

Texte de la **décision**

SOC.

IK

COUR DE CASSATION

Audience publique du 25 novembre 2020

Cassation partielle

M. SCHAMBER, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 1102 F-D

Pourvois n°
Y 19-10.884
Y 19-14.748 JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 25 NOVEMBRE 2020

I - La société DJO France, société par actions simplifiée, dont le siège est [...] , a formé le pourvoi n° Y 19-10.884,

II - M. M... F..., domicilié [...] , a formé le pourvoi n° Y 19-14.748,

contre l'arrêt rendu le 22 novembre 2018 par la cour d'appel de Pau (chambre sociale), dans le litige les opposant.

La demanderesse au pourvoi n° Y 19-10.884 invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le demandeur au pourvoi n° Y 19-14.748 invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation également annexés au présent arrêt.

Les dossiers ont été communiqués au procureur général.

Sur le rapport de M. Sornay, conseiller, les observations de la SCP Ricard, Bendel-Vasseur, Ghnassia, avocat de la société DJO France, de la SCP Rousseau et Tapie, avocat de M. F..., après débats en l'audience publique du 7 octobre 2020 où étaient présents M. Schamber, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Sornay, conseiller rapporteur, Mme Monge, conseiller, et Mme Pontonnier, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Jonction

1. En raison de leur connexité, les pourvois n° Y 19-10.884 et Y 19-14.748 sont joints.

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Pau, 22 novembre 2018), M. F... a été engagé à compter du 12 novembre 2007 par la société DJO France en qualité de directeur administratif et financier du groupe.

3. Licencié pour faute grave le 2 décembre 2015, le salarié a saisi la juridiction prud'homale le 29 décembre 2015 afin de faire constater l'absence de cause réelle et sérieuse de son licenciement et d'obtenir la condamnation de son employeur à lui verser, outre des indemnités de rupture et des dommages-intérêts pour licenciement abusif, le paiement de son bonus contractuel au titre de l'année 2015, un rappel de salaire pour heures supplémentaires et repos compensateurs, et des dommages-intérêts pour travail dissimulé.

Examen des moyens

Sur le moyen du pourvoi de l'employeur n° Y 19-10.884, ci-après annexé

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen du pourvoi du salarié n° Y 19-14.748, pris en sa première branche

5. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en paiement d'un bonus au titre de l'année 2015, alors « que lorsque le droit à un bonus variable résulte du contrat de travail et est soumis à des conditions de résultat, notamment d'atteinte d'objectifs, de réussite de missions et de qualité du travail, il appartient à l'employeur de justifier que ces objectifs qualitatifs et quantitatifs n'ont pas été réalisés pour en refuser le paiement ; qu'après avoir constaté que le contrat de travail du salarié stipulait une rémunération variable représentant "25 % de la rémunération brute annuelle au maximum, bonus acquis, comme suit : un tiers en cas d'atteinte par la société de l'objectif de chiffre d'affaires fixé par le groupe ; un tiers en cas d'atteinte par la société de l'objectif de maîtrise des dépenses opérationnelles (OPEX) ; un tiers octroyé par le directeur financier Europe en fonction de la réussite des missions confiées au salarié et de la qualité de son travail. Ce bonus sera calculé trimestriellement et fera l'objet d'un versement à hauteur de 50 % à la fin de chaque période, et d'une régularisation en fin d'année" et que le principe du "bonus" ne faisait pas débat, la cour d'appel qui, pour rejeter la demande du salarié en paiement du bonus au titre de l'année 2015, a retenu que les résultats étaient méconnus et a reproché à l'intéressé de n'avoir offert aucune proposition de calcul, a inversé la charge de la preuve et a violé l'article 1315 devenu 1353 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1315 du code civil, devenu l'article 1353 de ce code :

6. Aux termes de ce texte, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et, réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

7. Pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'une certaine somme au titre de la part variable de sa rémunération pour l'année 2015 (bonus) l'arrêt, après avoir rappelé les dispositions contractuelles se rapportant à la partie variable de la rémunération dont le montant dépend pour partie d'une part des objectifs atteints au sein du groupe et de la société, et d'autre part de la réussite de missions confiées au salarié, et constaté que le principe du bonus ne faisait pas débat, retient que les bonus versés au salarié sont très variables quant à leur montant, que le versement de ces bonus est soumis à des conditions contractuelles de résultat, notamment d'atteinte d'objectifs, de réussite de missions et de qualité de travail, que ces résultats sont méconnus et que le salarié n'offre aucune proposition de calcul.

8. En statuant ainsi, alors qu'il appartient à l'employeur de communiquer les éléments nécessaires au calcul de la part de rémunération variable d'un salarié, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé le texte susvisé.

Et sur le second moyen du même pourvoi, pris en sa troisième branche

Enoncé du moyen

9. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, congés payés, repos compensateurs et indemnité pour travail dissimulé, alors « qu'en retenant que les pièces produites par M. F... ne pouvant "être considérées comme constituant un justificatif suffisamment probant des horaires de travail qu'il aurait effectivement effectués, celui-ci ne pourra qu'être débouté de ses prétentions de ce chef ainsi que de toutes demandes en lien avec celles-ci", la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé l'article L. 3171-4 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 3171-4 du code du travail :

10. Aux termes de l'article L. 3171-2, alinéa 1er, du code du travail, lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés. Selon l'article L. 3171-3 du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'employeur tient à la disposition de l'inspecteur ou du contrôleur du travail les documents permettant de comptabiliser le temps de travail accompli par chaque salarié. La nature des documents et la durée pendant laquelle ils sont tenus à disposition sont déterminées par voie réglementaire.

