps, de sorte que la société ALDI MARCHE ne pouvait le soumettre à un forfait annualisé de son temps de travail. En outre la société ALDI MARCHE ne démontre pas que Monsieur X... a été mis en mesure de prendre son temps de pause. A cet égard les listes de présence ne permettent pas de vérifier la prise effective de pauses et, contrairement à ce qu'impose l'article 5. 4 de la convention collective, la société ALDI MARCHE, d'une part, ne justifie pas avoir fixé les conditions de prise des pauses et, d'autre part, ne mentionne pas sur une ligne distincte des bulletins de paie la durée des pauses et le paiement correspondant. : Il doit donc être fait droit à la demande formulée par Monsieur X... au titre des heures supplémentaires dont l'effectivité s'évince des listes de présence versées aux débats et qui sont récapitulées dans son tableau (pièce 46) » ;

1. ALORS QU'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, la charge de la preuve est répartie entre le salarié et l'employeur ; qu'en l'espèce, pour retenir que le salarié n'avait pris aucune de ses pauses, la Cour d'appel a retenu que l'employeur n'établissait pas lui avoir permis de les prendre ; qu'en statuant ainsi, elle a violé l'article L. 3171-4 du Code du travail ;

2. ALORS QUE la durée du travail effectif est le temps durant lequel le salarié se tient à la disposition de son employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles ; qu'à supposer que la Cour d'appel ait considéré qu'indépendamment de la défaillance probatoire reprochée à l'employeur, le salarié n'avait pas pris ses pauses dès lors qu'il devait être « présent » de l'ouverture à la fermeture du magasin, elle aurait, pour s'être abstenue de rechercher si le salarié était demeuré à la disposition de l'employeur et n'avait pu vaquer à ses occupations personnelles, privé sa décision de base légale au regard des articles L. 3121-1, L. 3121-2, L. 3121-33 du code du Travail, ensemble de l'article 5. 4 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire ;

3. ALORS QUE la durée du travail effectif est le temps durant lequel le salarié se tient à la disposition de son employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles ; qu'en se fondant aussi, pour considérer que les pauses n'avaient pas été prises, sur les circonstances que les fiches de paie ne mentionnaient pas les temps de pauses et que les conditions de ces dernières n'avaient pas été fixées par l'employeur, la Cour d'appel a statué par des motifs inopérants en violation des articles L. 3121-1, L. 3121-2, L. 3121-33 du code du Travail, ensemble de l'article 5. 4 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire,

4. ALORS QUE l'article 5. 4 de la convention collective nationale du commerce en détail et de gros à prédominance alimentaire précise que si les conditions de prise de pauses ne sont pas fixées au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, une pause est prise toutes les quatre heures ; qu'en reprochant à l'employeur de n'avoir pas fixé les conditions de prise des pauses quand le texte conventionnel ne l'y obligeait pas, la Cour d'appel a violé l'article 5. 4 de la convention collective nationale du commerce en détail et de gros à prédominance alimentaire ;

5. ALORS QU'il ne résulte ni de l'arrêt attaqué ni des écritures du salarié qu'il soutenait que ses bulletins de paie ne mentionnaient pas les pauses ; que les bordereaux de communication de pièces des deux parties ne mentionnent nullement les bulletins de paie de M. X..., lesquels n'avaient jamais été produits aux débats ; que dès lors, en reprochant à l'employeur de n'avoir pas mentionné ces pauses et le paiement correspondant sur les fiches de paie, la Cour d'appel a violé les articles 4 et 5 du Code de procédure civile ;

6. ALORS QUE le juge doit observer le principe du contradictoire ; qu'en relevant d'office l'irrégularité des bulletins de paie, sans inviter les parties à s'expliquer sur ce point, la Cour d'appel a violé l'article 16 du Code de procédure civile.

#### TRISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'exposante à payer à M. X... la somme de 15222, 84 euros à titre d'indemnité de travail dissimulé, de l'AVOIR condamnée aux dépens ainsi qu'au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « L'article 8 du contrat de travail signé par les parties énonce la liste des responsabilités que Monsieur X... devait assumer en sa qualité de responsable de magasin dont la première est la gestion commerciale consistant à optimiser le flux des marchandises, assurer la commande dirigée, gérer les prix, contrôler la publicité et mettre en oeuvre la norme HACCP. En outre il est stipulé que la responsabilité du salarié, titulaire d'une délégation de pouvoirs en ce sens, est engagée à l'égard de l'employeur dans la mise en oeuvre de la politique de l'entreprise, à l'égard de ses collaborateurs dans l'application de la réglementation du travail, à l'égard des institutions de contrôle extérieures (Inspection du travail, DGGCRF,...) dans l'application des prescriptions légales et réglementaires. Il n'est pas discuté que dans le cadre de ses obligations Monsieur X... devait notamment s'assurer du retrait des rayons des produits atteignant une certaine date limite de consommation ainsi que du respect de la réglementation en matière d'affichage publicitaire dans le magasin dont il avait la responsabilité A cet égard les documents contractuels font expressément référence au manuel HACCP fixant les

procédures internes à la société ALDI MARCHE dont fait partie l'obligation de retirer les produits de la vente deux jours avant leur date limite de vente, sauf la panification, un jour avant la date d'expiration de la DL V. C'est donc de façon inopérante que Monsieur X... prétend qu'il a été sanctionné indument pour certains produits qui n'étaient pas encore périmés lors des contrôles. Sur l'avertissement : L'avertissement dont Monsieur X... demande l'annulation lui a été délivré le 11 juillet 2006 pour des faits constatés :- le 4 mai 2006 par Monsieur Y..., responsable de secteur : présence dans les rayons de 10 unités d'épaule périmées depuis le 26 avril 2006 et depuis le 2 mai 2006 pour d'autres, le 22 mai 2006 par Madame Z..., responsable de secteur : présence de 11 reblochs dont la date limite de consommation était le 23 mai 2006, un aliquot du 22 mai 2006, 3 bouquets de fleurs fanées, un sachet d'endives pourries, un sachet d'endives fanées, un box de pommes de terres rouges entamées avec germes de 1 cm environ, le 27 mai 2006 par Madame Z... : présence dans les rayons de 2 paquets de muesli périmés depuis le 17 mars 2006, le 6 juin 2006 par Madame Z... : des produits ALDI ACTUALITES se trouvaient en réserve et n'avaient pas été comptabilisés par deux personnes distinctes comme l'exige la procédure + présence de fruits et légumes abîmés voire moisissés dans les rayons. En outre la société ALDI MARCHE reprochait à Monsieur X... son attitude agressive à l'égard de Madame Z... lors des contrôles des 26 mai et 6 juin 2006. La matérialité des faits sanctionnés résulte des pièces produites par