

SOC.

JL

COUR DE CASSATION

Audience publique du **13 juin 2019**

Rejet

M. HUGLO, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 955 F-P+B

Pourvoi n° F 18-14.981

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société Advenis gestion
privée, société par actions simplifiée, dont le siège est 12 rue Médéric,
75017 Paris, anciennement dénommée Avenir finance gestion privée,

contre l'arrêt rendu le 13 février 2018 par la cour d'appel de Colmar
(chambre sociale, section B), dans le litige l'opposant à M. Benoit Herbet,
domicilié 4 A rue du Buehl, 67120 Avolsheim,

défendeur à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois
moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 15 mai 2019, où étaient présents : M. Huglo, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Basset, conseiller rapporteur, Mme Pécaut-Rivolier, conseiller, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Basset, conseiller, les observations de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat de la société Advenis gestion privée, de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de M. Herbet, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le troisième moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar, 13 février 2018), que M. Herbet a été engagé le 1er novembre 1998 par la société Fortis devenue la société Ageas France ; que son contrat de travail a été transféré le 1er janvier 2014 par suite de la reprise de partie des activités d'Ageas France par la société Advenis gestion privée anciennement dénommée Avenir finance gestion privée ; que, le 26 février 2014, le salarié a été désigné en qualité de représentant syndical au comité d'entreprise ; que des élections complémentaires ont été organisées le 19 mai 2014 afin que les salariés d'Ageas France dont le contrat de travail avait été transféré puissent élire des représentants du personnel supplémentaires au comité d'entreprise de la société Advenis gestion privée dont la durée du mandat a été limitée à celle restant à courir des mandats des membres du comité d'entreprise de ladite société ; que, par lettre du 5 juin 2014, le salarié a présenté sa démission ; que, par une seconde lettre en date du 10 juin 2014, il a reproché à l'employeur des manquements relatifs à la rémunération et à la durée du travail de sorte que la rupture du contrat de travail devait produire les effets d'un licenciement nul ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié certaines sommes à titre de dommages-intérêts pour licenciement nul et pour violation du statut protecteur, alors, selon le moyen, *qu'en vertu de l'article L. 2122-1 du code du travail, dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 du même code et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ; qu'aussi, le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement total ou partiel des membres de cette institution, à charge pour le syndicat déclaré représentatif à l'issue de ces élections de procéder à une nouvelle désignation du délégué syndical au comité d'entreprise ; que la société Advenis gestion privée faisait valoir à cet égard que le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise détenu par M. Herbet avait pris fin à l'occasion de l'organisation de la*

nouvelle élection du comité d'entreprise le 19 mai 2014, peu important qu'il ne s'agisse que d'un renouvellement partiel ; qu'elle a soutenu que M. Herbet ayant démissionné de son emploi, par courrier du 5 juin 2014, avant sa nouvelle désignation par un syndicat comme représentant syndical au comité d'entreprise, son mandat était donc expiré au jour de la rupture unilatérale du contrat ; qu'en décidant au contraire, pour lui accorder une indemnité pour violation du statut protecteur au titre d'une durée de mandat restant de 16,5 mois, que, compte tenu du caractère complémentaire de l'élection du comité d'entreprise organisée en mai 2014, le salarié avait conservé son mandat représentant syndical au comité d'entreprise au jour de sa démission, la cour d'appel a violé les articles L. 2121-1, L. 2122-1, L. 2143-11, L. 2324-2 du code du travail et les articles L. 2411-1, L. 2411-3 et L. 2411-8 du code du travail, en leur version applicable au litige ;

