

Texte de la décision

SOC.

IK

COUR DE CASSATION

Audience publique du 25 novembre 2020

Cassation partielle

M. CATHALA, président

Arrêt n° 1119 FP-P+B+R+I

Pourvoi n° X 17-19.523

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

M. P... O..., domicilié au Cabinet de M. Y..., [...], a formé le pourvoi n° X 17-19.523 contre l'arrêt rendu le 16 mars 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 7), dans le litige l'opposant à l'Agence France Presse, organisme autonome, dont le siège est 11 à 13 place de la Bourse, 75002 Paris, défenderesse à la cassation.

L'Agence France presse a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

Le demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les trois moyens de cassation également annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Richard, conseiller, les observations écrites de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de M. O..., de la SCP L. Poulet-Odent, avocat de l'Agence France Presse, les plaidoiries de de Me Grévy et celles de Me J..., l'avis de Mme Trassoudaine-Verger, avocat général, après débats en l'audience publique du 8 octobre 2020 où étaient présents M. Cathala, président, M. Huglo, conseiller doyen, Mme Richard, conseiller rapporteur, Mme Farthouat-Danon, M. Schamber, Mme Leprieur, MM. Rinuy, Ricour, Pietton, Mmes Capitaine, Cavois, Pécaut-

Rivolier, Monge, conseillers, Mmes Duvallat, Ala, Chamley-Coulet, M. Duval, conseillers référendaires, Mme Trassoudaine-Verger, avocat général, et Mme Piquot, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt :

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 16 mars 2017), M. O..., engagé par l'Agence France Presse (AFP) le 9 septembre 1991, a saisi la juridiction prud'homale le 17 février 2012 de diverses demandes en paiement. Il a fait l'objet d'une mise à pied conservatoire le 27 février 2015 et a été licencié pour faute grave le 23 mars 2015, au motif d'une usurpation de données informatiques.

Examen des moyens

Sur le premier moyen du pourvoi principal du salarié et les trois moyens du pourvoi incident de l'employeur, ci-après annexés

2. 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 ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le second moyen du pourvoi principal du salarié, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

3. Le salarié fait grief à l'arrêt de juger son licenciement justifié par une faute grave et de le débouter de sa demande principale de réintégration et de ses demandes subsidiaires d'indemnité de préavis et de congés payés afférents, d'indemnité de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors « qu'aux termes de l'article 32 du règlement intérieur de l'AFP, aucune sanction autre qu'un simple avertissement ne sera notifiée sans qu'aient été préalablement avisés les délégués du personnel de la catégorie de l'intéressé ; que le caractère préalable de l'information a pour finalité d'offrir au salarié une protection supplémentaire par l'assistance ou l'intervention des représentants du personnel, laquelle ne peut avoir d'effet utile que si l'information est effectuée dans un délai suffisant rendant l'assistance effective ; que la cour d'appel a relevé que les délégués du personnel avaient été avisés le 23 mars 2015 à 19 heures 38 d'un licenciement par lettre datée du 23 mars 2015 et notifiée au plus tôt le 24 mars, dans un délai lui permettant de modifier sa position ; qu'en statuant de la sorte, quand il n'était pas contesté par l'AFP que la lettre de licenciement avait été envoyée le 23 mars 2015, pour une première présentation le 24 mars 2015, de sorte que l'information des représentants du personnel effectuée postérieurement à l'envoi de la lettre de licenciement ne permettait pas au salarié de se faire assister utilement pour permettre le cas échéant à l'employeur de revenir sur sa décision, la cour d'appel a violé l'article 32 du règlement intérieur de l'AFP, ensemble l'article L. 1232-1 du code du travail. »

Réponse de la Cour

4. La cour d'appel qui a, d'une part, relevé que l'article 32 du règlement intérieur de la société prévoit qu'aucune sanction autre qu'un simple avertissement ne sera notifiée sans qu'aient été préalablement avisés les délégués du personnel de la catégorie de l'intéressé et, d'autre part, constaté que l'avis aux délégués du personnel avait été effectué le 23 mars 2015 et que la notification du licenciement, au sens des dispositions conventionnelles applicables, était intervenue le 24 mars 2015, en a déduit à bon droit que l'employeur avait respecté l'article 32 précité.

5. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le second moyen du pourvoi principal du salarié, pris en sa deuxième branche

Enoncé du moyen

6. Le salarié fait les mêmes griefs à l'arrêt, alors « qu'aux termes de l'article 51 de la convention d'entreprise AFP du 29 octobre 1976, les conflits individuels seront soumis à la commission paritaire amiable ; qu'il en résulte que ce texte institue une procédure particulière obligatoire permettant de rechercher une solution amiable ; qu'en jugeant qu'en cas de licenciement, sa saisine préalable par l'employeur ne constituait pas une obligation, mais qu'il appartenait seulement à la partie la plus diligente de la saisir, la cour d'appel a violé l'article 51 de la convention d'entreprise AFP du 29 octobre 1976, ensemble l'article L. 1232-1 du code du travail. »

Réponse de la Cour

7. Selon l'article 51 de la convention d'entreprise AFP du 29 octobre 1976, les conflits individuels seront soumis à une commission paritaire amiable, ayant uniquement une mission conciliatrice. Si l'une des parties récusé cette commission, ou si la tentative de conciliation échoue, les intéressés pourront toujours porter le différend devant toute juridiction française compétente en la matière. Le recours à la commission paritaire amiable est notifié par la partie la plus diligente à l'autre partie par lettre exposant le ou les points sur lesquels porte le litige.

8. La cour d'appel en a exactement déduit que l'employeur n'avait pas l'obligation de saisir la commission paritaire amiable préalablement au licenciement.