la société ALDI MARCHE (rapports de visite et témoignage de Madame Z..., déclarations des non vendables, extraits du cahier des relations RS-RM co-signé par Madame Z... et Monsieur X...) et n'est d'ailleurs pas contestée par Monsieur X.... La circonstance qu'il était en congé le 4 mai 2006 est indifférente alors que les unités d'épaule périmées auraient dû être retirées des rayons le 24 avril pour les premières et le 30 avril pour les secondes et qu'à l'exception du 29 avril, l'appelant a été présent à son poste du 21 au 30 avril. En outre l'ensemble de ses manquements ont été relevés par deux responsables de secteurs différents, en présence de Monsieur X... lui-même ou de tiers (une salariée Mlle A... pour les faits du 4 mai, Monsieur B... pour les faits du 27 mai). Par ailleurs l'examen du cahier des relations RS-RM produit par Monsieur X... pour la période du 21 juillet 2005 au 26 mai 2006 démontre d'une part que contrairement à ce qu'il affirme, de nombreuses remarques avaient été formulées par le responsable de secteur ayant précédé Madame Z... et que, d'autre part, l'appelant n'a jamais attiré l'attention de son supérieur sur un prétendu manque de moyens ou un nombre trop important de tâches. Sur le dernier grief Madame Z... atteste de ce que Monsieur X... a été violent verbalement et menaçant à son égard (je vais relever votre numéro de voiture, vous allez voir... ».) Dans son courrier de contestation de l'avertissement du 18 juillet 2006, Monsieur X... indique que c'est sa façon de parler (voix forte) et qu'il dit le fond de sa pensée quant il le faut. Par ailleurs l'agressivité de Monsieur X... est corroborée par la plainte adressée le 4 décembre 2005 à la direction de la société ALDI MARCHE par un autre salarié, Monsieur C..., qui a été agressé physiquement par l'appelant pour la simple raison qu'il souhaitait se faire ouvrir la porte des locaux sociaux pour y prendre sa pause. Monsieur X..., estime que la société ALDI MARCHE ne rapporte pas suffisamment la preuve de cet incident tout en admettant qu'il a motivé le transfert de Monsieur C... dans un autre magasin. Au vu de ces éléments c'est à bon droit et par des motifs adoptés que le premier juge a débouté Monsieur X... de sa demande d'annulation de cette sanction qui était parfaitement justifiée au regard de la réitération des manquements relevés. Sur le licenciement : La lettre de licenciement pour faute grave en date du 28 novembre 2006 énonce les motifs suivants : ; Articles périmés et fruits et légumes pourris (contrôle fraîcheur) Lors de notre visite du 09/ 11/ 06, M. E..., responsable de secteur, a dû retirer de la vente après l'ouverture du magasin, un paquet de pommes contenant un fruit abîmé, 2 barquettes de raisins qui coulaient, 2 gâteaux basques dont la date limite de consommation était au 29/ 10/ 06, 14 sachets de mélanges salés du 31/ 08/ 2006 et 4 bombes de crème chantilly du 09/ 10/ 06. Vous n'avez donc pas respecté la procédure HACCP. Nous vous rappelons la procédure ALDI qui consiste à enlever des articles deux jours avant la date de péremption.