11. Enfin, selon l'article L. 3171-4 du code du travail, 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.

12. Il résulte de ces dispositions, qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail

effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

13. Pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'heures supplémentaires pour la période de fin janvier 2013 au 2 décembre 2015, la cour d'appel a retenu qu'au soutien de ses prétentions, le salarié produisait aux débats un listing informatique établi pour les besoins de la cause reconstituant ses horaires de travail à compter de la semaine 27 jusqu'à la semaine 49 et un planning informatique portant sur un mois type (190 heures prestées soit 45 heures/semaine) mais que ces pièces étaient insuffisantes à étayer la demande d'heures supplémentaires de l'intéressé, lequel d'une part procédait par extrapolation, ce qui est impossible en matière de demande d'heures supplémentaires, et d'autre part produisait un décompte d'heures totalement imprécis et approximatif qui ne comportait notamment aucune indication de ses heures d'embauche et de débauche et par conséquent sur son amplitude horaire quotidienne de travail, ce dont l'arrêt déduit que les pièces versées aux débats par le salarié ne pouvaient être considérées comme constituant un justificatif suffisamment probant des horaires de travail qu'il aurait effectivement effectués et que l'intéressé ne pouvait qu'être débouté de ses demandes à ce titre.

14. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que le salarié présentait à l'appui de sa demande des éléments suffisamment précis afin de permettre à l'employeur d'y répondre, et que ce dernier n'avait fourni aucun élément de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par l'intéressé, la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

REJETTE le pourvoi n° Y 19-10.884 formé par la société DJO France ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute M. F... de ses demandes en paiement des sommes de 30 000 euros au titre du bonus 2015, 3 000 euros au titre des congés payés afférents, 105 543 euros au titre des heures supplémentaires, 10 554 euros au titre des congés payés afférents, 17 500 euros au titre des repos compensateurs et 80 119 euros à titre de dommages-intérêts pour travail dissimulé, l'arrêt rendu le 21 novembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Pau ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel d'Agen ;

Condamne la société DJO France aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société DJO France et la condamne à payer à M. F... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-cinq novembre deux mille vingt. MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit, au pourvoi n° Y 19-10.884, par la SCP Ricard, Bendel-Vasseur, Ghnassia, avocat aux Conseils, pour la société DJO France

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que le licenciement de M. F... est dépourvu de cause réelle et sérieuse, d'avoir condamné la société DJO France à payer à M. F... les sommes de 40 059 euros à titre d'indemnité de préavis, outre la somme de 4 005,90 euros au titre des congés payés y afférents, 32 047 euros à titre d'indemnité de licenciement et 80

200 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, d'avoir ordonné la remise par la société DJO France à M. F... d'un certificat de travail et d'une attestation Pôle Emploi rectifiés au regard de la présente décision et d'avoir condamné la société DJO France aux entiers dépens ainsi qu'à payer à M. F... une indemnité de 1 200 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE

Aux termes de l'article L 1232-1 du code du travail, tout licenciement pour motif personnel est justifié par une cause réelle et sérieuse.

La faute grave dont la preuve appartient à l'employeur se définit comme un fait ou un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis.

Pour qualifier la faute grave il incombe donc au juge de relever le ou les faits constituant pour le salarié licencié une violation des obligations découlant de son contrat de travail ou des relations de travail susceptible d'être retenue, puis d'apprécier si le dit fait était de nature à exiger le départ immédiat du salarié.

La lettre de licenciement sert de cadre strict au contrôle du juge.

En l'espèce,

la lettre de licenciement du 2 décembre 2015 est ainsi motivée :

« Monsieur,

Nous sommes au regret de vous informer que nous avons décidé de vous licencier pour les motifs ci-dessous qui vous ont été présentées lors de l'entretien du 27 novembre dernier

Les faits qui motivent votre licenciement sont les suivants :

1) Graves manquements dans le cadre des déclarations de contributions auprès de l'URSSAF ayant engendré un redressement fiscal de grande ampleur

Dans un courrier du 10 avril 2015, l'URSSAF du Rhône-Alpes informait la société d'un contrôle des contributions dues sur les dépenses de promotion par les entreprises assurant la fabrication, l'importation ou la distribution de dispositifs médicaux donnant lieu à remboursement.

Suite à ce courrier, dans un message électronique du 15 avril 2015, vous nous informiez que le risque encouru par la société était grand car vous aviez délibérément minimisé l'assiette de contribution sur 2 aspects : la part du chiffre d'affaires des produits concernés et le niveau des dépenses inhérentes à la promotion des dits produits.

Le contrôle a eu lieu fin juillet. La période vérifiée s'étend du 1er janvier 2012 au 1er juin 2015.

Le contrôle porte sur l'assiette de contribution. La contribution est assise sur les charges suivantes :

- rémunérations et charges sociales et fiscales afférentes des personnes qui interviennent pour présenter, promouvoir ou vendre les produits dits « de titre 1 » auprès des professionnels de santé
- le remboursement des frais (transport, repas, hébergement) de ces mêmes personnes
- les frais de publication ou les achats d'espaces ou d'objets publicitaires, les frais de congrès ou autres manifestations de même nature
- le Contrôle des modalités de calcul, qui nous a été communiqué le 26 octobre dernier, a démontré d'importantes anomalies et a ainsi confirmé vos graves manquements que nous ignorions et que vous avez évoqués suite à l'annonce du contrôle.