9. Le moyen n'est donc pas fondé.

Mais sur le second moyen du pourvoi principal du salarié, pris en sa quatrième branche

Enoncé du moyen

10. Le salarié fait grief à l'arrêt de juger son licenciement justifié par une faute grave et de le débouter de sa demande principale de réintégration et de ses demandes subsidiaires d'indemnité de préavis et de congés payés afférents, d'indemnité de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors « que le licenciement pour faute grave, dont la preuve incombe à l'employeur, ne peut être justifié par des éléments de preuve obtenus de façon illicite et dont la production est de ce fait irrecevable ; que constituent un moyen de preuve illicite les informations collectées, avant toute déclaration à la CNIL, par un système de traitement automatisé de données personnelles comme la collecte des adresses IP, permettant d'identifier indirectement une personne physique ou encore le traçage des fichiers de journalisation ; que la cour d'appel a retenu que les logs, fichiers de journalisation et adresses IP, qui constituaient un traçage informatique, n'étaient pas soumis à une déclaration de la CNIL, ni à une information du salarié, dès lors qu'ils n'avaient pas pour vocation première le contrôle des utilisateurs ; qu'en statuant de la sorte, par un motif inopérant, quand seule la condition de la possible identification d'une personne physique était déterminante, la cour d'appel a violé les articles 2 et 22 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ensemble les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail, l'article 9 du code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Réponse de la Cour

Vu les articles 2 et 22 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données, les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales :

11. Les adresses IP, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, sont des données à caractère personnel, au sens de l'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, de sorte que leur collecte par l'exploitation du fichier de journalisation constitue un traitement de données à caractère personnel et doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en application de l'article 23 de la loi précitée.

12. Toutefois, ainsi que la Cour l'a déjà jugé (Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, Bull. 2016, V, n° 209), le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la

condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. De même, elle a déjà jugé (Soc., 31 mars 2015, pourvoi n° 13-24.410, Bull. 2015, V, n° 68), qu'un salarié ne peut s'approprier des documents appartenant à l'entreprise que s'ils sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans un litige l'opposant à son employeur, ce qu'il lui appartient de démontrer.

13. Il résulte par ailleurs de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant plus particulièrement de la surveillance des employés sur le lieu de travail, qu'elle a estimé que l'article 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales laissait à l'appréciation des États le choix d'adopter ou non une législation spécifique concernant la surveillance de la correspondance et des communications non professionnelles des employés (CEDH, K..., 5 sept. 2017, n° 61496/08, § 119). Elle a rappelé que, quelle que soit la latitude dont jouissent les États dans le choix des moyens propres à protéger les droits en cause, les juridictions internes doivent s'assurer que la mise en place par un employeur de mesures de surveillance portant atteinte au droit au respect de la vie privée ou de la correspondance des employés est proportionnée et s'accompagne de garanties adéquates et suffisantes contre les abus (K..., précité, § 120).

14. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé également que, pour déterminer si l'utilisation comme preuves d'informations obtenues au mépris de l'article 8 ou en violation du droit interne a privé le procès du caractère équitable voulu par l'article 6, il faut prendre en compte toutes les circonstances de la cause et se demander en particulier si les droits de la défense ont été respectés et quelles sont la qualité et l'importance des éléments en question (CEDH, 17 oct. 2019, Lopez Ribalda, n° 1874/13 et 8567/13, § 151).

15. Enfin, aux termes de l'article 13. 1 g) de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, applicable à l'époque des faits, les États membres peuvent prendre des mesures législatives visant à limiter la portée des obligations et des droits prévus à l'article 6 paragraphe 1, à l'article 10, à l'article 11 paragraphe 1 et aux articles 12 et 21, lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder la protection de la personne concernée ou des droits et libertés d'autrui.

16. Il y a donc lieu de juger désormais que l'illicéité d'un moyen de preuve, au regard des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données, n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

17. Pour juger le licenciement fondé sur une faute grave et débouter le salarié de sa demande principale de réintégration et de ses demandes subsidiaires d'indemnité de préavis et de congés payés afférents, d'indemnité de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que selon un procès-verbal de constat d'huissier, le recoupement des informations de fichiers de journalisation extraites de données du gestionnaire centralisé de logs de l'AFP sur la journée du 30 janvier 2015 et la plage horaire de 12 heures 02 à 16 heures 02 et de l'adresse utilisée pour l'envoi des messages incriminés, a permis de constater que l'adresse IP utilisée est celle de M. O... Il énonce également que les logs, fichiers de journalisation et adresses IP, qui constituent un traçage informatique que ne peut ignorer le salarié compte tenu de ses fonctions, ne sont pas soumis à une déclaration à la CNIL, ni ne doivent faire l'objet d'une information du salarié en sa qualité de correspondant informatique et libertés, lorsqu'ils n'ont pas pour vocation première le contrôle des utilisateurs. Il ajoute que seule la mise en oeuvre d'un logiciel d'analyse des différents journaux (applicatifs et systèmes) permettant de collecter des informations individuelles poste par poste pour contrôler l'activité des utilisateurs doit être déclarée à la CNIL en ce qu'il s'agit d'un traitement automatisé d'informations nominatives. L'arrêt en conclut que s'agissant non pas de la mise en oeuvre d'un tel logiciel, mais d'un simple traçage issu des fichiers de journalisation, pour lesquels la charte des ressources informatiques et internet en vigueur à l'AFP précise qu'ils sont conservés par l'administrateur pour une durée pouvant atteindre six mois, la preuve opposée au salarié est

légal et ne procède pas d'une exécution déloyale du contrat.

18. En statuant ainsi, alors que l'exploitation des fichiers de journalisation, qui permettent d'identifier indirectement une personne physique, constitue un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 susvisée, et était ainsi soumise aux formalités préalables à la mise en oeuvre de tels traitements prévues au chapitre IV de ladite loi, ce dont il résultait que la preuve était illicite et, dès lors, les prescriptions énoncées au paragraphe 16 du présent arrêt invocables, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

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

REJETTE le pourvoi incident formé par l'Agence France Presse ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il juge le licenciement de M. O... fondé sur une faute grave et le déboute en conséquence de sa demande principale de réintégration et de ses demandes subsidiaires d'indemnité de préavis et de congés payés afférents, d'indemnité de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 16 mars 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

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 de Paris autrement composée ;

Condamne l'Agence France Presse aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, condamne l'Agence France Presse à payer à M. O... 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

Moyens produits, au pourvoi principal, par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. O...

