

SOC.

PRUD'HOMMES

CH.B

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **22 septembre 2011**

Cassation partielle

M. BLATMAN, conseiller le plus ancien  
faisant fonction de président

Arrêt n° 1748 F-D

Pourvoi n° E 10-13.568

REPUBLIQUE FRANCAISE

---

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

---

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

Statuant sur le pourvoi formé par M. Brahim Zahiri, domicilié  
résidence François Villon, appartement 26, 54 avenue de Lodève,  
34000 Montpellier,

contre l'arrêt rendu le 1er avril 2009 rectifié par l'arrêt du 16 septembre 2009  
par la cour d'appel de Montpellier (4e chambre sociale), dans le litige  
l'opposant :

1°/ à la société Gleize, société à responsabilité limitée, dont le  
siège est 6 rue du Pont de Lavérune, 34000 Montpellier,

2°/ à M. Olivier Fabre, domicilié 7 rue Ecole de Médecine,  
34000 Montpellier,

défendeurs à la cassation ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 21 juin 2011, où étaient présents : M. Blatman, conseiller le plus ancien faisant fonction de président, Mme Goasguen, conseiller rapporteur, M. Ballouhey, conseiller, M. Weissmann, avocat général référendaire, Mme Becker, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Goasguen, conseiller, les observations de la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat de M. Zahiri, l'avis de M. Weissmann, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Zahiri a été engagé le 8 mars 2000 par la société Gleize en qualité d'homme d'entretien suivant contrat à durée déterminée à temps partiel stipulant un horaire mensuel de 86,67 heures ; que la relation contractuelle s'est poursuivie à durée indéterminée, M. Zahiri étant rémunéré sur la base de 169 heures à compter du mois de mai 2001 ; que par lettre recommandée du 13 mars 2006, le salarié s'est plaint auprès de son employeur de n'avoir fait l'objet d'aucune visite médicale, ni à l'embauche ni après son accident du travail survenu le 9 décembre 2005, ainsi que du non-paiement d'heures supplémentaires ; qu'il a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur par lettre du 29 mars 2006 et a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes à titre de rappel de salaire, de dommages-intérêts pour non-respect des règles relatives à la médecine du travail ainsi que pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Sur les cinq premiers moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens qui ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le sixième moyen :

Vu les articles L. 1231-1 et L. 4121-1 du code du travail, ensemble les articles R. 4624-10 et suivants du même code ;

Attendu que pour dire que la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail doit produire les effets d'une démission, l'arrêt retient que le seul manquement de l'employeur qui peut être retenu concerne le respect des règles relatives aux visites médicales et que ce

manquement n'est pas à lui seul suffisamment grave pour justifier la prise d'acte ;

Attendu cependant que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors que les examens médicaux d'embauche, périodiques et de reprise du travail auxquels doivent être soumis les salariés concourent à la protection de leur santé et de leur sécurité, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes de M. Zahiri tendant à voir juger que la prise d'acte produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 1er avril 2009 rectifié par l'arrêt du 16 septembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; 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 Nîmes ;

Condamne la société Gleize aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Gleize à payer à M. Zahiri la somme de 2 500 euros ;

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-deux septembre deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat aux Conseils, pour M. Zahiri.

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de Monsieur ZAHIRI tendant à obtenir paiement de rappels de rémunérations pour heures supplémentaires ou dommages et intérêts pour la période de mars 2000 à avril 2001 ;

AUX MOTIFS QUE pour rejeter la demande de l'appelant au paiement de dommages et intérêts pour non respect des dispositions de l'article L. 212-4-3 (devenu L. 3123-14, L. 3123-17 du Code du Travail), les premiers juges ont développé des moyens et arguments pertinents que la Cour entend adopter ; il y a lieu d'ajouter que le témoignage de Monsieur OUKHIYI invoqué en cause d'appel est à lui seul insuffisant pour établir la réalité du dépassement d'horaire dont fait état le salarié ;