. le montant des chiffres d'affaires déclarés pour l'ensemble des produits fabriqués, importés ou distribués est erroné et ne correspond pas aux montants relevés en comptabilité , ce qui implique que le ration Produits Titre 1 /Ensemble des produits est, de ce fait factice

vous saviez pertinemment que la contribution était due sur certaines orthèses mais vous avez décidé , seul, de continuer à déclarer et à payer sur la base des seuls produits de rééducation et ce, depuis, la fusion des 3 sociétés françaises du groupe DJO en 2009, exposant ainsi la société à un risque fiscal certain

. la totalité des personnes en charge de la promotion et de la vente des dispositifs médicaux visés par la taxe n'a pas été prise en compte dans l'assiette des contributions pour leur rémunération et frais

Ce que vous avez confirmé dans un email du 23 juillet 2015 dans lequel vous admettez avoir retenu comme assiette de cotisation les charges liées à la seule division rééducation (anciennement CefarCompex France)

. l'ensemble des frais de publication et d'achat d'espace ou objet publicitaire figurant dans le compte 6234000 Cadeaux la clientèle n'a pas été pris en compte.

. les frais de congrès et manifestations de même nature n'ont pas été pris en compte en 2014 et 2015 Le total des régularisations pour la période contrôlée, à savoir que 1er janvier 2012 au 1er juin 2015 s'élève à 178 504 euros hors majoration de retard.

Le total des contributions versées par DJO France sur la base des déclarations que vous avez faite, s'élève à 29 511 euros pour les années 2012, 2013 et 2014, soit 7 fois moins que le montant dû si les déclarations avaient été effectuées correctement et avec intégrité.

De telles inobservations d'obligations fiscales graves et répétées sont inacceptables de la part d'un cadre ayant votre niveau de responsabilité et votre pouvoir de décision. Elles sont d'autant plus graves qu'il s'agit là d'omissions délibérées et d'une sous-évaluation intentionnelle de l'assiette de contribution. C'est ce que vous nous apprenez dans deux messages électroniques l'un en date du 15 avril 2015 à l'annonce du contrôle, et l'autre le 23 juillet 2015, une fois le contrôle réalisé.

Choqués par votre démarche contraire aux valeurs d'intégrité et de conformité de l'entreprise, et malgré des estimations assez précises de votre part, il nous a fallu attendre le 26 octobre 2015, date à laquelle nous avons reçu le courrier d'observations émanant de l'URSSAF pour engager une procédure disciplinaire à votre encontre. C'est en effet à compter de cette date que nous avons eu une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur de votre faute et que nous avons pu en mesurer ses conséquences. Nous ne pouvions pas décemment nous baser sur vos seules estimations et propos pour décider de l'éventualité d'une poursuite disciplinaire : il nous était nécessaire que l'administration statue et confirme ces manquements.

En agissant ainsi, de votre propre chef et sans en aviser préalablement la direction générale de la société, vous avez exposé DJO France à un risque important de redressement – ce qui a été avéré le 26 octobre dernier par le courrier d'observations de l'URSSAF – alors qu'il est du devoir du directeur administratif et Financier de soumettre la société aux contributions fiscales et sociales à laquelle elle est assujettie, en toute probité.

Vous ne pouvez ignorer non plus que de telles pratiques sont contraires aux valeurs d'intégrité, de conformités aux lois et réglementation, d'exactitude de l'information transmises aux organismes extérieurs valeurs éthiques essentielles promues par le code de bonne conduite du groupe DJO.

En tant que directeur Administratif et Financier, vous êtes le garant de cette conformité aux prescriptions comptables et fiscales et vous devez, au contraire de ce que vous faites, encourager l'intégrité à tous les niveaux de l'entreprise.

La minimisation intentionnelle de l'assiette de contribution constitue bien une infraction au code de bonne conduite qui précise, par ailleurs, que « la présentation d'informations falsifiées à des personnes ou des organismes extérieurs à l'entreprise peut donner lieu à des poursuites

» Ce code définit clairement la falsification de document comme étant « la dissimulation partielle ou non d'informations, la présentation d'informations équivoques et la présentation d'information dont la signification ou l'importance réelle sont détournées ».

en plus de ces inobservations d'obligations fiscales et infractions au code de bonne conduite, nous avons à déplorer depuis plusieurs mois une très nette dégradation de vos prestations.

2) Erreurs répétées dans le cadre du processus budgétaire 2016 et dans l'estimation des résultats du 4^{ème} trimestre 2015 entraînant un manque de fiabilité et une volatilité des données financières de DJO France

A plusieurs reprises, au cours du processus d'élaboration du budget 2016 et des prévisions de résultats du 4^{ème} trimestre 2015, vous avez transmis des fichiers comportant des erreurs importantes générant des écarts en termes de résultats financiers pour l'entité DJO France de plus de 60%.

Ces erreurs ont mobilisé pendant la période du 16 au 22 octobre 2015 des cadres seniors du management, en France et à l'International, au cours de nombreuses conférences téléphoniques afin de comprendre et d'analyser vos chiffres. Parmi ces cadres de direction, certains ne reconnaissaient pas les chiffres qu'ils vous ont transmis dans le cadre de l'élaboration des prévisions budgétaires.

