



**Cour de cassation - Chambre sociale**

**Audience publique du 13 juillet 2010**

**Société ID traiteur c/ M. Krishnan V. et Pôle Emploi Villejuif**

**Décision déferée : Cour d'appel de Paris du 5 mars 2009**

**Rejet**

**Sources :**

**Arrêt n° 1580 F-D**

**Pourvoi n° E 09-42.130**

**Non publié au bulletin**

**Références de publication :**

- <http://www.legifrance.gouv.fr>
- <http://www.lexbase.fr/>

---

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

La Cour de cassation, Chambre sociale, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu selon l'arrêt attaqué (Paris, 5 mars 2009) que la société Traiteur de Paris qui appartient au groupe Denis Y... restauration a engagé M. X... en qualité de préparateur le 1er novembre 1999 ; que prévoyant de transférer son siège social et son activité de fabrication de la région parisienne vers la Bretagne, elle a demandé au salarié s'il acceptait cette modification de son lieu de travail, lui précisant qu'en cas de refus de sa part, il pourrait être reclassé ou à défaut licencié ; que par contrat du 30 novembre 2001, à effet du 1<sup>er</sup> novembre 2001, le salarié a été engagé en qualité de préparateur par la société Les Petits gourmands (LPC-cuisine partner), devenue So Foody puis ID traiteur, appartenant au même groupe que le précédent employeur ; qu'après deux mises à pied disciplinaires pour refus de suivre les consignes de son supérieur hiérarchique, il a été licencié pour faute grave après trois mises en demeure infructueuses d'avoir à reprendre son poste de travail ; qu'il a saisi le conseil de prud'hommes, arguant du transfert de son contrat de travail à So Foody par suite de l'application volontaire des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail par les deux sociétés, et d'un licenciement verbal ;

**Sur le premier moyen :**

Attendu que la société ID traiteur fait grief à l'arrêt d'avoir dit que l'ancienneté du salarié remontait au 1er novembre 1999 et de l'avoir condamnée à indemniser le licenciement sans cause réelle et sérieuse de l'intéressé, alors, selon le moyen :



1° / que la poursuite du contrat de travail d'un salarié ne peut être imposée à un tiers qu'en application des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ou d'une convention collective ; qu'un employeur peut cependant s'engager à se substituer à un autre employeur dans ses rapports avec les salariés de ce dernier, soit en poursuivant leurs contrats de travail, soit en les recrutant par un nouveau contrat, sans reprise d'ancienneté ; qu'en relevant que la société So Foody invoquait une " convention de transfert ", pour en conclure que le " principe du transfert des contrats est admis ", cependant que la société So Foody faisait précisément valoir que, par cette convention de transfert, elle avait uniquement accepté d'embaucher M. X... , et non de poursuivre le contrat qui le liait précédemment à la société Traiteur de Paris, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble les articles 1135 et 1165 du code civil ;

2° / qu'en acceptant d'accorder au salarié les congés payés qu'il avait acquis chez son précédent employeur et qui n'avaient pas été soldés lors de la rupture de son précédent contrat, le nouvel employeur ne manifeste pas sa volonté de poursuivre le précédent contrat ; qu'en se fondant également sur la circonstance inopérante que la société So Foody avait repris les congés payés que M. X... avait acquis auprès de la société Traiteur de Paris, la cour d'appel a violé les articles L. 1224-1 du code du travail, 1134 et 1165 du code civil ;