Mais attendu que la représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral ; qu'il en résulte que le mandat du représentant syndical au comité d'entreprise de l'entreprise absorbante ne prend pas fin lors des élections complémentaires organisées pour la représentation des salariés dont le contrat de travail a été transféré ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a retenu que le salarié désigné en qualité de représentant syndical au comité d'entreprise de l'entreprise absorbante antérieurement aux élections complémentaires organisées au sein de cette même entreprise continuait à bénéficier du statut protecteur postérieurement à ces élections, a fait une exacte application des textes invoqués ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les premier et deuxième moyens ci-après annexés qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Advenis gestion privée aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer la somme de 3 000 euros à M. Herbet ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat aux Conseils, pour la société Advenis gestion privée

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR condamné la SASU ADVENIS GESTION PRIVÉE à payer à M. HERBERT les sommes de 117.340 € à titre de rappel d'heures supplémentaires, 11.734 € à titre de congés payés, 80.379,40 € à titre de contreparties en repos et 8.037,95 € à titre de congés payés ;

AUX MOTIFS QUE « M. HERBERT administre suffisamment cette preuve s'agissant de la soumission à un forfait de travail en jours qui encourt la nullité, ce qui caractérise une violation continue par la SASU de l'obligation essentielle de remplir le salarié de ses droits légaux et conventionnels au paiement de la rémunération en veillant à la charge de travail, ainsi qu'aux droits et repos, pour protéger la santé et la sécurité de celui-ci ; Attendu qu'en effet - et il est acquis aux débats que M. HERBERT n'avait pas le statut de cadre dirigeant - dans son contrat initial de 1998 il était prévu que sa base horaire était indéterminée et ce sera cette mention qui a figuré sur les bulletins de salaire pendant toute la durée de l'exécution du contrat de travail ; que cette formulation ne constitue pas une convention valable de forfait du fait de son imprécision - le nombre de jours n'est jamais indiqué même en dernier lieu dans les écritures de l'intimée - et surtout de l'absence d'adossement à la Convention Collective ou à un accord, puis, alors qu'aucune modalité de contrôle de la charge de travail et de l'exercice des droits au repos n'a été organisée, l'employeur ne l'alléguant du reste même pas ; que de plus cette forfaitisation de l'horaire et de la rémunération a cessé d'être la loi des parties par l'effet de la signature de l'avenant contractuel du 14 octobre 2010 qui sans équivoque - ce qui ne nécessite donc aucune interprétation qui aurait imposé comme le fait valoir l'appelante de rechercher la commune intention des parties - stipule qu'il annule et remplace toutes les dispositions contractuelles antérieures, sans instaurer une convention régulière de forfait, et aucun autre document ayant valeur contractuelle ne dispose en ce sens, de sorte que plus aucune convention de forfait ne liait les parties ; qu'il n'est pas valablement suppléé à cette absence d'écrit par l'abstention de protestations ou de réclamations du salarié, ce qui ne suffit pas à caractériser une renonciation non équivoque à être rempli de ses droits, ni un acquiescement ; que le jugement, qui à tort fait sienne la thèse de la SASU doit donc être infirmé et la nullité du forfait prononcée, ce qui rend M. HERBERT recevable à solliciter des heures

supplémentaires ainsi que contreparties des droits au repos pour les heures exécutées au-delà du contingent ; qu'au contraire de ce que soutient la SASU, M. HERBERT conformément à l'article L.3171-4 du code du travail étaye suffisamment sa réclamation pour mettre en mesure celle-là de répondre utilement en justifiant des horaires ; qu'ainsi dans ses écritures il procède à des calculs en se référant à des durées résultant d'événements et obligations imposés par l'exercice de ses fonctions et ceci pièces à l'appui (réunions d'équipe, session obligatoire de prise de rendez-vous, sessions de recrutement, formations, accompagnement des collaborateurs, les relations de clientèle et les comptes rendus, la participation à des salons, les déplacements avec de grandes amplitudes horaires) et deux témoins M. HOEGY et Madame DJOURITCH, anciens collègues, confirmant de manière circonstanciée ces durées de travail ; que face à cela la SASU, qui du fait du forfait n'a jamais effectivement contrôlé les horaires, s'avère défailante à justifier ceux-ci ; que ne peut être regardé comme un suivi fiable des horaires la communication - de surcroît très tardive en cours de procédure d'appel ce qui n'est pas sans introduire un doute sur l'authenticité de cette pièce - de l'agenda électronique de l'appelant ; qu'en tout état de cause, le SASU n'entend qu'en déduire que M. HERBERT n'exécutait pas d'heures supplémentaires, ce qui au vu de l'article L. 3171-4 précité n'est pas satisfaisant dès lors qu'elle n'établit pas les horaires par ce moyen ; qu'en infirmant le jugement querellé il échec donc d'accueillir les demandes salariales exactement calculées en heures et majorations au-delà de ce qui a été réglé, puis au-delà du contingent » ;

