

SOC.

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 5 juin 2019

Cassation partielle partiellement sans renvoi

M. SCHAMBER, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 906 F-D

Pourvoi n° P 17-21.125

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société Etop, société par actions simplifiée, dont le siège est [...] , anciennement dénommée Etop international,

contre l'arrêt rendu le 9 mai 2017 par la cour d'appel de Versailles (6e chambre), dans le litige l'opposant à M. B... H..., domicilié [...] ,

défendeur à la cassation ;

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

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

Le demandeur au pourvoi incident invoque, à l'appui de son pourvoi, les six moyens de cassation annexés au présent arrêt

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 9 mai 2019, où étaient présents : M. Schamber, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Prieur, conseiller référendaire rapporteur, Mme Aubert-Monpeyssen, conseiller, Mme Grivel, avocat général, Mme Lavigne, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Prieur, conseiller référendaire, les observations de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat de la société Etop, de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de M. H..., et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. H... a été engagé le 24 avril 2008 par la société Etop (la société), anciennement dénommée Etop international, en qualité de consultant en management de projet statut cadre position 2.3 coefficient 150 de la convention collective des bureaux d'étude technique dite Syntec ; qu'il a été élu délégué du personnel puis membre du CHSCT ; que le 2 mars 2012, il a été déclaré inapte temporairement par le médecin du travail et placé en arrêt-maladie ; qu'ayant pris acte de la rupture de son contrat de travail le 21 novembre 2012, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Sur les deuxième, quatrième et sixième moyens du pourvoi incident du salarié :

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

Mais sur le premier moyen pris en ses deux premières branches du pourvoi principal de l'employeur :

Vu les articles L. 3171-4 et L. 3121-1 du code du travail alors applicable et l'article 1234 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer au salarié certaines sommes au titre des heures supplémentaires et de l'indemnité de préavis, outre les congés payés afférents, et de l'indemnité conventionnelle de licenciement, l'arrêt retient, après avoir constaté la nullité de la convention de forfait en heures, que le salarié rapporte la preuve d'avoir effectué des heures supplémentaires pendant la mission Alstom au-delà de 35 heures et même de 38 heures 30 où il totalise 1 665 heures d'avril 2008 à août 2010, et d'avoir effectué pendant la période d'inter-contrat 38 heures 30 où il totalise 196 heures entre 35 heures et 38 heures 30 sur 18 mois ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le salarié était rémunéré sur une base de 38 heures 30 hebdomadaires figurant sur ses bulletins de paie, de sorte qu'il ne pouvait prétendre entre la 35 ème et la 38 ème heure au paiement du salaire de base une deuxième fois, mais seulement aux majorations afférentes aux heures supplémentaires effectuées au-delà de la durée convenue, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Sur le premier moyen pris en sa quatrième branche du pourvoi principal de l'employeur :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer au salarié certaines sommes au titre des heures supplémentaires et

de l'indemnité de préavis, outre les congés payés afférents, et de l'indemnité conventionnelle de licenciement, l'arrêt se prononce par les mêmes motifs ;

Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions oralement soutenues par l'employeur, qui faisait valoir que devaient être déduites du décompte des heures supplémentaires réclamées par le salarié les périodes d'absence pour jours de repos, congés payés et arrêts maladie, soit 104 jours ouvrés d'absence en 2010 et 45 jours ouvrés d'absence en 2011, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

Sur le second moyen du pourvoi principal de l'employeur :

Vu l'article L. 1235-4 du code du travail dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ;

Attendu qu'après avoir constaté que la prise d'acte de la rupture du salarié produit les effets d'un licenciement nul, l'arrêt condamne l'employeur au remboursement des indemnités de chômage versées au salarié dans la limite de deux mois ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le remboursement des indemnités de chômage ne pouvait être ordonné en cas de prononcé de la nullité du licenciement, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le premier moyen du pourvoi incident du salarié :

Vu les articles L. 1132-1 et L. 1132-4 du code du travail, ensemble les articles 1134 et 1147 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'une somme à titre de rattrapage de salaire et de dédommagement de la discrimination, l'arrêt retient qu'il est établi que le salarié n'a jamais bénéficié d'augmentation de salaire en quatre ans, y compris après une mission longue au cours de laquelle il a donné pleinement satisfaction, que l'absence d'augmentation de son salaire fixe, couplée à l'absence de primes, constitue un élément objectif sur lequel la société ne s'explique pas et qui est déjà indemnisé au titre de la violation du statut protecteur ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'indemnité allouée au titre de la violation du statut protecteur, qui est égale à la rémunération qui aurait été perçue entre la date de notification de la rupture et l'expiration de la période de protection en cours, ne peut indemniser une perte de salaire antérieure à la rupture du contrat de travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le cinquième moyen du pourvoi incident du salarié, qui est recevable comme étant de pur droit :