PREMIER MOYEN DE CASSATION (congés d'ancienneté)

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande tendant au paiement d'un rappel d'indemnité de congés d'ancienneté de 2007 à 2015 ;

AUX MOTIFS QUE l'AFP applique au présent salarié l'article 31 de la convention collective des cadres administratifs de la presse quotidienne parisienne du 1er avril 1987, qui fixe un congé annuel de 44 jours ouvrables ; que le salarié prétend en sus de ces 44 jours au bénéfice du congé d'ancienneté de l'article 28 de la convention collective nationale du personnel d'encadrement des agences de presse du 1er janvier 1996 en soutenant qu'il faut comparer les accords avantage par avantage, que seule cette convention prévoit un congé d'ancienneté, qu'aucune comparaison ne peut être faite avec les autres dispositions conventionnelles qui ne prévoient pas un congé d'ancienneté et qui n'ont ni le même objet ni la même cause pour déterminer la durée du congé annuel à raison du statut de cadre des salariés et que donc ce congé d'ancienneté doit se cumuler avec les autres congés ; que pour l'infirmité du jugement et le débouté du salarié, l'AFP fait valoir que les avantages prévus par la convention collective du personnel d'encadrement des agences de presse, par l'accord d'entreprise et par la convention collective des cadres administratifs de la presse quotidienne parisienne ont le même objet ou la même cause et que la convention des cadres administratifs de la presse quotidienne parisienne, qu'elle applique volontairement dans l'entreprise, est largement plus favorable et doit seule recevoir application ; qu'en droit, en cas de concours d'accords collectifs, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulation contraire, se cumuler, seul le plus favorable d'entre eux devant s'appliquer ; que l'article 27 de la convention collective nationale du personnel d'encadrement des agences de presse prévoit un congé principal d'été de 24 jours ouvrables en une seule fois, des jours supplémentaires en cas de fractionnement du congé

principal à l'initiative de l'employeur, et un congé d'hiver de 6 jours ; qu'aux termes de l'article 28 de cette convention intitulé "congés d'ancienneté", "Le cadre bénéficie d'un congé d'ancienneté de : 2 jours ouvrables après 5 ans de présence dans l'entreprise ; portés à 4 jours ouvrables après 10 ans de présence dans l'entreprise ; portés à 6 jours ouvrables après 15 ans de présence dans l'entreprise. Ces congés supplémentaires pourront être pris à tout moment de l'année en accord avec le chef d'entreprise, et suivant les nécessités du travail"; soit un total maximum de 36 jours ; que l'accord collectif d'entreprise AFP du 1er avril 1983 stipule en son chapitre IV " congés payés vacances" prévoit : - article 25 : " Après une année de travail effectif, la durée du congé est de... 26 jours ouvrables ; - article 27 : " Les collaborateurs qui comptent un an de travail effectif à l'AFP au 1er juin ont droit à un "congé cadre" égal à 6 jours ouvrables". Ceux qui n'ont pas une année de travail effectif bénéficient d'un congé réduit proportionnellement à leur temps de présence, soit une demi-journée par mois de travail effectif " ; - article 28 " Les collaborateurs qui comptent un an de travail effectif à l'AFP au 1er juin ont droit à un congé d'hiver égal à six jours ouvrables à prendre entre le 1er novembre et le 1er avril. Ceux qui n'ont pas une année de travail effectif bénéficient d'un congé réduit proportionnellement à leur temps de présence, soit une demi-journée par mois de travail effectif ". Soit un total maximum de 38 jours ; que la convention collective des cadres administratifs de la presse quotidienne parisienne, intégrée à l'accord d'entreprise pour les cadres administratifs de AFP prévoit dans sa mise à jour du 1er octobre 1979 appliquée par l'employeur, au chapitre "vacances - article 28 "Un congé annuel de 44 jours ouvrables est accordé aux cadres... Ce congé est fixé comme suit : pendant la première année : 3 jours de congés par mois de référence. après un an de présence : 44 jours ouvrables dont 26 au titre des vacances d'été, 12 au titre des vacances d'hiver, 6 au titre des congés cadres". Soit un total maximum de 44 jours ; que les dispositions de ces trois accords collectifs portent donc sur les mêmes avantages ; que la convention des cadres administratifs de la presse quotidienne parisienne fixe une durée de congé de base plus favorable que les deux autres accords collectifs et une condition d'ancienneté d'un an pour l'octroi de 6 jours congés supplémentaires aux cadres, semblable à celle de l'accord collectif d'entreprise, mais plus favorable que la convention collective nationale du personnel d'encadrement des agences de presse qui ne prévoit ce congé supplémentaire de 6 jours au bénéfice du cadre qu'au bout de 15 ans de présence dans l'entreprise ; que l'AFP est donc fondée à appliquer les avantages plus favorables de la convention des cadres administratifs de la presse quotidienne parisienne, sans cumul avec le congé d'ancienneté tel que prévu par l'article 28 de la convention collective nationale du personnel d'encadrement des agences de presse ; que le salarié est donc débouté de sa demande de rappel de congé de 2007 à 2012 et le jugement doit donc être infirmé de ce chef; que M. O... est aussi débouté de sa demande nouvelle à ce titre pour les années 2013 à 2015.

ALORS QU'en cas de concours de conventions collectives, seuls les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé ; que l'article 28 de la convention collective nationale du personnel d'encadrement des agences de presse octroie aux cadres des congés supplémentaires pour ancienneté, tandis que l'accord d'entreprise des cadres administratifs de l'AFP subordonne, en ses articles 25, 27 et 28, le bénéfice global de 44 jours ouvrables de congés pour les cadres, à la condition qu'ils aient un an d'ancienneté dans l'entreprise ; que la convention collective des cadres administratifs de la presse quotidienne parisienne prévoit en son article 28 un congé annuel de 44 jours avec un supplément de 6 jours pour les cadres ; qu'il en résulte que les congés supplémentaires, octroyés pour ancienneté dans le premier cas et en considération du statut de cadre dans les deuxième et troisième cas, n'ont ni la même cause, ni le même objet, de sorte que le congé d'ancienneté peut se cumuler avec les congés payés conventionnels ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 28 de la convention collective nationale du personnel d'encadrement des agences de presse, des articles 25, 27 et 28 de l'accord d'entreprise des cadres administratifs de l'AFP et de l'article 28 de la convention collective des cadres administratifs de la presse quotidienne parisienne pour fausse application, ensemble l'article 1103 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION (licenciement)

Le moyen fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR jugé que le licenciement de Monsieur O... était justifié par une faute grave et de l'avoir en conséquence débouté de sa demande principale de réintégration et de ses demandes subsidiaires d'indemnité de préavis et de congés payés y afférents, d'indemnité de licenciement et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