3° / que l'entreprise qui accepte de reclasser en son sein un salarié d'une autre entreprise du groupe qui était menacé de licenciement, n'est pas tenue de reprendre l'ancienneté acquise par ce salarié auprès de son précédent employeur ; que le nouvel employeur ne saurait être tenu responsable de ce que le reclassement ne s'accompagne pas d'un licenciement dûment motivé, ni du versement d'une indemnité de licenciement, par l'employeur initial ; qu'en relevant encore que la société Traiteur de Paris avait indiqué, sur l'attestation Assedic remise à M. X... , " motif de la rupture : transfert " et qu'elle n'avait versé aucune indemnité lors de la rupture de leur contrat, pour en conclure que le reclassement de M. X... s'était traduit par la poursuite de son contrat de travail avec la société So Foody qui devait reprendre son ancienneté, la cour d'appel a violé par fausse application l'article L. 1233-4 du code du travail, ensemble les articles L. 1224-1 du code du travail, 1134 et 1135 du code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le salarié était passé sans discontinuité de la société Traiteur de Paris à la société ID traiteur, appartenant au même groupe, sans rupture de son contrat de travail, sans modification de son lieu de travail et avec reprise par le nouvel employeur des droits aux congés payés acquis au service du précédent, a pu en déduire qu'il avait été fait une application volontaire de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, devenu l'article L. 1224-1 de ce code, au profit du salarié ; que le moyen n'est pas fondé ;

### **Sur le deuxième moyen :**

Attendu que la société fait grief à l'arrêt d'avoir dit le licenciement prononcé oralement, dépourvu de cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen :

1° / que le licenciement est l'acte unilatéral par lequel l'employeur manifeste une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat ; qu'il appartient au salarié qui invoque l'existence d'un licenciement verbal antérieur au licenciement qui lui est notifié par écrit d'en apporter la preuve ; qu'en relevant que les éléments produits permettaient " de tenir pour établie l'existence d'un licenciement verbal intervenu le 27 septembre 2002 ", sans caractériser une manifestation de volonté claire et non équivoque de la société So Foody de rompre le contrat de travail de M. X... , le 27 septembre 2002, la cour d'appel a violé, par fausse

application, les articles L. 1231-1 L. 122-4 ancien du code du travail, ensemble les articles 1315 et 1134 du code civil ;

2° / que le licenciement est l'acte unilatéral par lequel l'employeur manifeste une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat ; il appartient au salarié qui invoque l'existence d'un licenciement verbal antérieur au licenciement qui lui est notifié par écrit d'en apporter la preuve ; qu'une telle preuve ne peut résulter du seul silence temporairement opposé par l'employeur à l'affirmation du salarié selon laquelle il aurait fait l'objet d'un licenciement verbal antérieur au licenciement qui lui est notifié par écrit ; qu'a fortiori, une telle preuve ne peut résulter de l'absence de contestation immédiate et expresse des propos du salarié, lorsque l'employeur demande au salarié de réintégrer son poste de travail, malgré l'invocation d'un licenciement verbal par le salarié ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la société So Foody avait convoqué M. X... à un entretien préalable au licenciement fixé au 27 septembre 2002 et qu'après cet entretien, elle lui avait adressé trois courriers, les 2, 14 et 25 octobre 2002, pour le mettre en demeure de réintégrer son poste de travail ou de justifier son absence, avant d'engager une procédure de licenciement et de prononcer son licenciement pour absence injustifiée par lettre du 19 novembre 2002 ; qu'en se fondant sur la circonstance que la société So Foody n'avait contesté que devant le conseil de prud'hommes la relation de l'entretien préalable du 27 septembre 2002 faite par M. X... dans son courrier du 17 octobre 2002, pour retenir l'existence d'un licenciement verbal intervenu le 27 septembre 2002, la cour d'appel a violé l'article L. 1231-1 L. 122-4 ancien du code du travail, ensemble les articles 1134 et 1315 du code civil ;