Ceci dans le but de satisfaire nos clients et de leur assurer une qualité traiteur irréprochable. Rotations non effectuées De plus, M. E... a également constaté que vous n'effectuiez pas correctement les rotations de tous les produits. En effet, en paniers de caisse, des rochers en chocolat, dont la date limite de consommation était au 08/ 10/ 07, se trouvaient au dessus de rochers du 18/ 06/ 07. De même, les filets de cabillaud surgelés d'octobre 2007 étaient stockés sous des produits de mars 2008. Or, selon la procédure, vous devez effectuer régulièrement les rotations des articles. De ce fait, vous ne respectez donc pas : • l'article 8- responsabilité de votre contrat de travail-cadre responsable de magasin-entretien et sécurité qui stipule : « s'assurer du bon entretien du magasin et du matériel, respecter et faire respecter les règles d'hygiène et de sécurité ». • gestion commerciale : « optimiser les flux de marchandises, assurer la commande dirigée, gérer les prix, contrôler la publicité, mettre en œuvre la norme HACCP ». • la délégation de pouvoir responsable magasin qui stipule :- en matière commerciale, 2° point : « contrôler que les produits mis en vente répondent à la réglementation en vigueur, afin de ne pas mettre en vente des produits impropres à la consommation 3.-5° point : « contrôler la date limite de consommation et d'utilisation des produits et, en cas de dépassement, retrait de la vente des produits périmés ». Affichage publicitaire hors période annoncée Une affiche publicitaire comportant des dates de validité dépassées était encore présente en magasin, le jour de notre visite soit le 09/ 11/ 06 alors qu'elle correspondait à la période allant du 25/ 10/ 06 au 07/ 11/ 06. L'ensemble de ces faits constatés ce même jour par M. D..., huissier de justice, qui vous sont reprochés, rendent impossible la poursuite de votre activité au sein de notre société... ». La société ALDI MARCHE verse aux débats le constat d'huissier susvisé qui établit la réalité des manquements relevés. La gravité et l'imputabilité à Monsieur X... du grief relatif à la rotation des produits peut effectivement être discutée dans la mesure où l'inversion des produits peut résulter des manipulations effectuées par les clients tout au long de la journée. En revanche tel n'est pas le cas des deux autres griefs qui caractérisent un manquement aux obligations faisant partie du c. ur de métier du responsable de magasin, dont Monsieur X... ne peut imputer la responsabilité à son adjoint placé sous ses ordres et auquel il devait laisser des consignes en son absence. La circonstance que Monsieur X... était occupé au déchargement d'un camion le 9 novembre en début de matinée n'est pas de nature à l'exonérer alors que l'huissier est intervenu à partir de 11 heures et 20 minutes, que les produits périmés auraient dû être retirés au plus tard les 29 août (mélanges salés), 7 octobre (chantilly) et 27 octobre (gâteaux basques) et que l'affiche publicitaire périmée aurait dû être retirée au plus tard le 8 novembre 2006 avant l'ouverture au public du magasin. De même le responsable de secteur effectuant ses contrôles par sondage, l'argument selon lequel Madame Z... n'avait pas décelé ces produits périmés lors de ses précédents contrôles est inopérant et n'est pas de nature à établir la réalité de la machination dont Monsieur X... se prétend victime. Les nouveaux manquements constatés démontrent qu'en quatre mois Monsieur X... n'a pris aucune mesure pour pallier aux dysfonctionnements ayant donné lieu à un avertissement et dans la mesure où ses carences étaient susceptibles d'engager la responsabilité pénale et civile de la société ALDI MARCHE, ces agissements rendaient impossible son maintien dans l'entreprise y compris pendant le préavis. C'est donc à bon droit et par des motifs adoptés que le conseil des prud'hommes l'a débouté de ses demandes au titre de la rupture ; sur les heures supplémentaires : le contrat de travail signé par les parties stipule que le volume moyen hebdomadaire de travail sur une année sera de 42 heures effectives par semaine, dans la limite de 1920 heures par an, augmentées des temps de pause de 3 mn par heure, soit 2h10 par semaine. En outre les parties ont signé un document spécifique qui fait expressément référence à l'article 5. 7. 3 de la convention collective du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire relatif au forfait d'heure sur l'année. En premier lieu il convient de souligner le caractère inexploitable des fiches de suivi d'annualisation " produits par la société ALDI MARCHE qui sont remplis manuellement de façon peu lisible et au surplus raturées ; En second lieu force est de constater que la société ALDI MARCHE ne tire pas elle-même les conséquences de ce suivi puisqu'elle n'a pas payé à Monsieur X... les heures supplémentaires effectuées au-delà du forfait avec le solde de tout compte. Surtout la question essentielle est de savoir si Monsieur X... peut se voir appliquer ce régime de forfait lequel, au vu de la convention collective, est réservé aux cadres qui disposent d'une certaine autonomie par la liberté qui leur est reconnue dans l'organisation de leur emploi du temps par rapport aux horaires de fonctionnement des équipes ou services et/ ou des équipements auxquels ils sont affectés, de telle sorte que leur horaire effectif de travail ne puisse être déterminé qu'a posteriori ; Monsieur X... soutient que cette annualisation lui est inopposable au motif que la très longue liste de tâches qui lui incombaient ainsi que les directives très strictes de la société ALDI MARCHE, notamment sur les procédures de passation des clés de fermeture du magasin, ne lui laissaient aucune liberté et le contraignaient à être présent pendant les heures d'ouverture du public mais aussi largement avant et après cette ouverture ; il ajoute que sa charge de travail ne lui permettait pas de prendre de pause et réclame le paiement des heures de travail effectuées au-delà de la 42ème heure entre le 7 novembre 2005 et le 28 octobre 2006, telles qu'elles résultent des listes de présence établies à la demande de la société ALDI MARCHE et transmises mensuellement à celle-ci. Il résulte effectivement de l'ensemble des

