

**COUR D'APPEL DE NOUMÉA**

**N° 07/21**

---

Présidente : Mme FONTAINE

---

Greffier lors des débats: Michaëla NIUMELE

---

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**Chambre sociale**

**Arrêt du 21 Mai 2008**

---

**PARTIES EN CAUSE DEVANT LA COUR**

**APPELANT**

M. X  
né le...à ...  
demeurant à NOUMEA

représenté par la SELARL REUTER-DE RAISSAC, avocats

**INTIMÉE**

LA PROVINCE SUD  
NOUMEA

représentée par Mme Y

**PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE**

Par jugement 5 janvier 2007, auquel il est référé pour l'exposé des faits, de la procédure, des moyens et prétentions des parties, le tribunal du travail de Nouméa a débouté M. X de sa demande d'indemnité de congés payés d'un montant de 11 064 609 FCFP, sous déduction d'une provision de 677.293 FCFP allouée par ordonnance de référé du 23 novembre 2005, outre 200.000 FCFP de dommages et intérêts pour résistance abusive, et 200.000 FCFP pour frais irrépétibles.

Le tribunal a relevé que la demande principale se heurtait au principe du non cumul entre le salaire et l'indemnité de congés payés, lorsque le salarié n'a pas pris ses congés et a travaillé en percevant un salaire,

- que la disposition locale autorisant le cumul des congés payés sur trois ans sous certaines conditions concerne la prise des congés payés et non l'indemnité compensatrice,

- que l'attestation produite par M. X ne pouvait suffire à établir que le demandeur avait été empêché de prendre ses congés, compte tenu de son imprécision et du fait qu'il n'en résultait pas que l'employeur se serait opposé à la prise des congés, qu'au surplus, le salarié ne réclamait pas le paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par cette faute, mais le paiement de l'indemnité compensatrice, qui s'oppose au principe indiqué.

### **PROCÉDURE D'APPEL**

Par requête déposée le 16 janvier 2007, M. X a régulièrement interjeté appel de cette décision, notifiée le 9 janvier.

Dans son mémoire ampliatif, l'appelant, à titre principal, reprend ses demandes, relatives à la somme de 11.064.109 FCFP sous déduction de la provision de 677.293 FCFP, avec intérêts au taux légal à compter du 1er mai 2005 date de la rupture du contrat.

A titre subsidiaire, il demande à la cour de dire qu'il a été dans l'impossibilité de prendre ses congés du fait de son employeur et de condamner la PROVINCE SUD à lui payer la somme de 11.000.000 FCFP à titre de dommages et intérêts pour congés payés non pris du fait de l'employeur, outre 200.000 FCFP pour résistance abusive et 200.000 FCFP pour frais irrépétibles.

L'appelant fait valoir qu'il a été mis fin à son contrat de travail le 12 mai 2005, qu'au 30 janvier 2005, il a reçu un titre de congé lui attribuant 136 jours de congés au titre des années 1999 à 2004, outre 7,5 jours au 1er mai 2005, représentant la somme de 11.064.609 FCFP, qui ne lui a pas été versée lors de son départ.

M. X fait valoir que le principe du non cumul entre l'indemnité de congés payés et le salaire n'est pas absolu, notamment lorsque l'employeur a reconnu un droit à congé à une date, ou lorsque l'employeur avait mis le salarié dans l'impossibilité de prendre la totalité de ses congés.

L'appelant soutient encore qu'en présence de dispositions conventionnelles ou d'un usage, ou d'une impossibilité de prendre ses congés du fait de l'employeur, la règle du non cumul doit être écartée.

Il invoque les dispositions de l'AIT et l'article 41 de la loi du 17 juillet 1996, qui prévoit un cumul des congés sur trois ans sous réserve que le salarié prenne au moins 6 jours ouvrables de congés effectifs par an; cette possibilité doit faire l'objet d'un accord écrit entre l'employeur et le salarié.