3° / que la restitution du badge d'entrée dans l'entreprise ne peut démontrer l'existence d'un licenciement verbal qu'à la condition d'être effectuée à la demande de l'employeur ; qu'en se fondant encore sur la circonstance qu'il était impossible de circuler dans l'usine sans badge, que M. X... avait remis son badge le 27 septembre 2002 et que la société So Foody ne lui avait pas indiqué comment il pouvait accéder à l'usine sans badge lorsqu'elle l'avait mis en demeure de réintégrer son poste, sans faire ressortir que la remise de ce badge était intervenu à la demande de la société So Foody et non à l'initiative de M. X... , la cour d'appel a violé les articles L. 1231-1 L. 122-4 ancien du code du travail, ensemble les articles 1134 et 1135 du code civil ; 4° / qu'il appartient au salarié qui invoque l'existence d'un licenciement verbal antérieur au licenciement qui lui est notifié par écrit d'en apporter la preuve ; que la circonstance que l'employeur ne réponde pas à une demande du salarié, fût-elle légitime, ne constitue ni un indice, ni une preuve de l'existence d'un licenciement verbal ; qu'en relevant encore, à l'appui de sa décision, que la société So Foody n'avait pas répondu à la demande de reprise d'ancienneté formulée par M. X... , qui était fondée, la cour d'appel s'est fondée sur un motif inopérant, en violation de l'article L. 1231-1 article L. 122-4 ancien du code du travail, ensemble les articles 1134 et 1135 du code civil ;

Mais attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a retenu que l'employeur avait retiré au salarié, le jour du second entretien, le badge qui était indispensable pour accéder au lieu de travail ; qu'elle a pu en déduire que la rupture du contrat de travail s'était produite à cette date, antérieure à la notification du licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ;

**Sur le troisième moyen :**

Attendu qu'il est encore fait grief à l'arrêt d'avoir condamné la société à payer au salarié des sommes à titre d'heures supplémentaires et des congés payés afférents, alors selon le moyen, qu'il résulte de l'article L. 3171-4 (ancien article L. 212-1-1) du code du travail que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que, si 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 ; que le salarié doit ainsi fournir au juge plusieurs éléments concordants laissant penser qu'il a pu effectuer des heures supplémentaires ; qu'en admettant que M. X... avait apporté des éléments suffisants pour étayer sa demande de rappel d'heures supplémentaires, cependant que, selon ses propres constatations, M. X... n'avait produit qu'un seul élément pertinent consistant en un planning pour le mois d'avril 2002 portant en en-tête la mention " 41 heures par semaine ", les autres plannings produits ne mentionnant pas les heures de travail, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 3171-4 du code du travail ; 2° / qu'en se bornant à énoncer qu'elle avait trouvé dans les pièces versées aux débats les éléments pour allouer à M. X... 2 878, 80 euros au titre des heures supplémentaires réalisées en 2002 outre 278, 78 euros au titre des congés payés afférents, sans s'expliquer sur le mode de calcul retenu pour déterminer ces sommes, ni préciser le nombre d'heures supplémentaires qu'elle entendait ainsi rémunérer, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le salarié justifiait de dépassements du temps de travail et que les plannings produits par l'employeur n'étaient pas probants, malgré le contrôle des présences par badge, a souverainement évalué le temps de travail accompli par le salarié au-delà de la durée légale ; que le moyen n'est pas fondé ;

**PAR CES MOTIFS :**

**REJETTE** le pourvoi ;

Condamne la société ID traiteur aux dépens ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du treize juillet deux mille dix.

**Moyens annexes au présent arrêt :**

Moyens produits par la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat aux Conseils pour la société ID Traiteur

**Premier moyen de cassation :**

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que l'ancienneté de Monsieur X... remontait au 1er novembre 1999, et d'avoir condamné la société So Foody à payer à Monsieur X... diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés afférents, d'indemnité conventionnelle de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Aux motifs que « la société Traiteur de Paris et la société Les Petits Gourmands appartiennent au groupe DPR et au moment des faits étaient toutes les deux représentées par M. Denis Y... ;

