

SOC.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 27 mars 2019

Rejet

M. O..., président

Arrêt n° 530 FS-P+B sur le 1er moyen

Pourvois n° T 17-23.314
et J 17-23.375 JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

I - Statuant sur le pourvoi n° T 17-23.314 formé par M. D... W..., domicilié [...],

contre un arrêt rendu le 16 juin 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 11), dans le litige l'opposant à la société Boucheron, société par actions simplifiée, dont le siège est [...],

défendeur à la cassation ;

II - Statuant sur le pourvoi n° J 17-23.375 formé par la société Boucheron,

contre le même arrêt rendu entre les mêmes parties ;

Le demandeur au pourvoi n° T 17-23.314 invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° J 17-23.375 invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 20 février 2019, où étaient présents : M. O..., président, Mme K..., conseiller rapporteur, M. Schamber, conseiller doyen, Mmes Monge, Sommé, conseillers, M. David, Mmes Ala, Prieur, Thomas-Davost, conseillers référendaires, Mme Grivel, avocat général, Mme Lavigne, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme K..., conseiller, les observations de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de M. W..., de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat de la société Boucheron, l'avis de Mme Grivel, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu la connexité, joint les pourvois n° 17-23.314 et 17-23.375 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 16 juin 2017), que M. W... a été engagé à compter du 15 janvier 2006 en qualité de responsable de zone export sur le territoire du Moyen-Orient, statut cadre, par la société Boucheron ; que son contrat de travail, comportait une convention de forfait en jours ; que, le 19 mai 2014, il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail et de demandes se rapportant à son exécution ; qu'il a été licencié le 23 mai 2014 ;

Sur le premier moyen du pourvoi de l'employeur :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires outre les congés payés afférents, alors, selon le moyen, que le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité d'une convention de forfait en jours, qui peut être engagée lorsque la convention est prévue par un accord collectif dont les stipulations n'assurent pas la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires, est la signature de la convention de forfait ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a conclu que la demande du salarié pour voir constater que sa convention de forfait en jours était nulle n'était pas prescrite, après avoir relevé que la clause litigieuse avait continué à régir la relation contractuelle jusqu'au licenciement du salarié ; qu'en jugeant ainsi que le délai de prescription d'une action en nullité d'une convention de forfait en jours ne courait pas tant que cette convention était en vigueur, la cour d'appel a violé les articles L. 1471-1 du code du travail et 1304 du code civil dans leur version applicable au litige ;

Mais attendu que le salarié, dont la demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires n'est pas prescrite, est recevable à contester la validité de la convention de forfait annuel en jours stipulée dans son contrat de travail ;

Et attendu qu'ayant constaté que la demande de rappel d'heures supplémentaires se rapportait à une période non prescrite, la cour d'appel en a exactement déduit que le salarié était recevable à contester la validité de la convention de forfait annuel en jours contenue dans son contrat de travail ;

D'où il suit que le moyen, qui en ses deuxième et troisième branches, ci-après annexé, n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation, n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi de l'employeur :

Attendu que l'employeur fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ; qu'en l'espèce, en jugeant que l'accord collectif du 15 mars 2000, auquel renvoyait le contrat de travail, se limitait à prévoir dans son article 3.2.2 que les jours travaillés et les jours de repos devaient faire l'objet d'un décompte à partir d'un état mensuel mis en place et conservé trois ans par la DRH, de sorte qu'elles ne garantissaient pas que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, sans rechercher si l'article 3.2.3 de cet accord, intitulé « Suivi de la réduction du temps de travail des cadres autonomes » ne prévoyait pas par ailleurs que « l'organisation du travail, l'amplitude des journées de travail et la charge de travail qui en résulte feront l'objet d'un suivi par la hiérarchie des cadres concernés de telle sorte, notamment, que soient respectées les dispositions relatives au repos quotidien, au nombre de jour de travail maximum et à la durée minimale du repos hebdomadaire », ce qui était de nature à garantir le respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, de l'article L. 3121-45 du code du travail dans sa rédaction alors applicable, interprété à la lumière de l'article 17, §§ 1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et de l'article 3.2.3 de l'accord du 15 mars 2000 sur l'aménagement et la réduction du temps de travail ;

Mais attendu qu'ayant constaté que l'employeur n'avait assuré aucun suivi de la charge de travail du salarié, faisant ainsi ressortir qu'il n'avait pas respecté les dispositions de l'accord collectif destinées à assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés soumis au régime du forfait en jours, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Sur les troisième et quatrième moyens du pourvoi de l'employeur et sur les moyens du pourvoi 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 ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Laisse à chaque partie la charge de ses propres dépens ;