M. X avance que les titres de congés émis par la PROVINCE SUD sont constitutifs de l'accord écrit visé par le texte précédent.

Il fait grief aux premiers juges d'avoir apporté une restriction quant à l'indemnité compensatrice de congés payés qui ne figure pas au texte, et fait valoir qu'en cas de licenciement, il perdrait ses droits à congés sans en avoir été prévenu, alors qu'il n'est pas en mesure de prendre ses congés, ce qui est contraire à l'essence même du droit du travail qui vise à protéger les salariés.

M. X excipe d'un jugement du tribunal administratif du 3 octobre 2002 qui a reconnu au titre des congés des chefs de service du personnel des Provinces des droits à congés et considéré que ce titre constituait des autorisations de cumul, alors même que celles-ci ne seraient pas conformes aux dispositions d'arrêtés ultérieurs.

Il ajoute qu'au vu de l'usage du cumul des congés institué au sein de la PROVINCE SUD, il n'était pas nécessaire qu'il formule chaque année une demande d'autorisation de cumul, que cet usage est créateur de droit pour le salarié et peut instituer des modes de fonctionnement plus favorables que les dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, et qu'il demeure valable tant qu'il n'a pas été dénoncé par l'employeur dans les formes légales.

L'appelant fait valoir encore que l'usage institutionnalisé à la PROVINCE SUD permettait un cumul de congés au delà de trois ans, que les titres de congés délivrés démontrent que les congés pris dans l'année ne sont pas déduits des congés de l'année de référence, mais des droits à congé des plus anciens, ce qui serait impossible si une autorisation de cumul n'était pas accordée.

M. X souligne les termes du document à savoir "droit de l'intéressé à la veille de son départ en congés et droits de l'intéressé à l'expiration du présent congé.", et non comptabilisation.

Il estime qu'il ne doit pas perdre son droit à congé accordé par l'employeur alors que le salarié dont le contrat est rompu peut percevoir l'indemnité des congés payés acquis au cours de l'année, et que l'employeur ne peut induire en erreur le salarié au cours de son contrat de travail.

L'appelant invoque encore l'impossibilité dans laquelle il a été mis de prendre ses congés, d'une part, par l'erreur provoquée par l'émission de titres de congés autorisant le cumul, d'autre part, par les demandes de l'employeur visant à ce qu'il assure une présence et une continuité maximale du service, le conduisant à ne prendre que 15 jours de congés par an, et ce tout au long de son contrat, y compris après les élections de 2004, compte tenu de ses responsabilités qui ne lui permettaient pas de déposer des demandes écrites de congés.

Il invoque à cet égard une attestation de M. Z, responsable du service administratif, qu'il estime propre à établir l'opposition de l'employeur à sa prise de congés.

Il précise que le salarié n'a pas à démontrer un empêchement mais à établir que c'est par le fait de l'employeur que ses congés n'ont pas été pris.

Par écritures déposées le 28 juin 2007, la PROVINCE SUD conclut à la confirmation du jugement, en vertu du principe du non cumul entre le travail et l'indemnité de congé payé, et faute de démontrer que le salarié a été empêché par l'employeur de prendre ses congés, alors qu'il ne conteste pas qu'il a travaillé et a été payé.

La PROVINCE SUD observe que l'AIT n'est pas applicable en l'espèce en ce qu'il ne concerne pas le personnel des services publics, alors que M. X est fonctionnaire d'Etat en position de détachement, agent contractuel de la PROVINCE SUD soumis en cette qualité aux dispositions du droit du travail applicable en Nouvelle-Calédonie.