1. ALORS QUE dans ses écritures d'appel, la Société ADVENIS GESTION invoquait l'existence d'une convention de forfait en jours matérialisée par un avenant au contrat de travail signé par le salarié le 1er février 2008, lequel était régulièrement versé aux débats (pièce n°13) ; que cette convention de forfait en jours fixait le temps de travail à 218 jours par an et précisait qu'elle était prise en application, notamment, d'un accord collectif d'entreprise du 18 février 2000 ; qu'en appréciant les droits du salarié au regard des seules stipulations de « son contrat initial de 1998 », pour reprocher à cet écrit de ne pas comporter l'indication du nombre de jours de travail ni l'adossement à un accord collectif, la cour d'appel a méconnu les termes du litige et a violé l'article 4 du Code de procédure civile ;

2. ALORS QU'en s'abstenant d'examiner, comme elle y était invitée, si les stipulations de l'avenant du 1er février 2008 ne comportaient pas toutes les stipulations prévues par les articles L.3121-39 et L.3121-40 du code du travail dans leurs dispositions alors applicables, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de ces textes, ensemble l'article L.3171-4 du Code du travail ;

3. ALORS QUE la novation ne se présume pas ; que si l'avenant du 14 décembre 2010 comportait une clause de style selon laquelle « les stipulations du présent avenant annulent et remplacent toutes les dispositions antérieures relatives au contrat de travail du collaborateur », il existait une difficulté quant à la portée de cette clause dès l'instant où il n'était pas contesté que l'avenant du 14 décembre 2010 ne contenait aucune disposition relative à la durée du travail, ni surtout aucun élément susceptible de remettre en cause l'avenant distinct du 1^{er} février 2008 qui traitait spécifiquement la question autonome de la durée du travail de Monsieur HERBET ; qu'il n'était pas non plus contesté que les parties avaient continué d'appliquer pendant quatre années la convention de forfait en jours, comme cela ressortait tous les mois à la lecture des bulletins de paie remis à Monsieur HERBET sans réserve ni protestation de sa part ; qu'en jugeant, nonobstant les éléments qui précèdent, que l'avenant du 14 décembre 2010 ne soulevait aucune difficulté d'interprétation en ce qui concerne la question de la durée du travail, la cour d'appel a violé les articles L.1121-1 du Code du travail, ensemble l'article 1134 du Code civil dans sa rédaction applicable en la cause ;

4. ALORS QUE saisis d'une demande de rappel d'heures supplémentaires, les juges du fond sont tenus de former leur conviction au vu des éléments produits par l'employeur ou le salarié et de trancher le litige en vérifiant le bien-fondé de la demande, ainsi que son quantum ; qu'en faisant droit à l'intégralité des demandes d'heures supplémentaires et en refusant de tenir compte des agendas électroniques de Monsieur HERBET de 2011 à 2014 (pièce d'appel n°38) produits par l'employeur afin de démontrer la faible activité du salarié et son absence d'accomplissement d'une durée du travail supérieure à 35 heures par semaine, aux motifs que « la SASU n'entend qu'en déduire que Monsieur HERBET n'exécutait pas d'heures supplémentaires, ce qui au vu de l'article L.3171-4 précité n'est pas satisfaisant dès lors qu'elle n'établit pas les horaires par ce moyen », la cour d'appel a méconnu son office en ne vérifiant pas le bien-fondé et le quantum des rappels heures supplémentaires sollicitées et a violé l'article 12 du code de procédure civile ;