Qu'après avoir travaillé, en qualité de préparateur, du 26 octobre au 31 octobre 1999, pour la SARL Les Petits Gourmands (bulletin de paie communiqué l'intimée sous le n° 3 1 / 1), M. X... a été embauché le 1er novembre 1999 par la société Traiteur de Paris par contrat à durée indéterminée en la même qualité, moyennant une " rémunération forfaitaire brute mensuelle de 7. 000frs + remboursement de 50 % de la carte orange sur justificatif selon " (l') horaire minimum en vigueur dans l'entreprise, actuellement de 169h mensuelles " ; que dans le cadre de ces deux contrats, il travaillait à Chevilly-Larue, 10 rue Henri Dunant ; Que dans un courrier non daté faisant suite à une réunion d'information du 3 janvier 2001, remis en mains propres à M. X... , la société Traiteur de Paris informait son salarié du transfert à La Guerche de Bretagne de son lieu de travail, prévu pour le 1er mars 2001 en précisant qu'en cas de refus la possibilité d'un reclassement était envisagée et à défaut un licenciement ouvrant droit aux indemnités correspondantes ; qu'il était demandé à M. X... de faire part de sa décision en retournant le formulaire joint pour le 12 janvier 2001 ; que M. X... n'a jamais retourné ce formulaire ; Que le 30 novembre 2001, M. X... a été embauché avec effet au 1er novembre 2001 par la société Les Petits Gourmands (société LPG) en qualité de préparateur moyennant une " rémunération forfaitaire brute mensuelle de 7. 961, 41frs " selon " (l') horaire minimum en vigueur dans l'entreprise, actuellement de 182, 10h mensuel " ; Que malgré le transfert de l'activité de fabrication de la société Traiteur de Paris en Bretagne effectif dès le 1er février 2001 (date mentionnée sur son K bis), M. X... a continué à travailler dans les mêmes conditions à Chevilly-Larue, 10 me Henri Dunant, adresse à laquelle la société LPG avait transféré son siège social depuis le 12 juin 1998 (informations portées sur le K bis cette dernière société) ; que postérieurement à la conclusion, le 30 novembre 2001, du contrat de travail avec effet rétroactif au 1er novembre 2001, M. X... a continué à travailler à cette même adresse ; Que dès lors que la SARL So Foody invoque une convention de transfert et que M. X... demande le bénéfice des dispositions de l'article L 122-12 ancien, le principe du transfert des contrats de travail est admis et il importe peu que soient réunies ou non les conditions légales d'application de l'article L 122-12 alinéa 2 ; Que l'absence de protestation de M. X... durant l'exécution de son contrat de travail ne saurait valoir acceptation des conditions de son transfert ; qu'il est constant que les congés payés que M. X... avait acquis pour son activité au sein de la société Traiteur de Paris ont été repris par la société LPG et ce en l'absence de toute clause particulière dans le contrat de travail à effet au 1er novembre 2001 ; Qu'enfin, le 5 décembre 2002, la société Traiteur de Paris, en sa qualité d'employeur, a remis à M. X... une attestation Assedic, sous la signature de M. Denis Y... , avec comme " motif de la rupture du contrat de travail : transfert " sans versement d'aucune indemnité au salarié (pièce 26 versée par l'appelant et invoquée par l'intimé) ; que cette attestation est distincte de celle que la société LPG a remis à M. X... suite à son licenciement pour faute grave du 19 novembre 2002 ; Qu'il ressort de l'ensemble de ces éléments que M. X... a été reclassé et que c'est le même contrat de travail qui s'est poursuivi avec la société Les Petits Gourmands de sorte que le nouvel employeur devait non seulement reprendre les congés payés acquis avant le transfert mais assurer l'intégralité des conséquences de ce transfert notamment au regard de l'ancienneté acquise par M. X... ;

1. Alors que la poursuite du contrat de travail d'un salarié ne peut être imposée à un tiers qu'en application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail ou d'une convention collective ; qu'un employeur peut cependant s'engager à se substituer à un autre employeur dans ses rapports avec les salariés de ce dernier, soit en poursuivant leurs contrats de travail, soit en les recrutant par un nouveau contrat, sans reprise d'ancienneté ; qu'en relevant que la société So Foody invoquait une « convention de transfert », pour en conclure que le « principe du transfert des contrats est admis », cependant que la société So Foody faisait précisément

valoir que, par cette convention de transfert, elle avait uniquement accepté d'embaucher Monsieur X... , et non de poursuivre le contrat qui le liait précédemment à la société Traiteur de Paris, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble les articles 1135 et 1165 du Code civil ;