Et AUX MOTIFS adoptés QUE le contrat de travail à temps partiel doit impérativement comporter certaines mentions, notamment, la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail ; la répartition de cette durée entre les jours de la semaine ou entre les semaines du mois et les limites dans lesquelles peuvent être effectuées les heures complémentaires au-delà du temps de travail fixé ; dans l'hypothèse où le salarié à temps partiel est amené à effectuer des heures complémentaires, celles-ci ne peuvent être supérieures à 1/10 de la durée du travail prévue au contrat et en tout état de cause, la durée du travail ne peut, par le jeu des heures complémentaires, atteindre la durée normale du travail ; M. ZAHIRI soutient qu'il a travaillé à temps plein dès son embauche, alors que le contrat de travail du 8 mars 2000 stipulait une durée de travail de 86,67 heures par mois et qu'il a de surcroît effectué de très nombreuses heures supplémentaires ; il considère qu'il a subi un préjudice du fait du dépassement systématique par l'employeur de la règle du 10e en matière d'heures complémentaires et du fait de la violation de la règle selon laquelle il est interdit de porter le nombre d'heures complémentaires au niveau de la durée légale du travail et sollicite à ce titre la somme de 13.013,88 € ; il ressort des bulletins de salaire produits que pour la période de mars 2000 à avril 2001, le salarié a été rémunéré à hauteur de 86,87 heures par mois ; à aucun moment il n'a réclamé à l'employeur le paiement d'heures complémentaires et supplémentaires qu'il aurait effectuées et qui n'auraient pas été rémunérées ; ce n'est que par courrier du 13 mars 2006 qu'il a réclamé le paiement d'un rappel de salaire au motif qu'il a toujours travaillé de 8 heures à 12 heures et de 14 heures à 18 heures du lundi au samedi, soit 207,84 heures par

mois ; pour rapporter la preuve qu'il effectuait ces horaires de travail, le salarié produit une douzaine d'attestations, la plupart rédigées de la même façon, à savoir que M. ZAHIRI travaillait du lundi au samedi de 8 heures à 12 heures et de 14 heures à 18 heures ; il convient cependant de remarquer qu'aucune de ces attestations n'a été rédigée par des salariés de l'entreprise, de sorte que les personnes qui ont attesté n'ont pas été en mesure de constater les horaires réellement effectués par le salarié ; de son côté, la SARL GLEIZE produit plusieurs attestations aux termes desquelles il apparaît que M. ZAHIRI a travaillé à temps partiel pendant la première année de son embauche ; c'est ainsi que M. José SARAIVA informaticien atteste qu'il était présent dans l'entreprise pour la mise en place de l'informatique et qu'il a constaté pour la période de mars 2000 à avril 2001 que M. ZAHIRI était employé à mi-temps ; s'il faisait la journée complète, il récupérait par des absences et lorsqu'il était là, il réparait ses propres véhicules ; M. MAX LACROIX, garagiste, certifie avoir vu M. ZAHIRI courant 2000 bricoler sur des véhicules, soit le matin, soit le soir, en disant ouvertement qu'il était à mi-temps et qui lui avait proposé de lui vendre des pièces détachées sur le dos de son employeur et de venir les placer à son garage l'après-midi ; force est de constater que M. ZAHIRI ne rapporte pas la preuve du dépassement horaire qu'il invoque ; dès lors, il doit être débouté de sa demande tendant à obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice subi ;

ALORS QUE la renonciation à un droit ne se présume pas et l'absence de réclamation ou de protestation du salarié à une certaine époque est inopérante ; que la Cour d'appel a relevé, par des motifs adoptés des premiers juges, que Monsieur ZAHIRI n'avait à aucun moment « réclamé à l'employeur le paiement d'heures complémentaires et supplémentaires qu'il aurait effectuées et qui n'auraient pas été rémunérées » ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a statué par des motifs inopérants en violation de l'article 455 du Code de Procédure Civile ;