A titre d'exemple d'erreur qui vous est directement imputable :

Dans le cadre des prévisions du 4^{ème} trimestre, vous étiez en charge des chiffres prévisionnels relatifs aux coûts de distribution, ceux relatifs aux recettes étant fournis par le GM. Vous avez renseigné des chiffres dans les fichiers de reporting, sans validation préalable du vice-président Opérations Internationales. Ainsi, sur les 6 derniers mois, vous avez retenu 8,9 % de frais de distribution au lieu de 11,5% sans fournir d'explication. Ces chiffres erronés ont engendré un écart d'environ 700 000 USD sur le résultat prévisionnel de l'entreprise.

De plus, vous avez omis de répartir ces frais de distribution entre le Médical France et la Consumer, imputant ainsi intégralement ces coûts au Médical.

Au cours de cette période du 16 au 22 octobre, vous avez présenté pas moins de 6 versions de votre fichier, comportant toutes des résultats très différents, comme le résume le tableau de compilation ci-dessous (cf tableau dans la lettre de licenciement) sans jamais expliquer les écarts, pourtant importants, sans non plus vous approprier les éléments soumis , ni remettre vos chiffres en question.

Ces itérations et la volatilité des résultats présentés, sans réelle justification est inadmissible de la part d'un cadre assumant un tel niveau de responsabilité.

Au lieu de vous expliquer et de justifier les écarts, vous vous êtes emporté, critiquant violemment votre hiérarchie et remettant en cause la stratégie du groupe et son mode de fonctionnement, tout en mettant en avant le fait que vous subissiez stress et pression. En plus des erreurs commises et de l'absence de fiabilité des résultats que vous présentez successivement, vous démontrez là encore une attitude irresponsable et indigne d'un cadre de direction.

Ces anomalies, voire négligences- préoccupantes et de grande ampleur, dans l'exécution de votre travail, la manque de fiabilité des chiffres que vous communiquez, ont considérablement altéré la confiance que nous avons en vous.

il est inutile de vous rappeler qu'il est de la responsabilité d'un directeur Administratif et Financier de soumettre la société aux taxes et autres obligations fiscales en vigueur, d'identifier , mesurer et limiter les risques encourus et de garantir l'exactitude des informations financières et comptables.

Par deux fois, vous avez failli gravement à vos obligations. Ces faits sont tous deux constitutifs d'une faute grave et votre maintien dans l'entreprise s'avère impossible. Au cours de notre entretien du 27 novembre, vous n'avez fourni aucune explication, ce qui ne nous a pas permis de modifier notre appréciation à ce sujet /

En conséquence nous avons décidé de vous licencier pour faute grave

».

A la lecture de cette lettre de licenciement, il est constant que deux griefs sont formulés à l'encontre du salarié :

- Graves manquements dans le cadre des déclarations de contributions auprès de l'URSSAF ayant engendré un redressement fiscal de grande ampleur.

- Erreurs répétées dans le cadre du processus budgétaire 2016 et dans l'estimation des résultats du 4^{ème} trimestre 2015 entraînant un manque de fiabilité et une volatilité des données financières de DJO France.

1° Sur le premier grief

Monsieur F... soutient que le premier grief serait prescrit et invoque, à cet effet, les dispositions de l'article L 1332-4 du code du travail aux termes desquels « aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ».

En l'espèce, sa convocation à l'entretien préalable date du 20 novembre 2015 de sorte que tous les faits dont l'employeur a eu connaissance avant le 20 septembre 2015 sont nécessairement prescrits. Il se prévaut de deux messages qu'il a lui-même fait parvenir à son employeur sous les dates des 15 avril et 23 juillet 2015, dates qui constituent selon lui la date de prise de connaissance par l'employeur des faits reprochés.

De son côté, l'employeur considère que c'est la date du 26 octobre 2015 qui doit être prise en considération, date de la notification de la lettre d'observations des contrôleurs de l'URSSAF. Il considère, effectivement, que c'est cette date de notification du contrôle qui révèle la fraude

Il est constant que le point de départ de délai de prescription des faits reprochés est constitué par le jour où l'agissement fautif est personnalisé, c'est-à-dire le jour où l'employeur a une connaissance de la réalité de la nature et de l'ampleur des faits reprochés.

En l'occurrence, les deux mails adressés par Monsieur F... sont rédigés comme suit :

- mail du 15 avril 2015 adressé à M. V... N... et à M. G... U... :

« cet email pour vous informer que nous sommes l'objet d'un audit fiscal concernant la taxe de promotion des dispositifs médicaux.

Ceci sera mené par l'URSSAF, les inspecteurs de la sécurité sociale française, comme cette taxe est collectée par leur organisme.

Il y a un risque réel de correction, comme je minimise à la fois la base de la taxe (le pourcentage de chiffre d'affaire) et les dépenses base de la taxe

Je vous tiendrais bien sûr informés des résultats de ce contrôle

».

- mail du 23 juillet 2015 adressé à M. G... U... et M. E... I..., représentant légal de la société DJO France : « le contrôle

URSSAF relatif à la taxe sur la promotion des matériels médicaux remboursés au titre 1 est maintenant terminé. La notification formelle sera adressée en septembre mais voici une première estimation des découvertes des contrôleurs et de l'impact sur vos comptes.

Pour information, cette taxe était due sur certaines attelles (immobilisateurs d'épaules), stimulateurs TENS et les sondes de rééducation, mais étaient originellement seulement payées par CEFAR COMPEX France et négligées du côté du business des attelles.

J'ai continué à la payer uniquement du côté de la réhabilitation depuis la reprise de l'activité CEFAR COMPEX en 2009 ce qui a minoré de façon consciente la base de taxe sur six années.