AUX MOTIFS QUE, sur la procédure, (), l'article 32 du règlement intérieur de l'AFP dispose : « En outre, en application du protocole du 22 septembre 1969, aucune sanction autre qu'un simple avertissement ne sera notifiée sans qu'aient été préalablement avisés les délégués du personnel de la catégorie de l'intéressé » ; que si la notification du licenciement s'entend en principe du jour de l'envoi de la lettre de rupture, l'article 22 de la convention collective nationale du personnel d'encadrement des agences de presse du 1er janvier 1996 dispose toutefois que la date de première présentation de la lettre recommandée avec accusé de réception constitue la date de notification de la rupture du contrat ; que l'AFP est donc tenue d'informer préalablement les délégués du personnel de sa décision avant de notifier le licenciement, et non de recueillir leur avis préalable seul de nature à conduire l'employeur à modifier la sanction envisagée ; qu'en avisant les délégués du personnel le 23 mars 19h38 du licenciement notifié à M O... au plus tôt le 24 mars, dans un délai lui permettant de modifier sa position, l'AFP a respecté les textes en vigueur et n'a violé aucune garantie de fond, à supposer même qu'elle n'a pas respecté le délai d'information ; que l'article 1er de la Convention d'Entreprise AFP du 29 octobre 1976 dispose : « Elle a pour objet d'adapter aux conditions particulières de l'AFP les dispositions de la convention collective de travail des cadres administratifs de la Presse Quotidienne Parisienne ... » ; « Cette convention collective est applicable aux cadres de l'AFP dont les emplois figurent à l'annexe 11 de la présente convention d'entreprise, à l'exception des dispositions traitées par la présente convention d'entreprise au titre II ci-après sous la dénomination « Dispositions particulières », de sorte que la convention collective du travail de cadres administratifs de la Presse Quotidienne Parisienne ne s'applique donc pas de plein droit à l'AFP et à ses cadres ; que l'article 51 de la Convention d'Entreprise AFP du 29 octobre 1976 dispose : « Tout litige sera réglé au mieux des intérêts réciproques de l'AFP et des cadres administratifs. Les conflits individuels seront soumis à une convention paritaire amiable, ayant uniquement mission conciliatrice ... Si l'une des parties récusé cette commission, ou si la tentative de conciliation échoue, les intéressés pourront toujours porter le différend devant toute juridiction compétente en la matière » ; que l'article 40 de la convention collective d'entreprise des cadres administratifs de la presse du 1er avril 1983 prévoit le même dispositif, en précisant que la commission se réunira à la demande de l'une ou l'autre des parties ; que l'article 7 de la convention collective nationale du personnel d'encadrement des agences de presse du 1er janvier 1996 prévoit la possibilité de saisir une commission paritaire de conciliation à l'initiative de l'une ou l'autre des parties ; qu'aucune disposition conventionnelle n'oblige l'AFP, plutôt que le salarié, à saisir obligatoirement et préalablement à toute sanction la commission paritaire amiable afin de tenter une conciliation, ni à informer le salarié concerné de cette possibilité. En l'absence de précision apportée par l'article 51 applicable, il appartient seulement à la partie qui y a intérêt de saisir cette commission ; qu'au demeurant, M O... qui a su saisir le 12 mai 2015 la commission paritaire nationale de conciliation prévue à l'article 7 de la convention collective nationale du personnel d'encadrement des agences de presse, laquelle s'est déclarée incompétente, était informé par la mention sur ses bulletins: de paie de l'application de la Convention d'Entreprise AFP du 29 octobre 1976 et avait donc la possibilité de saisir la commission paritaire amiable interne prévue par l'article 51, ce qu'il n'a pas fait ; qu'aucune violation d'une garantie de fond, ni d'une règle de procédure conventionnelle de licenciement n'est donc imputable à l'AFP. M O... doit être débouté de ce chef ; qu'au fond, la lettre de licenciement, à laquelle il est expressément fait référence, qui fixe les limites du litige, lie les parties et le juge qui ne peut examiner d'autres griefs que ceux qu'elle énonce, est ainsi motivée : "Monsieur, Le vendredi 30 janvier 2015, une salariée du service commercial France de l'AFP reçoit un appel de son client, l'Européenne de Donnée (EDD), pour lui faire part d'incidents répétés sur son serveur. Face à la gravité des faits, la salariée transfère cet appel au Directeur Marketing de l'AFP. M. B... H... (PDG de l'EDD) et M. Q... C... R... (Directeur général de l'EDD) lui indiquent avoir reçu via le formulaire de contact de leur site de fausses demandes de renseignements. Ces demandes ont été émises au nom de sociétés dont certaines sont clientes de l'EDD et d'autres qui ne le sont pas. Chacune de ces demandes comporte le nom et les coordonnées (mail) des personnes qui les envoient. Or, toutes ces demandes comportaient le même message : « consultation de dépêches AFP et alerte par mail ». L'EDD décide donc de faire intervenir son service commercial et interroge une des clientes qui aurait fait une de ces demandes. Cette dernière leur répond qu'aucune demande n'a été émise. Après enquête interne, effectivement, l'EDD découvre en consultant les logs de connexion sur son serveur que toutes ces demandes sont en fait des requêtes provenant d'un serveur dont le numéro d'IP est une adresse AFP. L'EDD envoie au Directeur Marketing de l'AFP le détail de ces 5 demandes. L'AFP découvre que ces demandes ont été émises à des noms et coordonnées de personnes qui sont ses propres clients. L'AFP procède alors à sa propre enquête interne grâce aux documents techniques fournis par l'EDD pour vérifier si quelqu'un de