Vu l'article L. 3141-12 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, et l'article 1315 devenu 1353 du code civil ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande tendant au paiement d'un solde de congés payés, l'arrêt retient que comme le soutient valablement la société, il restait bien au salarié des jours de congés payés à prendre (soit 14,5 jours) qu'il aurait dû prendre entre le 1er mai et le 31 octobre 2011, sans qu'il soit établi qu'il en ait été empêché, puisqu'il n'était ni en arrêt maladie ni en mission à cette époque ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le salarié n'avait pas pris ses congés acquis au titre des périodes antérieures à celle en cours au moment de la rupture du contrat, la cour d'appel, à qui il appartenait de rechercher, eu égard à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, si l'employeur justifiait avoir pris les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé en accomplissant à cette

fin les diligences qui lui incombent, a violé les textes susvisés ;

Et vu l'article 627 du code de procédure civile, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le troisième moyen du pourvoi incident du salarié :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Etop, anciennement dénommée Etop international, à payer à M. H... les sommes de 60 426,67 euros au titre des heures supplémentaires outre 6 042,66 euros au titre des congés payés afférents, 13 443,93 euros brut à titre d'indemnité de préavis outre 1 344,39 euros au titre des congés payés afférents, 6 841,46 euros brut à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, en ce qu'il ordonne à la société Etop de rembourser à Pôle emploi les indemnités de chômage versées à M. H... dans la limite de deux mois, et en ce qu'il déboute M. H... de ses demandes tendant au paiement d'un solde de congés payés et d'une somme à titre de rattrapage de salaire et de dédommagement de la discrimination, l'arrêt rendu le 9 mai 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi du chef du remboursement à Pôle emploi des indemnités de chômage et statuant de ce chef :

DIT n'y avoir lieu à remboursement à Pôle emploi des allocations de chômage servies à M. H... ;

Remet en conséquence, sur les deux autres chefs cassés, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles autrement composée ;

Laisse à chacune des parties la charge des dépens afférents à son pourvoi ;

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

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

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat aux Conseils, pour la société Etop

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, d'AVOIR condamné la société ETOP, anciennement dénommée ETOP INTERNATIONAL, à payer à Monsieur H... les sommes de 60.426,67 € au titre des heures supplémentaires et de 6.042,66 € au titre des congés payés afférents, 13.443,93 € brut à titre d'indemnité de préavis, outre la somme de 1.344,39 € au titre des congés payés afférents, 6.841,46 € brut à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, et 30.000 € d'indemnité de licenciement nul ;

AUX MOTIFS QU' « aux termes de l'article L.3121-39 du code du travail « La conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise se ou d'établissement, ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions ». Toute convention de forfait en jours doit être prévue par accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail, ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires, à défaut, toute clause instituant un forfait jours ne satisfaisant pas à ces exigences visant à préserver la santé et la sécurité des salariés est réputée non écrite. Dès lors, les conventions de