Le contrôle a porté sur les trois dernières années avec le rattrapage important aussi bien entendu de notre déclaration 2014.

Vous trouverez les montants payés originellement et ces montants du redressement ceci aura un impact unique de 145 000 euros de rattrapage et une taxe additionnelle d'environ 60 000 euros annuelle ensuite. Ce montant peut être réduit, comme les dispositifs médicaux du titre 1 ne représentant au cours des ans de moins en moins de notre chiffre d'affaires grâce à l'addition d'autres produits. Ces montants seront repris dans l'estimé à fournir demain

»

A la lecture de ces mails, il est constant que :

- dès le 15 avril 2015, l'employeur avait connaissance non seulement de l'existence d'un contrôle des services de l'URSSAF mais également du risque encouru quant à un éventuel redressement et de la « faute » commise par Monsieur F..., à savoir une minimisation de la base de la taxe et des dépenses.

- dès le 23 juillet 2015, il avait, en outre, connaissance de la réalité du redressement opéré ainsi que d'une première évaluation du montant de celui-ci.

Il est, ainsi, établi, qu'à cette dernière date, la seule incertitude de l'employeur pesait sur le montant exact du redressement opéré. Il connaissait la réalité de celui-ci ainsi que la nature du comportement « fautif » de son directeur Administratif et Financier, à savoir une sous-évaluation intentionnelle de l'assiette des cotisations.

Le montant exact du redressement est sans emport sur la question de la prescription des faits reprochés puisque ce n'est pas lui qui justifie la mesure de licenciement prise à l'encontre du salarié mais le comportement fautif de ce dernier. Or, celui-ci était connu de l'employeur dès le 15 avril 2015 puisque dans son mail daté de ce jour, Monsieur F... reconnaît l'existence d'une omission délibérée (aveu de la faute commise) et dès le 23 juillet 2015, suite au contrôle opéré du 20 au 23 juillet, l'employeur avait connaissance des conséquences du comportement de son salarié, puisqu'à cette date, le redressement n'était plus un simple risque mais une réalité.

Il en découle que dès le 15 avril 2015, et à tout le moins dès le 23 juillet 2015, l'employeur avait connaissance des faits, objet du licenciement de Monsieur F...

Ce dernier ayant été convoqué à l'entretien préalable par courrier en date du 20 novembre 2015, il est établi que les faits constitutifs du premier grief relevé à l'encontre de Monsieur F... étaient prescrits.

Ces faits ne peuvent donc être évoqués au soutien de la mesure de licenciement et le jugement déféré sera infirmé sur ce point.

2° Sur le second grief

Le second grief relève davantage de l'insuffisance professionnelle que de la faute disciplinaire, ceci au regard des termes utilisés pour caractériser le grief allégué.

Effectivement, sont reprochés au salarié des « erreurs répétées », des « chiffres erronés », des « omissions », des versions présentant toutes « des résultats très différents », la « volatilité des résultats présentés », des « anomalies », des « négligences préoccupantes et de grande ampleur dans l'exécution de votre travail », un « manque de fiabilité des chiffres ».

Le terme de faute n'est donc pas mis en avant et si des erreurs ont pu être commises par Monsieur F... dans l'exécution de son contrat de travail, il ne ressort nullement de la lettre de licenciement, qui fixe les limites du litige, que celles-ci auraient été commises de façon intentionnelle, délibérée. De même, la « perte de confiance » ne peut à elle seule constituer un motif de licenciement.

Il en résulte que si l'insuffisance professionnelle, qui se caractérise par l'incapacité du salarié à effectuer la prestation de travail que son employeur est en droit d'attendre de lui, sans qu'il en résulte, toutefois, un comportement fautif, peut être envisagée comme cause réelle et sérieuse de licenciement, il n'en reste pas moins qu'en se plaçant sur le terrain exclusivement disciplinaire, la société DJO France a choisi une voie inappropriée à la situation, le licenciement pour faute ne pouvant être requalifié en licenciement pour insuffisance professionnelle.

Dès lors, ce second grief ne saurait légitimer le licenciement pour faute grave prononcé à l'encontre de Monsieur F..., licenciement qui doit être considéré comme étant abusif et ouvrant droit à indemnité au profit du salarié.

Le jugement déféré sera infirmé de ce chef.

Sur l'indemnisation de Monsieur F...

1° Sur l'indemnité de préavis

Monsieur F... sollicite une somme de 40 059 euros à titre d'indemnité de préavis, se basant sur une rémunération brute au cours des douze mois qui ont précédé son licenciement de 160 238 euros, soit une moyenne mensuelle de 13 353 euros.

Ces chiffres ne sont pas contestés par la partie adverse qui se contente de dénier au salarié un droit à indemnité de préavis en raison de la faute grave ayant motivé son licenciement.

Au regard des fonctions exercées par Monsieur F..., celui-ci peut prétendre à une indemnité de préavis équivalente à trois mois de salaire, soit la somme de 40 059 euros, outre les congés payés y afférents.

2° Sur l'indemnité de licenciement

Le montant de l'indemnité de licenciement réclamé en application des dispositions de la convention collective applicable, soit la somme de 32 047 euros n'est pas davantage contesté, et il sera, par conséquent, fait droit à la demande.

3° Sur les dommages et intérêts

Concernant les dommages et intérêts, M F... sollicite une somme de 160 000 euros faisant valoir son ancienneté, les circonstances de la rupture de son contrat de travail et l'importance du préjudice subi.