documents contractuels versés aux débats et notamment de la " description de fonction responsable de magasin " que Monsieur X... avait pour obligation, notamment, d'effectuer la réception et le contrôle physique des marchandises. effectuer en temps et en heure les changements de prix dans le cadre de la réglementation en vigueur, s'assurer de l'application du manuel HACCP et informer le responsable achat en cas de contrôle DSV, DGGCRF et effectuer un contrôle avec envoi immédiat à ce responsable de l'échantillon, prendre une caisse en cas de besoin, effectuer les contrôles erreur de frappe et annulation, les contrôles sacs et les contrôles caisse, contrôler les achats effectués par le personnel du magasin, procéder aux clôtures caisses, suivre au quotidien l'ensemble des pièces administratives et comptables du magasin, s'assurer avant le départ du magasin de la fermeture de portes et fenêtres du bâtiment. Il devait en outre, gérer le coffre selon les procédures en vigueur, les clés du coffre ne pouvant être remise à son remplaçant que contre une confirmation écrite de reprise des clés et des montants du coffre. Ainsi au regard de l'ensemble de ses obligations Monsieur X... se devait d'être présent au minimum pendant les heures d'ouverture du magasin qui étaient les lundi, mardi et jeudi de 9h à 12h 15 et de 14 à 19heures et les mercredi, vendredi et samedi de 9 heures à 19 heures sans interruption et ce d'autant plus que le règlement intérieur de la société ALDI MARCHE stipule que les responsables de magasin ne disposent que d'un seul jeu de clés dont il leur est interdit de faire un double. En outre il résulte, des consignes relatives à la télésurveillance que les horaires de mises en service de l'alarme étaient de 20 heures à 7h30. Les motifs de l'avertissement et du licenciement notifiés à Monsieur X... démontrant au surplus que la société ALDI MARCHE exerce un contrôle quasi permanent et très strict sur les conditions dans lesquelles les responsables de magasin appliquent ses consignes. L'ensemble de ces constatations établissent que Monsieur X... ne bénéficiait d'aucune autonomie dans l'organisation de son emploi du temps, de sorte que la société ALDI MARCHE ne pouvait le soumettre à un forfait annualisé de son temps de travail. En outre la société ALDI MARCHE ne démontre pas que Monsieur X... a été mis en mesure de prendre son temps de pause. A cet égard les listes de présence ne permettent pas de vérifier la prise effective de pauses et, contrairement à ce qu'impose l'article 5. 4 de la convention collective, la société ALDI MARCHE, d'une part, ne justifie pas avoir fixé les conditions de prise des pauses et, d'autre part, ne mentionne pas sur une ligne distincte des bulletins de paie la durée des pauses et le paiement correspondant. : Il doit donc être fait droit à la demande formulée par Monsieur X... au titre des heures supplémentaires dont l'effectivité s'évince des listes de présence versées aux débats et qui sont récapitulées dans son tableau (pièce 46) ; Le fait de soumettre un salarié qui n'en remplit pas les conditions à une clause d'annualisation de son temps de travail tout en lui imposant des obligations dont l'exécution implique nécessairement la réalisation d'heures supplémentaires caractérise la volonté délibérée de la société ALDI MARCHE d'éluder les règles du code du travail quant à la rémunération des dites heures supplémentaires et justifie sa condamnation à payer au salarié l'indemnité forfaitaire prévue par l'article L 8223-1 du code du travail.

ALORS QUE la dissimulation d'emploi salarié ne se déduit pas du seul recours à un contrat inapproprié ; que la convention de forfait n'est pas exclusive de l'accomplissement d'heures supplémentaires ; qu'en l'espèce, pour considérer que l'employeur avait sciemment éludé les règles relatives à la rémunération des heures supplémentaires, la Cour d'appel a retenu qu'il avait soumis M. X..., qui n'en remplissait pas les conditions, à une convention de forfait et que, dans ce cadre, il lui avait imposé des obligations impliquant la réalisation d'heures supplémentaires ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé les articles L. 3171-4, L. 8221-3 et L. 8221-5 du Code du Travail.

**Composition de la juridiction :** M. Blatman (conseiller le plus ancien faisant fonction de président), Me Jacoupy, SCP Gatineau et Fattaccini  
**Décision attaquée :** Cour d'appel de Toulouse 2010-12-15 (Cassation partielle)