ALORS QUE selon l'article L 3123-14 du Code du Travail (anciennement L 212-4-3), le contrat de travail des salariés à temps partiel doit mentionner par écrit la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou entre les semaines du mois ; que l'absence de clause prévoyant la répartition des heures de travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois fait présumer que l'emploi est à temps complet ; que l'employeur qui conteste cette présomption doit rapporter la preuve, d'une part, qu'il s'agissait d'un emploi à temps partiel et, d'autre part, que le salarié n'était pas dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'était pas dans l'obligation de se tenir à la disposition de son employeur ; que Monsieur ZAHIRI avait soutenu que son contrat de travail ne précisait pas la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou entre les semaines du mois ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme elle y était invitée, si le contrat de travail précisait la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou entre les

semaines du mois, a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article L 3123-14 du code du travail(anciennement L 212-4-3) ;

Et ALORS QUE l'absence de clause prévoyant la répartition des heures de travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois fait présumer que l'emploi est à temps complet et l'employeur qui conteste cette présomption doit rapporter la preuve, d'une part, qu'il s'agissait d'un emploi à temps partiel et, d'autre part, que le salarié n'était pas dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'était pas dans l'obligation de se tenir à la disposition de son employeur ; que pour rejeter la demande de Monsieur ZAHIRI, la Cour d'appel a considéré qu'il rapportait pas la preuve du dépassement horaire qu'il invoque ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve en violation des articles 1315 du Code Civil et L 3123-14 du code du travail(anciennement L 212-4-3) ;

Et ALORS QU'en statuant ainsi, alors qu'il ne ressort d'aucune de ses constatations que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir le rythme auquel il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de L 3123-14 du code du travail (anciennement L 212-4-3).

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de Monsieur ZAHIRI tendant au paiement d'heures supplémentaires pour la période d'avril 2001 à avril 2006 ;

AUX MOTIFS QU'il résulte des dispositions de l'article 3171-4 du Code du Travail que la preuve des heures travaillées n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; il appartient cependant au salarié de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires ; en l'occurrence, Monsieur ZAHIRI soutient que ses bulletins de salaires postérieurs au mois d'avril 2001 mentionnent une base horaire de 151,67 heures soit 35 heures par semaine, plus 17,33 heures supplémentaires soit un total mensuel de 169 heures, mais qu'il a toujours travaillé du lundi au samedi de 8h à 12h et de 14h à 18h, soit 48 heures par semaine ou 207, 84 heures par mois ; l'appelant ne produit aucun bulletin de paie, si ce n'est ceux des mois de février, mars et avril 2006 ; il ne fournit aucun décompte précis des heures supplémentaires dont il demande le paiement ; le décompte qu'il produit n'est par ailleurs peu crédible, dans la mesure où son calcul est effectué sur la base de 38, 84 heures supplémentaires par mois au taux horaire majoré de 10, 04 € qu'il multiplie

par 60 mois (5 ans) sans tenir compte ni des jours de congés, ni des jours pendant lesquels il a été en arrêt de travail soit comme il l'indique lui-même du 9 décembre 2005 au 13 février 2006 ; par ailleurs les attestations qu'il produit sont pour la plupart d'entre elles rédigées en termes identiques par des personnes n'appartenant pas à l'entreprise et qui n'étaient pas en mesure de constater les horaires réellement effectuée par Monsieur ZAHIRI ; elles ne permettent pas de vérifier la réalité et l'étendue des heures supplémentaires réclamées ; au surplus, Monsieur ZAHIRI n'a jamais, durant la relation salariale, attiré l'attention de l'employeur sur l'existence d'heures supplémentaires et a pris acte de la rupture de son contrat de travail quelques jours après avoir mis en demeure son employeur de lui payer la somme de 23 391,39 €, sans même laisser à la Société GLEIZE le temps de répondre ; les éléments produits par l'appelant apparaissent en définitive insuffisants pour étayer sa demande au titre des heures supplémentaires pour la période considérée, étant observé que l'employeur produit pour sa part des attestations desquelles il résulte que le salarié consacrait une partie de son temps de travail à des activités parallèles (bricolage de véhicules accidentés, récupération et vente de pièces détachées) ce que le salarié ne conteste pas ; dès lors, c'est à juste titre que les premiers juges l'ont débouté de sa demande en rappel de salaire à titre d'heures supplémentaires pour la période d'avril 2001 à avril 2006 ;