forfait passées en fonction de cette clause sont nulles, et le salarié est soumis à la durée légale du travail, de 35 heures hebdomadaires. En l'espèce, le contrat de travail de M. H... ne mentionne pas expressément qu'il était soumis à une convention de forfait annuel en jours, mais indique seulement : "En ce qui concerne l'organisation du travail dans le cadre de vos fonctions vous bénéficiez des modalités définies- dans notre convention collective en manière de réduction du temps de travail". Cette mention, qui ne vise même pas le terme "convention de forfait" ni le nombre de jours du forfait, est donc insuffisante pour établir l'existence d'une convention individuelle de forfait. Au surplus, l'accord collectif SYNTEC du 22 juin 1999 a été invalidé par la Cour de Cassation par arrêt du 24 juin 2013, en raison de l'insuffisance des garanties destinées à assurer la protection de la santé et la sécurité des salariés, comme cela est bien le cas au sein de la société. En effet, M. H... reproche à son ex-employeur de n'avoir pas mis en place de Mécanisme de contrôle de la charge de travail, avec une comptabilisation des heures de travail par jour, car seules les journées ou demi-journées étaient comptabilisées ; M. H... réclame le paiement de ses heures de travail au-delà de 35 h depuis, avril 2008, date de son embauche, tout en faisant valoir que la société a dissimulé aux salariés des informations sur les temps de travail réels, en ne faisant saisir les temps de présence qu'en jour et non en heures, en ne précisant pas la durée du travail dans les contrats de travail, tout en mentionnant la durée mensuelle de 166,82h sur les bulletins de salaire, sans que cela corresponde à la réalité du temps de travail. Il produit le procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise en date du 8 mars 2011 (étant précisé que M. H... n'en faisait pas partie) au cours de laquelle les manquements de la société ont été mis à jour et expliqués par ledit comité, notamment le fait que, à l'instar de M. H..., les salariés de la société n'ont pas signé de convention de forfait, de sorte qu'il y avait lieu de leur appliquer la modalité 1 standard de la convention collective (35h) et non la modalité 2 (38h30 ou 38,5h), ce qui justifiait des demandes de rappel de salaire pour tous les salariés concernés, que les représentants syndicaux s'engageaient à soutenir y compris dans le cadre d'actions judiciaires, information qui avait été diffusée par un tract syndical avant la réunion du comité. La direction admettait au cours de cette réunion qu'il n'y avait pas de convention de forfait au sens juridique du terme, tout en indiquant que les salariés savent qu'ils ont un temps de travail de 38,5 h car c'est indiqué sur leurs bulletins de paie. Il y a donc lieu de prendre en compte les horaires de travail de M. H... à raison de 35h par semaine (soit 7h par jour) pour toute la période considérée, vu le constat de l'absence de convention de forfait jours, et la mention de 38h30 de travail hebdomadaire sur les bulletins de salaire, qui vaut jusqu'à preuve contraire. Comme le soutient à tort la société, il n'y a pas lieu d'exclure d'emblée la période d'inter- contrat, en posant comme une évidence que le salarié en inter- contrat ne travaille pas plus de 35h, car il appartient à la société, sur laquelle repose la charge de la preuve que le salarié travaillait moins de 38h30, de rapporter cette preuve, ce qu'elle ne fait pas. Selon l'article L.3245-1 du code du travail, issu de la loi du 14 juin 2013, l'action en paiement de rappel de salaire se prescrit par trois ans, à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou à compter de la rupture du contrat de travail. Avant cette loi la prescription était quinquennale. Il est constant que M. H... a saisi le conseil avant la loi du 14 juin 2013, ce qui permet de faire application de la prescription quinquennale issue des dispositions de la loi du 17 juin 2008, bien que sa demande en rappel de salaire ait été formée seulement par conclusions du 17 février 2014; en effet, toutes les demandes relatives au contrat de travail faites pendant l'instance suivent le même régime de prescription du fait du principe de l'unicité de l'instance ; c'est ainsi que, contrairement à ce que soutient la société, les demandes sont recevables pour la période de 5 ans avant la saisine du conseil par M. H..., le 31 décembre 2012 (date de réception de ses demandes), soit du 24 avril 2008 (date de commencement de son travail) au 21 novembre 2012, date de la rupture du contrat de travail. Les arguments développés par M. D... au sujet de l'impact sur la prescription de la dissimulation aux salariés des informations sur leurs temps de travail réels n'ont donc pas lieu d'être examinés. Pour l'ensemble de la période contractuelle du 24 avril 2008 au 21 novembre 2012, M. H... produit les pièces suivantes : - un fichier informatisé de suivi des heures travaillées reconstitué, avec le détail par jour, - un décompte, mois par mois des heures travaillées, corroboré par la copie de son agenda électronique, de novembre 2009 à août 2010, où sont indiqués ses horaires de début et fin de travail outre les réunions, les déplacements et les personnes rencontrées, éléments établis au fur et à mesure des jours de travail, - le relevé des courriels professionnels (objet indiqué le confirmant) envoyés à des heures tardives, entre 19h et 1h25, soit 60 courriels entre le 13 mai 2008 et le 4 mai 2010, période de la mission ALSTOM, la plupart des courriels étant envoyés entre 20h et 23h. Face à ces éléments de preuve circonstanciés, la société ne fait qu'affirmer que, pendant la mission ALSTOM, M. H... ne travaillait pas au-delà de 38h30 par semaine, et que pendant sa période d'inter- contrat il ne travaillait que 35h, de sorte que la cour estime que M. H... rapporte la preuve d'avoir effectué des HS pendant la mission ALSTOM au-delà de 35h et même de 38h30, et d'avoir effectué 38h30 par la suite comme indiqué sur ses bulletins de paie et le fichier informatisé de suivi des heures travaillées reconstitué. M. H... retient dans ses calculs d'heures supplémentaires, deux périodes : - la période de sa mission ALSTOM où il totalise 1665 heures d'avril 2008 à

août 2010, - la période d'inter-contrat, de septembre 2010 à février 2012 (car il sera en arrêt maladie à partir de mars 2012), où il totalise 196 heures entre 35 et 38h30 sur 18 mois, Il prend comme base le coût horaire de travail la somme de 33 €, en partant de 5000 € de salaire brut, alors qu'il convient de retenir le salaire horaire contractuel, soit la somme de 25,98 € brut, correspondant à la somme de 4.334 € (salaire brut sur ses bulletins de paie de 2008 à 2012) : 166,82 (forfait horaire ` mensuel). Le salaire horaire majoré est de 25% x 25,98, soit 32,47 €, ce qui donne les calculs suivants : - 1665 x 32,47 = 54 062,55 €, - 196 x 32,47 = 6 364,12 €, soit un total de 60 426,67 €, outre 6042,66 € des congés payés afférents. La société devra donc lui payer ces sommes, avec intérêts au taux légal à compter du 17 février 2011, date de la date de la demande, la cour infirmant ainsi le jugement » ;

ET AUX MOTIFS QUE « sur le salaire de référence pour le calcul des indemnités : Faute d'explication sur la manière dont M. H... calcule ce salaire, qu'il porte 5000 € il y a lieu de retenir le salaire brut des 12 derniers mois complets, d'octobre 2011 à octobre 2012, soit 4334 €, auquel il sera ajouté le prorata d'heures supplémentaires, calculé comme suit : - période des heures supplémentaires : d'octobre 2011 à février 2012, soit 5 mois, - 6 364,12 € x 5 : 18 mois 1767,81 € - 1767,81 : 12 mois = 147,31 €, D'où un salaire de référence de 4 481,31 €. En conséquence, M. H... percevra l'indemnité de préavis et l'indemnité de licenciement suivants : - 13 443,93 € brut à titre d'indemnité de préavis de 3 mois, outre la somme de 1344,39 €

au titre des congés payés afférents, - 6.841,46 € brut à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, soit 1/3 de mois par année de présence (4481,31 x 1/3 x 4,58 années), avec intérêts au taux légal à compter du 5 janvier 2013, date de réception par la société de sa convocation en bureau de conciliation. Enfin, il percevra une indemnité de licenciement nul fixée à la somme de 30 000 €, au regard du salaire, du préjudice et de l'ancienneté du salarié limitée à 4 ans 7 mois. La cour infirmera donc le jugement sur le montant des indemnités » ;