Au regard de l'ancienneté du salarié (8 années), au regard de l'importance de la société DJO France, ce sont les dispositions de l'article L 1235-3 du code du travail qui doivent recevoir application.

Monsieur F... produit aux débats son nouveau contrat de travail dont la lecture permet de constater qu'il a retrouvé un emploi très rapidement, par le biais d'un contrat à durée indéterminée, en qualité de « directeur Contrôle de Gestion Groupe », statut cadre dirigeant, moyennant une rémunération brute annuelle de 110 000 euros incluant la prime annuelle. Si cette pièce ainsi que les avis d'imposition des années 2014, 2015 et 2016 permettent de mettre en exergue l'existence d'un préjudice, celui-ci sera amplement réparé, compte tenu des circonstances de la rupture, par l'octroi d'une somme de 80 200 euros correspondant à 6 mois de salaire.

1°) ALORS QUE le point de départ du délai de la prescription de deux mois pour engager des poursuites disciplinaires s'entend du jour où l'employeur a pu avoir une parfaite connaissance personnalisée de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés ; qu'en cas de contrôle de l'Urssaf, seule la notification de la lettre d'observations de l'Urssaf décrivant les irrégularités retenues et fixant le montant estimé du redressement est susceptible d'informer précisément l'employeur de la réalité, de la nature et de l'ampleur de la fraude commise par son salarié à l'occasion de l'établissement des déclarations ; qu'en fixant néanmoins, en l'espèce, le point de départ du délai de prescription, à la date des propres déclarations du salarié des 15 avril et 23 juillet 2015 contenues dans des mails, le premier pour avertir sa hiérarchie du risque encouru quant à un éventuel redressement suite à sa décision de minimiser la base de la taxe et des dépenses et le second pour donner une première estimation des découvertes des contrôleurs et de l'impact sur les comptes de la société, quand à ces dates l'employeur ne pouvait avoir une parfaite connaissance personnalisée de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés, la cour d'appel a violé l'article L.1332-4 du code du travail ;

2°) ALORS QUE la société DJO France faisait valoir (conclusions d'appel p. 15), d'une part comme souligné par le premier juge, qu'à aucun moment, un autre membre de la direction DJO France ou de DJO Internationale que M. F... n'est intervenu ou n'a été en contact avec les inspecteurs de l'Urssaf et, d'autre part, que le responsable hiérarchique de M. F..., qui est anglais et anglophone, a confié la Direction financière administrative à ce dernier car se trouvant dans l'impossibilité d'apprécier et de comprendre les subtilités fiscales et sociales françaises ; qu'en ne répondant pas à ce moyen déterminant quant à l'opportunité pour l'employeur d'appréhender dans sa globalité la réalité et la portée des manquements commis par M. F... dans le cadre des déclarations de contribution auprès de l'Urssaf avant la lettre d'observations du 26 octobre 2015, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE la lettre de licenciement fixe les limites du litige quant aux motifs qui y sont énoncés et le juge a l'obligation d'examiner l'ensemble des griefs invoqués dans la lettre de licenciement ; qu'en l'espèce, la lettre de licenciement du 2 décembre 2015 reprochait encore à M. F..., dans le cadre des chiffres prévisionnels du 4ème trimestre, de ne pas avoir respecté les procédures en vigueur, en omettant de faire préalablement valider des chiffres dans les fichiers de reporting par le vice-président Opérations Internationales, ce qui a entraîné des erreurs conséquentes, mais

également d'avoir violemment critiqué sa hiérarchie et la stratégie du groupe ; qu'en retenant que le second grief mentionnant seulement des « erreurs » commises par le salarié dans le cadre du processus budgétaire 2016 et dans l'estimation des résultats du 4ème trimestre 2015 relevait de l'insuffisance professionnelle, sans pour autant examiner le comportement fautif du salarié, consistant en un défaut de respect tant des procédures existantes au sein de l'entreprise que de sa hiérarchie et de la stratégie du groupe et visé par la lettre de licenciement, la cour d'appel a violé les articles L.1232-6 et L. 1235-1 du code du travail, ce dernier dans sa rédaction applicable en la cause ;

4°) ALORS QUE la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; qu'il était également reproché à M. F... dans la lettre de licenciement, et établi par un tableau, d'avoir présenté, au cours de la période du 16 au 22 octobre 2015, pas moins de 6 versions de son fichier, affichant des résultats très différents, et ce sans jamais fournir aucune explication ; que, cependant, la cour d'appel a affirmé que le terme de faute n'étant pas mis en avant par la lettre de licenciement, les griefs retenus à l'encontre du salarié relevaient de l'insuffisance professionnelle et non de la faute ; qu'en égard, d'une part, au niveau hiérarchique de M. F..., et, d'autre part, à la nature et à l'importance des « erreurs » dénoncées, puisqu'il lui était reproché d'avoir notifié des écarts en termes de résultats financiers pour l'entité MO France supérieurs à 60%, la cour d'appel, qui a écarté la faute grave, a violé les articles L.1234-1, L.1234-5 et L.1234-9 du code du travail, ce dernier dans sa rédaction applicable à la cause. Moyens produits, au pourvoi n° Y 19-14.748, par la SCP Rousseau et Tapie, avocat aux Conseils, M. F...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir, par substitution de motifs, confirmé le jugement ayant débouté M. F... de sa demande en paiement d'un bonus au titre de l'année 2015 ;