La PROVINCE SUD ajoute que le salarié ne produit aucune demande de cumul de congés ni l'accord écrit exigé par l'article 39 de l'ordonnance du 13 novembre 1985,

- que le titre de congé émis n'a pu faire naître de droits au profit de l'intéressé en ce qui concerne le cumul entre le salaire et l'indemnité de congés payés, en ce qu'il ne fait que comptabiliser le nombre de jours de congés annuels de l'agent et ne comporte aucun accord exprès des parties sur la possibilité de cumul,

- que la jurisprudence administrative n'est pas applicable à l'intéressé.

La PROVINCE SUD estime que l'usage, à le supposer établi, ne crée aucun droit à son profit de ce chef.

La PROVINCE SUD conteste avoir empêché M. X, qui les aurait réclamés, de prendre ses congés, et elle rappelle que selon la cour de cassation, seul le refus exprimé par l'employeur d'accorder des congés ouvre droit à des dommages et intérêts.

Elle soutient qu'elle n'a jamais empêché le salarié de prendre ses congés, étant organisée en vue de garantir la continuité du service public, le secrétaire général adjoint et les directeurs provinciaux, titulaires d'une délégation de signature, étant en mesure de le suppléer.

La PROVINCE SUD conteste encore le point de départ des intérêts, qui devraient partir à compter de la demande en justice, ainsi que le principe des dommages et intérêts pour résistance abusive, s'agissant des deniers publics.

Par conclusions déposées le 10 août 2007, M. X maintient ses arguments et développe la notion d'usage au sein de la collectivité, que seul l'employeur peut démontrer.

Il maintient en outre l'impossibilité de prendre ses congés par le fait de l'employeur, qui découlait de ses fonctions, notamment après les élections de 2004, le poste étant alors dépourvu de secrétaire général adjoint, et alors qu'il lui a été demandé de demeurer à son poste dans l'attente du recrutement de son successeur.

Sur demande déposée le 10 août 2007, par ordonnance du 17 août 2007, le magistrat de la mise en état a enjoint à la PROVINCE SUD de produire au greffe de la cour, où les parties pourront en prendre connaissance, le dernier bulletin de salaire de tous les salariés contractuels qui ont quitté ses services par licenciement, démission ou retraite, au cours des trois années précédant la cessation des fonctions de M. X.

Les documents ont été versés aux débats le 23 novembre 2007, de même que le mémoire en réplique de la PROVINCE SUD dans lequel elle maintient son argumentation.

Elle rappelle les conditions de constance, généralité et fixité que doit avoir un usage, ainsi que la volonté non équivoque de l'employeur d'accorder cet avantage, ce qui n'est pas le cas si le versement résulte d'une erreur, même répétée, par exemple, de calcul, ou d'interprétation, et elle affirme qu'en l'espèce, elle a commis une erreur sur ses obligations légales, qui ne peut constituer un droit acquis au cumul des congés.

La PROVINCE SUD rappelle que la cour de cassation a jugé que le droit à congés s'exerce en nature et que, faute d'exercer ce droit dans l'année, les salariés n'ont pas la possibilité de demander un report de leurs congés sur d'autres années ou un indemnité compensatrice.

Subsidiairement, la PROVINCE SUD remarque, sur le montant des dommages et intérêts sollicités, que le juge des référés ayant déjà octroyé la somme de 677.293 FCFP au titre des congés de l'année 2005, il convient de déduire 731.122 FCFP de la demande outre la somme de 358.580 FCFP au titre de l'année 1999, et celle de 1.788.892 FCFP, prescrites, ce qui ramènerait la somme allouée à 8 257.656 FCFP.

Elle insiste sur l'absence de démonstration par le salarié de l'impossibilité de prendre ses congés par le refus de l'employeur.