1. ALORS QU'en cas de litige relatif au nombre d'heures travaillées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, dès lors que ce dernier a préalablement apporté des éléments de nature à étayer sa demande ; que Monsieur H... sollicitait le paiement de rappel d'heures supplémentaires (salaire de base + majorations) au titre, d'une part, des heures effectuées entre la 35ème et la 38ème heure 30 hebdomadaires, et, d'autre part, des heures effectuées au-delà de la 38ème heure 30 ; qu'en l'espèce la cour d'appel a considéré que la convention de forfait en heures instituée au sein de la société ETOP sur la base de 38 heures 30 hebdomadaires était nulle ; qu'en accordant à ce titre au salarié un rappel de salaire au titre des heures accomplies entre la 35ème et la 38ème heure 30 hebdomadaires, comprenant la majoration horaire de 25 % mais également le salaire de base afférent à ces heures, cependant qu'il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué que selon les mentions portées sur ses bulletins de paie le salarié était déjà rémunéré sur une base de 38 heures 30 hebdomadaires, de sorte qu'il pouvait tout au plus prétendre au paiement des majorations afférentes aux heures effectuées entre la 35ème et la 38ème heure 30 hebdomadaires, mais non au salaire de base correspondant auxdites heures, la cour d'appel, qui a condamné l'employeur à payer deux fois les mêmes heures de travail, a violé les articles L. 3171-4 et L. 3121-1 du code du travail tels qu'applicables au litige et l'article 1234 du code civil ;

2. ALORS ET A TITRE SUBSIDIAIRE QUE la cour d'appel a constaté que les bulletins de salaire de Monsieur H... faisaient état d'un salaire calculé sur une base de 166,82 heures par mois, soit 38 heures 30 par semaine ; qu'en condamnant néanmoins la société ETOP au versement d'un rappel d'heures supplémentaires correspondant aux heures de travail effectuées entre la 35ème et la 38ème heure 30 hebdomadaires, comprenant la majoration horaire de 25 % mais également le salaire de base afférent à ces heures, sans vérifier si ledit salaire de base n'avait pas déjà été payé au salarié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L.3171-4, L. 3121-1 et L. 3121-22 du code du travail tels qu'applicables au litige et l'article 1234 du code civil ;

3. ALORS, ET EN TOUTE HYPOTHESE, QUE constitue un temps de travail effectif le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; que les heures de permanence ou d'intercontrats, pendant lesquelles le salarié a seulement l'obligation de demeurer à disposition de l'employeur afin d'être en mesure d'intervenir en cas de mission, ne constituent pas du temps de travail effectif au sens de l'article L. 3121-1 du code du travail ; qu'en condamnant en l'espèce la société ETOP au paiement de rappels de salaire à Monsieur H... au titre d'heures supplémentaires effectuées pendant les périodes d'intercontrats, sans constater que le salarié ait apporté des éléments de nature à étayer l'accomplissement d'heures supplémentaires pendant ces périodes d'intercontrats, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des

articles L.3171-4, L. 3121-1 et L3121-22 du code du travail tels qu'applicables au litige et l'article 1234 du code civil ;

4. ALORS QU'en faisant droit aux demandes de rappels d'heures supplémentaires sans tenir compte des 104 jours ouvrés d'absence en 2010 et 45 jours ouvrés d'absence en 2011 dont se prévalait la société ETOP dans ses écritures d'appel (conclusions p. 37 § 4) et qui devaient nécessairement être décomptés dans le calcul des heures supplémentaires réclamées par le salarié, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

5. ALORS, ENFIN, QUE le juge ne peut soulever d'office un moyen sans inviter les parties à présenter leurs observations ; que dans leurs écritures d'appel et lors de l'audience, la société ETOP et le salarié s'accordaient pour dire que la demande de rappel d'heures supplémentaires formulée était soumise à la prescription triennale de l'article L. 3245-1 du code du travail issue de la loi du 14 juin 2013 ; que le débat entre les parties portait uniquement sur la question de l'interruption du délai de prescription dont se prévalait Monsieur H... au titre de sa prétendue ignorance de ses droits avant le 8 mars 2011 ; qu'en retenant néanmoins d'office que la demande de rappel d'heures supplémentaires était soumise à la prescription quinquennale dès lors que le conseil de prud'hommes avait été saisi avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, sans inviter préalablement les parties à fournir leurs explications sur ce point et sans permettre à la société ETOP d'apporter des observations, la cour d'appel a violé les articles 4 et 16 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR ordonné le remboursement par la société ETOP, anciennement dénommée ETOP INTERNATIONAL, aux organismes concernés des indemnités de chômage versées à Monsieur H... à concurrence de deux mois ;