2. Alors qu'en acceptant d'accorder au salarié les congés payés qu'il avait acquis chez son précédent employeur et qui n'avaient pas été soldés lors de la rupture de son précédent contrat, le nouvel employeur ne manifeste pas sa volonté de poursuivre le précédent contrat ; qu'en se fondant également sur la circonstance inopérante que la société So Foody avait repris les congés payés que Monsieur X... avait acquis auprès de la société Traiteur de Paris, la cour d'appel a violé les articles L. 1224-1 du Code du Travail, 1134 et 1165 du Code civil ;

3. Alors que l'entreprise qui accepte de reclasser en son sein un salarié d'une autre entreprise du groupe qui était menacé de licenciement, n'est pas tenue de reprendre l'ancienneté acquise par ce salarié auprès de son précédent employeur ; que le nouvel employeur ne saurait être tenu responsable de ce que le reclassement ne s'accompagne pas d'un licenciement dûment motivé, ni du versement d'une indemnité de licenciement, par l'employeur initial ; qu'en relevant encore que la société Traiteur de Paris avait indiqué, sur l'attestation Assedic remise à Monsieur X... , « motif de la rupture : transfert » et qu'elle n'avait versé aucune indemnité lors de la rupture de leur contrat, pour en conclure que le reclassement de Monsieur X... s'était traduit par la poursuite de son contrat de travail avec la société So Foody qui devait reprendre son ancienneté, la cour d'appel a violé par fausse application l'article L. 1233-4 du code du travail, ensemble les articles L. 1224-1 du Code du Travail, 1134 et 1135 du Code civil.

### **Deuxième moyen de cassation :**

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que Monsieur X... a été licencié verbalement le 27 septembre 2002 et qu'un tel licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse, d'avoir condamné la société So Foody à payer à Monsieur X... diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés afférents, d'indemnité conventionnelle de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'avoir ordonné à la société So Foody de rembourser à l'organisme social concerné les allocations de chômage payées à Monsieur X... dans les limites prévues à l'article L. 1235-4 du Code du travail ;

Aux motifs que « Sur la rupture du contrat : que le 12 août 2002, la société LPG a été remis à M. X... un badge magnétique ; que lors de cette remise, M. X... a signé une note de service libellé comme suit : " A partir de ce jour, l'accès de l'usine est contrôlé par des badges magnétiques. Ces badges sont situés à trois endroits, accès personnel, accès zone pause, accès bureau... Ces badges doivent nous être remis en cas de fin de contrat ou la somme de 20 liseras déduite du solde de tout compte. Nous vous informons que chaque utilisation du badge est enregistrée " ; qu'en conséquence l'attestation de Mme A... selon laquelle " seuls les chefs d'équipe et les responsables disposent d'un badge " est privée de toute pertinence ; Que le 13 septembre 2002 (AR non versé), l'employeur a adressé à M. X... une lettre ainsi rédigée : " Suite à notre entretien de ce jour, je vous signifie votre mise à pied sans maintien de salaire à compter de ce jour le vendredi 13 septembre 2002 au matin jusqu'au vendredi 20 septembre. Nous vous reprochons de ne pas vouloir suivre les consignes de votre chef d'équipe. Nous vous convoquons pour un entretien le vendredi 20 septembre à 10h dans nos locaux au 10 rue Henri Dumant 94550 Chevilly Larue. Nous envisageons votre licenciement. Selon les