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

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits au pourvoi n° T 17-23.314 par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. W....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. W... de sa demande de rappel de bonus exceptionnel sur chiffre d'affaires pour l'année 2013 ;

AUX MOTIFS propres QUE sur le bonus exceptionnel sur chiffre d'affaires 2013, se fondant sur un usage applicable aux responsables de zone de versement d'un bonus exceptionnel en cas de dépassement du budget, ainsi que cela résulte du versement d'un tel bonus en 2012 et des règles fixées en 2010 (courriel du 19 mai 2010), en 2011 (avenant pièce 53) et 2012 (avenant pièce 54) pour lui-même et un collègue M. B... autre responsable de zone, le salarié réclame un bonus exceptionnel pour dépassement en 2013 de ses objectifs qu'il calcule à titre principal en appliquant le pourcentage fixé en 2012 en réclamant 89 375 euros et subsidiairement à 10 625 euros ; que pour s'opposer à ce paiement, la société se prévaut de son courrier du 2 janvier 2013 qui ne prévoit pas de bonus exceptionnel pour dépassement de budget à la différence de précédents courriers pour la fixation du bonus sur l'année 2010 et sur l'année 2011 et souligne que le montant et les conditions d'attribution de ce bonus exceptionnel ont varié au cours des trois années au cours desquelles il a été décidé de l'attribuer, en sorte que le salarié ne peut se prévaloir d'un usage ; que la cour observe que le bonus exceptionnel 2010 était dû en cas de dépassement de l'objectif de chiffre d'affaires pour la région export et pas seulement la zone du salarié comme l'indique clairement M. H... dans son courriel du 19 mai 2010 et donnait lieu à une rémunération forfaitaire en pourcentage de la rémunération annuelle brute ; que le bonus exceptionnel de 2011 et 2012 était prévu en cas de dépassement du budget de la zone du salarié et donnait lieu selon le dépassement effectué à un pourcentage du chiffre d'affaires net ; qu'il ressort de ces éléments que la fixité dans le régime du bonus exceptionnel n'est pas démontrée alors qu'au surplus un seul de ses collègues responsable de zone s'est vu proposer pour la même période les mêmes règles, sans qu'il soit justifié ce qu'il en est pour les autres responsables de zones ; que par suite, la cour retient que le salarié ne rapporte pas la preuve suffisante d'un usage constant, fixe et général fondant son droit à bonus contractuel ; il est débouté de sa demande ce chef et le jugement est confirmé sur ce point ;

ET AUX MOTIFS adoptés QUE M. W... estime qu'il lui est dû un rappel de bonus de 89 375 euros au motif que la prime versée régulièrement chaque année et non prévue par l'employeur au titre de 2013 constituerait un usage constant, fixe et général caractérisant un élément permanent du salaire ; mais que Boucheron fait valoir que la prime exceptionnelle, aussi bien dans son montant qu'au niveau de ses conditions d'attribution, variait chaque année, n'avait pas été versée au titre de 2009 et 2010, et ne revêtait aucun caractère de fixité ; que l'usage ne peut en conséquence être considéré comme établi, en l'absence de fixité, M. W... sera débouté de sa demande ;

ALORS QU'en dehors de toute disposition contractuelle ou conventionnelle, une gratification devient un élément normal et permanent du salaire et cesse d'être une libéralité dès lors que son usage est constant, fixe et général ; que la cour d'appel a en l'espèce constaté qu'« un bonus exceptionnel sur chiffre d'affaires » avait été versé de façon constante pour les années 2010, 2011 et 2012, que son mode de calcul avait certes été modifié à partir de 2011 mais était par la suite resté fixe et qu'il n'était pas utilement contesté que l'ensemble des responsables de zone en avaient bénéficié ; qu'en retenant néanmoins que le salarié ne rapportait pas la preuve suffisante d'un usage constant, fixe et général fondant son droit au versement du bonus litigieux pour l'année 2013, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation de l'article 1104 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR alloué à M. W... seulement 41 362,63 euros à titre d'heures supplémentaires et 4 136,26 euros pour les congés payés afférents ;