AUX MOTIFS QU' « en application de l'article L. 1235-5 du code du travail, la société sera condamnée à rembourser à Pôle Emploi les allocations chômage versées le cas échéant à M, H... à hauteur de 2 mois, comme l'a jugé le conseil » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « lorsque le licenciement illégitime est indemnisé en application des articles L1235-2/3/11 du Code du travail, le conseil ordonne d'office, même en l'absence de Pôle emploi à l'audience et sur le fondement des dispositions de l'article L1235-5, le remboursement par l'employeur, de tout ou partie des indemnités de chômage payées au salarié par les organismes concernés, du jour du licenciement au jour du jugement, dans la limite de six mois ; en l'espèce au vu des circonstances de la cause il convient de condamner l'employeur à rembourser les indemnités à concurrence de deux mois » ;

ALORS QUE le remboursement des indemnités de chômage ne peut être ordonné que dans les cas prévus aux articles L. 1235-3 et L. 1235-11 du code du travail ; qu'après avoir constaté que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail de Monsieur H... produisait les effets d'un licenciement nul, la cour d'appel a néanmoins confirmé le jugement déféré en ce qu'il a condamné l'employeur au remboursement à Pôle emploi des indemnités de chômage versées au salarié dans la limite de deux mois ; qu'en statuant ainsi, cependant que le remboursement des indemnités de chômage ne pouvait être ordonné en cas de nullité du licenciement, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-4 du code du travail.

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

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. H... de sa demande tendant à la condamnation de la société Etop au paiement de la somme de 17 304 euros à titre de rattrapage de salaire et de dédommagement de la discrimination.

AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article L. 1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion

professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, en raison notamment de ses activités syndicales ; que l'article L. 1134-1 du même code dispose qu'en cas de litige relatif à l'application du texte précédent, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la demande de M. H... se fonde sur la discrimination syndicale, ce dernier estimant qu'il n'a pas eu le salaire et la promotion en position 3.2 qu'il aurait dû avoir, par comparaison à d'autres salariés de la société occupant soit des postes comparables soit de niveau inférieur ; que M. H..., embauché avec un salaire de 4334 € brut/mois (52 000 € brut/an), sans primes, en qualité de consultant en management de projet statut cadre- position 2.3 coefficient 150 de la convention collective dite SYNTEC, soutient qu'il a été maintenu depuis 2010 à une position et un coefficient ne correspondant pas à son poste, son expérience et son niveau de qualification, et qu'il n'a bénéficié d'aucune augmentation; il revendique au jour de sa prise d'acte, en novembre 2012, la position 3.2 avec le coefficient 210, et un salaire de 60 000 € brut/an, qui correspond à l'ingénieur ou cadre prenant des initiatives et ayant une responsabilité, suscitant orientant et contrôlant le travail de ses subordonnés, car dans sa mission Alstom il avait une complète autonomie dans la gestion du projet, n'étant limité que par le budget alloué par la direction, et en outre il encadrait, un salarié cadre, analyste métier du projet ; qu'il fait valoir que son salaire était proche du minimum conventionnel (de 4078 € brut) et inférieur à celui d'autres salariés à poste et profil équivalents, citant nommément à la fois 3 salariés consultant en gestion de projet (avec des salaires annuels de 60 648, 82 000 et 99 000 €), dont un avec la même position et le même coefficient que lui, mais aussi 2 salariés moins qualifiés que lui (avec des salaires de 57 000 et 53 700 €), qui ont tous les 5 des salaires supérieurs au sien ; que la société rétorque que cette demande, au vu des chiffres annoncés des salaires d'autres collègues, n'est pas justifiée par des pièces, sans pour autant produire elle-même ces justificatifs dont elle est détentrice (bulletins de paie ou graphique des salaires par catégorie de cadre) ; qu'en l'absence d'éléments sur les diplômes de ces 5 salariés, sur leur expérience et leur date d'embauche, la cour ne peut apprécier la pertinence de la demande de revalorisation de salaire et de classification, qui suppose de disposer d'un panel de salariés ayant un poste, une qualification et une expérience comparables à la situation de M. H... et de suivre l'évolution de leur salaire et de leur position entre 2008 et 2012 ; que M. H... sera donc débouté de sa demande de modification de position et coefficient ; qu'en revanche, il est établi qu'il n'a jamais bénéficié d'augmentation de salaire en 4 ans, y compris après une mission longue au cours de laquelle il a donné pleinement satisfaction; l'absence d'augmentation de son salaire fixe, couplée à l'absence de primes, constitue un élément objectif que lequel la société ne s'explique pas et qui est déjà indemnisé au titre de la violation du statut protecteur.

1/ ALORS QUE la qualification professionnelle se détermine par les fonctions réellement exercées ; qu'en déboutant M. H... de sa demande tendant à la reconnaissance d'un classement au niveau 210 sans aucunement préciser les fonctions réellement exercées par lui et sans a fortiori déterminer la qualification conventionnelle à laquelle ces fonctions lui permettaient de prétendre, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1134 alors en vigueur du code civil et de la convention collective nationale applicable au Personnel des Bureaux d'Études Techniques, des Cabinets d'Ingénieurs-Conseils et des Sociétés de Conseils.