dispositions du code du travail, vous avez la possibilité de vous faire accompagner par une personne habilitée auprès des services de la mairie ", suit une formule de politesse ; Que le 20 septembre 2002, l'employeur a adressé à M. X... une lettre ainsi rédigée : " Suite à notre entretien de ce jour, je vous signifie votre mise à pied sans maintien de salaire à compter de ce jour le vendredi 20 septembre 2002 au matin jusqu'au vendredi 27 septembre. Nous vous reprochons après une nouvelle confrontation avec votre chef d'équipe de ne toujours pas vouloir suivre ses consignes et de vous conformer aux nouvelles contraintes de l'entreprise (activité de catering aérien : pic de production en fin de semaine générant des dépassement d'horaires récupérés en jours creux ou payés en heures supplémentaires en cas d'impossibilité de récupération). Nous vous convoquons en entretien le vendredi 27 septembre à 10h dans nos locaux au 10 rue Henri Dumant 94550 Chevilly Larue. Nous envisageons votre licenciement. Selon les dispositions du code du travail, vous avez la possibilité de vous faire accompagner par une personne habilitée auprès des services de la mairie. ", suit une formule de politesse ; Que le 20 septembre 2002, M. X... a adressé à son employeur un courrier dans lequel il conteste les mises à pied prononcées contre lui en indiquant ne jamais avoir eu de problème avec ces chefs pendant la période des trois années de son service et n'avoir eu aucun avertissement, en invoquant le droit de retrait de l'article L 281-8-1 du code du travail et en ajoutant : " en fait, vous avez pris ces mesures de mise à pied avec l'intention de me licencier pour la simple raison que je vous ai réclamé la rectification de la date de mon ancienneté sur mes bulletins de paie où vous l'indiquez comme le 01 novembre 2001 au lieu du 15 octobre 1999 et la régularisation des heures supplémentaires et de mes congés payés que vous ne m'avez jamais réglés jusqu'ici. Vous ne m'avez même pas autorisé à prendre mes congés payés jusqu'ici " ; Que par courrier du 2 octobre 2002 (AR non versé), la société LPG, après avoir contesté les affirmations de M. X... relatives au droit de retrait, aux heures supplémentaires ou aux congés payés mais sans répondre sur la demande de rectification de la date d'ancienneté et relevé ses affirmations relatives à l'absence de problème avec ses chefs, a déclaré l'attendre " à son poste de travail au plus vite " en proposant de le " rencontrer le lundi 7 octobre 2002 à 10h afin de (pouvoir) revoir ensemble les tâches (lui) incombant et correspondant à (son) contrat de travail " ; Que par courrier du 14 octobre 2002 (AR non versé), la société LPG a constaté l'absence de M. X... de son poste de travail depuis le 30 septembre 2002 en le mettant en demeure de réintégrer son poste dès réception du présent courrier et de justifier des raisons de son absence ; Que par courrier du 17 octobre 2002 adressé au Directeur de l'usine, M. X... a expliqué ne pas avoir pu se rendre à la convocation du 7 octobre 2002 en raison de la réception tardive de la lettre datée du 2 octobre en ajoutant : " Je n'ai pas du tout compris cette lettre car vous dites que vous m'attendez à mon poste de travail au plus vite alors que vous m'avez convoqué deux fois pour me licencier et surtout qu'à la fin du deuxième entretien (27 septembre 2002) vous m'avez dit que c'était fini, que j'étais licencié, qu'il ne fallait pas que je revienne et vous m'avez ordonné de vous rendre mon badge, ce que j'ai fait. Je ne comprends pas comment je pourrais venir travailler alors que vous m'avez pris mon badge. J'ai essayé tous les jours de vous parler au téléphone pour savoir comment faire pour aller travailler sans mon badge mais vous ne m'avez pas répondu. Je ne comprends vraiment rien de ce que vous voulez... " ; Que le 25 octobre 2002, la société LPG, toujours sous la signature de son directeur d'usine, a adressé à M. X... une nouvelle mise en demeure de " réintégrer son poste " ; que ce courrier est la copie de celui du 14 octobre 2002 et ne comporte aucune contestation des termes du courrier du 17 octobre 2002 qu'il ignore totalement ; Qu'à compter du 4 novembre 2002, les correspondances concernent la procédure de licenciement mise en oeuvre par l'employeur ; Considérant qu'il est ainsi établi-qu'il était impossible de circuler dans l'usine sans badge magnétique,- que l'employeur n'a jamais répondu à la demande de reprise d'ancienneté formulée par M. X... alors que cette demande était fondée,- qu'il n'a contesté que