AUX MOTIFS QUE la durée légale ou conventionnelle du travail constitue le seuil de déclenchement des heures supplémentaires payées à un taux majoré dans les conditions de l'article L. 3121-22 du même code ; qu'aux termes de l'article L. 3171-4 du Code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; que le juge forme sa conviction de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; que si la preuve des heures de travail n'incombe spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge les éléments de nature à étayer sa demande ; que Monsieur D... W... réclame la somme totale de 195 425,93 euros représentant 2 155 heures supplémentaires sur la période du 1er juin 2011 au 6 mai 2014 outre 18 008,18 euros de congés payés afférents (conclusions page 73) ; qu'il produit à l'appui de cette demande outre l'attestation de Mme X... et de M. B... faisant état de semaines de travail chargées, un tableau précis de ses horaires de travail journaliers qu'il dit

avoir reconstitué à l'aide de ses agendas et comprenant le nombre d'heures effectuées par semaine et leur majoration ; qu'il soutient que l'employeur qui se prévaut de notes de frais pour contredire les horaires s'est gardé de les produire toutes, dès lors qu'elles auraient montré des amplitudes encore plus importantes ; qu'il considère comme non avérées certaines contradictions et souligne que le tableau 89 produit prend en compte les observations de l'employeur sur certaines heures de départ et d'arrivée ; que la cour observe que les tableaux produits par le salarié font état de journées de travail de 10h à 19h, voire jusqu'à 23 heures en cas de déplacement et un tableau corrigeant certaines durées ; qu'ainsi le salarié fournit-il des éléments préalables sur son rythme de travail qui peuvent être discutés par l'employeur et qui sont de nature à étayer sa demande ; que la société fait valoir que les tableaux produits ont été construits a posteriori pour les besoins de la cause, qu'ils ne reflètent pas la réalité des heures accomplies et dénonce le systématisme des horaires allégués de 10h à 19h qui sont contredits par les diverses notes de frais produites faisant état d'heures d'arrivées postérieures à 10 h et des heures de départ antérieures à 19 heures ; qu'elle conteste que pendant les déplacements les horaires auraient été de 10h à 23 heures en expliquant que les différents salons et foires sur lesquels le salarié s'est rendu fermaient leurs portes au plus tard à 19 heures ; qu'au regard des éléments et explications fournis de part et d'autre, la cour a la conviction que Monsieur D... W... a effectué des heures supplémentaires, mais dans une moindre mesure cependant que celles alléguées au vu notamment de la libre organisation de travail dont jouissait le salarié et des arrivées tardives et départs avancés établis par certaines notes de frais de nature à remettre en cause l'amplitude alléguée, laquelle au demeurant ne se confond pas avec le travail effectif ; qu'il est donc alloué, de ce chef, à Monsieur D... W... la somme de 41 362,63 euros à titre de rappel de salaire correspondant à 581 heures supplémentaires sur la période revendiquée dont 160 heures en 2011 sur la base d'un taux horaire non contesté de 39,93 euros soit d'un taux majoré de 49,91 euros, 160 h en 2012 sur la base d'un taux horaire non contesté de 42,39 euros soit d'un taux majoré de 52,98 euros, 211 heures en 2013 sur la base d'un taux horaire non contesté de 75,95 euros, soit d'un taux majoré de 94, 93 euros et 50 heures en 2014 sur la base d'un taux horaire non contesté de 77,92 euros, soit d'un taux majoré de 97,40 euros ; qu'il convient également de condamner la société BOUCHERON à payer à Monsieur D... W... la somme de 4 136,26 euros à titre de congés payés afférents ; que le jugement déféré est donc infirmé sur ce point ;

1/ ALORS QUE toute décision doit être motivée ; que si les juges apprécient la valeur et la portée de preuves qui leur sont soumises, ils ne peuvent statuer par voie de simple affirmation ; qu'en se contentant de relever quelques arrivées tardives du salarié, le fait que l'amplitude se distingue de la durée du travail effectif et la libre organisation de son travail dont il jouissait pour fixer le nombre d'heures de travail retenues, sans donner aucun élément permettant de justifier cette appréciation, la cour d'appel a statué par voie de pure affirmation et violé l'article 455 du code de procédure civile

2/ ALORS QUE la cassation à intervenir sur le nombre d'heures supplémentaires entraînera par voie de conséquence, la cassation du chef de l'arrêt déboutant M. W... de sa demande au titre du travail dissimulé, faute d'un nombre d'heures supplémentaires dépassant le contingent annuel légal, en application de l'article 624 du code de procédure civile

3/ ET ALORS en tout cas QUE les heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire fixée par l'article L. 3121-10 du code du travail, ou de la durée considérée comme équivalente, se calculent par semaine et donnent lieu à une majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires ; que les heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50 % ; que la cour d'appel ne pouvait dès lors appliquer à l'ensemble des heures supplémentaires accomplies par M. W..., décomptées annuellement, une majoration indistincte de salaire de 25 % sans distinguer les huit premières heures supplémentaires réalisées hebdomadairement des suivantes qui devaient quant à elle être majorées de 50 % ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article L. 3121-22 du code du travail dans sa version applicable à la cause. Moyens produits au pourvoi n° J 17-23.375 par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils, pour la société Boucheron.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, d'AVOIR condamné la société Boucheron à verser à M. W... les sommes de 41.362,63 euros à titre d'heures supplémentaires et de 4.136,26 euros au titre de congés payés afférents et de l'AVOIR en conséquence condamnée à verser à M. W... la somme de 15.000 euros à titre de dommages et intérêts pour non-respect des temps de repos journaliers et hebdomadaires ;

AUX MOTIFS QUE sur la convention individuelle de forfait-jours : M. W... invoque la nullité de la convention de forfait au

motif que pas plus que son contrat de travail, l'accord collectif du 15 mars 2000 ne comporte aucune disposition de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés ; que l'avenant du 22 octobre 2014 à la convention collective, postérieur à son départ et non visé dans son contrat de travail, ne peut lui être opposé ; qu'il ajoute que la société n'a pas mis en place un entretien permettant de contrôler sa charge de travail ; qu'il s'oppose à la prescription de sa demande en soutenant que la prescription ne peut purger un acte de ses stipulations illicites et qu'il ne peut être opposé de prescription à l'action en nullité de la convention de forfait à titre incident ou accessoire ; qu'en toute hypothèse, en soulevant la nullité le 14 mai 2014 soit moins de 5 ans après l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2011 qui a posé les conditions de validité de la clause, sa demande n'encourt pas la prescription ; que la société Boucheron fait valoir que la demande est prescrite pour ne pas avoir été présentée dans le délai de 5 ans applicable selon l'article 1304 du code civil qui a couru à compter de la date de conclusion de la clause ; qu'en tout état de cause, à supposer trentenaire le délai de prescription, la loi du 17 juin 2008 l'a réduit à 5 ans qui a expiré le 19 juin 2013 ; qu'elle objecte que l'exception de nullité ne peut s'appliquer à la demande faite à titre principal et relative à un acte qui a déjà été exécuté ; qu'elle conclut à titre subsidiaire à la validité de la clause litigieuse en soutenant qu'au regard des stipulations contractuelles, de celles de l'accord collectif du 15 mars 2000 et de la convention collective de la bijouterie, joaillerie, orfèvrerie, la convention de forfait répondait aux exigences de la Cour de cassation ; qu'elle affirme que le défaut d'entretien de nature à contrôler la charge de travail du salarié n'entraîne pas la nullité de la clause mais ouvre droit à des dommages intérêts en réparation du préjudice dont le salarié ne rapporte pas la preuve ; qu'il résulte des articles 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne des articles susvisés des Directives de l'Union européenne que les États membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ; qu'en application du principe susvisé, toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ; qu'en l'espèce, le contrat de travail vise expressément la convention de forfait jours et renvoie aux dispositions de l'article 3.2.2 de l'accord collectif du 15 mars 2000 ; que ces dernières dispositions se limitent à prévoir que les jours travaillés et les jours de repos font l'objet d'un décompte à partir d'un état mensuel mis en place et conservé trois ans par la DRH ; que ces dispositions pas plus que les autres dispositions de cet accord ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié ; qu'en outre la société ne justifie pas qu'elle aurait mis en place un système de contrôle de l'organisation du travail de l'intéressé, ainsi qu'un suivi régulier de sa charge de travail, pas plus qu'elle ne justifie avoir satisfait à l'article L. 3121-46 du code du travail qui impose à l'employeur d'organiser un entretien individuel avec chaque salarié ayant conclu une convention en forfait jours portant sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié ; que la convention collective de la bijouterie et la joaillerie n'est pas utilement invoquée dès lors que pendant toute la durée de l'exécution du contrat la version applicable de ladite convention ne comprenait pas davantage de dispositions permettant de garantir que la charge de travail reste raisonnable et assure une bonne répartition dans le temps du travail du salarié ; que certes la convention collective a été modifiée par avenant du 31 janvier 2014 pour notamment remédier aux insuffisances existant sur la mise en oeuvre du forfait jours ; que cette convention étendue le 26 juin 2014 n'était cependant pas applicable lors de la conclusion de la convention individuelle de forfait et n'a pas reçu application avant le licenciement du salarié ; que la non-conformité aux exigences légales de l'accord collectif et de la convention collective applicables prive d'effet la convention individuelle de forfait litigieuse ; que contrairement à ce que soutient la société, la demande du salarié pour voir constater que la convention de forfait était nulle, en tout cas privée d'effet, n'est pas prescrite au vu de la date de saisine de la juridiction prud'homale et du fait que la clause litigieuse a continué à régir la relation contractuelle jusqu'au licenciement du salarié ; qu'à défaut d'une convention de forfait jours valable, le temps de travail des salariés concernés est soumis au droit commun applicable, c'est-à-dire à l'article L. 3121-10 du code du travail qui fixe à 35 heures la durée hebdomadaire légale de travail, l'accord collectif applicable ne fixant pas la durée hebdomadaire de travail des cadres soumis au forfait jours annuel ; Sur les heures supplémentaires : que la durée légale ou conventionnelle du travail constitue le seuil de déclenchement des heures supplémentaires payées à un taux majoré dans les conditions de l'article L. 3121-22 du même code ; qu'aux termes de l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas

de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; que le juge forme sa conviction de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; que si la preuve des heures de travail n'incombe spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge les éléments de nature à étayer sa demande ; que M. W... réclame la somme totale de 195.425,93 euros représentant 2.155 heures supplémentaires sur la période du 1er juin 2011 au 6 mai 2014 outre 18.008,18 euros de congés payés afférents (conclusions page 73) ; qu'il produit à l'appui de cette demande, outre l'attestation de Mme X... et de M. B... faisant état de semaines de travail chargées, un tableau précis de ses horaires de travail journaliers qu'il dit avoir reconstitué à l'aide de ses agendas et comprenant le nombre d'heures effectuées par semaine et leur majoration ; qu'il soutient que l'employeur qui se prévaut de notes de frais pour contredire les horaires s'est gardé de les produire toutes, dès lors qu'elles auraient montré des amplitudes encore plus importantes ; qu'il considère comme non avérées certaines contradictions et souligne que le tableau 89 produit prend en compte les observations de l'employeur sur certaines heures de départ et d'arrivée ; que la cour observe que les tableaux produits par le salarié font état de journées de travail de 10 h à 19 h, voire jusqu'à 23 heures en cas de déplacement et un tableau corrigeant certaines durées ; qu'ainsi le salarié fournit-il des éléments préalables sur son rythme de travail qui peuvent être discutés par l'employeur et qui sont de nature à étayer sa demande ; que la société fait valoir que les tableaux produits ont été construits a posteriori pour les besoins de la cause, qu'ils ne reflètent pas la réalité des heures accomplies et dénonce le systématisme des horaires allégués de 10 h à 19 h qui sont contredits par les diverses notes de frais produites faisant état d'heures d'arrivées postérieures à 10 h et des heures de départ antérieures à 19 heures ; qu'elle conteste que pendant les déplacements les horaires auraient été de 10h à 23 heures en expliquant que les différents salons et foires sur lesquels le salarié s'est rendu fermaient leurs portes au plus tard à 19 heures ; qu'au regard des éléments et explications fournis de part et d'autre, la cour a la conviction que M. W... a effectué des heures supplémentaires, mais dans une moindre mesure cependant que celles alléguées au vu notamment de la libre organisation de travail dont jouissait le salarié et des arrivées tardives et départs avancés établis par certaines notes de frais de nature à remettre en cause l'amplitude alléguée, laquelle au demeurant ne se confond pas avec le travail effectif ; qu'il est donc alloué, de ce chef, à M. W... la somme de 41.362,63 euros à titre de rappel de salaire correspondant à 581 heures supplémentaires sur la période revendiquée dont 160 heures en 2011 sur la base d'un taux horaire non contesté de 39,93 euros soit d'un taux majoré de 49,91 euros, 160 h en 2012 sur la base d'un taux horaire non contesté de 42,39 euros ; soit d'un taux majoré de 52,98 euros, 211 heures en 2013 sur la base d'un taux horaire non contesté de 75,95 euros, soit d'un taux majoré de 94,93 euros et 50 heures en 2014 sur la base d'un taux horaire non contesté de 77,92 euros, soit d'un taux majoré de 97,40 euros ; qu'il convient également de condamner la société Boucheron à payer à M. W... la somme de 4.136,26 euros à titre de congés payés afférents ; que le jugement déféré est donc infirmé sur ce point ; Sur les repos compensateurs et le non-respect des règles relatives à la durée du travail : que le salarié qui n'a pas été en mesure, du fait de son employeur, de formuler une demande de repos compensateur en temps utile, a droit à l'indemnisation du préjudice subi ; que celle-ci comporte à la fois le montant de l'indemnité de repos compensateur et le montant de l'indemnité de congés payés afférents ; qu'en l'espèce, au vu du volume des heures supplémentaires retenues par la cour lequel ne dépasse pas le contingent annuel légal, il convient de débouter le salarié de ses demandes au titre des repos compensateurs ; qu'en revanche, au vu des tableaux du salarié corroborés par les plans de vol produits et non sérieusement critiqués par la société qui ne justifie pas des heures de fermeture des foires, la cour retient que notamment sur la foire de Doha de 2013, quelques temps de repos journaliers et hebdomadaires ne sont pas respectés ; que par suite, le principe de l'indemnisation du salarié est retenu mais le montant de l'indemnisation est réduit à 15.000 euros, le salarié ne démontrant pas un préjudice plus ample ;

