

COUR DE CASSATION

Audience publique du **8 septembre 2016**

Cassation partielle

M. FROUIN, président

Arrêt n° 1507 FS-P+B

Pourvoi n° D 14-26.256

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 SGD, société anonyme, dont le siège est 14 bis terrasse Bellini, 92800 Puteaux,

contre l'arrêt rendu le 16 septembre 2014 par la cour d'appel de Versailles (6e chambre), dans le litige l'opposant :

1^o/ à M. François Portenseigne, domicilié 8 passage de la Vallée, 92140 Clamart,

2^o/ à Pôle emploi de Paris, dont le siège est le Cinétic, 1-5 avenue du docteur Gley, 75020 Paris,

défendeurs à la cassation ;

M. Portenseigne a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

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

Le demandeur au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 22 juin 2016, où étaient présents : M. Frouin, président, Mme Goasguen, conseiller rapporteur, M. Chollet, conseiller doyen, M. Mallard, Mmes Vallée, Aubert-Monpeyssen, Schmeitzky-Lhuillery, M. Schamber, conseillers, M. Flores, Mme Ducloz, MM. David, Belfanti, conseillers référendaires, Mme Robert, avocat général, Mme Becker, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Goasguen, conseiller, les observations de la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, avocat de la société SGD, de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de M. Portenseigne, l'avis de Mme Robert, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Portenseigne a été engagé en 2010 par la société SGD, d'abord en contrat à durée déterminée puis, à compter du 1er juillet 2011, en contrat à durée indéterminée, en qualité de directeur du plan stratégique et des analyses ; qu'il a été licencié le 30 octobre 2012 pour motif économique ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes, notamment au titre d'un rappel d'heures supplémentaires ;

Sur les deuxième, troisième et quatrième moyens du pourvoi principal de l'employeur et sur le moyen unique du pourvoi incident du salarié :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal de l'employeur :

Vu l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, les articles 3121-39 à L. 3121-45 du code du travail, interprétés à la lumière de l'article 17, §§ 1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du

23 novembre 1993, des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'accord collectif sur la réduction du temps de travail du 21 février 2000 pris en son avenant du 10 novembre 2008 ;

Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des directives de l'Union européenne que les Etats membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ;

Attendu, encore, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;

Attendu, enfin, que l'avenant du 10 novembre 2008 à l'accord collectif sur la réduction du temps de travail du 21 février 2000 prévoit en son article 2 que « les conditions de contrôle et de suivi de l'organisation du travail, de l'amplitude des journées d'activité et de charge de travail des cadres au forfait jours sont décrites dans l'annexe jointe », laquelle recense un ensemble de thèmes, parmi lesquels les principes du droit aux repos hebdomadaire et journalier minimum, les moyens de contrôle et leur fréquence, hebdomadaire ou mensuelle, ainsi que « le suivi et le contrôle de la charge de travail » dont il est précisé qu'ils sont destinés à « permettre à chaque cadre d'alerter sa hiérarchie en cas de difficulté » au moyen d'une « zone de commentaire spécifique sur le relevé déclaratif » avec « possibilité de demande d'entretien auprès de la hiérarchie » et selon une « périodicité mensuelle » ;

Attendu que pour dire que la convention de forfait est nulle et de nul effet, l'arrêt retient que pour assurer le suivi du temps de travail et de présence, l'accord d'entreprise prévoit un relevé déclaratif mensuel co-signé par le salarié et son N+1 et validé par le service RH, que ledit relevé déclaratif figurant dans l'annexe comporte seulement l'indication de la présence du salarié cadre matérialisée par une croix dans un tableau calendaire et en cas d'absence les initiales correspondant au motif de celle-ci, mais qui porte donc seulement sur le nombre de jours travaillés ou non chaque mois mais qu'il n'existe pas de dispositif permettant de contrôler effectivement la durée maximale de travail en l'absence de toute mention dans l'accord collectif de l'obligation de déclarer la durée de travail tant quotidienne qu'hebdomadaire, que si l'annexe prévoit que le contrôle du