devant Conseil des prud'hommes, la relation de l'entretien du 27 septembre 2002 faite par M. X... dans son courrier du 17 octobre 2002 alors qu'il avait contesté, dès le 2 octobre 2002, partie des affirmations contenues dans le courrier du 20 septembre 2002 ; - qu'il a continué à mettre M. X... en demeure de " réintégrer son poste " en se gardant bien de lui indiquer comment il pouvait accéder à l'usine sans badge ; Que l'ensemble de ces éléments permet de tenir pour établie l'existence d'un licenciement verbal intervenu le 27 septembre 2002 ; qu'un tel licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse et rend sans objet le licenciement du 19 novembre 2002 ;

1. Alors que le licenciement est l'acte unilatéral par lequel l'employeur manifeste une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat ; qu'il appartient au salarié qui invoque l'existence d'un licenciement verbal antérieur au licenciement qui lui est notifié par écrit d'en apporter la preuve ; qu'en relevant que les éléments produits permettaient « de tenir pour établie l'existence d'un licenciement verbal intervenu le 27 septembre 2002 », sans caractériser une manifestation de volonté claire et non équivoque de la société So Foody de rompre le contrat de travail de Monsieur X... , le 27 septembre 2002, la cour d'appel a violé, par fausse application, les articles L. 1231-1 L. 122-4 ancien du Code du travail, ensemble les articles 1315 et 1134 du Code civil ;

2. Alors que le licenciement est l'acte unilatéral par lequel l'employeur manifeste une volonté claire et non équivoque de rompre le contrat ; il appartient au salarié qui invoque l'existence d'un licenciement verbal antérieur au licenciement qui lui est notifié par écrit d'en apporter la preuve ; qu'une telle preuve ne peut résulter du seul silence temporairement opposé par l'employeur à l'affirmation du salarié selon laquelle il aurait fait l'objet d'un licenciement verbal antérieur au licenciement qui lui est notifié par écrit ; qu'a fortiori, une telle preuve ne peut résulter de l'absence de contestation immédiate et expresse des propos du salarié, lorsque l'employeur demande au salarié de réintégrer son poste de travail, malgré l'invocation d'un licenciement verbal par le salarié ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la société So Foody avait convoqué Monsieur X... à un entretien préalable au licenciement fixé au 27 septembre 2002 et qu'après cet entretien, elle lui avait adressé trois courriers, les 2, 14 et 25 octobre 2002, pour le mettre en demeure de réintégrer son poste de travail ou de justifier son absence, avant d'engager une procédure de licenciement et de prononcer son licenciement pour absence injustifiée par lettre du 19 novembre 2002 ; qu'en se fondant sur la circonstance que la société So Foody n'avait contesté que devant le Conseil de prud'hommes la relation de l'entretien préalable du 27 septembre 2002 faite par Monsieur X... dans son courrier du 17 octobre 2002, pour retenir l'existence d'un licenciement verbal intervenu le 27 septembre 2002, la cour d'appel a violé l'article L. 1231-1 L. 122-4 ancien du Code du travail, ensemble les articles 1134 et 1315 du Code civil ;

3. Alors que la restitution du badge d'entrée dans l'entreprise ne peut démontrer l'existence d'un licenciement verbal qu'à la condition d'être effectuée à la demande de l'employeur ; qu'en se fondant encore sur la circonstance qu'il était impossible de circuler dans l'usine sans badge, que Monsieur X... avait remis son badge le 27 septembre 2002 et que la société So Foody ne lui avait pas indiqué comment il pouvait accéder à l'usine sans badge lorsqu'elle l'avait mis en demeure de réintégrer son poste, sans faire ressortir que la remise de ce badge était intervenu à la demande de la société So Foody et non à l'initiative de Monsieur X... , la cour d'appel a violé les articles L. 1231-1 L. 122-4 ancien du Code du travail, ensemble les articles 1134 et 1135 du Code civil ;