1°) ALORS QUE le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité d'une convention de forfait en jours, qui peut être engagée lorsque la convention est prévue par un accord collectif dont les stipulations n'assurent pas la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires, est la signature de la convention de forfait ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a conclu que la demande du salarié pour voir constater que sa convention de forfait en jours était nulle n'était pas prescrite, après avoir relevé que la clause litigieuse avait continué à régir la relation contractuelle jusqu'au licenciement du salarié ; qu'en jugeant ainsi que le délai de prescription d'une action en nullité d'une convention de forfait en jours ne courait pas tant que cette convention était en vigueur, la cour d'appel a violé les articles L. 1471-1 du code du travail et 1304 du code civil dans leur version applicable au litige ;

2°) ALORS QUE le point de départ du délai de prescription de l'action tendant à voir jugée privée d'effet une convention de forfait en jours, qui peut être engagée lorsque la convention de forfait et l'accord collectif sont conformes aux exigences de santé et du droit au repos du salarié mais que l'exécution par l'employeur du forfait en jours est défectueuse, est le jour où l'employeur a manqué à ses obligations ; qu'en l'espèce, pour conclure que la demande du salarié pour voir constater que sa convention de forfait en jours était privée d'effet n'était pas prescrite, la cour d'appel a relevé que la clause litigieuse avait continué à régir la relation contractuelle jusqu'au licenciement du salarié ; qu'en jugeant ainsi que le délai de prescription d'une action tendant à voir une convention de forfait en jours privée d'effet ne courait pas tant que cette dernière était en vigueur, la cour d'appel a violé l'article L. 1471-1 du code du travail dans sa version applicable au litige ;

3°) ALORS, en tout état de cause, QUE appelé à statuer sur la prescription d'une action en nullité ou en privation d'effet d'une convention de forfait en jours, le juge se doit à tout le moins de préciser la nature de l'action dont il s'estime saisi et le délai de prescription correspondant, applicable à cette action ; qu'en l'espèce, en retenant de manière imprécise quant au fondement juridique de sa décision et à la prescription applicable, que la demande du salarié pour voir constater que sa convention de forfait en jours était nulle, ou en tout cas privée d'effet, n'était pas prescrite, sans à aucun moment indiquer quel était le délai de prescription applicable, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1471-1 du code du travail et 1304 du code civil dans leur version applicable au litige.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, d'AVOIR condamné la société Boucheron à verser à M. W... les sommes de 41.362,63 euros à titre d'heures supplémentaires et de 4.136,26 euros au titre de congés payés afférents et de l'AVOIR en conséquence condamnée à verser à M. W... la somme de 15.000 euros à titre de dommages et intérêts pour non-respect des temps de repos journaliers et hebdomadaires ;

AUX MOTIFS QUE sur la convention individuelle de forfait-jours : M. W... invoque la nullité de la convention de forfait au motif que pas plus que son contrat de travail, l'accord collectif du 15 mars 2000 ne comporte aucune disposition de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés ; que l'avenant du 22 octobre 2014 à la convention collective, postérieur à son départ et non visé dans son contrat de travail, ne peut lui être opposé ; qu'il ajoute que la société n'a pas mis en place un entretien permettant de contrôler sa charge de travail ; qu'il s'oppose à la prescription de sa demande en soutenant que la prescription ne peut purger un acte de ses stipulations illicites et qu'il ne peut être opposé de prescription à l'action en nullité de la convention de forfait à titre incident ou accessoire ; qu'en toute hypothèse, en soulevant la nullité le 14 mai 2014 soit moins de 5 ans après l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2011 qui a posé les conditions de validité de la clause, sa demande n'encourt pas la prescription ; que la société Boucheron fait valoir que la demande est prescrite pour ne pas avoir été présentée dans le délai de 5 ans applicable selon l'article 1304 du code civil qui a couru à compter de la date de conclusion de la clause ; qu'en tout état de cause, à supposer trentenaire le délai de prescription, la loi du 17 juin 2008 l'a réduit à 5 ans qui a expiré le 19 juin 2013 ; qu'elle objecte que l'exception de nullité ne peut s'appliquer à la demande faite à titre principal et relative à un acte qui a déjà été exécuté ; qu'elle conclut à titre subsidiaire à la validité de la clause litigieuse en soutenant qu'au regard des stipulations contractuelles, de celles de l'accord collectif du 15 mars 2000 et de la convention collective de la bijouterie, joaillerie, orfèvrerie, la convention de forfait répondait aux exigences de la Cour de cassation ; qu'elle affirme que le défaut d'entretien de nature à contrôler la charge de travail du salarié n'entraîne pas la nullité de la clause mais ouvre droit à des dommages intérêts en réparation du préjudice dont le salarié ne rapporte pas la preuve ; qu'il résulte des articles 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne des articles susvisés des Directives de l'Union européenne que les États membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ; qu'en application du principe susvisé, toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ; qu'en l'espèce, le contrat de travail vise expressément la convention de forfait jours et renvoie aux