L'AFP s'est connecté à l'EDD via le serveur dont l'adresse IP lui a été fournie par l'EDD. Le résultat de ces recherches démontre que ces connexions proviennent de votre ordinateur. Ces faits vous ont été exposés le 10 mars 2015 lors de l'entretien préalable à sanction pouvant aller jusqu'à un licenciement auquel nous vous avons convoqué et auquel vous vous êtes présenté accompagné de M. Q... W... A.... Malgré l'évidence des faits, vous avez nié être à l'origine de cette usurpation de données informatiques et, par conséquent, de l'usurpation de l'identité de clients de l'AFP pour faire des demandes auprès d'un service partenaire. Nous vous avons précisé que le rapport établi par un expert informatique sous contrôle d'huissier démontrait que les messages de réclamation adressés à l'EDD émanaient bien de votre ordinateur. Or, compte tenu des heures de connexion, réparties tout au long de la journée, et de leur durée, jusqu'à 11 minutes, il n'était pas possible qu'une autre personne que vous ait pu utiliser votre ordinateur à votre insu pendant cette journée du 30 janvier 2015. Vous nous avez dit ne pas comprendre ce qui avait pu se passer et avez contesté une nouvelle fois être à l'origine de cette usurpation de données informatiques. Au-delà du caractère intrinsèquement grave des faits commis, qui constituent une violation de multiples règles fondamentales, parmi lesquelles, l'obligation de loyauté contractuelle, l'obligation de secret et de discrétion, et l'obligation d'utilisation conforme des moyens informatiques de l'entreprise, nous vous avons précisé que ce type de manipulation avait pour conséquence : - Une détérioration de la relation de confiance entre l'AFP et son partenaire de distribution ; - Une détérioration potentielle de la relation client de l'AFP et une possible perte de chiffre d'affaires : les clients de l'AFP pouvant se détourner des services de l'AFP au profit de tiers. De surcroît, l'usurpation d'identité à travers des manipulations informatiques auprès de sociétés extérieures à l'AFP peut entraîner des contentieux juridiques avec nos clients ainsi que nos partenaires. Enfin des informations confidentielles (nom des sociétés clientes de l'AFP non client de l'EDD) ont été divulguées à notre partenaire, ce qui constitue un acte grave. Suite à cet entretien et sur l'insistance de M. Q... W... A..., nous avons revalidé avec la Direction des Systèmes d'information que les logs n'avaient pas pu être modifiés, confirmant ainsi que les messages envoyés à l'EDD émanaient de façon certaine de votre ordinateur. Aussi, compte tenu de l'évidence des faits constatés, malgré vos dénégations, et de leur gravité, nous vous notifions votre licenciement pour faute grave, sans préavis ni indemnités. Votre mise à pied à titre conservatoire vous sera néanmoins payée... » ; que selon l'article L. 1235-1 du code du travail, en cas de litige relatif au licenciement, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles ; si un doute subsiste, il profite au salarié ; qu'il résulte des articles L.1234-1 et L.1234-9 du code du travail que, lorsque le licenciement est motivé par une faute grave, le salarié n'a droit ni à un préavis ni à une indemnité de licenciement ; que la faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations résultant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise même pendant la durée du préavis ; l'employeur qui invoque la faute grave pour licencier doit en rapporter la preuve () ; que les faits relatés dans la lettre de licenciement ont été révélés par un mail du directeur général délégué d'EDD du 30 janvier 2015, produit au débat, alertant l'AFP de cinq fausses demandes de renseignement sur leur service de rediffusion des dépêches AFP, reçues le jour même par EDD, émises à partir de la même adresse IP 158.50.204.15 entre 12h14 et 15h34 au nom de diverses personnes appartenant à cinq sociétés différentes ; qu'à ce mail est jointe la capture d'écran qui confirme l'alerte donnée par EDD ; que selon le procès-verbal de constat d'huissier dressé le 20 février 2015, en présence d'un expert informatique et de M. S... responsable sécurité des systèmes d'information de l'AFP, le recoupement des informations des fichiers de journalisation extraites de données du gestionnaire centralisé de logs de l'AFP (stockage) sur la plage horaire de 12h02 à 16h02 et de l'adresse IP utilisée pour l'envoi des messages incriminés à EDD , a permis de constater que l'adresse IP utilisée est celle de M P... O... ; qu'en sa qualité de responsable de la valorisation et du contrôle des usages numériques qui sont faits des produits de l'AFP, M O... travaillait à la direction commerciale et marketing de sorte qu'il pouvait accéder aux fichiers clients de l'entreprise ; que les faits reprochés au salarié dans la lettre de licenciement sont donc prouvés, M O... n'expliquant en rien comment son adresse aurait pu être piratée par un tiers ou les logs altérés ; que par ailleurs les logs, fichiers de journalisation et adresses IP, qui constituent un traçage informatique que ne peut ignorer M O... compte tenu de ses fonctions, ne sont pas soumis aune déclaration à la CNIL, ni à faire l'objet d'une information du salarié, lorsqu'ils n'ont pas pour vocation première le contrôle des utilisateurs ; que seule la mise en oeuvre d'un logiciel d'analyse des différents journaux (applicatifs et systèmes) permettant de collecter des informations individuelles poste par poste pour contrôler l'activité des utilisateurs doit être déclarée

à la CNIL en ce qu'il s'agit d'un traitement automatisé d'informations nominatives ; que s'agissant dans le cas présent, non pas de la mise en oeuvre d'un tel logiciel, mais d'un simple traçage issu des fichiers de journalisation, pour lesquels la charte des ressources informatiques et internet en vigueur à de l'AFP précise qu'ils sont conservés par l'administrateur pour une durée pouvant atteindre six mois, la preuve opposée à M O... est légale et ne procède pas d'une exécution déloyale du contrat ; que la faute de M O... qui procède d'une exécution parfaitement déloyale de son contrat le chargeant du contrôle et de la valorisation des usages numériques de l'AFP, en ce qu'elle consiste à envoyer cinq faux messages de tiers à un partenaire de distribution important de l'entreprise, de nature à altérer les liens avec ce partenaire, est d'une gravité telle qu'elle empêche la poursuite de la relation de travail, y compris pendant la durée du préavis ; que le licenciement pour faute grave est donc fondé et M. O... est débouté de ses demandes au titre de la rupture de son contrat ;

1° ALORS QU'aux termes de l'article 32 du règlement intérieur de l'AFP, aucune sanction autre qu'un simple avertissement ne sera notifiée sans qu'aient été préalablement avisés les délégués du personnel de la catégorie de l'intéressé ; que le caractère préalable de d'information a pour finalité d'offrir au salarié une protection supplémentaire par l'assistance ou l'intervention des représentants du personnel, laquelle ne peut être avoir d'effet utile que si l'information est effectuée dans un délai suffisant rendant l'assistance effective ; que la cour d'appel a relevé que les délégués du personnel avaient été avisés le 23 mars 2015 à 19h38 d'un licenciement par lettre datée du 23 mars 2015 et notifiée au plus tôt le 24 mars, dans un délai lui permettant de modifier sa position ; qu'en statuant de la sorte, quand il n'était pas contesté par l'AFP que la lettre de licenciement avait été envoyée le 23 mars 2015, pour une première présentation le 24 mars 2015, de sorte que l'information des représentants du personnel effectuée postérieurement à l'envoi de la lettre de licenciement ne permettait pas au salarié de sa faire assister utilement pour permettre le cas échéant à l'employeur de revenir sur sa décision, la cour d'appel a violé l'article 32 du règlement intérieur de l'AFP, ensemble l'article L.1232-1 du code du travail ;