repos journalier de 11 heures minimum s'effectue par l'indication du non-respect de cette durée de temps de repos sur le relevé déclaratif, ce dispositif ne prévoit donc rien pour le contrôle effectif de l'amplitude de travail, que le relevé déclaratif mensuel comporte une zone de commentaires, mais qu'aucune disposition conventionnelle ne prévoit que ces commentaires peuvent aussi porter sur la durée du temps de travail, qu'en effet l'annexe prévoit seulement que cette zone de commentaire spécifique sert au cadre pour alerter sa hiérarchie en cas de difficulté s'agissant du suivi et du contrôle de la charge de travail, ce dont elle déduit que ce dispositif conventionnel n'est pas de nature à garantir à tout le moins que l'amplitude de travail reste raisonnable et assure une bonne répartition dans le temps de travail de l'intéressé et donc à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié ;

Qu'en statuant ainsi, alors que répond aux exigences relatives au droit à la santé et au repos, l'avenant du 10 novembre 2008 dont les dispositions assurent la garantie du respect des repos, journalier et hebdomadaire, ainsi que des durées maximales raisonnables de travail en organisant le suivi et le contrôle de la charge de travail selon une périodicité mensuelle par le biais d'un relevé déclaratif signé par le supérieur hiérarchique et validé par le service de ressources humaines, assorti d'un dispositif d'alerte de la hiérarchie en cas de difficulté, avec possibilité de demande d'entretien auprès du service de ressources humaines, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il juge nulle et de nul effet la convention de forfait jours conclue en application des accords collectifs et condamne la société SGD à verser à M. Portenseigne, avec intérêts de droit, les sommes de 44 456,11 euros de rappel d'heures supplémentaires au cours de la période 2010 à 2012, 4 445,61 euros de congés payés afférents, 12 048,59 euros de dommages-intérêts au titre du repos compensateur, l'arrêt rendu le 16 septembre 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ces points, 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 Versailles, autrement composée ;

Condamne M. Portenseigne aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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 huit septembre deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, avocat aux Conseils, pour la société SGD.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR ailleurs jugé nulle et de nul effet la convention de forfait jours conclue en application des accords collectifs et d'AVOIR condamné la société SGD à verser à Monsieur PORTENSEIGNE les sommes de 44.456,11 € à titre de rappel d'heures supplémentaires au cours de la période 2010 à 2012, outre 4.445,61 € à titre de congés payés afférents, et 12.048,59 € de dommages et intérêts au titre du repos compensateur ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le forfait jours, Monsieur PORTENSEIGNE, citant les dispositions constitutionnelles et les principes généraux de l'Union Européenne relatifs à la protection de la sécurité et de la santé ainsi qu'au repos des travailleurs, demande de juger nulle la convention de forfait jours conclue en application des accords collectifs d'entreprise. Il soutient en effet que les dispositions conventionnelles ne comportent pas de mesures de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restaient raisonnables. De son côté la société SGD répond que l'accord d'entreprise fixe valablement les conditions de contrôle et de suivi de l'organisation du travail, de l'amplitude des journées de travail et de la charge de travail des salariés en forfait jours. Vu l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-43 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige interprété à la lumière de l'article 17 paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17 paragraphes 1 et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles. Il résulte des articles cités ci-dessus des directives de l'Union Européenne que les États membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur. Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires. En l'espèce, selon l'article 2 de l'avenant à l'accord d'entreprise relatif à la réduction du temps de travail, du 10 novembre 2008, les conditions de contrôle et de suivi de l'organisation du travail, de l'amplitude des journées d'activité et de la charge de travail des cadres au