Par écritures déposées le 4 janvier 2008, l'appelant expose que les pièces versées aux débats par la PROVINCE SUD démontrent l'usage constant au sein de la PROVINCE SUD de permettre aux salariés contractuels de cumuler leurs congés,

- que par ailleurs, l'article 39 de l'ordonnance du 12 novembre 1985 prévoit le cumul des congés sur trois années, cette possibilité devant faire l'objet d'un accord écrit entre l'employeur et le salarié, qui existe en l'espèce sous forme d'un titre de congé,

- que la PROVINCE SUD, qui est une collectivité pourvue d'un service de gestion humaine, ne peut invoquer l'erreur sur l'étendue de ses obligations, alors que la pratique alléguée s'étend sur plusieurs années, de manière constante et générale, et qu'elle est matérialisée par un écrit de l'employeur,

- l'employeur peut mettre fin à un usage en respectant un délai de prévenance et après consultation des représentants du personnel.

M. X soutient enfin que l'usage du cumul des congés instauré au sein de la PROVINCE SUD n'impose aucune limitation de durée et échappe ainsi à la règle générale de la prescription, que par ailleurs, la première demande est intervenue le 7 décembre 2005, ce qui n'entraînerait son application que pour les demandes antérieures au 7 décembre 2000.

L'ordonnance de fixation est intervenue le 4 mars 2008.

## **MOTIFS DE LA DÉCISION**

### **Sur les congés payés :**

Attendu que le principe du non cumul des congés payés et du salaire peut connaître des atténuations notamment en cas d'usage dans l'entreprise, plus favorable au salarié ;

Attendu que l'examen des derniers bulletins de salaire des employés contractuels de la PROVINCE SUD qui ont cessé leurs fonctions au cours des trois dernières années démontre le paiement par l'employeur des congés des intéressés sur plusieurs années, ce qui confirme les allégations de M. X quant à l'accord de l'employeur sur le cumul des congés payés d'une année sur l'autre;

Attendu que ce paiement constitue la preuve d'un usage par la constance, la généralité et la fixité des sommes versées ;

Attendu que cette constatation n'est pas contestée par la PROVINCE SUD, qui allègue une erreur de droit ;

Attendu toutefois que cet argument ne peut prospérer, la PROVINCE SUD étant une collectivité territoriale disposant de services, notamment juridiques, qui lui permettent de gérer les situations de ses salariés avec compétence ;

Attendu qu'au vu de cet usage, il y a lieu de retenir que M. X a droit à une indemnité de congés payés, qui sera toutefois limitée aux cinq dernières années précédant la demande en justice, qui est en l'espèce le 7 décembre 2005, par la saisine de la juridiction de référé ;

Attendu qu'ainsi la PROVINCE SUD sera condamnée à verser à l'appelant, la somme brute de 9.084.180 FCFP, en deniers ou quittance, compte tenu de l'indemnité allouée par le juge des référés au titre des congés payés de l'année 2005, soit 731.122 FCFP brute, ainsi que l'a reconnu l'appelant dans ses écritures;

Attendu que, s'agissant d'une créance salariale, les intérêts au taux légal sur la somme restant due seront alloués à compter de la demande en justice, soit le 7 décembre 2005 ;

#### **Sur les dommages et intérêts :**

Attendu qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de dommages et intérêts pour résistance abusive en l'espèce, que cette demande sera rejetée ;

#### **Sur les frais irrépétibles :**

Attendu qu'il sera alloué à M. X la somme de 150.000 FCFP pour frais irrépétibles.

### **PAR CES MOTIFS**

La Cour, statuant par arrêt contradictoire déposé au greffe ;

Déclare l'appel de M. X recevable ;

Infirme le jugement déferé ;

Condamne la PROVINCE SUD à payer à M. X, en deniers ou quittances, la somme de neuf millions quatre vingt quatre mille cent quatre vingt (9.084.180) FCFP au titre des congés payés non pris dans la limite de la prescription, soit au 7 décembre 2000 ;

Dit les sommes restant dues porteront intérêts au taux légal à compter du 7 décembre 2005 ;

Condamne la PROVINCE SUD à payer à M. X la somme de cent cinquante mille (150.000) FCFP sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

Déboute M. X de sa demande de dommages et intérêts ;

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT