SOC.

IK

COUR DE CASSATION

_____

Audience publique du 21 octobre 2020

Cassation partielle

Mme FARTHOUAT-DANON, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 924 F-D

Pourvoi n° R 19-14.557

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 21 OCTOBRE 2020

La société Logista France, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [...] , a formé le pourvoi n° R 19-14.557 contre l'arrêt rendu le 9 janvier 2019, rectifié par arrêt du 20 mars 2019, par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 6), dans le litige l'opposant à M. K... R... L..., domicilié [...] , défendeur à la cassation.

M. L... a formé un pourvoi incident contre ces deux arrêts.

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

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

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Duval, conseiller référendaire, les observations de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Logista France, de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de M. L..., après débats en l'audience publique du 8 septembre 2020 où étaient présents Mme Farthouat-Danon, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Duval, conseiller référendaire rapporteur, Mme Capitaine, conseiller, Mme Grivel, avocat général, et Mme Jouanneau, 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.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 9 janvier 2019), rectifié par arrêt du 20 mars 2019, M. L... a été engagé le 8 novembre 1988 par la société SEITA, aux droits de laquelle se trouve la société Logista France. Il occupait, dans le dernier état de la relation de travail soumise à la convention collective nationale du commerce de gros du 23 juin 1970, le poste de directeur de l'ingénierie.

2. Le 5 mai 2015, le salarié a saisi la juridiction prud'homale en résiliation de son contrat de travail et en paiement de diverses sommes.

Examen des moyens

Sur les premier, troisième, quatrième et cinquième moyens du pourvoi principal ainsi que sur les deux premières branches du deuxième moyen de ce même pourvoi et le moyen unique du pourvoi incident, ci-après annexés

3. 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.

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa troisième branche, du pourvoi principal

Enoncé du moyen

4. L'employeur fait grief à l'arrêt, après rectification, de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail, de le condamner au paiement des sommes de 143 937,73 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, 35 291 euros d'indemnité compensatrice de préavis, 3 129,10 euros d'indemnité compensatrice de congés payés afférents, 100 000 euros de dommages-intérêts pour licenciement nul, 52 155,35 euros à titre d'indemnité pour violation du statut protecteur et 10 000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de la violation de son obligation de sécurité, alors « qu'à défaut de dispositions contraires de la convention collective, les absences pour cause de maladie non professionnelle ne peuvent pas être prises en considération dans le calcul de l'ancienneté du salarié ; qu'en retenant le contraire, pour fixer l'ancienneté de M. L... et calculer ses indemnités de rupture, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1 et L. 1234-11 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 1234-11 du code du travail :

5. Aux termes de ce texte, les circonstances entraînant la suspension du contrat de travail, en vertu soit de dispositions légales, soit d'une convention ou d'un accord collectif de travail, soit de stipulations contractuelles, soit d'usages, ne rompent pas l'ancienneté du salarié appréciée pour la détermination du droit à l'indemnité de licenciement.

Toutefois, la période de suspension n'entre pas en compte pour la détermination de la durée d'ancienneté exigée pour bénéficier de ces dispositions.

6. Pour estimer que le salarié peut se prévaloir d'une ancienneté de trente ans et cinq mois et fixer en conséquence le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement, l'arrêt retient que l'employeur soutient, sur le fondement de l'article L. 1234-11 du code du travail, que les périodes de suspension du contrat de travail du salarié ne doivent pas être prises en compte dans la détermination de son ancienneté au motif qu'elles ne correspondent pas à du travail effectif, mais que l'arrêt maladie du salarié étant imputable au comportement fautif de l'employeur, ce dernier ne peut s'en prévaloir pour réduire d'autant l'ancienneté du salarié.

7. En statuant ainsi, en l'absence de dispositions conventionnelles prévoyant que les absences pour maladie sont prises en compte dans le calcul de l'ancienneté propre à déterminer le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Portée et conséquences de la cassation

8. La cassation prononcée n'atteint pas les chefs de dispositif prononçant la résiliation judiciaire du contrat de travail liant les parties et condamnant l'employeur au paiement de sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, d'indemnité compensatrice de congés payés afférents, de dommages-intérêts pour licenciement nul, d'indemnité pour violation du statut protecteur et de dommages-intérêts pour violation de l'obligation de sécurité.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi incident ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Logista France à payer à M. L... la somme de 143 937,73 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, l'arrêt rendu le 9 janvier 2019, rectifié le 20 mars 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, sur ce point, 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 M. L... aux dépens ;

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

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt et un octobre deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits, au pourvoi principal, par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour la société Logista France

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué, après rectification, d'AVOIR prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail de Monsieur L... aux torts exclusifs de la société LOGISTA FRANCE, et d'AVOIR condamné la société LOGISTA FRANCE à payer à Monsieur L... les sommes de 143.937,73 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, 35.291 € d'indemnité compensatrice de préavis, 3.129,6 € d'indemnité compensatrice de congés payés afférents, 100.000 € de

dommages et intérêts pour licenciement nul, 52.155,35 € à titre d'indemnité pour violation du statut protecteur (cinq mois de salaire), 174.177 € de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires accomplies au cours de la période allant du 5 mai 2010 au 6 février 2015, 17.417,70 € d'indemnité compensatrice de congés payés afférents, 57.600 € d'indemnité au titre du repos compensateur non pris, 288.352,41 € correspondant à 599 jours au titre du compte épargne temps, 14.923,08 € au titre des congés payés acquis et JRTT non pris correspondant à 31 jours, 10.000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de la violation de son obligation de sécurité et 2.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

AU VISA des conclusions responsives et récapitulatives de la société LOGISTA FRANCE notifiées par RPVA le 28 juin 2017 ;

ALORS QUE le juge doit statuer sur les dernières conclusions déposées par les parties ; que la société LOGISTA FRANCE a déposé et signifié par RPVA un dernier jeu de conclusions le 12 novembre 2018 ; qu'en se prononçant au visa de ses conclusions du 28 juin 2017, et par des motifs desquels il ne résulte pas que les dernières conclusions en date du 12 novembre 2018 aient été prises en considération, la cour d'appel a violé les articles 455 et 954, alinéa 4, du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué, après rectification, d'AVOIR prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail de Monsieur L... aux torts exclusifs de la société LOGISTA FRANCE, et d'AVOIR condamné la société LOGISTA FRANCE à payer à Monsieur L... les sommes de 143.937,73 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, 35.291 € d'indemnité compensatrice de préavis, 3.129,6 € d'indemnité compensatrice de congés payés y afférents, 100.000 € de dommages et intérêts pour licenciement nul, 52.155,35 € à titre d'indemnité pour violation du statut protecteur, et 10.000 € de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de la violation de son obligation de sécurité ;

AUX MOTIFS QUE « la dégradation de l'état de santé de Monsieur L... au cours de l'exécution de son contrat de travail et la gravité de son état, sont démontrées par les arrêts de travail continuellement renouvelés depuis le 6 février 2015 dont il bénéficie et sa reconnaissance de travailleur handicapé 2ème catégorie par décision du 1 er décembre 2017. Des troubles du sommeil sont relatés dès un arrêt du 11 avril 2011, un état dépressif dans l'arrêt du 11 au 28 mai 2012 et si le médecin du travail le déclare apte au poste lors de la visite du 12 novembre 2013, le salarié sera en arrêt maladie continue à compter du mois de février 2015 pour « asthénie » puis clairement pour un « état dépressif », un état « anxio dépressif », un « surmenage » et une « souffrance au travail ». Par ailleurs l'augmentation progressive et durable du travail de Monsieur L... entre 2013 et 2015, en sa qualité de directeur du service ingenierie, mais également de représentant du personnel et délégué syndical, est démontrée par les circonstances particulières d'une société qui, confrontée à des difficultés économiques y a fait face en prenant à un rythme rapproché des mesures qui ont nécessairement impacté la quantité de travail habituelle de Monsieur L.... Monsieur D.... En effet la société a opéré la mutualisation du département ingénierie, désormais partagé, comme d'autres département (DRH,DAF et DSI), avec l'ensemble des sociétés du groupe LOGISTA et les difficultés d'intervention dans le périmètre dévolu au département ingénierie qui en sont résultées sont détaillées dans une note du salarié à son supérieur hiérarchique, I
, sur l'organisation du service du 10 février 2012. Et elle a réorganisé et modernisé plusieurs sites de ses directions régionales (démantèlement du site de Nancy et transfert des activités sur la direction régionale de Lognes ' refonte des installations du site de Lyon dans le cadre du transfert des volumes de Marseille à Lyon) Par ailleurs la société a mis en 'oeuvre trois plans de sauvegarde en 2 ans et la présence du salarié, en sa qualité de représentant du personnel et de délégué syndical, à de multiples réunions détaillées dans les calendriers produits et qui nécessitaient une préparation et un suivi, est attestée par les fiches de présence (de novembre 2012 à avril 2013 pour le PSE Strafor - de juillet 2013 à novembre 2013 pour le PSE Nancy - de décembre 2014 à février 2015 pour l'aménagement du schéma de distribution de LOGISTA..). L'attestation de madame O..., même si elle était destinée à un autre salarié, est intéressante en ce qu'elle décrit l'ambiance régnant au sein de la direction à cette période et qui apparaît en conformité avec une situation longue de restructurations et de licenciements qui a vu se succéder 3 directrices des ressources humaines. Si en sa qualité de directeur du service Monsieur L... a nommé deux collaborateurs pour s'occuper plus spécialement du démantèlement du site de Nancy, Monsieur U..., et des installations du site de Lyon, Monsieur B... aucun élément ne permet d'en déduire qu'il s'est ainsi déchargé de ses tâches et au contraire dans leurs attestations ces deux salariés affirment qu'ils ont fait des points réguliers avec celui-ci. D'ailleurs la lecture des mails échangés entre le salarié, son supérieur hiérarchique

Monsieur D... et la DRH Madame M... au mois de mai 2014, démontrent qu'un rendez-vous qui présentait pourtant une réelle urgence ressentie comme telle par tous et motivée par la dégradation de l'état de santé du salarié, n'a pu être programmé en raison de deux jours de déplacements sur Nancy de Monsieur L.... Et le salarié justifie de notes de frais de déplacements considérables. D'ailleurs la qualité et la quantité de travail du salarié n'ont jamais été critiquées avant l'avertissement du 25 février 2014, pendant son arrêt maladie, qui a été délivré d'une part pour un premier refus constaté de faire un travail réclamé, dans le cadre de la mission 'track and traces' qui lui avait été confiée en qualité de chef de projet en décembre 2014, et d'autre part pour avoir insuffisamment suivi et reporté, le chantier de Lyon. Mais la lecture du mail de son supérieur hiérarchique du 23 janvier 2015 constatant que le salarié n'avait pas fait la synthèse réclamée et nécessaire à une conférence programmée le 26 janvier avec quatre clients majeurs, démontre que le refus du salarié est lié à une plainte de surcharge de travail. Et à ce titre si la société reproche au salarié de ne pas produire d'attestations de collègues de travail évoquant leur surcharge de travail, il ne peut qu'être observé que la situation de Monsieur L... était particulière, d'une part parce qu'il dirigeait le service, d'autre part parce qu'il disposait de plusieurs mandats de représentation du personnel et des délégués, qu'en outre il a été vu que ces collaborateurs pouvaient être affectés géographiquement sur des sites extérieurs et qu'en réalité même si Monsieur L... s'est déclaré satisfait dans son entretien de décembre 2014 des missions qui lui ont été confiées et de l'enrichissement personnel qu'il en a tiré, il reconnaît bien ' une fin d'année 2014 très chargée et qui a nécessité de nombreux déplacements et fatiguants '. Ainsi dans ce contexte exceptionnel de mise en oeuvre de 3 PSE, de réunions multiples à préparer et à tenir, de restructuration et de modernisation des sites, la société LOGISTA France aurait, dans le cadre de son obligation de prévention, dû tout au moins être attentive à la situation particulière de son directeur de service, amené parallèlement à exercer de nombreux mandats de représentation qu'il estime correspondre à 40% de son temps de travail et tiraillé entre ses deux missions. Or elle n'est pas en mesure de faire la moindre estimation du temps consacré à chaque fonction, d'apporter le moindre élément démontrant qu'elle l'a pris en compte dans la charge de travail confiée à Monsieur L... ou qu'elle s'est seulement inquiétée de cette charge de travail tout au moins dans le cadre des entretiens annuels. Au contraire il apparaît même qu'en 2013 le salarié a dû exercer un recours contre le compte rendu d'évaluation de l'année 2012 aux motifs développés dans son mail du 15 janvier 2013 (auquel il n'a eu de réponse qu'en juin 2013), qu'il s'est aperçu que son responsable n'avait pas pris en compte ses commentaires et remarques tant tenant à des objectifs irréalisables mettant en péril sa santé que contenant des remarques sur la gestion du temps et des adaptations contraintes calendaires qui n'étaient pas acceptables; qu'à ce titre il entendait lui rappeler, comment il avait été contraint de devoir réaliser des entretiens d'évaluation de ses six collaborateurs en seulement trois jours, le manque de considération pour son agenda, lui-même dépendant des priorités fixées par la direction et la DRH dans le cadre du PSE en cours et autres dossiers liés à la session. Et retenant les correctifs apportés à son recours par son supérieur monsieur D..., le salarié lui précise encore le 7 juin 2012'... je ne pouvais plus assurer le rythme qui est de plus de 50 heures par semaine avec le temps des déplacements et de trajets qui s'y ajoutent. Tu m'as proposé pour alléger mes horaires de travailler plus à domicile, mais mon agenda et déplacements prévus ne me le permettent pas pour le moment. Tu écris aussi que cette adaptation partielle de mon temps de travail devrait me permettre d'avancer sur le projet je ne comprends pas comment. Par ailleurs je t'ai signalé qu'un nombre important de réunions sociales étaient programmées avant les congés d'été et aussi que je devais être hospitalisé à la fin du mois..'. Et si l'employeur soutient qu'il n'était pas averti de la situation, la cour constate qu'au contraire dès l'entretien pour l'année 2012 le salarié évoque les difficultés et la charge liées à sa double compétence ('je n'ai pu coordonner les objectifs avec ceux de mes collaborateurs, la charge induite par mes objectifs et priorités qui viennent pour certains, en plus de ceux engagés depuis le 1er octobre 2011 et qui ne tiennent pas compte non plus de mes mandats syndicaux, ne me permettent pas de répondre certainement. Cette situation associant de nombreux déplacements nécessaires à ces projets compromettent encore plus l'équilibre de ma vie personnelle. J'aurais souhaité aborder ce sujet lors de cet entretien annuel d'évaluation »' * Si la société soutient que ces difficultés ont été ensuite résorbées, cette allégation est contredite par les multiples mails d'alerte sur la situation du service, mais aussi sur la situation personnelle de Monsieur L..., qui ont émaillé l'année 2014 et qui contrairement à ce que soutient la société, au-delà des alertes ainsi données à sa hiérarchie, sont parfaitement explicites sur les missions qui lui étaient confiées, les motifs de sa surcharge de travail, l'insuffisance des ressources humaines affectées et des réponses apportées, et quant à l'incidence de cette charge de travail sur son état de santé. Ainsi le 7 janvier 2014 il écrit 'il faut vraiment qu'on avance sur notre problématique de ressources. Et aussi de planification des besoins des filiales, et la gestion de la priorité. À ce jour c'est très pénalisant pour notre activité quotidienne' , le 9 avril 2014 'je reviens vers toi suite à la formation de la nouvelle prolongation d'arrêt maladie de C.Félix en arrêt depuis le 1er février et aux dernières informations jusqu'au 16 mai prochain. Nous avons repris le plus possible de dossiers achats avec l'aide temporaire et provisoire de J..... Nous ne pouvons continuer ainsi par ailleurs nous

souffrons de la même situation au niveau de notre activité projet avec les ressources insuffisantes pour suivre et prendre en charge les dossiers. Le projet de Lyon reste prioritaire et après la fin d'industrialisation et développement nous entrerons dans la phase opérationnelle avec l'installation sur le site à partir de la fin de ce mois et pour un an. De ce côté le projet d'embauche d'un nouveau collaborateur est toujours en cours et n'avance pas DRH : DOP que j'ai été transmise 27 novembre 2013... La fermeture physique de Nancy va être lancée dès le mois prochain et nous faire engager des ressources et déplacements supplémentaires pendant cinq à six mois.. D'autre part la récente gestion du dossier du futur centre régional de Ludres va finalement nous revenir démontre ainsi les limites. Dans ces conditions quel plan d'action' Dans l'urgence sur la partie achat je te propose.... Pour la suite il faudra réfléchir aux ressources nécessaires à plus long terme, compte tenu des projets envisagés... Merci de ton aide et de revenir vers moi..'. Le 6 mai 2014 'la charge de travail très élevée dans un contexte difficile avec beaucoup de déplacements. Les moyens manquent, les horaires sont insupportables, l'équipe est épuisée et la santé de tous s'en ressent fortement. M. n'est pas là, y compris sur le projet de Lyon, en plus des ressources absentes et manquantes. Les demandes des directions régionales ne sont pas contenues, la gestion du budget des projets est sans arrêt remaniée. Je souhaite en reparler très sérieusement et rapidement..'. Le 14 mai 2014 'j'ai eu l'occasion de t'informer à plusieurs reprises sur la situation de notre activité ingénierie/achat avec la surcharge de travail que nous subissons. Malgré ces alertes (nombreuses) je déplore qu'il n'y ait eu aucune évolution adaptée malgré les propositions que j'ai faites notamment en termes de ressources humaines... Tu m'as répondu que nous n'étions pas les seuls à subir cette situation. Je suis sûr que tu peux comprendre que cette réponse ne peut pas me satisfaire alors que je continue à constater une surcharge de travail excessive ... Il se trouve que ma santé s'est dégradée. Ce soir, j'ai vu le médecin il m'a enjoint de m'arrêter ... Mais c'est impossible. J'ai conscience qu'il y a des rendez-vous très importants à venir. Alors comment dois-je faire ' Ne pas participer ' Y participer malgré tout ' Je suis dépassé par cette situation qui aurait pu être évitée ... Indépendamment de l'inquiétude légitime que j'éprouve dans l'attente des résultats médicaux suis profondément dépité de constater que les alertes que j'ai soulevées auprès de toi depuis de nombreux mois les propositions que je t'ai faites pour pallier à la charge de travail exponentielle et la flexibilité permanente que tu exigeais de moi-même et de mon équipe, mais à ce jour sans recevoir le niveau de support nécessaire. Je souhaiterais que ce sujet soit réellement pris au sérieux y compris par la DRH. La situation n'est plus tenable, elle ne peut pas demeurer sans réaction je ne peux pas l'envisager ...'. Dans ce contexte la cour constate que la société n'a pas répondu à ses 'appels à l'aide', n'a pas même calmé ses inquiétudes, qu'au contraire elle lui a imputé la responsabilité du défaut de recrutement d'un salarié qui incombait pourtant aux services des ressources humaines, s'est limitée à lui proposer à l'issue d'un entretien en octobre 2014 avec la DRH, une aide dans son organisation sans lui faire de proposition concrètes, sans faire avec lui une évaluation de son temps de travail et que finalement elle lui a ajouté, en qualité de chef de projet, 2 missions supplémentaires en fin d'année 2014 pour lui faire ensuite le reproche de l'insuffisance de suivi de celles-ci dans le cadre d'un avertissement qui a été le détonateur du malaise du salarié arrêté depuis cette date. En conséquence les manquements de l'employeur dans son obligation de mettre en place les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de Monsieur L... pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration de la situation existante sont largement démontrés. Compte tenu de la durée de ces manquements, de l'état de santé actuel du salarié qui ne lui permet pas d'envisager une réintégration dans la société et d'y reprendre son poste il apparait que la gravité du manquement reproché est suffisamment grave pour justifier la rupture du contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur » ;