forfait jours sont décrites dans une annexe jointe à cet avenant. L'article 3.1 de l'accord d'entreprise sur la réduction du temps de travail précise que les durées quotidiennes et hebdomadaires maximales de travail sont celles prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, qui sont respectivement de 10 heures et de 48 heures. Pour assurer le suivi du temps de travail et de présence, l'accord d'entreprise prévoit un relevé déclaratif mensuel co-signé par le salarié et son N+1 et validé par le service RH. Ledit relevé déclaratif figurant dans l'annexe comporte seulement l'indication de la présence du salarié cadre matérialisée par une croix dans un tableau calendaire et en cas d'absence les initiales correspondant au motif de celle-ci (par exemple : congés payés, maladie). Il porte donc seulement sur le nombre de jours travaillés ou non chaque mois. Mais il n'existe pas de dispositif permettant de contrôler effectivement la durée maximale de travail en l'absence de toute mention dans l'accord collectif de l'obligation de déclarer la durée de travail tant quotidienne qu'hebdomadaire. Si l'annexe prévoit que le contrôle du repos journalier de 11 heures minimum s'effectue par l'indication du non respect de cette durée de temps de repos sur le relevé déclaratif, ce dispositif ne prévoit donc rien pour le contrôle effectif de l'amplitude de travail. Le relevé déclaratif mensuel comporte une zone de commentaires, mais aucune disposition conventionnelle ne prévoit que ces commentaires peuvent aussi porter sur la durée du temps de travail. En effet l'annexe prévoit seulement que cette zone de commentaire spécifique sert au cadre pour alerter sa hiérarchie en cas de difficulté s'agissant du suivi et du contrôle de la charge de travail. Enfin la vérification annuelle du nombre de jours travaillés pour chaque cadre par le service RH ainsi que la remise d'un écrit par le salarié pour tous les dépassements ne concernent que le plafond annuel des jours travaillés. C'est pourquoi ce dispositif conventionnel n'est pas de nature à garantir à tout le moins que l'amplitude de travail reste raisonnable et assure une bonne répartition dans le temps du travail de l'intéressé et donc à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié. Par conséquent la convention de forfait doit être jugée nulle et privée d'effet » ;

ET AUX MOTIFS QUE « sur les heures supplémentaires, le repos compensateur et l'indemnité de travail dissimulé, Monsieur PORTENSEIGNE en l'absence de convention de forfait valable peut solliciter le paiement des heures supplémentaires sous réserve que la preuve de ces heures soit faite. L'article L 3171-4 du code du travail énonce qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable. S'il résulte de ces dispositions que 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. A l'appui de sa demande, Monsieur PORTENSEIGNE produit les courriers électroniques émis depuis sa boîte électronique professionnelle et les enregistrements de fichiers professionnels sur son ordinateur avec la mention de l'heure de leur émission ou de leur enregistrement. La société SGD ne peut pas soutenir qu'il est impossible de tirer de conséquences de ces e-mails sur la durée du travail. En effet, elle ne remet pas en cause le mode d'enregistrement et les heures affichées sur les courriers électroniques. C'est pourquoi l'indication de ces horaires sur les outils professionnels permet d'établir que le salarié était au travail à ce moment-là et que ces heures de travail étaient nécessairement connues de l'employeur. Dans ces conditions le décompte opéré à partir de ces relevés d'heures est probant, la société ne rapportant pas de son côté la preuve des horaires effectivement réalisés par Monsieur PORTENSEIGNE. Par conséquent il est fait droit aux demandes qui s'élèvent à la somme de 44 456,11 euros pour les heures supplémentaires au cours de la période 2010 à 2012 à 4 445,61 euros pour les congés payés afférents et à 12 048,59 euros de dommages-intérêts au titre du repos compensateur » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ; que tel est le cas de l'accord sur la réduction du temps de travail du 21 février 2000 conclu au sein de la société SGD qui, d'une part, énonce que « les durées quotidiennes et hebdomadaires de travail maximales de travail sont celles prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur » (article 3.1) et prévoit que chaque cadre au forfait effectue un relevé déclaratif mensuel visé par son supérieur hiérarchique afin d'assurer le contrôle et la maîtrise de son temps de travail, et qui d'autre part, par un avenant du 10 novembre 2008 a institué un dispositif « de contrôle et de suivi de l'organisation du travail, de l'amplitude des journées d'activité et de la charge de travail des cadres au forfait jours » (article 2) renvoyant lui-même à une annexe qui, au titre du droit au repos hebdomadaire et quotidien, impose que les cadres au forfait en jours n'effectuent « pas plus de six jours de travail par semaine civile », que « la présence d'un cadre le week-end est soumise à autorisation/information écrite préalable », et impose « le respect d'un temps de repos minimum de onze heures entre 2 postes de travail » (a), qui instaure des relevés déclaratifs mensuel et hebdomadaire pour le contrôle du respect de ces repos, ainsi qu'un mécanisme de validation du relevé déclaratif mensuel cosigné par le salarié et son supérieur, et prévoit en cas de « non respect de la durée du temps de repos prévu [l']indication sur le relevé déclaratif » (b), qui prévoit un dispositif de contrôle « des prises effectives de congés sur