5. ALORS QUE saisis d'une demande de rappel d'heures supplémentaires, les juges du fond sont tenus de former leur conviction au vu des éléments produits par l'employeur et le salarié et de trancher le litige en vérifiant le bien-fondé de la demande, ainsi que son quantum ; que les juges du fond ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leurs sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; que dans ses conclusions d'appel, la Société ADVENIS GESTION PRIVEE a contesté le quantum de rappels

d'heures supplémentaires sollicités par le salarié ; qu'elle a produit à ce titre la copie des agendas électroniques de Monsieur HERBET de 2011 à 2014 (pièce d'appel n° 38), afin de démontrer la faible activité du salarié et son absence d'accomplissement d'une durée du travail supérieure à 35 heures par semaine ; qu'en faisant droit à l'intégralité des demandes de Monsieur HERBET en refusant d'examiner ces agendas électroniques, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.3171-4 du code du travail ;

6. ALORS QUE les juges sont tenus de motiver leur décision ; qu'en condamnant la Société ADVENIS GESTION PRIVEE au paiement des sommes de 80.379,40 € à titre de contreparties en repos et 8.037,95 € à titre de congés payés sans motiver sa décision sur ce point, ne serait-ce que sommairement, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

7. ALORS QUE le salarié, qui n'a pas été en mesure, du fait de son employeur, de formuler une demande de contrepartie obligatoire en repos, a droit à l'indemnisation du préjudice subi, laquelle comporte à la fois le montant de l'indemnité contrepartie obligatoire en repos et le montant de l'indemnité de congés payés ; qu'en condamnant à la fois la SASU ADVENIS GESTION PRIVÉE à payer au salarié les sommes de 80.379,40 € à titre de contreparties en repos et de 8.037,95 € à titre de congés payés, la cour d'appel a violé les articles L. 3121-11 et D. 3121-14 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR condamné la SASU ADVENIS GESTION PRIVÉE à payer à M. HERBERT les sommes de 73.773,95 € à titre d'indemnité de licenciement, 35.000 € de dommages et intérêts pour licenciement nul et 95.931 € à titre de dommages et intérêts pour violation du statut protecteur ;

AUX MOTIFS QUE « le 5 juin 2014, M. HERBERT a envoyé à la SASU une lettre de démission et par courrier du 10 juin 2014, il a reproché à l'employeur des manquements afférents à sa rémunération ainsi qu'à la durée du travail, selon lui de nature à faire produire à cette rupture les effets d'un licenciement nul ; que le 29 octobre 2014 c'est en ce sens qu'il a saisi le conseil de prud'hommes auquel il est fondé à reprocher de l'avoir débouté de l'essentiel de ses prétentions ; que d'abord si le libellé de la lettre de démission ne contenait pas de réserves il est patent que le courrier quasi-simultanément émis pour énumérer des griefs envers la SASU et lui