Et AUX MOTIFS éventuellement adoptés QUE s'il résulte de l'article L. 212-1-1 du code du travail, que la charge de la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires ; en l'espèce, M. ZAHIRI se borne à réclamer la somme de 23.397,22 euros au titre des heures supplémentaires sans produire aucun décompte précis et sans justifier, ni du nombre d'heures effectuées, ni de leur date, ni de leur réalité ; en outre, il apparaît que les heures supplémentaires effectuées étaient mentionnées sur les bulletins de salaire et qu'elles faisaient l'objet d'un paiement majoré ; la demande au titre des heures supplémentaires n'étant pas justifiée, sera donc rejetée ;

ALORS QUE la renonciation à un droit ne se présume pas et l'absence de réclamation ou de protestation du salarié à une certaine époque est inopérante ; que la Cour d'appel a relevé que Monsieur ZAHIRI n'avait jamais, durant la relation salariale, attiré l'attention de l'employeur sur l'existence d'heures supplémentaires et avait pris acte de la rupture de son contrat de travail quelques jours après avoir mis en demeure son employeur de lui payer la somme de 23 391,39 €, sans même laisser à la Société GLEIZE le temps de répondre ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a statué par des motifs inopérants en violation de l'article 455 du Code de Procédure Civile ;

ALORS QUE la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et lorsque le salarié fournit au juge des éléments de nature à étayer sa demande, il appartient à l'employeur d'apporter des éléments de nature à contredire ces éléments en justifiant des horaires effectivement réalisés par le salarié ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que le salarié avait apporté des éléments étayant sa demande tandis que l'employeur n'apportait pas d'éléments concernant les horaires effectivement réalisés par Monsieur ZAHIRI ; qu'en rejetant néanmoins la demande de Monsieur ZAHIRI en considérant que les éléments qu'il apportait étaient insuffisants, la Cour d'appel a violé l'article L 3171-4 du Code du Travail (anciennement L. 212-1-1) ;

Et ALORS QUE les juges sont tenus d'examiner l'intégralité des pièces produites ; que Monsieur ZAHIRI a produit 13 témoignages dont l'un émanant d'un ancien salarié, Monsieur OUKHIYI ; que la Cour d'appel a rejeté les témoignages en considérant qu'ils émanaient de personnes n'appartenant pas à l'entreprise ; que la Cour d'appel, qui n'a pas examiné le témoignage émanant de Monsieur OUKHIYI a violé l'article 455 du Code de Procédure Civile.

Et ALORS enfin QUE Monsieur ZAHIRI avait contesté les affirmations de l'employeur qui l'accusait de consacrer une partie de son temps de travail à des activités parallèles ; que pour rejeter la demande du salarié, la Cour d'appel s'est fondée sur le fait que « l'employeur produit pour sa part des attestations desquelles il résulte que le salarié consacrait une partie de son temps de travail à des activités parallèles (bricolage de véhicules accidentés, récupération et vente de pièces détachées) ce que le salarié ne conteste pas » ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a dénaturé les conclusions de l'exposant en violation de l'article 1134 du Code Civil.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de Monsieur ZAHIRI au titre du travail dissimulé ;

AUX MOTIFS QUE c'est à juste titre que le premier juge a rejeté ce chef de demande, la réalité des heures supplémentaires alléguées n'étant pas établie ;

Et AUX MOTIFS éventuellement adoptés QUE Monsieur ZAHIRI doit être débouté de ce chef de demande dans la mesure où il ne rapporte pas la preuve qu'il a effectué des heures de travail dissimulées intentionnellement par l'employeur ;

ALORS QUE la cassation à intervenir sur les deux premiers moyens de cassation ou au moins l'un d'entre eux emportera cassation par voie de

conséquence de l'arrêt en ce qu'il a rejeté la demande de Monsieur ZAHIRI au titre du travail dissimulé et ce, en application de l'article 624 du Code de Procédure Civile.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de Monsieur ZAHIRI tendant à obtenir le paiement de la somme de 1.213, 18 euros restant due pour la période du 13 février au 5 avril 2006 ;