l'année » et du « respect du plafond annuel de jours travaillés » et instaure un « suivi et contrôle de la charge de travail » (c), qui permet mensuellement « à chaque cadre d'alerter sa hiérarchie en cas de difficulté » (d), et enfin ouvre à ce titre au salarié « la possibilité de demande d'entretien auprès du service RH » (e) ; qu'en jugeant néanmoins que les stipulations de cet accord collectif (produit aux débats) n'assurent pas la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires, la cour d'appel a violé l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, les articles L. 3121-39 à L. 3121-45 du code du travail, interprétés à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, les articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'accord sur la réduction du temps de travail du 21 février 2000 pris en son avenant du 10 novembre 2008 ;

ALORS, D'AUTRE PART ET POUR LA MEME RAISON, QU'en retenant que l'accord sur la réduction du temps de travail du 21 février 2000 pris en son avenant du 10 novembre 2008 ne prévoit rien pour le contrôle effectif de l'amplitude de travail, cependant qu'il ressort de ses propres constatations que « l'annexe prévoit que le contrôle du repos journalier de 11 heures minimum s'effectue par l'indication du non respect de cette durée de temps de repos sur le relevé déclaratif » et que le relevé déclaratif mensuel comporte une zone de commentaires qui « sert au cadre pour alerter sa hiérarchie en cas de difficulté s'agissant du suivi et du contrôle de la charge de travail » (arrêt p. 6 § 2), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et a violé l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, les articles L. 3121-39 à L. 3121-45 du code du travail, interprétés à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, les articles 17, paragraphe novembre 2003 et l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'accord sur la réduction du temps de travail du 21 février 2000 pris en son avenant du 10 novembre 2008 ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QUE l'annexe « article 6.4 » à l'accord sur la réduction du temps de travail du 21 février 2000, d'une part, impose « le respect d'un temps de repos minimum de onze heures entre 2 postes de travail » et rend obligatoire « l'indication sur le relevé déclaratif » en cas de « non respect de la durée du temps de repos prévu », d'autre part, impose que le salarié ne travaille « pas plus de six jours de travail par semaine civile », que le nombre quotidien de jours travaillés apparaisse sur le relevé