reprocher des manquements graves rend celle-là - au contraire de l'opinion des premiers juges - équivoque ; partant pour qualifier celle-ci d'imputable à l'employeur il incombe à M. HERBERT de prouver que la SASU - et comme elle le fait valoir le doute doit profiter à cette dernière - a commis des manquements à ses obligations d'une gravité telle qu'ils font obstacle à la poursuite d'exécution du contrat de travail ; que M. HERBERT administre suffisamment cette preuve s'agissant de la soumission à un forfait de travail en jours qui encourt la nullité, ce qui caractérise une violation continue par la SASU de l'obligation essentielle de remplir le salarié de ses droits légaux et conventionnels au paiement de la rémunération en veillant à la charge de travail, ainsi qu'aux droits et repos, pour protéger la santé et la sécurité de celui-ci ; qu'en effet - et il est acquis aux débats que M. HERBERT n'avait pas le statut de cadre dirigeant - dans son contrat initial de 1998 il était prévu que sa base horaire était indéterminée et ce sera cette mention qui a figuré sur les bulletins de salaire pendant toute la durée de l'exécution du contrat de travail ; que cette formulation ne constitue pas une convention valable de forfait du fait de son imprécision - le nombre de jours n'est jamais indiqué même en dernier lieu dans les écritures de l'intimée - et surtout de l'absence d'adossement à la Convention Collective ou à un accord, puis, alors qu'aucune modalité de contrôle de la charge de travail et de l'exercice des droits au repos n'a été organisée, l'employeur ne l'alléguant du reste même pas ; que de plus cette forfaitisation de l'horaire et de la rémunération a cessé d'être la loi des parties par l'effet de la signature de l'avenant contractuel du 14 octobre 2010 qui sans équivoque - ce qui ne nécessite donc aucune interprétation qui aurait imposé comme le fait valoir l'appelante de rechercher la commune intention des parties - stipule qu'il annule et remplace toutes les dispositions contractuelles antérieures, sans instaurer une convention régulière de forfait, et aucun autre document ayant valeur contractuelle ne dispose en ce sens, de sorte que plus aucune convention de forfait ne liait les parties ; qu'il n'est pas valablement suppléé à cette absence d'écrit par l'abstention de protestations ou de réclamations du salarié, ce qui ne suffit pas à caractériser une renonciation non équivoque à être rempli de ses droits, ni un acquiescement ; que le jugement, qui à tort fait sienne la thèse de la SASU doit donc être infirmé et la nullité du forfait prononcée, ce qui rend M. HERBERT recevable à solliciter des heures supplémentaires ainsi que contreparties des droits au repos pour les heures exécutées au-delà du contingent ; qu'au contraire de ce que soutient la SASU, M. HERBERT conformément à l'article L3171-4 du code du travail étaye suffisamment sa réclamation pour mettre en mesure celle-là de répondre utilement en justifiant des horaires ; qu'ainsi dans ses écritures il procède à des calculs en se référant à des durées résultant d'événements et obligations imposés par l'exercice de ses fonctions et ceci pièces à l'appui (réunions d'équipe, session obligatoire de prise de rendez-vous, sessions de

recrutement, formations, accompagnement des collaborateurs, les relations de clientèle et les comptes rendus, la participation à des salons, les déplacements avec de grandes amplitudes horaires) et deux témoins M. HPEGY et Madame DJOURITCH, anciens collègues, confirmant de manière circonstanciée ces durées de travail ; que face à cela la SASU, qui du fait du forfait n'a jamais effectivement contrôlé les horaires, s'avère défaillante à justifier ceux-ci ; que ne peut être regardé comme un suivi fiable des horaires la communication - de surcroît très tardive en cours de procédure d'appel ce qui n'est pas sans introduire un doute sur l'authenticité de cette pièce - de l'agenda électronique de l'appelant ; qu'en tout état de cause, le SASU n'entend qu'en déduire que M. HERBERT n'exécutait pas d'heures supplémentaires, ce qui au vu de l'article L3171-4 précité n'est pas satisfaisant dès lors qu'elle n'établit pas les horaires par ce moyen ; qu'en infirmant le jugement querellé il échet donc d'accueillir les demandes salariales exactement calculées en heures et majorations au-delà de ce qui a été réglé, puis au-delà du contingent ; qu'en revanche le jugement sera confirmé sur le rejet de la demande d'indemnité pour travail dissimulé ; que la SASU a méconnu les règles régissant le forfait mais il ne s'en déduit pas suffisamment son intention dolosive de recourir au travail clandestin alors que par ailleurs M. HERBERT a pu disposer de tous les éléments pour être désormais rempli de ses droits ; que M. HERBERT fait aussi grief à la SASU d'avoir unilatéralement modifié la structure et le mode de calcul de sa rémunération, ce qu'elle ne conteste pas, alors que celles-ci procédaient - et le contrat de travail s'y référait - d'un accord d'entreprise toujours en vigueur ; que cette décision de la SASU méconnaissait le droit de M. HERBERT aux garanties collectives de l'entreprise et la circonstance alléguée par elle que ce serait une rémunération plus favorable qu'elle aurait ainsi concédée, ni le fait non discuté que les minima conventionnels demeuraient respectés par elle, ne constituent des faits justificatifs à ce qui caractérise un manquement grave et continu à ses obligations ; que les manquements allégués par M. HERBERT afférents à un prétendu manque de moyens, notamment en matière de recrutement de collaborateurs, ne sont pas établis avec certitude par lui, d'autant que la stratégie relève du pouvoir de direction de la SASU sans que ne soit suffisamment prouvé un abus à ce titre ; Mais attendu que les constatations qui précèdent sur la nullité du forfait, le non-paiement des rémunérations d'heures supplémentaires et repos, ainsi que les modifications unilatérales du calcul du salaire suffisent à justifier que la démission produisent les effets d'un licenciement ; que la durée de la situation était de nature à ne plus permettre la poursuite d'exécution du contrat de travail, et alors que la mauvaise foi ne se présume pas et qu'il ne peut être reproché à un salarié de chercher un autre emploi, c'est sans preuve de l'intention dolosive que la SASU impute à l'appelant d'avoir démissionné de façon opportuniste du fait qu'il est