Aux motifs que M. F... fait valoir qu'il peut prétendre, sur la base des dernières estimations du résultat à fin novembre 2015 à un bonus de 27 865 € ; qu'il sollicite, dans le dispositif de ses conclusions, 30 000 € à ce titre ; qu'il estime, qu'en tout état de cause, le principe même de droit à bonus n'étant pas contesté, il appartient à la cour d'en fixer le montant ; qu'il n'est pas discuté entre les parties que le bonus n'est acquis que si le salarié est présent dans l'entreprise au terme de l'exercice fiscal, en l'espèce, au 31 décembre 2015 et qu'il n'a reçu ni donné de préavis, que le contrat de travail de M. F... a été rompu le 2 décembre 2015 et que le salarié n'était donc plus présent dans l'entreprise au moment de la clôture de l'exercice ; que la société DJO France fait valoir qu'elle a été contrainte de licencier M. F... pour faute grave, qu'il ne justifie pas de son mode de calcul ; que sur le premier point, le licenciement de M. F... ayant été jugé abusif, son absence dans la société à la date de clôture de l'exercice, soit au 31 décembre 2015 ne saurait lui être opposé ; que le contrat de travail prévoit en son article 6 Rémunération : « Partie fixe : En rémunération de ses services, le salarié percevra un salaire fixe annuel brut de 72 000 euros. Ce salaire rémunère le salarié pour l'intégralité de ses services. Partie variable : Compte tenu de la fonction occupée, le salarié se verra attribuer une partie variable brute annuelle versée pour partie par trimestre et calculée de la manière suivante : 25% de la rémunération brute annuelle au maximum, bonus acquis, comme suit : un tiers en cas d'atteinte par la société de l'objectif de chiffre d'affaires fixé par le groupe ; un tiers en cas d'atteinte par la société de l'objectif de maîtrise des dépenses opérationnelles (OPEX) ; un tiers octroyé par le directeur Financier Europe en fonction de la réussite des missions confiées au salarié et de la qualité de son travail. Ce bonus sera calculé trimestriellement et fera l'objet d'un versement à hauteur de 50% à la fin de chaque période, et d'une régularisation en fin d'année » ; qu'il est constant que le principe du « bonus » ne fait pas débat ; que d'ailleurs, les bulletins de salaire produits attestent que ce bonus a été payé à M. F... en février 2015 (32 328 €), mai 2015 (4 973 €), août 2015 (4 027 €) et novembre 2015 (2 697 €) ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que, non seulement les bonus versés à M. F... sont très variables quant à leur montant, mais, qu'en outre, le versement de ce bonus est soumis à des conditions de résultats notamment d'atteintes d'objectifs et de réussite de missions et de qualité du travail ; qu'or ces résultats sont méconnus et M. F... n'offre aucune proposition de calcul ; qu'au surplus, et au regard des faits qui lui sont reprochés, il est probable qu'aucun bonus ne lui aurait été versé en cas de poursuite de relations contractuelles ; que M. F... sera débouté de ses prétentions par confirmation, mais pour d'autres motifs, du jugement ;

Alors 1°) que lorsque le droit à un bonus variable résulte du contrat de travail et est soumis à des conditions de résultat, notamment d'atteinte d'objectifs, de réussite de missions et de qualité du travail, il appartient à l'employeur de justifier que ces objectifs qualitatifs et quantitatifs n'ont pas été réalisés pour en refuser le paiement ; qu'après avoir constaté

que le contrat de travail de M. F... stipulait une rémunération variable représentant « 25% de la rémunération brute annuelle au maximum, bonus acquis, comme suit : un tiers en cas d'atteinte par la société de l'objectif de chiffre d'affaires fixé par le groupe ; un tiers en cas d'atteinte par la société de l'objectif de maîtrise des dépenses opérationnelles (OPEX) ; un tiers octroyé par le directeur Financier Europe en fonction de la réussite des missions confiées au salarié et de la qualité de son travail. Ce bonus sera calculé trimestriellement et fera l'objet d'un versement à hauteur de 50% à la fin de chaque période, et d'une régularisation en fin d'année » et que le principe du « bonus » ne faisait pas débat, la cour d'appel qui, pour rejeter la demande de M. F... en paiement du bonus au titre de l'année 2015, a retenu que les résultats étaient méconnus et a reproché à M. F... de n'avoir offert aucune proposition de calcul, a inversé la charge de la preuve et a violé l'article 1315 devenu 1353 du code civil ;

Alors 2°) que lorsque le droit à un bonus variable résulte du contrat de travail, il appartient au juge de déterminer le montant de la rémunération en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes et, à défaut, des données de la cause ; qu'après avoir constaté que le contrat de travail de M. F... stipulait une rémunération variable représentant « 25 % de la rémunération brute annuelle au maximum, bonus acquis, comme suit : un tiers en cas d'atteinte par la société de l'objectif de chiffre d'affaires fixé par le groupe ; un tiers en cas d'atteinte par la société de l'objectif de maîtrise des dépenses opérationnelles (OPEX) ; un tiers octroyé par le directeur Financier Europe en fonction de la réussite des missions confiées au salarié et de la qualité de son travail. Ce bonus sera calculé trimestriellement et fera l'objet d'un versement à hauteur de 50% à la fin de chaque période, et d'une régularisation en fin d'année », que le principe du « bonus » ne faisait pas débat, la cour d'appel, qui s'est fondée sur la circonstance inopérante que les bonus versés étaient « très variables quant à leur montant », au lieu de déterminer, ainsi qu'elle y était invitée, le bonus auquel le salarié avait droit dans son principe, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 devenu 1103 du code civil ;