ET AUX MOTIFS QUE « Sur les indemnités de rupture. Sur le salaire de référence. Sur le fondement de l'article R 1234 ' 4 du code du travail et en application du principe de non-discrimination à raison de l'état de santé, le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celui des 12 ou des trois derniers mois précédant l'arrêt continu de travail résultant du manquement de l'employeur constaté. Il se fixe dès lors à la moyenne calculée de février 2014 à janvier 2015 à la somme de 10 430,27 €. Sur l'ancienneté. La société LOGISTA soutient que sur le fondement de l'article L1234-11 du code du travail, les périodes de suspension du contrat de travail de Monsieur L... ne doivent pas être prises en compte dans la détermination de son ancienneté au motif qu'elles ne correspondent pas à des périodes de travail effectif. Mais dès lors que l'arrêt maladie de Monsieur L... est imputable au comportement fautif de l'employeur il ne peut s'en prévaloir pour réduire d'autant l'ancienneté du salarié. En conséquence celui-ci peut se prévaloir d'une ancienneté, calculée à l'issue du préavis de trois mois courant à compter de la résiliation judiciaire prononcée ce jour, de 30 ans et 5 mois. Sur l'indemnité compensatrice de préavis. Une indemnité compensatrice de préavis est due lorsque le licenciement est nul et en l'espèce il se fixe sur le fondement de l'article 35 de la convention collective du commerce de gros applicable à la relation contractuelle à une durée de trois mois. En conséquence la créance de Monsieur L... est de 31 290,80 € augmentée d'une

indemnité compensatrice de congés payés de 3 129,08 €. Sur l'indemnité conventionnelle de licenciement. Sur le fondement des dispositions de l'article 4 b de l'annexe 4 de l'avenant catégoriel cadre de la convention collective applicable, le montant de l'indemnité conventionnelle de licenciement correspond à 3/10 de mois par année de présence dans la tranche de 0 à 9 ans inclus, à 4/10 de mois par année de présence dans la tranche de 10 à 19 ans inclus et à 5/10 de mois par année de présence dans la tranche à partir de 20 ans. Son calcul est effectué sur la base du 12ème de la rémunération des 12 derniers mois précédant le licenciement, selon la formule la plus avantageuse pour l'intéressé, ou du tiers des trois derniers mois étant entendu que dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuelle ou exceptionnelle, qui aurait été versée au salarié pendant cette période, ne serait prise en compte que prorata temporis. L'indemnité ne pourra dépasser un maximum de 12 mois. Par ailleurs lorsque le cadre congédié est âgé de 50 ans révolus et compte au moins 15 ans d'ancienneté comme cadre d'entreprise, l'indemnité de licenciement fixée est majorée de 15 % entre 50 et 55 ans, de 20 % à partir de 55 ans. En l'espèce l'indemnité conventionnelle calculée dans ces conditions conventionnelles, sur la base de l'ancienneté et du salaire de référence posés par la cour, dépasse le plafond maximum de 12 mois de salaire de 125 163,24 € qui sera donc retenu. Monsieur L... étant âgé de 54 ans l'indemnité conventionnelle sera majorée de 15 % pour se fixer à la somme de 143 937,73 € réclamée. Sur l'indemnité pour licenciement nul. Monsieur L... sollicite la somme de 365 059 € nets de toute cotisation et charges sociales à titre de dommages et intérêts pour nullité de son licenciement. Lorsque le licenciement d'un salarié protégé est nul et qu'il ne demande pas sa réintégration dans l'entreprise, il a droit à une indemnité réparant le préjudice subi dont il lui appartient de démontrer la matérialité et tout au moins égale à six mois de salaire tel que prévu à l'article L 1235 '3 du code du travail. La société LOGISTA France s'oppose à cette demande qu'elle estime exorbitante pour correspondre à 35 mois de salaire. Elle estime Monsieur L... ne justifie pas que son état de santé l'empêcherait de retrouver un emploi, précise qu'avant son départ de l'entreprise il avait été déclaré apte à occuper le sien et qu'il ne démontre pas l'existence d'un préjudice particulier. Considérant notamment le salaire de Monsieur L..., une ancienneté de 30 ans, son âge (54 ans) considérant qu'il a été placé en arrêt de travail pour cause de maladie pendant 33 mois avec versement des indemnités journalières, qu'il bénéficie d'une pension d'invalidité de deuxième catégorie depuis le 1er décembre 2007 qui vont compliquer sa recherche d'emploi et à la suite de laquelle il a accusé une chute de 35 à 40 % de ses revenus familiaux, la cour fixe son indemnité à la somme de 100 000 €. Sur l'indemnité pour violation du statut protecteur. La nullité du licenciement d'un salarié protégé lui permet de solliciter une indemnité forfaitaire au titre de la violation de son statut protecteur, équivalent à la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et l'expiration de la période de protection dans la limite de 30 mois. En l'espèce Monsieur L... a été élu membre du comité d'entreprise le 26 mai 2014 et bénéficie donc du statut protecteur jusqu'au mois de juin 2019 (mandat de quatre ans auquel s'ajoute une protection supplémentaire de 12 mois) et, tenant compte d'un prononcé de la décision le 9 janvier 2019, il s'en déduit qu'il peut prétendre à cinq mois de salaire à titre d'indemnités, ce que ne conteste pas la société LOGISTA qui la calcule en revanche à tort sur la base d'un salaire moyen erroné et que la cour a fixé à 10 430,27 €. Aussi l'indemnité se fixe au montant réclamé par le salarié soit à la somme de 52 155,35 €. Sur les dommages et intérêts pour violation de l'obligation de sécurité. Monsieur L... réclame à la société la somme de 15 000 € nets de toute cotisation et charges sociales en réparation du préjudice résultant de la violation par l'employeur de son obligation de sécurité expliquant qu'elle a eu des conséquences graves et directes sur son état de santé en ce qu'il est arrêté pour cause de burn out depuis près de 20 mois pour la première fois de sa carrière professionnelle de plus de 28 ans. Ce préjudice est distinct de celui lié aux conséquences de la rupture du contrat de travail et sera indemnisé par la somme de 10 000 € » ;

1/ ALORS QUE seul un manquement de l'employeur de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail peut justifier la résiliation judiciaire de ce dernier ; qu'il appartient au salarié sollicitant la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur d'apporter la preuve de ce que les manquements reprochés rendent impossible la poursuite de la relation de travail ; qu'en se bornant à se référer à une surcharge de travail de Monsieur L... et aux problèmes de santé en découlant pour le salarié au cours des années 2014 et 2015, sans préciser en quoi ces circonstances avaient rendu impossible la poursuite de son contrat de travail au jour du prononcé de la résiliation le 9 janvier 2019, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L. 1221-1 et L.1231-1 du code du travail et 1103, 1104, 1193 et 1224 du code civil ;

2/ ALORS QUE la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail doit être écartée lorsque les faits invoqués à son appui ont cessé au jour où les juges statuent ; qu'en se bornant à retenir qu'une surcharge de travail et des problèmes de santé en découlant pour le salarié justifiaient la résiliation judiciaire de son contrat de travail, sans s'expliquer sur le moyen développé par la société exposante selon lequel la situation dénoncée par Monsieur L..., à la supposer avérée,

avait en toute hypothèse cessé au jour où les juges étaient appelés à statuer et ne pouvait en conséquence justifier le prononcé d'une résiliation judiciaire, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3/ ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QU'à défaut de dispositions contraires de la convention collective, les absences pour cause de maladie non professionnelle ne peuvent pas être prises en considération dans le calcul de l'ancienneté du salarié ; qu'en retenant le contraire, pour fixer l'ancienneté de Monsieur L... et calculer ses indemnités de rupture, la cour d'appel a violé les articles L.1221-1 et L. 1234-11 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR condamné la société LOGISTA FRANCE à payer à Monsieur L... les sommes de 174.177 € à titre de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires accomplies au cours de la période allant du 5 mai 2010 au 6 février 2015, 17.417,70 € d'indemnité compensatrice de congés payés afférents, 57.600 € d'indemnité au titre du repos compensateur non pris, et 288.352,41 € correspondant à 599 jours au titre du compte épargne temps ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le rappel de salaires pour heures supplémentaires.
(
) ; le fait pour un salarié de ne pas formuler de réclamation avant la rupture du contrat ne vaut pas renonciation au paiement des heures supplémentaires et ne dispense pas l'employeur de produire les éléments de nature à justifier des horaires effectués de sorte qu'il ne peut être tiré aucune conséquence du fait que la première réclamation de Monsieur L... en paiement d'heures supplémentaires effectuées depuis l'année 2010 n'a été formulée que dans son courrier de contestation de l'avertissement du 21 février 2015 le salarié développant à ce titre qu'il a vécu cette sanction comme une réelle injustice compte tenu de son total investissement et de sa surcharge de travail. En outre même si les heures supplémentaires ne résultent pas de la demande expresse de l'employeur elles doivent être payées au salarié des lors qu'elles ont été imposées par la nature ou la quantité de travail demandé ou ont été effectuées avec l'accord implicite de l'employeur et il a été vu à ce titre que la société a été alertée de la surcharge de travail du salarié dans un contexte de restructuration exceptionnel et qu'elle entendait les justifier par l'existence d'une convention de forfait jour. Pour étayer sa demande il produit: - des tableaux distinguant les périodes de travail effectif, de celles de congés, de formations ou d'absences, indiquant pour chaque journée travaillée, l'heure de son début d'activité (5h40, 6h15, 6h20 7h40..) et de sa fin d'activité (17h15, 19h, 23h..), son amplitude de travail, déduisant une heure de pause et faisant le total hebdomadaire d'une moyenne de 48 heures, - la totalité des mails envoyés de sa messagerie professionnelle pour toute la période considérée qui évoquent sa charge, par leur contenu, (pour rappel notamment e-mail du 7 juin 2012 à son responsable hiérarchique « je t'ai dit que je ne pouvais plus assurer le rythme qui est de plus de 50 heures par semaine avec le temps de déplacement et de trajet qui s'y ajoutent.. ») mais surtout par la fréquence (plus de 4 000 mails) avec laquelle ceux-ci sont envoyés et réceptionnés avant 9 heures et après 18 heures (jusqu'au-delà de 21h « audit du bâtiment » «demande d'informations entrepôts », 22 h « sécurité informatique » jusqu'à 00:06 pour des envois de compte rendu de réunion NAO..) - des justificatifs de ses déplacements professionnels en avion et en train (cartes d'embarquement, billets) ou en voiture (carte essence) et de ses cours d'anglais généralement vers 7h30 le matin visant à démontrer qu'il débutait tôt et finissait tard ses journées de travail, tous éléments qui sont suffisamment détaillés pour étayer sa demande et permettre à l'employeur d'y répondre. Il est constant en l'espèce que l'employeur n'est pas en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié qu'il considérait comme un cadre autonome responsable de son travail, souvent en déplacement, ou dans le cadre de l'exercice de ses mandats de représentation du personnel ou de délégué syndical. Il n'en est pas moins autorisé à émettre des critiques, et relever des contradictions quant au calcul du nombre d'heures effectuées présenté par le salarié, d'autant que le décompte a été établi tardivement parce que les parties s'estimaient liées par une convention de forfait, que le salarié ne dispose pas d'un agenda personnel, ou de tout document sur lequel il aurait inscrit régulièrement ses horaires et qu'il avait des horaires irréguliers et singuliers qui ne sont pas confortés par des attestation de collègues. Néanmoins à ce titre le salarié estime à juste titre que la société LOGISTA s'acharne sur des détails insignifiants qui ne permettent pas de remettre en cause avec 48 incohérences relevées sur 5 ans, le volume des heures d'autant que ses contestations ne peuvent être retenues en ce que notamment: - les quelques rares envois de mails privés qu'elle constate n'empêchent pas de conclure à la présence du salarié sur son poste de travail, - que le caractère professionnel des mails envoyés de sa boîte professionnelle est présumé de sorte que la production du contenu même des mails ne présentait pas d'intérêt

probatoire, - qu'il n'est pas incompatible de démarrer son travail un peu avant le démarrage de son cours d'anglais habituellement à 7h30 et que le salarié donne plusieurs exemples de travail effectué par l'envoi d'un mail avant le début du cours (le 19 novembre 2012 envoi d'un email « chiffrages pousseurs tireurs et variables » à 7h19; le 5 septembre 2014 envoi d'un mail à 7h15 « déménagement Ludres ».. ..) et que d'ailleurs son arrivée habituelle avant le cours d'anglais résulte d'un mail du 14 mai 2014 qu'il a adressé à sa direction qui indique «... Je serai au bureau dès sept heures comme d'habitude.. », - que décompter une heure de pause déjeuner constitue une moyenne sur 5 ans qui n'est pas impactée pas les rares exemples qui laisseraient supposer une durée plus longue. Il est observé de même que si Monsieur L... a versé aux débats, pour asseoir la démonstration que l'évaluation de son temps de travail effectif réel a été largement sous-évaluée, la liste des e-mails envoyés pendant ses congés et les week-ends, mais qu'en revanche l'analyse des tableaux analytiques démontre qu'il ne les a pas décomptés dans son calcul des heures supplémentaires réalisées. Encore lorsque son agenda électronique indique « rendez-vous privé « et que l'employeur se prévaut à juste titre de la présomption ainsi posée, d'absence de travail effectif, le salarié parvient à renverser la présomption en expliquant qu'il utilisait cette mention, proposée par le logiciel de gestion, pour garder la confidentialité de ses réunions syndicales et en justifiant par de nombreux exemples démontrant cette concordance, ainsi qu'il le développait déjà dans son courrier en réponse très précis sur ce point du 11 mai 2015. Encore s'il était en arrêt maladie du 16 au 19 mai 2014 il démontre qu'il a néanmoins travaillé et en a informé l'employeur qui ne s'y est pas opposé (cf. email du 14 mai 2014 21h40 adressé à monsieur D... et madame M... déjà cité « il se trouve que ma santé s'est dégradée. Ce soir j'ai vu le médecin et non prescrit une batterie d'examens. Il m'a enjoint de l'arrêté de manière à pouvoir prendre les rendez-vous à l'hôpital. Mais c'est impossible. J'ai conscience dernier rendez-vous très important... Malgré tout je vais être présent à la réunion annuelle du G100 demain. Je serais au bureau de sept heures comme d'habitude.. Je vais également être au bureau le lundi 19 pour le retour de congé maternité de Q..... » En revanche Monsieur L... reconnaît qu'il a considéré que sa journée de travail commençait à partir de son arrivée au lieu de transport, aéroport ou gare et qu'ainsi par exemple lorsque son vol était prévu à 17h30 il estimait avoir débuté sa journée à 6h10 soit l'heure à laquelle il arrivait à l'aéroport (1h20 avant le vol). Il estime que ces temps de transport intervenus dans le cadre de voyages professionnels ne correspondent jamais à des temps libres et qu'il s'agit de temps de travail effectif qui doit être pris en compte dans l'évaluation de la durée de son temps de travail. Mais l'indemnisation de ces temps de déplacement est régie par les dispositions de l'article L3121'4 du code du travail selon lesquelles le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif et que s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, il doit faire l'objet d'une contrepartie, soit sous forme de repos, soit financière, déterminée par convention ou accord collectif de travail ou, à défaut, par décision unilatérale de l'employeur prise après consultation du comité entrepris ou des délégués du personnel, s'il en existe. Les temps de trajet en voiture, en train ou en avion ne doivent dès lors pas entrer dans le décompte des heures supplémentaires réalisées. Constatant l'ampleur du temps ainsi pris en compte à tort jusqu'à l'heure du début de la mission et après la fin de celle-ci pour le trajet retour, avec une moyenne de 1X par semaine la cour réduit la durée hebdomadaire de 3 heures ce qui permet de fixer, ensemble avec les autres éléments développés une créance de Monsieur L... de 1992 heures à indemniser selon les majorations hebdomadaires de 25 % de la 36 à la 39ème heures et de 50% à compter de la 40ème heure sur le fondement de l'article L3121-2 du code du travail soit à un montant de 174 177 € outre congés payés afférents de 17 417 €. Sur les repos compensateurs. Selon l'article L3121-26 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige dans les entreprises de plus de 20 salariés, les heures supplémentaires accomplies à l'intérieur du contingent annuel d'heures supplémentaires conventionnel ou réglementaire, ouvrent droit à un repos compensateur obligatoire. La durée de ce repos est égale à 50% de chaque heure supplémentaire accomplie au-delà de 41 heures. Cette durée est portée à 100% pour chaque heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent Selon l'article L3121-8 ce repos est assimilé à une période de travail effectif pour le calcul des droits du salarié. Il donne lieu à une indemnisation qui n'entraîne aucune diminution par rapport à celle que le salarié aurait perçue s'il avait accompli son travail. Le salarié qui n'a pas été mis en mesure, du fait de son employeur de formuler une demande de repos compensateur, a droit à l'indemnisation du préjudice subi, laquelle comporte à la fois le montant de l'indemnité de repos compensateur et le montant de l'indemnité de congés payés afférents. En l'espèce la cour parvient à 231 heures supplémentaires annuelles en 2010, 420 en 2012, 405 en 2013 et 564 en 2014 soit dépassant le contingent annuel de 220 heures supplémentaires autorisées par les dispositions de la convention collective du code du travail. Elles ouvrent dès lors droit à indemnisation pour un montant calculé sur la base des taux horaires successifs du salarié incluant la perte des congés payés de 57 600 € » ;