déclaratif mensuel et que « la présence d'un cadre le week-end [soit] soumises à autorisation/information écrite préalable » du service RH, de troisième part, impose en cas de « non-respect de la durée du temps de repos prévu [l']indication sur le relevé déclaratif », et enfin, permet mensuellement « à chaque cadre d'alerter sa hiérarchie en cas de difficulté » et lui ouvre « la possibilité de demande d'entretien auprès du service RH » ; qu'il s'en induit un contrôle conventionnel effectif imposé à l'employeur et un pouvoir d'alerte concret donné au cadre de nature à garantir que l'amplitude de travail reste raisonnable et à assurer une bonne répartition du temps de travail ; que pour décider le contraire, la cour d'appel a retenu que le relevé déclaratif figurant dans l'annexe de l'accord porte seulement sur le nombre de jours travaillés chaque mois sans prévoir « de dispositif permettant de contrôler effectivement la durée maximale de travail en l'absence de toute mention dans l'accord collectif de l'obligation de déclarer la durée de travail tant quotidienne qu'hebdomadaire » ; qu'en se fondant sur un tel motif inopérant, cependant que l'accord collectif doit uniquement garantir le droit au repos effectif des cadres par le biais de dispositifs de comptabilisation des jours travaillés et de mesures déclaratives accordées aux cadres pour leur permettre d'alerter l'employeur en cas de dépassement d'une durée raisonnable de travail - ce qui a été institué en l'espèce par l'accord en cause - sans devoir prévoir une comptabilisation du nombre des heures de travail quotidiennes et hebdomadaires des cadres au forfait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, des articles L. 3121-39 à L. 3121-45 du code du travail, interprétés à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'accord sur la réduction du temps de travail du 21 février 2000 pris en son avenant du 10 novembre 2008 ;

ALORS, DE QUATRIEME PART ET A TITRE SUBSIDIAIRE, QU'en cas de litige relatif au nombre d'heures travaillées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, dès lors que ce dernier a préalablement apporté des éléments de nature à étayer sa demande ; que les cadres au forfait en jours n'étant pas soumis à un horaire de travail, leur présence à certaines heures de la journée sur le lieu de travail n'est pas de nature à étayer l'existence d'heures supplémentaires ; que seul l'apport d'éléments de nature à démontrer une amplitude de travail supérieure à 35 heures par semaine est dans cette hypothèse de nature à étayer l'existence d'heures supplémentaires impayées ; qu'en se bornant à relever, pour déduire que le salarié étayait sa demande de rappel d'heures supplémentaires, qu'il produisait des courriers

électroniques émis depuis sa boîte électronique professionnelle et attestait des heures d'enregistrement de ses fichiers professionnels sur son ordinateur, cependant que ces éléments n'étaient pas de nature à établir l'accomplissement d'une amplitude de travail supérieure à 35 heures par semaine, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail ;

ALORS, ENFIN ET A TITRE SUBSIDIAIRE, QU'un salarié n'a pas le droit au paiement des heures supplémentaires qu'il a accomplies sans l'accord au moins implicite de l'employeur ; qu'en se bornant à constater la production par le salarié de courriers électroniques émis depuis sa boîte électronique pour déduire que « ces heures étaient nécessairement connus de l'employeur », cependant que cette circonstance n'était pas de nature à caractériser l'accord au moins implicite de l'employeur à l'accomplissement d'heures supplémentaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR jugé que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, d'AVOIR condamné la société SGD à verser à Monsieur PORTENSEIGNE la somme de 101.749,21 € à titre d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, et d'AVOIR ordonné à la Société SGD le remboursement à Pôle Emploi des indemnités de chômage perçues par Monsieur PORTENSEIGNE dans la limite de six mois ;

AUX MOTIFS QUE « Pour La validité du licenciement pour motif économique est subordonnée à la réunion de deux conditions cumulatives à savoir l'existence d'un motif économique tel qu'énoncé à l'article L. 1233-3 du code du travail et le respect de l'obligation de reclassement visée à l'article L. 1233-4 suivant. L'absence de l'une de ces conditions justifie à elle seule de juger que ce licenciement est sans cause réelle et sérieuse. En l'espèce, à supposer que le licenciement de Monsieur PORTENSEIGNE repose effectivement sur un motif économique, il ressort des pièces du dossier que la société SGD n'a pas rempli son obligation de reclassement pour les motifs suivants. Selon l'article L 1233-4 du code du travail, le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent ou, à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises. C'est à juste titre que Monsieur PORTENSEIGNE considère qu'il