Alors 3°) que le motif hypothétique équivaut à un défaut de motif ; qu'en retenant qu'« il est probable qu'aucun bonus ne lui aurait été versé en cas de poursuite de relations contractuelles », la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté M. F... de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, congés payés, repos compensateurs et indemnité pour travail dissimulé ;

Aux motifs qu'en cas de litige relatif à l'existence et au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ; qu'en l'espèce, M. F... formule une demande de paiement d'heures supplémentaires d'une part, pour la période courant du mois de juillet 2014 (semaine 27) jusqu'à la rupture de son contrat de travail intervenue sous la date du 2 décembre 2015, d'autre part pour la période antérieure, dans les limites de la prescription, de fin janvier 2013 à la semaine 26 de l'année 2014 ; qu'il fait valoir que le décompte de ses heures de travail permet de mettre en évidence, pour cette période, 730 heures supplémentaires représentant une somme de 105 343 €, outre les congés payés y afférents ; qu'à l'appui de ses prétentions, il produit : - un listing informatique établi pour les besoins de la cause reconstituant ses horaires de travail à compter de la semaine 27 jusqu'à la semaine 49 (annexe 4), - un planning informatique portant sur un mois type (190 heures prestées soit 45 heures/semaine) ; que ces pièces sont, cependant, insuffisantes à étayer la demande d'heures supplémentaires de M. F... ; que d'une part, le salarié procède par extrapolation, ce qui est impossible en matière de demande de paiement d'heures supplémentaires ; il effectue des moyennes hebdomadaires d'heures supplémentaires ; que d'autre part, son décompte d'heures supplémentaires à la semaine (annexe 4) établi pour les besoins de la cause et donc non contemporain des faits est totalement imprécis, et approximatif, il ne comporte, notamment, aucune indication sur les heures d'embauche, de débauche et par conséquent, sur l'amplitude horaire quotidienne de travail de M. F... ; que de même, son annexe 37 est un « mois type » de travail comportant une durée de travail pour chaque mission exécutées par le salarié (par ex : 24h pour le management des équipes comptables, 2h pour la mise en place de procédures de gestion et indicateurs, 4h pour superviser les contentieux, 2h pour superviser la paie) ; qu'enfin, il résulte de l'instruction locale de travail, page 4 article 3.2, dont le salarié ne conteste pas avoir eu connaissance que « toute heure supplémentaire effectuée, comme toute demande d'absence, doit faire l'objet d'une demande préalable auprès du supérieur hiérarchique par le formulaire

1'000. 106 – Demandes heures supplémentaires et absence exceptionnelles ; que ce document doit être signé par le demandeur ainsi que par son responsable et transmis à la comptabilité pour établissement de la fiche de paie » ; que M. F... ne démontre pas avoir respecté cette procédure ; qu'il en résulte que les pièces produites aux débats par M. F... ne pouvant être considérées comme constituant un justificatif suffisamment probant des horaires de travail qu'il aurait effectivement effectués, celui-ci ne pourra qu'être débouté de ses prétentions de ce chef ainsi que de toutes demandes en lien avec celles-ci, demande de congés payés, de repos compensateur, d'indemnisation sur le fondement du travail dissimulé ;

Alors 1°) qu'il incombe seulement au salarié d'étayer sa demande par des d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ; qu'en ne tirant pas les conséquences légales de ses constatations selon lesquelles M. F... produisait un décompte de ses heures de travail mettant en évidence 730 heures supplémentaires, un listing informatique reconstituant ses horaires de travail de la semaine 27 à la semaine 49, et un planning informatique portant sur un mois type (45 heures/ semaine), ce dont il résultait que le salarié avait produit un décompte des heures qu'il prétendait avoir réalisées, auquel l'employeur pouvait répondre, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail ;

Alors 2°) qu'en retenant qu'il résultait de l'instruction locale de travail, page 4 article 3.2, dont le salarié ne contestait pas avoir eu connaissance, que « toute heure supplémentaire effectuée, comme toute demande d'absence, doit faire l'objet d'une demande préalable auprès du supérieur hiérarchique par le formulaire 1'000. 106 – Demandes heures supplémentaires et absence exceptionnelles ; que ce document doit être signé par le demandeur ainsi que par son responsable et transmis à la comptabilité pour établissement de la fiche de paie » et que M. F... « ne démonstr[ait] pas avoir respecté cette procédure », circonstance inopérante pour écarter sa demande en paiement des heures supplémentaires qu'il prétendait avoir effectuées, au lieu de rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par M. F... qui soutenait que sa « fiche de fonction (

) est (

) de nature à démontrer l'importance des tâches qui lui avaient été confiées, et qu'il était bien évidemment impossible d'accomplir dans le cadre d'un horaire habituel de 35 heures. Pièce n°34 », qu'« il convenait de s'interroger sur le fait de savoir s'il pouvait ou non accomplir l'intégralité de ses tâches dans le cadre d'un horaire hebdomadaire de 35 heures () la réponse est nécessairement négative », si le salarié n'avait pas été dans l'obligation d'effectuer des 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 ;

Alors 3°) qu'en retenant que les pièces produites par M. F... ne pouvant « être considérées comme constituant un justificatif suffisamment probant des horaires de travail qu'il aurait effectivement effectués, celui-ci ne pourra qu'être débouté de ses prétentions de ce chef ainsi que de toutes demandes en lien avec celles-ci », la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé l'article L. 3171-4 du code du travail.