1. ALORS QU'il appartient au salarié d'étayer sa demande de rappels d'heures supplémentaires par la production

d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ; que les juges du fond forment leur conviction au vu des éléments produits par les parties et tranchent le litige en vérifiant le bien-fondé de la demande, ainsi que son quantum ; qu'en faisant intégralement droit aux demandes de rappels d'heures supplémentaires de Monsieur L... sans tenir compte des « 48 incohérences relevées sur 5 ans » (arrêt p. 15 § 4) dont elle a admis l'existence, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.3171-4 du code du travail ;

2. ALORS QU'il appartient au salarié d'étayer sa demande de rappels d'heures supplémentaires par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ; que les agendas produits par Monsieur L... pour étayer sa demande de rappels d'heures supplémentaires contenaient de très nombreuses plages horaires représentant des centaines d'heures portant la mention « rendez-vous privé » ; que les heures visées sous cette mention dans les agendas du salarié ne pouvaient être présumées comme du temps de travail effectif, ladite mention ne permettant pas d'apprécier à quoi elles correspondaient ni de les rattacher à l'activité professionnelle de Monsieur L... ; qu'en décidant le contraire, au motif erroné selon lequel la mention « rendez-vous privé » visée sur les agendas aurait été utilisée par le salarié pour préserver la confidentialité de ses réunions syndicales, en dépit du caractère non confidentiel des heures de mandat et de l'obligation d'information du salarié sur ce point, la cour d'appel a violé les articles L. 3121-1 et L.3171-4 du code du travail ;

3. ALORS QUE constituent des heures supplémentaires toutes les heures de travail effectuées au-delà de la durée hebdomadaire du travail ou de la durée considérée comme équivalente ; qu'en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, les jours de congés payés ou les jours de réduction du temps de travail (JRTT) ne peuvent être assimilés à du temps de travail effectif ; que Monsieur L... bénéficiait de jours de réduction du temps de travail en contrepartie de son forfait en jours sur l'année ; que dès lors, en lui accordant des rappels d'heures supplémentaires sans déduire du nombre d'heures supplémentaires retenues, les heures de repos accordées à l'intéressé sous forme de JRTT en application de la convention de forfait annulée, la cour d'appel a violé les articles L. 3121-1, L. 3171-4, et L. 3121-10 du code du travail dans leur version applicable au litige ;

4. ALORS QU'en ne vérifiant pas si, tel que soutenu par l'exposante (conclusions p. 116), les heures de repos accordées à l'intéressé sous forme de JRTT ne devaient pas être déduites du nombre d'heures supplémentaires accordées au salarié sur la base de la durée légale du travail de 35 heures hebdomadaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 3121-1, L. 3171-4, et L. 3121-10 du code du travail dans leur version applicable au litige.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué infirmatif sur ce point d'AVOIR condamné la société LOGISTA FRANCE à payer à Monsieur L... les sommes de 288.352,41 € correspondant à 599 jours au titre du compte épargne temps ;

AUX MOTIFS QUE « S'agissant du compte épargne temps. Sur la base du bulletin de paie du mois d'août 2018 le salarié établit son compte épargne temps à 544 jours (532 jours au titre du compte épargne temps N -4 ; 11,80 jours au titre du compte épargne N-1 et N-3) confirmés par la société dans ses écritures. Monsieur L... réclame 55 jours supplémentaires au titre de l'abondement des jours acquis prévu à l'article quatre de l'accord collectif d'entreprise relatif au compte épargne temps, qui précise qu'à l'occasion de la prise effective des droits épargnés en jours ouvrés, la société en abondera à hauteur de 4 % pour les périodes épargnées au cours des quatre années précédant la prise du congé épargne temps, 10 % pour les périodes épargnées au-delà de quatre ans , le nombre de congés résultant des calculs étant toujours arrondi au jour supérieur. La société LOGISTA conteste l'abondement réclamé au motif qu'il n'est du qu'en cas de prise effective de congés mais pas de paiement de ceux- ci. Mais lorsque l'impossibilité pour le salarié de prendre ses congés et de bénéficier de l'abondement, est la conséquence d'un manquement de l'employeur celui-ci ne peut s'en prévaloir pour le priver du bénéfice de ces dispositions contractuelles et en tout état de cause l'article sept de l'accord collectif fait expressément référence à la situation d'une rupture anticipée du contrat de travail en précisant que dans ce cas les sommes correspondantes sont remboursées, (abondement compris), au salarié ou à ses ayants droits...'. L'article 5 prévoit que 'le congé CET (abondement compris) peut également être intégralement ou partiellement reconverti en

une indemnité versée en une seule fois, par référence au salaire du moment, préalablement à un départ autorisé en absence ou congé non rémunéré...'. La société fait ses calculs sur cette base en retenant un salaire mensuel de 9 007,32 € bruts et 21,667 jours ouvrés mensuels soit un montant journalier de 415,71 € pour 544 jours CET pour aboutir à un montant de 226 146,24 € bruts quand le salarié fait ses calculs sur la base de 220 jours ouvrés annuels pour un salaire de 10 430,27 € X 12 et 599 CET pour aboutir à un montant de 312 384,49 €. La cour retient que le salaire de référence du moment se fixe à 10 430,27 € mais correspond pour 5 jours ouvrés par semaine à 21,667 jours mensuels, de sorte que l'indemnité due au salarié pour 599 jours se fixe à la somme de 288 352,41 € » ;