2° ALORS ensuite QU'aux termes de l'article 51 de la convention d'entreprise AFP du 29 octobre 1976, les conflits individuels seront soumis à la commission paritaire amiable ; qu'il en résulte que ce texte institue une procédure particulière obligatoire permettant de rechercher une solution amiable ; qu'en jugeant qu'en cas de licenciement, sa saisine préalable par l'employeur ne constituait pas une obligation, mais qu'il appartenait seulement à la partie la plus diligente de la saisir, la cour d'appel a violé l'article 51 de la convention d'entreprise AFP du 29 octobre 1976, ensemble l'article L.1232-1 du code du travail ;

3° ALORS encore QU'un comportement fautif ne peut résulter que d'un fait imputable au salarié ; que, s'agissant du dysfonctionnement imputé à Monsieur O..., celui-ci avait fait valoir que les informations collectées par l'employeur contenues dans le procès-verbal de constat de l'huissier dressé le 20 février 2015 en présence d'un expert informatique ne permettaient pas d'établir que les faits lui étaient imputables, dès lors que l'entreprise ne s'était pas assurée du fait qu'aucune intervention n'avait pu se produire sur les fichiers logs entre la date des connexions litigieuse et celle de la réalisation du constat informatique ; qu'en omettant d'examiner ce point, alors même qu'elle y était invitée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L.1232-1 et L.1331-1 du code du travail ;

4° ALORS par ailleurs QUE le licenciement pour faute grave, dont la preuve incombe à l'employeur, ne peut pas être justifié par des éléments de preuve obtenus de façon illicite et dont la production est de ce fait irrecevable ; que constituent un moyen de preuve illicite les informations collectées, avant toute déclaration à la CNIL, par un système de traitement automatisé de données personnelles comme la collecte des adresses IP, permettant d'identifier indirectement une personne physique ou encore le traçage des fichiers de journalisation ; que la cour d'appel a retenu que les logs, fichiers de journalisation et adresses IP, qui constituaient un traçage informatique, n'étaient pas soumis à une déclaration de la CNIL, ni à une information du salarié, dès lors qu'ils n'avaient pas pour vocation première le contrôle des utilisateurs ; qu'en statuant de la sorte, par un motif inopérant, quand seule la condition de la possible identification d'une personne physique était déterminante, la cour d'appel a violé les articles 2 et 22 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ensemble les articles L.1234-1, L.1234-5 et L.1234-9 du code du travail, l'article 9 du code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5° ALORS enfin QU'en considérant qu'un simple traçage issu des fichiers de journalisation constituait une preuve légale ne procédant pas d'une exécution déloyale du contrat de travail, sans rechercher, comme elle y était pourtant invitée, si lesdits fichiers contenaient des informations individuelles, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 2 et 22 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ensemble les articles L.1234-1, L.1234-5 et L.1234-9 du code du travail, l'article 9 du code de procédure civile et l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Moyens produits, au pourvoi incident, par la SCP L. Poulet-Odent, avocat aux Conseils, pour l'Agence France Presse

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le pourvoi fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR condamné la société Agence France Presse à payer à M. O... les sommes de 293,76 euros et de 291,66 euros au titre du 13e mois, respectivement de l'année 2007 et de l'année 2008 ;

AUX MOTIFS PROPRES QU'aux termes de l'article 1 de la Convention collective du personnel d'encadrement des agences de presse « les dispositions de la présente convention remplacent les clauses des contrats ou accords existants, dès lors que ceux-ci sont moins avantageux pour les cadres des agences de presse. Cette convention ne pourra, en aucun cas, être l'occasion de restrictions aux avantages acquis à titre individuel ou collectif » ; que l'article 12 de la Convention collective du personnel d'encadrement des agences de presse du 1er janvier 1996, applicable en l'espèce, précise : « Après un an de présence dans l'entreprise, les cadres perçoivent en fin d'année un 13ème mois égal aux appointements du mois de décembre et prenant en compte les seuls éléments ayant un caractère de fixité. Pour les salariés percevant leur salaire en partie sous la forme d'un fixe et en partie sous la forme de commission, le mois est calculé sur la moyenne des 12 derniers mois de l'ensemble de ces rémunérations » ; que selon les pièces produites et les débats, le système de rémunération variable en vigueur à l'AFP est composé de : - une prime mensuelle de vente brute constituée d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par le salarié individuellement, - d'une prime basée sur l'atteinte d'objectifs par l'équipe à laquelle est intégré le salarié prédéfinis par l'AFP, ce qui est le cas de M. O... ; - d'une prime mensuelle de suivi des dossiers liée à l'atteinte d'objectifs qualitatifs précis fixés par la direction commerciale et plafonnée par commercial et par mois ; que ces primes se cumulent ou non selon l'équipe concernée ; que le fait que la prime d'objectif récompense un travail, un objectif d'équipe ne peut justifier d'exclure cette rémunération variable versée à M. O... du bénéfice de l'article 12 de la convention collective applicable, dans la mesure où il participe par son travail à l'atteinte de cet objectif ; que cette rémunération entre donc dans le calcul du 13e mois ; que selon les bulletins de salaire M. O... a perdu en 2007 un 13e mois de 5 444,56 € qui exclut de son assiette une prime de résultats de 3 525,15 € et en 2008 un 13e mois de 5 562,15 € qui exclut de son assiette une prime de résultats de 3 500 € ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE le demandeur bénéficie d'une rémunération constituée d'une partie fixe et d'une partie variable ; que l'AFP exclut du calcul les primes d'objectifs subordonnées à un objectif individuel ou collectif, mais l'article 12 de la convention collective prévoit que pour les salariés qui perçoivent un salaire constitué d'un fixe et d'une commission, le 13e mois est articulé sur la moyenne des 12 derniers mois perçus ; que ce texte n'indique pas que seules les commissions correspondant à un pourcentage sur le chiffre d'affaires réalisé par le salarié doivent être prises en compte comme le plaide l'AFP ; que la prime d'objectif récompense un travail que l'objectif soit individuel ou d'équipe ; que ces primes doivent donc être prises en compte pour le calcul du 13e mois ; qu'en tout état de cause, c'est l'ensemble de la part variable de la rémunération qui doit être prise en compte ;