2/ ALORS QUE s'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au salarié, d'établir que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination ; que laisse supposer l'existence d'une discrimination syndicale la perception, par le salarié qui se prétend victime de discrimination, d'un salaire inférieur à celui dont bénéficient des salariés classés à la même position et au même coefficient que lui et à celui dont bénéficient des salariés moins qualifiés que lui ; qu'en reprochant au salarié de ne pas produire en outre des éléments sur les diplômes de ces salariés, leur expérience et leur date d'embauche, quand il appartenait à l'employeur de faire la preuve de ces éléments susceptibles de justifier la différence de traitement constatée, la cour d'appel qui a fait peser la charge de la preuve sur le salarié a violé les articles L.1132-1 et L.2141-5 du code de travail ;

3/ ALORS QUE lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire ; qu'il appartient au juge de tirer toute conséquence du refus de l'employeur de communiquer ces éléments ; qu'en s'abstenant de tirer les conséquences du refus de l'employeur de communiquer les pièces dont la cour d'appel a constaté qu'il les détenait, la cour d'appel a violé l'article 1315 alors en vigueur du code civil ;

4/ ALORS QUE le principe de réparation intégrale du préjudice oblige le juge à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu ; qu'en refusant d'ordonner, par paiement de la différence des salaires et congés payés et indemnité, la réparation du préjudice né de la différence de traitement injustifiée dont le salarié avait fait l'objet et qui avait conduit à une perte de salaires, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1147 alors en vigueur du code civil.

5/ ALORS QUE l'indemnité allouée au titre de la violation du statut protecteur est égale à la rémunération qui aurait été perçue entre la date de notification de la rupture et l'expiration de la période de protection en cours ; qu'elle ne peut indemniser une perte de salaire antérieure à la rupture du contrat de travail ; qu'en jugeant que le préjudice résultant du blocage de l'évolution salariale était indemnisé au titre de la violation du statut protecteur, la cour d'appel a encore violé les articles 1134 et 1147 alors en vigueur du code civil.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité à 60 426,67 euros et 6 042,66 euros les sommes devant être allouées à M. H... respectivement au titre des heures supplémentaires et des congés payés y afférents.

AUX MOTIFS QUE pour l'ensemble de la période contractuelle du 24 avril 2008 au 21 novembre 2012. M. H... produit les pièces suivantes : - un fichier informatisé de suivi des heures travaillées reconstitué, avec le détail par jour, - un décompte, mois par mois des heures travaillées, corroboré par la copie de son agenda électronique, de novembre 2009 à août 2010, où sont indiqués ses horaires de début et fin de travail outre les réunions, les déplacements et les personnes rencontrées, éléments établis au fur et à mesure des jours de travail, - le relevé des courriels professionnels (objet indiqué le confirmant) envoyés à des heures tardives, entre 19h et 19h25, soit 60 courriels entre le 13 mai 2008 et le 4 mai 2010, période de la mission Alstom, la plupart des courriels étant envoyés entre 20h et 23h ; que face à ces éléments de preuve circonstanciés, la société ne fait qu'affirmer que, pendant la mission Alstom, M. H... ne travaillait pas au-delà de 38h30 par semaine, et que pendant sa période d'inter- contrat il ne travaillait que 35h, de sorte que la cour estime que M. H... rapporte la preuve d'avoir effectué des HS pendant la mission Alstom au-delà de 35h et même de 38h30, et d'avoir effectué 38h30 par la suite comme indiqué sur ses bulletins de paie et le fichier informatisé de suivi des heures travaillées reconstitué ; que M. H... retient dans ses calculs d'heures supplémentaires, deux périodes : - la période de sa mission Alstom où il totalise 1665 heures d'avril 2008 à août 2010, - la période d'inter- contrat, de septembre 2010 à février 2012 (car sera en arrêt maladie à partir de mars 2012), où il totalise 196 heures entre 35 et 38h30 sur 18 mois ; qu'il prend comme base le coût horaire de travail la somme de 33 €, en partant de 5 000 € de salaire brut, alors qu'il convient de retenir le salaire horaire contractuel, soit la somme de 25,98 € brut, correspondant à la somme de 4334 € (salaire brut sur ses bulletins de paie de 2008 à 2012) : 166,82 (forfait horaire mensuel) ; que le salaire horaire majoré est de 25% x 25,98, soit 32,47 €, ce qui donne les calculs suivants : - 1665 x 32,47 = 54 062,55 €, - 196 x 32,47 = 6 364,12 €, soit un total de 60 426,67 €, outre 6042,66 € au titre des congés payés afférents ; que la société devra donc lui payer ces sommes, avec intérêts au taux légal à compter du 17 février 2014, date de la demande, la cour infirmant ainsi le jugement.

1/ ALORS QU'en l'absence d'une convention de forfait régulière, l'employeur est tenu de payer comme heures supplémentaires toutes les heures effectuées au-delà de la durée légale du travail ; que la cour d'appel, qui a constaté l'absence de convention de forfait opposable au salarié ainsi que l'accomplissement d'heures supplémentaires par ce dernier, a calculé son salaire horaire sur la base des mentions de la convention de forfait invoquée par l'employeur, privant ainsi le salarié de la rémunération des heures comprises dans cette convention nulle et minorant le montant dû au titre des heures supplémentaires effectuées au-delà de ces heures ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles L.3121-10 et suivants alors en vigueur du code du travail et 1134 alors en vigueur du code civil.