AUX MOTIFS QU'à cet égard l'appelant ne fait que reprendre devant la Cour ses prétentions et moyens de première instance ; en l'absence d'élément nouveau soumis à son appréciation, la Cour estime que le premier juge, par des motifs pertinents qu'elle approuve, a fait une exacte application des faits de la cause et du droit des parties, étant observé que la somme de 1071, 78 € net que l'appelant reconnaît avoir reçu par chèque le remplit de ses droits pour la période en cause ;

Et AUX MOTIFS adoptés QU'il ressort des éléments du dossier que le salarié a repris son travail le 13 février 2006. ; il a cependant été à nouveau placé en arrêt de travail à compter du 20 mars jusqu'au 2 avril et il n'est plus revenu dans l'entreprise, puisque par lettre du 29 mars 2006, il a pris acte de la rupture de son contrat de travail ; dès lors, le demandeur ne peut solliciter un rappel de salaire pour la période du 20 mars au 15 avril 2006 ; il résulte des bulletins de salaire produits que M. ZAHIRI a perçu son salaire pour les mois de février et mars 2006, déduction étant faite des périodes au cours desquelles il a été en arrêt de travail pour maladie ; par conséquent, aucun rappel de salaire n'est dû ;

ALORS QUE Monsieur ZAHIRI avait fait valoir que, pour la période du 13 février au 5 avril 2006, il n'avait perçu qu'une somme nette de 1071, 78 euros alors qu'il aurait du percevoir une somme de 2.284, 96 euros et que la délivrance des bulletins de salaire ne faisait pas la preuve du paiement ; que pour rejeter la demande de Monsieur ZAHIRI, la Cour d'appel a relevé qu'il « résulte des bulletins de salaire produits que M. ZAHIRI a perçu son salaire pour les mois de février et mars 2006 » ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher, comme elle y était invitée, si les sommes figurant sur les fiches de paie avaient effectivement été réglées au salarié, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article L 3243-3 du Code du Travail (anciennement L 143-4) ;

Et ALORS QUE Monsieur ZAHIRI avait fait valoir que, pour la période à compter du 20 mars 2006, il n'avait perçu ni salaire ni indemnité journalière en raison de la carence de l'employeur qui l'avait pas rempli l'attestation de salaire destinée à la CPAM ; que la Cour d'appel a relevé que Monsieur ZAHIRI avait été de nouveau placé en arrêt de travail à compter du

20 mars jusqu'au 2 avril et qu'il avait perçu son salaire pour les mois de février et mars 2006, déduction étant faite des périodes au cours desquelles il a été en arrêt de travail pour maladie ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'employeur n'avait pas manqué à ses obligations, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du Code Civil.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué du 16 septembre 2009 d'AVOIR limité à la somme de 822, 59 euros la créance de Monsieur ZAHIRI à titre de congés payés ;

AUX MOTIFS QU'à l'appui de cette demande, Monsieur ZAHIRI faisait valoir qu'il avait acquis 15 jours de congés payés en novembre 2005, 2, 5 jours de congés payés par mois de décembre 2005 au 15 avril 2006 et qu'il a droit en conséquence à une indemnité compensatrice d'un montant de 2094, 71 euros (25 jours de congés salaire brut pour 21 jours 1759, 56 avec les heures supplémentaires soit 2094, 71 euros pour 25 jours) ; toutefois, Monsieur ZAHIRI, ainsi qu'il l'indique lui-même dans ses conclusions, a été placé en arrêt de travail à compter du 9 décembre 2005 et n'a repris son poste que le 13 février 2006 ; or le salarié ne justifie pas que cet arrêt de travail est consécutif à un accident dont le caractère professionnel aurait été reconnu par l'organisme social compétent, il ne peut dès lors prétendre avoir acquis des jours de congés payés au cours de cette période ; par contre, pour la période du 13 février 2006 au 20 mars 2006, date à laquelle Monsieur ZAHIRI a de nouveau été placé en arrêt de travail pour maladie prolongé jusqu'au 2 avril 2006, le salarié ayant entre temps pris acte de la rupture de son contrat de travail, il doit être retenu qu'il a acquis 2, 50 jours ouvrables, auxquels s'ajoutent les 14,5 jours de congés payés acquis au 30 novembre 2005 ainsi qu'il en ressort de son bulletin de salaire du mois de novembre 2005 ; par ailleurs, Monsieur ZAHIRI, en l'état du rejet par le premier juge confirmé par la Cour dans son arrêt du 1er avril 2009, de ses demandes au titre des heures supplémentaires, n'est pas fondé à intégrer ces heures supplémentaires dans le calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés ; par suite, Monsieur ZAHIRI peut prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés correspondant à 18 jours de congés payés calculée suivant la règle du maintien du salaire en l'absence de production des bulletins de salaires permettant de connaître le 10ème des salaires perçus au cours de l'année de référence, soit la somme de 822, 59 € brut ;