aussitôt rentré au service d'une entreprise concurrente ; que c'est donc encore sur ce point l'infirmité du jugement qui s'impose ; qu'au surplus alors que M. HERBERT était bien au jour de la rupture un salarié protégé, ce licenciement survenu sans autorisation administrative est nul ; que c'est à tort que la SASU soutient qu'au jour de la rupture, le 5 juin 2014, le mandat de délégué syndical au Comité d'Entreprise de l'appelant avait pris fin, et ceci depuis le 19 mai 2014 date de l'élection du Comité d'Entreprise où il n'avait pas été élu, et alors que ce n'est que postérieurement à la démission qu'elle a été informée de la nouvelle désignation de celui-ci par le syndicat ; qu'en effet M. HERBERT réplique à bon droit que ce n'était qu'une 'élection complémentaire' du Comité d'Entreprise qui avait été organisée en mai 2014, et c'est constant la SASU expliquant que bien que non contrainte en ce sens par la loi elle avait accédé à la demande des salariés élus et des organisations syndicales pour permettre à 200 salariés nouvellement inscrits à ses effectifs par suite de transferts de leurs contrats de travail de choisir leurs représentants ; qu'il s'en suit que l'institution représentative déjà en place n'avait pas été affectée, ni les mandats en cours qui se sont poursuivis jusqu'à leur terme, et du reste les mandats des nouveaux élus ont eu une durée limitée à celle restant à courir pour les membres de ladite institution ainsi complétée ; que partant M. HERBERT est demeuré protégé par son mandat de délégué syndical au Comité d'Entreprise issu de sa désignation du 26 février 2014 ; qu'en conséquence du tout la SASU doit être condamnée à payer les indemnités conventionnelles de rupture soit outre congés payés la somme de 8.721 € pour le préavis qu'il limite lui-même à 1,5 mois et celle de 73.773,95 € pour l'indemnité conventionnelle de licenciement ; qu'il en est de même de l'indemnité forfaitaire de violation du statut protecteur en considération de la date de désignation et de la durée du mandat limitée à deux ans, ce qui laissait une durée de 16,5 mois justifiant de fixer celle-là à la somme de 95.931,00 € ; Attendu qu'en considération de son âge, de son salaire, de son ancienneté, mais en l'absence de contestation de ce qu'il a aussitôt retrouvé un emploi, c'est la condamnation de la SASU à payer à titre de dommages et intérêts la somme de 35.000 € qui remplira M. HERBERT de ses droits à réparation des conséquences de son licenciement nul » ;