4. Alors qu'il appartient au salarié qui invoque l'existence d'un licenciement verbal antérieur au licenciement qui lui est notifié par écrit d'en apporter la preuve ; que la circonstance que l'employeur ne réponde pas à une demande du salarié, fût-elle légitime, ne constitue ni un indice, ni une preuve de l'existence d'un licenciement verbal ; qu'en relevant encore, à l'appui de sa décision, que la société So Foody n'avait pas répondu à la demande de reprise d'ancienneté formulée par Monsieur X... , qui était fondée, la cour d'appel s'est fondée sur un motif inopérant, en violation de l'article L. 1231-1 article L. 122-4 ancien du Code du travail, ensemble les articles 1134 et 1135 du Code civil.

### **Troisième moyen de cassation :**

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société So Foody à payer à Monsieur X... les sommes de 2. 787, 80 euros à titre d'heures supplémentaires et de 278, 78 euros au titre des congés payés afférents ;

Aux motifs qu'« à titre d'indices laissant présumer l'existence d'heures supplémentaires, M. X... invoque pertinemment un planning pour le mois d'avril 2002 qui porte dans son en-tête la mention " 41 Heures par semaine " et sur lequel il doit travailler de 7h à 16h30, sans indication d'une pause ; qu'il verse d'autres plannings qui ne mentionnent pas les heures de travail ; Que la SARL So Foody ne peut pas se contenter de critiquer les éléments versés par M. X... ; qu'elle soutient vainement qu'il n'existait pas de système de pointeuse et que les plannings confirment l'absence d'heures supplémentaires et que toutes les heures supplémentaires effectuées ont été payées alors que sur les plannings versés, le planning d'avril est le seul à mentionner les horaires de travail, que le planning de juillet 2002 indique seulement " 3 jours de récupération par équipe catering ", que les planning de mai et juin 2002 ne comportent aucune précision quant aux horaires ou aux jours de récupération ; Qu'il appartient à l'employeur d'établir la réalité des horaires d'autant que la note signée lors de la remise du badge en août 2002 indiquait que " chaque utilisation du badge est enregistrée ", qu'aucune précision n'est donnée sur les éléments qui lui ont permis de régler certains mois des heures supplémentaires et que dans son courrier du 20 septembre 2002, il demandait à M. X... de se " conformer aux nouvelles contraintes de l'entreprise (activité de catering aérien : pic de production en fin de semaine générant des dépassement d'horaires récupérés en jours creux ou payés en heures supplémentaires en cas d'impossibilité de récupération) " ; Que la cour trouve dans ces pièces les éléments pour allouer à M. X... 2. 787, 80 € au titre des heures supplémentaires réalisées en 2002 outre 278, 78 € au titre des congés payés afférents » ;

1. Alors qu'il résulte de l'article L. 3171-4 (ancien article L. 212-1-1) du Code du travail que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que, si 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 ; que le salarié doit ainsi fournir au juge plusieurs éléments concordants laissant penser qu'il a pu effectuer des heures supplémentaires ; qu'en admettant que Monsieur X... avait apporté des éléments suffisants pour étayer sa demande de rappel d'heures supplémentaires, cependant que, selon ses propres constatations, Monsieur X... n'avait produit qu'un seul élément pertinent consistant en un planning pour le mois d'avril 2002 portant en en-tête la mention « 41 heures par semaine », les autres plannings produits ne mentionnant pas les heures de travail, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 3171-4 du Code du travail ;



2 Alors subsidiairement qu'en se bornant à énoncer qu'elle avait trouvé dans les pièces versées aux débats les éléments pour allouer à Monsieur X... 2. 878, 80 euros au titre des heures supplémentaires réalisées en 2002 outre 278, 78 euros au titre des congés payés afférents, sans s'expliquer sur le mode de calcul retenu pour déterminer ces sommes, ni préciser le nombre d'heures supplémentaires qu'elle entendait ainsi rémunérer, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 455 du Code de procédure civile.