2/ ET ALORS QUE la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation, relatif au rappel de salaire dû à M. H..., emportera la cassation par voie de conséquence du chef du dispositif critiqué par le présent moyen en application des dispositions de l'article 624 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité à 13 443,93 euros, 1 344,39 euros, 6 841,46 euros, 130 020 euros et 30 000 euros les sommes allouées à M. H... respectivement à titre d'indemnité compensatrice de préavis, de congés payés y afférents, d'indemnité de licenciement, d'indemnité pour violation du statut protecteur et d'indemnité de licenciement nul.

AUX MOTIFS QUE faute d'explication sur la manière dont M. H... calcule ce salaire, qu'il porte à 5000 € il y a lieu de retenir le salaire brut des 12 derniers mois complets, d'octobre 2011 à octobre 2012, soit 4334 €, auquel il sera ajoutée le prorata d'heures supplémentaires, calculé comme suit : - période des heures supplémentaires : d'octobre 2011 à février 2012, soit 5 mois, - $6\,364,12\text{ €} \times 5 : 18\text{ mois} = 1\,767,81\text{ €}$, - $1\,767,81 : 12\text{ mois} = 147,31\text{ €}$, d'où un salaire de référence de 4 481,31 € ; qu'en conséquence, M. H... percevra l'indemnité de préavis et l'indemnité de licenciement suivants : - 13 443,93 € brut à titre d'indemnité de préavis de 3 mois, outre la somme de 1344,39 € au titre des congés payés afférents, - 6 841,46 brut à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, soit 1/3 de mois par année de présence ($4\,481,31 \times 1/3 \times 4,58$ années), avec intérêts au taux légal à compter du 5 janvier 2013, date de réception par la société de sa convocation en bureau de conciliation ; qu'enfin, il percevra une indemnité de licenciement nul fixée à la somme de 30 000 €, au regard du salaire, du préjudice et de l'ancienneté du salarié limitée à 4 ans 7 mois ; que la cour infirmera donc le jugement sur le montant des indemnités ; que la solution adoptée par la cour rend sans objet la demande reconventionnelle de la société en paiement de l'indemnité de préavis ; (

) ; qu'il apparaît donc que la société n'a pas respecté le statut de salarié protégé de M. H..., qui a été contraint de faire une prise d'acte de rupture de son contrat de travail tant en raison du harcèlement moral subi que du non-respect de ses prérogatives de représentant du personnel, ce qui justifie l'allocation d'une indemnité forfaitaire égale aux salaires qu'il aurait perçus jusqu'à la fin de la période de protection, soit la somme de 130 020 € représentant 30 mois de salaire ($30 \times 4\,334$), comme l'a jugé le conseil que la cour approuve, au vu d'une jurisprudence constante au visa de l'article L.2411-5 du code du travail.

1/ ALORS QU'en cas de suspension du contrat de travail pour maladie au cours des douze ou trois derniers mois précédant le licenciement, le salaire de référence pour la détermination des sommes dues au titre des indemnités de rupture du contrat de travail doit être calculé sur les derniers mois précédant l'arrêt de travail et non la rupture du contrat de travail ; qu'en calculant le salaire de référence sur la période courant du mois d'octobre 2011 au mois d'octobre 2012 après avoir constaté que le contrat de travail de M. H... était suspendu par un arrêt de travail depuis le 2 mars 2012, la cour d'appel a violé l'article L.1132-1 alors en vigueur du code du travail.

2/ ALORS QUE la cassation à intervenir sur les deux précédents moyens de cassation, relatifs aux salaires dus à M. H..., ou même sur l'un seul de ces moyens, emportera la cassation par voie de conséquence du présent chef du dispositif en application des dispositions de l'article 624 du code de procédure civile.

QUATRIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité à 343 euros la somme devant être allouée à M. H... au titre des heures de DIF non utilisées.

AUX MOTIFS QUE la société a refusé la demande de formation de M. H... en chinois adressée à 2 reprises par ce dernier à la direction en septembre 2010 et mai 2011 au titre du DIF, invoquant le fait qu'il s'était rendu en Chine lors de sa mission Alstom et que le groupe Eurogiciel, était présent en Chine, faute de réponse de la société, M. H... a effectué cette formation, comme le prévoit la législation, hors de son temps de travail et l'a personnellement financée à hauteur de 702 € ; que la société indique que des formations en anglais, allemand et espagnol sont proposées dans le cadre du plan de formation de l'entreprise, et plus conformes au développement du groupe à l'international ; que la formation en chinois, si elle n'est pas inintéressante, n'apparaît pas de nature à développer l'employabilité de M. H... dans le groupe ; que ce dernier aurait pu demander une des formations prévues par le plan de formation, ce qu'il n'a pas fait ; (