1. ALORS QUE la cassation entraîne, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui est la suite, l'application ou l'exécution du jugement cassé ou qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ; que par application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation des chefs de dispositif de l'arrêt critiqués dans le premier moyen condamnant la société exposante au paiement de rappels d'heures supplémentaires et de contreparties en repos entraînera, par voie de conséquence, la censure du chef de dispositif qui,

pour ce motif, a jugé que la démission devait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

2. ALORS QUE la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ; que la rétractation d'une démission ne produit aucun effet dès lors que la volonté de démissionner a été clairement établie et que l'employeur a déjà reçu la lettre de démission ; que lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge ne peut l'analyser en une prise d'acte que s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque ; que par une lettre du 5 juin 2014, Monsieur HERBET a fait part à la société de son intention de démissionner, indiquant à cet égard à l'employeur « je vous présente ma démission du poste de responsable départemental que j'occupe actuellement au sein d'AFPG », sans émettre le moindre grief contre l'employeur ; que la cour d'appel a elle-même constaté que cette lettre de démission « ne contenait pas de réserves » (arrêt p. 2 § 5) ; qu'en refusant dès lors de tenir compte de cette démission sans réserve de Monsieur HERBET, sans constater qu'elle présentait un caractère équivoque au jour où elle a été donnée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L.1231-1, L.1232-1, L.1237-1 et L.1237-2 du code du travail, ensemble les articles 1103 (ancien article 1134) et 1224 (ancien article 1184) du code civil ;

3. ALORS QUE les juges du fond ne peuvent déduire le caractère équivoque de la démission de la seule rétractation du salarié dans un bref délai ; qu'à supposer qu'elle ait déduit le caractère équivoque de la démission du courrier de rétractation adressé par le salarié le 10 juin 2014, cinq jours après l'envoi de la lettre de démission, la cour d'appel a violé les articles L.1231-1, L.1232-1, L.1237-1 et L.1237-2 du code du travail, ensemble les articles 1103 (ancien article 1134) et 1224 (ancien article 1184) du code civil ;

4. ALORS, ET A TITRE SUBSIDIAIRE, QUE la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié ne produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse qu'en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur rendant impossible la poursuite de l'exécution du contrat ; qu'en l'espèce, il ressort des constatations de l'arrêt que Monsieur HERBET a démissionné de son emploi le 5 juin 2014, soit près de quatre ans après la suppression de la convention de forfait et près d'un an et six mois après les modifications alléguées de la structure de sa rémunération ; qu'en s'abstenant de rechercher si l'exécution du contrat de travail dans ces conditions pendant plusieurs années n'était pas de nature à démontrer que les manquements invoqués ne rendaient pas impossible la poursuite du contrat de travail au jour de la démission du salarié, la cour d'appel a privé

sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1, L.1222-1, L.1231-1 et L 1232-1 du code du travail, ensemble les articles 1103 (ancien article 1134) et 1224 (ancien article 1184) du code civil ;

5. ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QUE la mise en demeure préalable du débiteur de l'obligation procède de l'exigence de bonne foi et de loyauté du créancier face à la survenance d'une inexécution contractuelle ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a fait droit à la demande de requalification de la démission en licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans constater qu'une mise en demeure préalable ait été adressée par le salarié à l'employeur ; qu'en statuant ainsi, bien que le contrat de travail soit soumis aux règles de droit commun et aux exigences de bonne foi et de loyauté contractuelles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1, L.1222-1 et L.1231-1 du Code du travail, ensemble les articles 1135, 1139 et 1184 du Code civil dans leur rédaction applicable, antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR condamné la SASU ADVENIS GESTION PRIVÉE à payer à M. HERBERT les sommes de 35.000 € de dommages et intérêts pour licenciement nul et 95.931 € à titre de dommages et intérêts pour violation du statut protecteur ;