ALORS QU'aux termes de l'article 12 de la convention collective du personnel d'encadrement des agences de presse, « les salaires fixés par avenant à la présente convention correspondent à la somme minimum que chaque salarié doit percevoir pour la durée légale du travail. Après un an de présence dans l'entreprise, les cadres perçoivent en fin d'année un 13e mois, égal aux appointements du mois de décembre et prenant en compte les seuls éléments ayant un caractère de fixité. Pour les salariés percevant leur salaire en partie sous la forme d'un "fixe" et, en partie, sous la forme de "commissions", le 13ème mois est calculé sur la moyenne des 12 derniers mois de l'ensemble de ces rémunérations. Le personnel entré en cours d'année perçoit ce 13e mois au prorata du

temps passé dans l'entreprise () » ; que ces stipulations distinguent clairement la partie fixe des commissions ; que ces dernières désignent exclusivement une rémunération fixée par un pourcentage déterminé sur un élément variable représentant l'apport du salarié à l'entreprise, permettant d'intéresser le salarié, sur son chiffre d'affaires, à la réalisation de sa propre prestation de travail ; que ces commissions ne s'identifient donc pas et n'intègrent pas des primes qui, elles, ne sont pas fondées sur le seul chiffre d'affaires mais sur des performances réalisées ; qu'en jugeant dès lors, pour faire droit à la demande du salarié, qu'il y avait lieu d'intégrer dans le 13e mois les primes qu'il invoquait, la cour a violé l'article 12 susvisé, ensemble les articles L. 3141-22 du code du travail et 1134 ancien (aujourd'hui 11103) du code civil.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le pourvoi fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR condamné la société Agence France Presse à payer à M. O... les sommes de 176,25 euros et de 175 euros à titre de rappel d'indemnité compensatrice de RTT, respectivement pour les années 2007 et 2008 ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE si les jours de RTT ne constituent pas des congés payés au sens de l'article L. 3141-3 du code du travail, il n'en reste pas moins que le droit à ces JRTT ne peut résulter, comme les congés payés, que d'un travail effectif et plus spécialement d'un travail en-deçà des 39 heures dans le cadre de la réduction du temps de travail ; qu'en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, le régime de l'indemnité des congés payés, fondé sur la rémunération brute totale du salarié, peut donc inspirer le régime applicable pour l'indemnité compensatrice de jours de congés liés à la réduction du temps de travail ; qu'en effet, un salarié en congé ou en RTT ne peut participer à la réalisation de l'objectif qui lui est assigné quelle que soit sa nature [individuelle ou collective] ou sa fréquence [mensuelle, trimestrielle ou annuelle], et voit donc sa rémunération variable affectée par la prise de RTT ; que la prime d'objectifs versée par l'AFP se trouvant liée à l'activité de M. O... et à ses performances est donc affectée par la prise de JRTT ; qu'en conséquence, la prime sur objectifs de 3 525,15 € en 2007 et de 3 500 € en 2008 versé à M. O... doit être intégrée dans l'assiette de calcul de l'indemnité compensatrice de JRTT, laquelle ne peut ouvrir droit à une indemnité compensatrice de congés payés du 1/10, puisque les JRTT ne produisent pas des jours de congés ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'AFP maintient la rémunération lors de la prise de jours RTT mais n'inclut pas les éléments variables dans le calcul de l'indemnité de RTT au motif qu'il n'y a pas de texte régissant le maintien du salaire pendant la prise de jours RTT et que les éléments variables ne sont pas affectés par la prise de ces congés ; que cependant l'ensemble des primes constituant la rémunération variable est étroitement lié à l'activité du salarié et à ses performances, il est donc forcément affecté par la prise de jour RTT ; que l'AFP doit donc inclure les éléments variables dans le calcul de l'indemnité de jour RTT ; qu'en conséquence, il y a lieu de faire droit au rappel d'indemnité de RTT formulée par le demandeur ;

1° ALORS QUE la réduction du temps de travail s'accompagne, en principe, d'une réduction proportionnelle de l'ensemble de la rémunération ; que l'employeur qui procède à la réduction du temps de travail n'est tenu par aucun texte, à défaut de tout accord collectif sur ce point, de maintenir la rémunération antérieure, qu'elle soit fixe ou variable ; qu'à l'inverse, celui qui entend la maintenir, en dehors de toute obligation légale ou conventionnelle, peut librement choisir de ne maintenir que la part fixe à l'exclusion de la part variable ; qu'il s'ensuit que cette dernière, non maintenue, n'a pas alors à entrer dans l'assiette de l'indemnisation des jours de RTT ; qu'en jugeant le contraire, la cour a violé les articles L. 3121-10 du code du travail et 1134 ancien (aujourd'hui 1103) du code civil ;

2° ALORS QUE, tout en concédant la différence spécifique entre congés payés et jours de RTT, la cour a considéré qu'en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, une application analogique était possible entre eux, au motif que le droit à ces jours de RTT, comme le droit aux congés payés, ne peut résulter que d'un travail effectif en deçà de 39 heures dans le cadre de la réduction du temps de travail et qu'un salarié en congé ou en RTT ne peut participer à la réalisation de l'objectif qui lui est assigné ; que, cependant, cette analogie est sans fondement ; qu'en effet, les congés payés sont des jours perdus qui diminuent le temps d'activité travaillée, ce pourquoi la loi impose logiquement, pour le calcul de l'indemnité correspondante, en cas de maintien du salaire, le versement d'une rémunération compensatrice identique à celle perçue pendant la période travaillée, part variable comprise

(art. L. 3141-22 du c. trav.) ; qu'en revanche, outre que la loi n'impose ni le maintien du salaire pour les jours de RTT, ni cette conséquence alors automatique d'une rémunération intégrale, ces jours ne sont pas des jours perdus mais sont la contrepartie d'heures de travail effectivement réalisées entre 35 et 39 heures et qui, sans ces RTT, seraient considérées comme des heures supplémentaires ; qu'ainsi, il existe entre congés payés et jours de RTT une différence sous tous rapports qui n'autorise aucune analogie entre eux ; qu'en décidant dès lors, en dehors de toute détermination légale ou conventionnelle, que le régime de l'indemnité de congés payés pouvait et, concrètement, devait « inspirer » le régime applicable aux jours de réduction du temps de travail dans la solution à donner au litige, en dépit des différences essentielles qui les séparent, la cour a violé les articles L. 3141-3 et L. 3121-10 du code du travail, ensemble l'article 1134 ancien du code civil ;