n'a reçu aucune offre de reclassement dès lors que l'envoi qui lui a été adressé d'une liste de postes 'ouverts au reclassement' ne répondait pas aux exigences légales puisqu'il ne s'agissait pas d'offres individualisées. Ces postes en effet ne relevaient pas pour certains d'entre eux de sa catégorie (assistant responsable de four en Chine). L'appelant principal ne démontre pas que le poste de directeur commercial et marketing était disponible au moment de la notification de son licenciement puisque ce n'est que le 10 décembre 2012 que la salariée qui l'occupait a été nommée directeur PMO. Mais surtout au vu de son curriculum vitae, Monsieur PORTENSEIGNE qui a occupé essentiellement des postes de consultant en stratégie et finance comme il l'indique dans son expérience, ne démontre pas avoir déjà occupé l'ensemble des missions dévolues à un directeur commercial et marketing. Le seul fait qu'il avait été amené à effectuer du marketing au cours de contrats de travail antérieurs ne suffit pas à prouver qu'il disposait de toutes les compétences et de l'expérience requises pour ce type de poste. La société SGD établit d'ailleurs qu'elle a recruté pour ce poste un salarié qui avait occupé depuis plusieurs années auparavant des emplois de directeur marketing. En revanche, s'agissant du poste de directeur PMO, chargé du plan de transformation, il n'est pas contesté qu'il était disponible au moment de la notification du licenciement du salarié. La société SGD ne peut pas seulement tirer argument de ce que Monsieur PORTENSEIGNE ne disposait pas d'une connaissance suffisante du groupe pour discuter le caractère équivalent de cet emploi. En effet, il ressort du CV de Monsieur PORTENSEIGNE qu'il a été membre du comité de direction de la société SGD. De plus il justifie que parmi ses objectifs il avait celui de définir le plan de transformation. Et il prouve qu'il avait déjà effectué ce type de missions de 2003 à 2008, contrairement à la salariée directrice commerciale et marketing qui a été affectée sur ce poste. C'est pourquoi en ne lui proposant pas ce poste la société SGD n'a pas rempli son obligation de reclassement. Enfin, la société SGD ne peut pas valablement limiter l'étendue de cette obligation de reclassement, par rapport aux vœux du salarié exprimés dans un questionnaire renseigné avant toute recherche des possibilités de reclassement et sans qu'il ait été préalablement informé d'offres concrètes. En effet, le formulaire que Monsieur PORTENSEIGNE a rempli, dans lequel il a répondu avoir des restrictions sur les emplois susceptibles de lui être proposés en termes de niveau de rémunération et de nature d'emploi, n'avait été précédé d'aucune offre précise puisque le poste de directeur PMO ne lui a jamais été proposé. Il découle de l'ensemble de ces éléments que la société SGD n'a donc pas satisfait à son obligation de reclassement. Par conséquent le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse. En application des dispositions de l'article L 1235-3 du code du travail Monsieur PORTENSEIGNE peut prétendre à une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse correspondant aux salaires des six mois en ce compris les heures supplémentaires de cette période. Au-delà de sa situation de demandeur d'emploi il ne justifie pas de recherche effective d'emploi depuis la rupture et ne démontre donc pas de préjudice