) ; que les droits à des heures de formation acquis au 31 décembre 2014 au titre du droit individuel à la formation (DIF) obéissent désormais au régime applicable aux heures inscrites sur le compte personnel de formation en vigueur au 1er janvier 2015, mais toutes les dispositions anciennes n'ont pas été reprises ; que selon l'article L.6323-17 du code du travail, qui reprend les dispositions anciennes sur le DIF, les formations financées dans le cadre du compte personnel de formation ne sont pas soumises à l'accord de l'employeur lorsqu'elles sont suivies en dehors du temps de travail, ce qui

a été le cas pour M. H... en 2011 ; que cependant la prise en charge des frais de formation est soumise à certaines conditions, comme auparavant ; qu'en effet, selon l'article L.6323-8 ancien du code du travail, des priorités peuvent être définies pour les actions de formation mises en oeuvre dans le cadre du DIF par convention ou accord collectif de branche ; à défaut les actions de formation sont des actions de promotion mentionnées à l'article L.6313-1 ancien du code du travail et les actions de qualification mentionnées à l'article L.6314-1 ; qu'aucun élément n'est fourni sur l'existence d'un accord d'entreprise à ce sujet et M. H... ne rapporte pas la preuve que ces cours de chinois font partie des formations sanctionnées par une certification et/ou mentionnées sur la liste des formations éligibles au DIF selon les articles précités ; que M. H... n'établit donc pas qu'il remplit les conditions de prise en charge par l'employeur de ses cours de chinois à l'Institut Confucius (au vu de la facture en date du 9 septembre 2011) ; qu'il sera donc débouté de sa demande de remboursement de la somme de 702 euros au titre de ses cours dans le cadre du DIF ; comme l'a jugé le conseil qui sera confirmé de ce chef ; (

) ; que la société, sans mentionner les textes applicables, objecte que les heures de DIF non utilisées sont perdues en cas de prise d'acte de rupture, laquelle ne donne pas droit au chômage ; que la cour en déduit qu'elle se fonde sur les anciens articles L.6323-17 et 18 du code du travail, qui posent des conditions particulières pour l'exercice du DIF après la rupture du contrat de travail, notamment en cas de démission ; que dès lors que la prise d'acte produit les effets d'un licenciement nul et non d'une démission, la société ne peut se prévaloir de ces dispositions, de sorte qu'il convient de faire droit à la demande de M. H..., en lui allouant la somme de 343 euros au titre des heures de DIF non utilisées.

ALORS QUE M. H... soutenait disposer d'un DIF de 91,26 heures au jour de la rupture de son contrat de travail en sorte qu'il devait lui être alloué à ce titre la somme de 343,50 euros si la formation de 60 heures qu'il avait lui-même financée était imputée sur le DIF et lui était remboursée à ce titre, soit dans le cas contraire la somme de 1002 euros ; que la cour d'appel, qui a débouté le salarié de sa demande de remboursement dans le cadre du DIF de la somme de 702 euros engagée par lui au titre de cette formation dans le cadre du DIF a cependant limité l'indemnisation à 343,50 euros, réduisant ainsi de 60 les heures le nombre des heures de DIF non utilisées ; qu'en statuant ainsi sans s'expliquer sur le nombre des heures retenues, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

CINQUIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. H... de sa demande tendant au paiement d'un solde de congés payés.

AUX MOTIFS QU'une comme le soutient valablement la société, il restait bien à M. H... des jours de congés payés à prendre (soit 14,5 jours) qu'il aurait dû prendre entre le 1er mai et le 31 octobre 2011, sans qu'il soit établi qu'il en ait été empêché, puisqu'il n'était ni en arrêt maladie ni en mission à cette époque ; que cette demande sera donc rejetée, comme l'a jugé le conseil.

ALORS QU'eu égard à la finalité qu'assigne aux congés payés annuels la Directive 2003/ 88/ CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, il appartient à l'employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé, et, en cas de contestation, de justifier qu'il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement ; que la société Etop, qui reconnaissait le report de congés payés dont se prévalait le salarié, se bornait à lui reprocher de ne pas faire la preuve que ce report aurait été le fait de l'employeur ; qu'en jugeant l'employeur autorisé à se dispenser du paiement de ces congés non pris sans rechercher s'il avait pris les mesures propres à assurer à la salariée la possibilité d'exercer effectivement son droit à congé, la cour d'appel a violé la directive 93/104/CE du Conseil de l'Union européenne, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

SIXIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. H... de sa demande tendant à l'octroi de dommages-intérêts en réparation du préjudice de salaire pour atteinte à la santé.

AUX MOTIFS QUE le préjudice de salaire pour l'atteinte à la santé (nouvelle demande) étant inclus dans le préjudice lié à la violation du statut protecteur et au harcèlement moral, déjà indemnisés, il n'y a pas lieu d'accorder de dommages-

intérêts spécifiques de ce chef.

ALORS QUE le principe de réparation intégrale du préjudice oblige le juge à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu ; que pour débouter M. H... de sa demande de dommages-intérêts au titre du préjudice de salaire pour atteinte à sa santé, la cour d'appel a retenu que ce préjudice de salaire était inclus dans le préjudice lié à la violation du statut protecteur et au harcèlement moral, déjà indemnisés ; qu'en statuant ainsi quand elle n'a par ailleurs pas alloué de dommages-intérêts au titre du harcèlement moral et quand l'indemnité pour violation du statut protecteur ne peut indemniser n'indemnise le préjudice distinct de perte de salaire subi en cours d'exécution du contrat de travail, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1147 alors en vigueur du code civil.