dispositions de l'article 3.2.2 de l'accord collectif du 15 mars 2000 ; que ces dernières dispositions se limitent à prévoir que les jours travaillés et les jours de repos font l'objet d'un décompte à partir d'un état mensuel mis en place et conservé trois ans par la DRH ; que ces dispositions pas plus que les autres dispositions de cet accord ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié ; qu'en outre la société ne justifie pas qu'elle aurait mis en place un système de contrôle de l'organisation du travail de l'intéressé, ainsi qu'un suivi régulier de sa charge de travail, pas plus qu'elle ne justifie avoir satisfait à l'article L. 3121-46 du code du travail qui impose à l'employeur d'organiser un entretien individuel avec chaque salarié ayant conclu une convention en forfait jours portant sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié ; que la convention collective de la bijouterie et la joaillerie n'est pas utilement invoquée dès lors que pendant toute la durée de l'exécution du contrat la version applicable de ladite convention ne comprenait pas davantage de dispositions permettant de garantir que la charge de travail reste raisonnable et assure une bonne répartition dans le temps du travail du salarié ; que certes la convention collective a été modifiée par avenant du 31 janvier 2014 pour notamment remédier aux insuffisances existant sur la mise en oeuvre du forfait jours ; que cette convention étendue le 26 juin 2014 n'était cependant pas applicable lors de la conclusion de la convention individuelle de forfait et n'a pas reçu application avant le licenciement du salarié ; que la non-conformité aux exigences légales de l'accord collectif et de la convention collective applicables prive d'effet la convention individuelle de forfait litigieuse ; que contrairement à ce que soutient la société, la demande du salarié pour voir constater que la convention de forfait était nulle, en tout cas privée d'effet, n'est pas prescrite au vu de la date de saisine de la juridiction prud'homale et du fait que la clause litigieuse a continué à régir la relation contractuelle jusqu'au licenciement du salarié ; qu'à défaut d'une convention de forfait jours valable, le temps de travail des salariés concernés est soumis au droit commun applicable, c'est-à-dire à l'article L. 3121-10 du code du travail qui fixe à 35 heures la durée hebdomadaire légale de travail, l'accord collectif applicable ne fixant pas la durée hebdomadaire de travail des cadres soumis au forfait jours annuel ; Sur les heures supplémentaires : que la durée légale ou conventionnelle du travail constitue le seuil de déclenchement des heures supplémentaires payées à un taux majoré dans les conditions de l'article L. 3121-22 du même code ; qu'aux termes de l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; que le juge forme sa conviction de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; que si la preuve des heures de travail n'incombe spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge les éléments de nature à étayer sa demande ; que M. W... réclame la somme totale de 195.425,93 euros représentant 2.155 heures supplémentaires sur la période du 1er juin 2011 au 6 mai 2014 outre 18.008,18 euros de congés payés afférents (conclusions page 73) ; qu'il produit à l'appui de cette demande, outre l'attestation de Mme X... et de M. B... faisant état de semaines de travail chargées, un tableau précis de ses horaires de travail journaliers qu'il dit avoir reconstitué à l'aide de ses agendas et comprenant le nombre d'heures effectuées par semaine et leur majoration ; qu'il soutient que l'employeur qui se prévaut de notes de frais pour contredire les horaires s'est gardé de les produire toutes, dès lors qu'elles auraient montré des amplitudes encore plus importantes ; qu'il considère comme non avérées certaines contradictions et souligne que le tableau 89 produit prend en compte les observations de l'employeur sur certaines heures de départ et d'arrivée ; que la cour observe que les tableaux produits par le salarié font état de journées de travail de 10 h à 19 h, voire jusqu'à 23 heures en cas de déplacement et un tableau corrigeant certaines durées ; qu'ainsi le salarié fournit-il des éléments préalables sur son rythme de travail qui peuvent être discutés par l'employeur et qui sont de nature à étayer sa demande ; que la société fait valoir que les tableaux produits ont été construits a posteriori pour les besoins de la cause, qu'ils ne reflètent pas la réalité des heures accomplies et dénonce le systématisme des horaires allégués de 10 h à 19 h qui sont contredits par les diverses notes de frais produites faisant état d'heures d'arrivées postérieures à 10 h et des heures de départ antérieures à 19 heures ; qu'elle conteste que pendant les déplacements les horaires auraient été de 10h à 23 heures en expliquant que les différents salons et foires sur lesquels le salarié s'est rendu fermaient leurs portes au plus tard à 19 heures ; qu'au regard des éléments et explications fournis de part et d'autre, la cour a la conviction que M. W... a effectué des heures supplémentaires, mais dans une moindre mesure cependant que celles alléguées au vu notamment de la libre organisation de travail dont jouissait le salarié et des arrivées tardives et départs avancés établis par certaines notes de frais de nature à remettre en cause l'amplitude alléguée, laquelle au demeurant ne se confond pas avec le travail effectif ; qu'il est donc alloué, de ce chef, à M. W... la somme de 41.362,63 euros à titre de rappel de