3° ALORS, en toute hypothèse, QU'à supposer qu'une analogie soit possible entre les congés payés et les jours de RTT, le choix, libre, de l'AFP de maintenir la rémunération en dépit de la réduction du temps de travail ne lui a été imposé ni par la loi, ni par aucune convention, de sorte qu'elle a pu tout aussi librement décider que ce maintien ne porterait que sur la part fixe de la rémunération, à l'exclusion de la part variable ; qu'il s'ensuit, qu'au contraire de ce qu'impose la loi pour les congés payés dans l'hypothèse du maintien d'une rémunération, où l'indemnité correspondante doit nécessairement intégrer la part variable (art. 3141-22 du c. du trav.), si elle existe, rien n'imposait à l'AFP, décidant librement de maintenir exclusivement la partie fixe de la rémunération dans le cadre de la réduction du temps de travail, d'intégrer la part variable de cette rémunération dans l'assiette de calcul de l'indemnité de jours de RTT ; qu'en décidant le contraire, la cour a violé les articles L. 3141-3 et L. 3121-10 du code du travail, ensemble l'ancien article 1134 du code civil ;

4° ALORS QUE pour décider d'appliquer analogiquement le régime des congés payés aux journées de RTT, de « s'en inspirer », la cour a retenu que le salarié en RTT – c'est-à-dire bénéficiant actuellement de sa journée de réduction du temps de travail – « ne peut participer à la réalisation de l'objectif qui lui est assigné quelle que soit sa nature () ou sa fréquence » ; que, cependant, les jours de RTT correspondent ici à des heures travaillées, entre 35 et 39 heures, pour lesquelles aucune rémunération variable n'a été prévue ; qu'il s'ensuit, au contraire de ce qu'a affirmé la cour, que la « prise de RTT » n'affecte en rien la rémunération variable du salarié puisque l'activité dont ces jours de RTT sont la contrepartie n'est pas susceptible d'être l'objet d'une rémunération variable ; qu'en se déterminant dès lors comme elle l'a fait, par motifs inopérants, la cour a violé l'article 455 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le pourvoi fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR condamné la société Agence France Presse à payer à M. O... les sommes de 352,51 € et de 350 € à titre de rappel d'indemnités de congés payés, avec intérêts au taux légal à compter du 9 juin 2016, respectivement pour les années 2007 et 2008 ;

AUX MOTIFS QU'en application de l'article L. 3141-22 du code du travail, le congé annuel ouvre droit à une indemnité égale au 1/10e de la rémunération totale brute perçue par le salarié au cours de la période de référence, cette indemnité étant destinée à compenser la perte de rémunération résultant pour le salarié de la prise de congé ; que pour qu'une prime entre dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, il faut donc que son montant soit affecté par la prise de congé (sauf à payer à nouveau en partie cette prime), qu'elle constitue bien un élément de rémunération et un droit pour le salarié et ne corresponde pas à une prime ou gratification discrétionnaire et bénévolante ; que lorsqu'une prime est assise uniquement sur les périodes de travail, son intégration dans l'assiette de calcul dans l'indemnité de congés payés n'a pas pour effet de la faire payer une deuxième fois ; qu'à l'inverse, une prime annuelle (d'ancienneté, de rendement, de productivité ou d'assiduité) attribuée au salarié sans distinction entre périodes de travail et de congés payés confondues doit être exclue de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés ; que la prime fondée sur l'atteinte d'objectifs, prédéfinis par l'AFP, par l'équipe à laquelle est intégré le salarié, versée en 2007 et 2008 à M. O... constitue une rémunération variable au moins pour partie liée à l'activité personnelle de ce salarié pendant les mois travaillés et qui est affectée par la prise de congés annuels ; que cette prime doit donc être incluse dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés ; que l'AFP ne justifie pas du versement de cette indemnité de 1/10e du montant des

primes d'objectifs de 3 525,15 € en 2007 et de 3 500 € ;

1° ALORS QUE ne peuvent entrer dans la base de calcul de l'indemnité de congés payés des primes rémunérant indifféremment les périodes de congés et de travail effectif, sauf à faire payer deux fois les mêmes sommes par l'employeur ; que seules peuvent entrer dans cette base les primes liées à l'activité personnelle du salarié, à l'exclusion de celles qui récompensent des résultats globaux, d'un groupe ou de l'entreprise tout entière ; qu'en l'espèce, pour juger que la prime d'objectifs assignés par l'AFP au groupe auquel appartenait M. O... devait être intégrée dans la base de calcul des congés payés de ce dernier, la cour a retenu qu'il avait en partie personnellement participé à l'atteinte de ces objectifs ; que, cependant, l'activité participative de M. O... à l'activité du groupe était nécessairement liée à son appartenance à ce dernier ; qu'il ne s'ensuit pas que les récompenses attachées à l'atteinte d'objectifs assignés au groupe, liées à une performance collective de ce dernier, soient une récompense liée à une activité individuelle de M. O... ; qu'en jugeant le contraire, la cour, qui s'est déterminée par des motifs inopérants, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2° ALORS QUE seules peuvent entrer dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés les primes liées à l'activité personnelle du salarié, à l'exclusion de celles qui récompensent des résultats globaux, d'un groupe ou de l'entreprise tout entière ; qu'en l'espèce, la cour a constaté que la prime litigieuse était « basée sur l'atteinte d'objectifs, prédéfinis par l'AFP, par l'équipe à laquelle est intégré » M. O... ; qu'elle a ainsi explicitement constaté que ces objectifs étaient assignés par l'employeur au groupe, et non pas individuellement à M. O... ; qu'il s'ensuit que la récompense de cette atteinte, constituée par la prime, est elle-même récompense du groupe, récompense collective, et non pas une récompense individuelle, peu important, sous ce rapport, que l'atteinte des objectifs ait supposé, comme tout résultat global, un concours d'efforts communs ; qu'en jugeant dès lors que la prime litigieuse devait entrer l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés de M. O..., la cour n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en violation de l'article L. 3141-22 du code du travail ;

3° ALORS, en toute hypothèse, QUE ne peuvent entrer dans la base de calcul de l'indemnité de congés payés des primes rémunérant indifféremment les périodes de congés et de travail effectif, sauf à faire payer deux fois les mêmes sommes par l'employeur ; qu'en l'espèce, pour décider d'intégrer la prime litigieuse dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés, la cour s'est bornée à affirmer qu'elle était « affectée par la prise de congés annuels » ; que cette affirmation, cependant, ne repose elle-même sur rien d'autre que l'indication, inopérante, selon laquelle M. O... a participé à l'activité du groupe ; qu'en se déterminant dès lors comme elle l'a fait, sans avoir retenu aucun élément permettant d'établir que la prise des congés de M. O... aurait effectivement affecté pour lui le paiement de la prime, la cour a violé l'article L. 3141-22 du code du travail.