ALORS QUE la cassation à intervenir sur le deuxième moyen de cassation relatif au paiement des heures supplémentaires emportera cassation par voie de conséquence du chef de l'arrêt relatif au paiement de l'indemnité

compensatrice de congés payés et ce, en application de l'article 624 du code de Procédure Civile.

#### SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de Monsieur ZAHIRI tendant à voir juger que la prise d'acte de la rupture produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et obtenir le paiement de dommages et intérêts, d'une indemnité de licenciement et d'une indemnité de préavis ;

AUX MOTIFS QUE lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail, cette rupture produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit dans le cas contraire, d'une démission ; en l'espèce, Monsieur ZAHIRI a pris acte de la rupture de son contrat de travail par lettre recommandée du 29 mars 2006, dans les termes suivants : « vous avez reçu mon courrier du 13 mars 2006 et mars 2006. Dans ce courrier, je vous demandais de bien vouloir dans un délai de 8 jours en sorte que les règles en matière de sécurité soient respectées dans l'entreprise notamment en ce qui concerne les visites médicales et me régler les sommes de 8.220 euros à titre de dommages et intérêts pour travail dissimulé, 23.391, euros à titre d'heures supplémentaires. En l'absence de réponse je suis contraint de prendre acte de la rupture à vos torts exclusifs » ; il appartient au juge d'apprécier si les manquements de l'employeur, dans l'hypothèse où ils sont établis, sont suffisamment graves pour justifier la rupture du contrat de travail à ses torts et produire en conséquence les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; en l'espèce, le seul manquement de l'employeur qui peut être retenu est relatif au non-respect des règles relatives aux visites médicales ; ce manquement n'est pas à lui seul suffisamment grave pour justifier la rupture du contrat de travail ; en conséquence la prise d'acte par Monsieur ZAHIRI de la rupture de son contrat de travail doit produire les effets d'une démission et c'est à juste titre que le premier juge l'a débouté de ses demandes en paiement de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'indemnité légale de licenciement, d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés afférents ;

ALORS QU'à l'appui de sa demande de prise acte de la rupture, Monsieur ZAHIRI s'était prévalu du fait qu'il n'avait pas bénéficié d'une visite médicale de reprise à la suite de l'accident de travail dont il avait été victime ; que la Cour d'appel s'est uniquement prononcée sur l'absence de visite à l'embauche et sur l'absence de visite périodique mais ne s'est pas prononcée sur l'absence de visite de reprise à la suite de l'accident de travail ; qu'en ne recherchant pas si ce grief était caractérisé et s'il justifiait, ajouté aux autres griefs qu'elle constatait, la prise d'acte de rupture, la Cour d'appel a entaché

sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article L 1231-1 du Code du Travail.

Et ALORS QUE la cassation à intervenir sur l'un au moins des précédents moyens de cassation emportera cassation par voie de conséquence de l'arrêt en ce qu'il a rejeté les demande de Monsieur ZAHIRI au titre de la rupture du contrat de travail et ce, en application de l'article 624 du Code de Procédure Civile.