AUX MOTIFS QU'« au surplus alors que M. HERBERT était bien au jour de la rupture un salarié protégé, ce licenciement survenu sans autorisation administrative est nul ; que c'est à tort que la SASU soutient qu'au jour de la rupture, le 5 juin 2014, le mandat de délégué syndical au Comité d'Entreprise de l'appelant avait pris fin, et ceci depuis le 19 mai 2014 date de l'élection du Comité d'Entreprise où il n'avait pas été élu, et alors que ce n'est que postérieurement à la démission qu'elle a été informée de la nouvelle désignation de celui-ci par le syndicat ; qu'en effet M. HERBERT réplique à bon droit que ce n'était qu'une élection 'complémentaire' du Comité d'Entreprise qui avait été organisée en mai 2014, et c'est constant la SASU expliquant que bien que non contrainte en ce sens par la loi elle avait accédé à la demande des salariés élus et des organisations syndicales pour permettre à 200 salariés nouvellement inscrits à ses effectifs par suite de transferts de leurs contrats de travail de choisir leurs représentants ; qu'il s'en suit que l'institution représentative déjà en place n'avait pas été affectée, ni les mandats en cours qui se sont poursuivis jusqu'à leur terme, et du reste les mandats des nouveaux élus ont eu une durée limitée à celle restant à courir pour les membres de ladite institution ainsi complétée ; que partant M. HERBERT est demeuré protégé par son mandat de délégué syndical au Comité d'Entreprise issu de sa désignation du 26 février 2014 ; qu'en conséquence du tout la SASU doit être condamnée à payer les indemnités conventionnelles de rupture soit outre congés payés la somme de 8.721 € pour le préavis qu'il limite lui-même à 1,5 mois et celle de

73.773,95 € pour l'indemnité conventionnelle de licenciement ; qu'il en est de même de l'indemnité forfaitaire de violation du statut protecteur en considération de la date de désignation et de la durée du mandat limitée à deux ans, ce qui laissait une durée de 16,5 mois justifiant de fixer celle-là à la somme de 95.931,00 € ; qu'en considération de son âge, de son salaire, de son ancienneté, mais en l'absence de contestation de ce qu'il a aussitôt retrouvé un emploi, c'est la condamnation de la SASU à payer à titre de dommages et intérêts la somme de 35.000 € qui remplira M. HERBERT de ses droits à réparation des conséquences de son licenciement nul » ;

ALORS QU'en vertu de l'article L. 2122-1 du code du travail, dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 du même code et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants ; qu'aussi, le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement total ou partiel des membres de cette institution, à charge pour le syndicat déclaré représentatif à l'issue de ces élections de procéder à une nouvelle désignation du délégué syndical au comité d'entreprise ; que la Société ADVENIS GESTION PRIVEE faisait valoir à cet égard que le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise détenu par Monsieur HERBET avait pris fin à l'occasion de l'organisation de la nouvelle élection du comité d'entreprise le 19 mai 2014, peu important qu'il ne s'agisse que d'un renouvellement partiel ; qu'elle a soutenu que Monsieur HERBET ayant démissionné de son emploi, par courrier du 5 juin 2014, avant sa nouvelle désignation par un syndicat comme représentant syndical au comité d'entreprise, son mandat était donc expiré au jour de la rupture unilatérale du contrat ; qu'en décidant au contraire, pour lui accorder une indemnité pour violation du statut protecteur au titre d'une durée de mandat restant de 16,5 mois, que, compte tenu du caractère complémentaire de l'élection du comité d'entreprise organisée en mai 2014, le salarié avait conservé son mandat représentant syndical au comité d'entreprise au jour de sa démission, la cour d'appel a violé les articles L. 2121-1, L. 2122-1, L. 2143-11, L. 2324-2 du code du travail et les articles L. 2411-1, L. 2411-3 et L. 2411-8 du code du travail, en leur version applicable au litige.