ET AUX MOTIFS QUE « Sur le cours des intérêts. Conformément aux dispositions des articles 1231-6 et 1231-7 du code civil, les créances salariales sont assorties d'intérêts au taux légal à compter de la réception par la société de la convocation à comparaître devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes et à défaut de preuve de cette réception à compter de la date de tenue de l'audience de conciliation soit le 11 juin 2015, et les dommages et intérêts alloués à compter de la présente décision » ;

1/ ALORS QUE selon l'article L. 3152-2 du code du travail « la convention ou l'accord collectif définit les modalités de gestion du compte épargne-temps » ; que selon l'article 5 de l'accord d'entreprise la base de calcul du compte épargne temps s'opère au regard du salaire de référence du salarié ; qu'en tenant néanmoins compte des rappels d'heures supplémentaires accordés au salarié pour fixer le salaire moyen retenu pour le calcul du montant du droit à rappel de salaire au titre du compte épargne temps, la cour d'appel a violé les articles L.3152-2 et L.3153-2 du code du travail, ensemble l'article 5 de l'accord collectif qu'elle vise dans son arrêt ;

2/ ALORS QUE le salarié a formulé pour la première fois une demande de rappel de salaire au titre du compte épargne-temps dans ses conclusions d'appel déposées le 2 mai 2017 ; qu'en admettant que la somme accordée à ce titre ait une nature salariale, le point de départ des intérêts de retard dus n'a donc légalement pu commencer à courir avant cette date du 2 mai 2017 ; qu'en décidant néanmoins que les intérêts de retard dus sur les éléments de salaire avaient indistinctement commencé à courir à compter de la date de tenue de l'audience de conciliation, soit le 11 juin 2015, la cour d'appel a violé l'article 1154 devenu l'article 1343-2 du code civil, ensemble les articles 1231-6 et 1231-7 du même code.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué infirmatif sur ce point d'AVOIR condamné la société LOGISTA FRANCE à payer à Monsieur L... les sommes de 14.923,08 € au titre des congés payés acquis et JRTT non pris correspondant à 31 jours ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le solde de congés payés et JRTT acquis mais non pris Sur le bulletin de paie du mois de décembre 2015 il est indiqué que Monsieur L... avait acquis mais non pris : * 29 jours de congés au titre de l'année N-1, * 15 jours de congés au titre de l'année N, * deux jours au titre des JRTT, total 46 jours correspondant à 23 989,62 € bruts. L'employeur soutient que son bulletin de salaire d'octobre 2018 mentionne un solde de 16 et non pas 46 jours et que de surcroit ce solde ne tient pas compte d'un transfert de congés sur le compte épargne temps du salarié. Si en effet Monsieur L... a pris en compte dans son CET la situation au mois d'aout 2018 et qu'il convient dès lors de déduire de son solde de congés, ceux transférés sur celui-ci depuis le dernier relevé du bulletin de paie de décembre 2015 dont il se prévaut, en revanche aucun élément ne permet de retenir l'exactitude de la mention de 16 jours de congés payés indiquée sur le bulletin de salaire d'octobre 2018, la société, débitrice du droit du salarié à ses congés payés ne développant les conditions dans lesquelles le crédit de 46 jours du salarié est passé à 16. Retenant en conséquence les seuls transferts indiqués sur le relevé de transfert produits la cour fixe les droits du salarié à 31 jours, soit sur la base du salaire journalier retenu à 14 923,08 € » ;

1/ ALORS QU'il résulte des termes de la convention de forfait appliquée par la société LOGISTA FRANCE à Monsieur L... l'attribution de jours de repos JRTT en contrepartie de son forfait ; que l'annulation de cette convention de forfait par la cour d'appel a fait perdre au salarié le droit aux JRTT dont il avait bénéficié en application de cette convention ; qu'en condamnant néanmoins la société LOGISTA FRANCE au paiement de rappels de JRTT non pris la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de sa propre décision, a violé les articles L. 3121-1 et L. 3121-10 du code du travail dans leur version applicable au litige ;

2/ ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QU'en faisant droit à la demande du salarié de rappel de congés payés acquis et JRTT sans répondre au moyen de la société LOGISTA FRANCE faisant valoir qu'une partie des jours de congés réclamés par le salarié avait déjà été transférée dans le compte épargne-temps, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. Moyen produit, au pourvoi incident, par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils, pour M. L...

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur L... de sa demande tendant à voir condamner la société Logista France au paiement de dommages et intérêts au titre du travail dissimulé ;

Aux motifs que l'article L 8221-5 du code du travail dans sa version applicable dispose qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur de se soustraire intentionnellement 1° à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ; 2° à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ; 3° aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales ; l'article L.8221-5, 2°, du code du travail dispose notamment qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour un employeur de mentionner sur les bulletins de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ; toutefois, la dissimulation d'emploi salarié prévue par ces textes n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a agi de manière intentionnelle ; or en l'espèce si l'employeur a démontré sa négligence dans le suivi de la charge de travail du salarié il ne peut en être déduit qu'il a entendu dissimuler son activité en ce que le salarié était totalement autonome dans ses fonctions spécialement dans le cadre de l'exercice de ses mandats de représentants de personnel et de délégué syndical, qu 'il n'a formulé aucune demande de paiement pendant la période contractuelle et que les parties s'estimaient liées par une convention de forfait en jours ; en conséquence Monsieur K... R... L... est débouté de sa demande indemnitaire forfaitaire formée sur le fondement de l'article L.8223-1 du code du travail ;

Alors que le fait pour un employeur d'organiser le temps de travail d'un salarié sur la base d'une convention de forfait inexistante caractérise le délit de travail dissimulé ; qu'en déboutant Monsieur L... de sa demande de dommages et intérêts au motif qu'il ne pouvait être déduit de la négligence de l'employeur dans la charge de travail du salarié la preuve qu'il avait entendu dissimuler son activité la cour d'appel n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences légales qu'elles emportaient et a violé l'article L 8221-5 du code du travail.