supplémentaire. C'est pourquoi la cour décide de lui allouer la somme de 101.749,21 euros d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE dans le cadre de son obligation de reclassement la Société SGD a proposé à monsieur PORTENSEIGNE une liste de 15 postes vacants dans le groupe proposés en reclassement ; que par ces propositions de postes refusées par le salarié - comprenant notamment les postes de « Directeur de développement de produits » ou de « Responsable Développement de Produits » - la Société SGD a rempli son obligation de recherche et de proposition de reclassement ; qu'en se fondant néanmoins sur le motif inopérant selon lequel l'un de ses quinze postes (« assistant responsable de four en Chine ») ne relevait pas de la catégorie professionnelle du salarié pour en déduire que la communication au salarié de cette liste de propositions de postes « ne répondait pas aux exigences légales puisqu'il ne s'agissait pas d'offres individualisés », la cour d'appel a violé les articles L.1233-4 et L. 1233-4-1 du code du travail ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE selon l'article L. 1233-4-1 du code du travail, créé par la loi n° 2010-499 du 18 mai 2010, « lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implanté hors du territoire national, l'employeur demande au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause, et sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation. (...) Les offres de reclassement hors du territoire national, qui sont écrites et précises, ne sont adressées qu'au salarié ayant accepté d'en recevoir et compte tenu des restrictions qu'il a pu exprimer. Le salarié reste libre de refuser ces offres » ; que par application de cette obligation légale, la Société SGD - qui dispose d'implantations en dehors du territoire national -, a adressé un questionnaire à monsieur PORTENSEIGNE le 4 octobre 2012 afin de l'interroger sur son acceptation d'offres de reclassement à l'étranger ; qu'en réponse à ce questionnaire le salarié a indiqué « ne pas être intéressé par la \ les opportunités de reclassement interne et ne pas souhaiter poursuivre la procédure de redressement interne » ; que ces vœux exprimés par le salarié à l'issue du questionnaire s'imposant à la Société SGD, celle-ci devait en tirer les conséquences et en déduire le refus du salarié d'un reclassement interne ; qu'en retenant néanmoins que « la société SGD ne peut pas valablement limiter l'étendue de cette obligation de reclassement, par rapport aux vœux du salarié exprimés dans un questionnaire renseigné avant toute recherche des possibilités de reclassement et sans qu'il ait été préalablement informé d'offres concrètes » pour en déduire que la Société SGD n'avait pas respecté son obligation de reclassement, la cour d'appel a violé les articles L.1233-4 et L. 1233-4-1 du code du travail

ALORS, DE TROISIEME PART, QU'en réponse au questionnaire qui lui a été présenté, le salarié a de même indiqué qu'il n'accepterait un reclassement dans les pays suivants « ÉTATS-UNIS - BRÉSIL - ESPAGNE - CHINE - FRANCE » qu'à la condition que le poste proposé atteigne un niveau de rémunération à hauteur de « 150 KF fixe + bonus » ; qu'en déduisant la violation par la Société de son obligation de reclassement de l'absence de proposition faite au salarié d'un poste de directeur PMO sans rechercher si ce poste remplissait les exigences en terme de rémunération fixées par le salarié lui-même, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L.1233-4 et L. 1233-4-1 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la Société SGD à verser à Monsieur PORTENSEIGNE les sommes de 2.250 € à titre d'indemnité de congés payés sur le bonus de 2010, de 2.708 € à titre d'indemnité de congés payés sur les bonus de 2011 ;

AUX MOTIFS QUE «dès lors que ce bonus vient rémunérer l'activité déployée par le salarié pour atteindre les objectifs individuels fixés, il était nécessairement assis sur le salaire des périodes travaillées à l'exclusion de celles correspondant aux congés et entre dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés. Il est donc alloué à Monsieur PORTENSEIGNE les sommes de 2 250 euros et de 2 708 euros à titre d'indemnité de congés payés sur les bonus de 2010 et de 2011 » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE sont exclues de la base de calcul de l'indemnité de congés payés les primes ou gratification calculées sur l'année entière ; que la Société SGD soutenait qu'étant versés pour l'année entière, période de congés payés comprises, les bonus accordés à Monsieur PORTENSEIGNE au titre des années 2010 et 2011 n'avaient pas à être intégrés dans l'assiette de calcul de ses indemnités de congés payés ; qu'en se fondant sur le motif inopérant selon lequel « ce bonus vient rémunérer l'activité déployée par le salarié pour atteindre les objectifs individuels fixés » pour en déduire qu' « il était nécessairement assis sur le salaire des périodes travaillées à l'exclusion de celles correspondant aux congés et entre dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés », la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L.3141-22 du code du travail;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'en retenant que les bonus 2010 et 2011 devaient être intégrés dans l'assiette de calcul de ses indemnités de congés payés sans rechercher si, tel qu'il était soutenu par l'exposante, au regard de leur caractère annuel ces bonus ne devaient pas être exclus de l'assiette de l'indemnité de congés payés, dès lors que leur versement n'était pas

impacté par la prise de congés payés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3141-22 du code du travail.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la Société SGD à verser à Monsieur PORTENSEIGNE la somme de 7.160 € à titre de dommages-intérêts en raison des dépenses engagées pour les options sur le véhicule de fonction ;

AUX MOTIFS QUE « Monsieur PORTENSEIGNE justifie avoir payé des options sur le véhicule de fonction. Il sera donc fait droit à sa demande en remboursement de la somme de 7160 euros avancée pour le compte de la société » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE la contradiction entre les motifs et le dispositif équivaut à un défaut de motifs ; qu'en condamnant, dans son dispositif, la Société SGD à verser au salarié la somme de 7.160 € à titre « de dommages-intérêts en raison des dépenses engagées pour les options sur le véhicule de fonction » (arrêt p. 11), tout en retenant les motifs selon lesquels « Monsieur PORTENSEIGNE justifie avoir payé des options sur le véhicule de fonction. Il sera donc fait droit à sa demande en remboursement de la somme de 7.160 euros avancée pour le compte de la société », retenant implicitement que la somme de 7.160 € avait la valeur d'un frais professionnel qui devait être remboursé (arrêt p. 9 § 6), la cour d'appel, qui s'est contredite, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, D'AUTRE PART ET EN TOUT ÉTAT DE CAUSE, QUE la cour d'appel qui, en statuant ainsi, n'a pas mis la Cour de cassation en mesure de déterminer le fondement juridique à l'appui duquel elle a alloué au salarié la somme de 7.160 euros, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, DE MEME ET A TITRE SUBSIDIAIRE, QUE le salarié sollicitait dans ses conclusions d'appel le paiement de la somme de 7.160 € à titre « de dommages-intérêts en raison des dépenses engagées pour les options sur le véhicule de fonction » ; qu'à supposer que la cour d'appel lui ait accordé une telle somme à titre de remboursement de frais professionnels, la cour d'appel a dénaturé les termes du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

ALORS, ENFIN ET A TITRE PLUS SUBSIDIAIRE, QU'à supposer que la cour d'appel ait accordé au salarié la somme de 7.160 € à titre de dommages-intérêts, en statuant ainsi sans caractériser en quoi la Société SGD aurait commis une faute ayant engendré un préjudice au salarié justifiant sa condamnation au paiement d'une telle somme, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils pour M. Portenseigne.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur PORTENSEIGNE de sa demande en paiement d'une indemnité pour travail dissimulé d'un montant de 90.756 € ;

Aux motifs que : « le caractère tardif de l'établissement des formalités relatives à l'embauche du salarié n'est pas suffisant pour caractériser la volonté de dissimulation d'emploi salarié et ouvrir droit à l'indemnité de travail dissimulé ; »

Alors, d'une part, qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, quand il résulte de ses constatations que, pendant la période du 15 mars au 1er avril 2010, le salarié travaillait pour le compte et sous la subordination de l'employeur et avait été rémunéré sous la forme d'une prime exceptionnelle, sans avoir été déclaré aux organismes sociaux et sans qu'il lui soit délivré un bulletin de paie, la cour d'appel, qui n'en a pas tiré les conséquences légales, a violé l'article L.8221-5 du code du travail ;

Alors, d'autre part et en tout état de cause, qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, sans rechercher, ainsi qu'elle y était cependant invitée, si la mention portée par l'employeur, sur la déclaration préalable d'embauche et les bulletins de paie, d'une date d'embauche postérieure de plus de quinze jours à celle à laquelle il avait effectivement engagé le salarié ne caractérisait pas nécessairement l'élément intentionnel de la dissimulation d'emploi salarié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.8221-5 du code du travail.