salaire correspondant à 581 heures supplémentaires sur la période revendiquée dont 160 heures en 2011 sur la base d'un taux horaire non contesté de 39,93 euros soit d'un taux majoré de 49,91 euros, 160 h en 2012 sur la base d'un taux horaire non contesté de 42,39 euros ; soit d'un taux majoré de 52,98 euros, 211 heures en 2013 sur la base d'un taux horaire non contesté de 75,95 euros, soit d'un taux majoré de 94,93 euros et 50 heures en 2014 sur la base d'un taux horaire non contesté de 77,92 euros, soit d'un taux majoré de 97,40 euros ; qu'il convient également de condamner la société Boucheron à payer à M. W... la somme de 4.136,26 euros à titre de congés payés afférents ; que le jugement déféré est donc infirmé sur ce point ; Sur les repos compensateurs et le non-respect des règles relatives à la durée du travail : que le salarié qui n'a pas été en mesure, du fait de son employeur, de formuler une demande de repos compensateur en temps utile, a droit-à l'indemnisation du préjudice subi ; que celle-ci comporte à la fois le montant de l'indemnité de repos compensateur et le montant de l'indemnité de congés payés afférents ; qu'en l'espèce, au vu du volume des heures supplémentaires retenues par la cour lequel ne dépasse pas le contingent annuel légal, il convient de débouter le salarié de ses demandes au titre des repos compensateurs ; qu'en revanche, au vu des tableaux du salarié corroborés par les plans de vol produits et non sérieusement critiqués par la société qui ne justifie pas des heures de fermeture des foires, la cour retient que notamment sur la foire de Doha de 2013, quelques temps de repos journaliers et hebdomadaires ne sont pas respectés ; que par suite, le principe de l'indemnisation du salarié est retenu mais le montant de l'indemnisation est réduit à 15.000 euros, le salarié ne démontrant pas un préjudice plus ample ;

ALORS QUE toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ; qu'en l'espèce, en jugeant que l'accord collectif du 15 mars 2000, auquel renvoyait le contrat de travail, se limitait à prévoir dans son article 3.2.2 que les jours travaillés et les jours de repos devaient faire l'objet d'un décompte à partir d'un état mensuel mis en place et conservé trois ans par la DRH, de sorte qu'elles ne garantissaient pas que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, sans rechercher si l'article 3.2.3 de cet accord, intitulé « Suivi de la réduction du temps de travail des cadres autonomes » ne prévoyait pas par ailleurs que « l'organisation du travail, l'amplitude des journées de travail et la charge de travail qui en résulte feront l'objet d'un suivi par la hiérarchie des cadres concernés de telle sorte, notamment, que soient respectées les dispositions relatives au repos quotidien, au nombre de jour de travail maximum et à la durée minimale du repos hebdomadaire », ce qui était de nature à garantir le respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, de l'article L. 3121-45 du code du travail dans sa rédaction alors applicable, interprété à la lumière de l'article 17, §§ 1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et de l'article 3.2.3 de l'accord du 15 mars 2000 sur l'aménagement et la réduction du temps de travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, d'AVOIR prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail conclu entre M. W... et la société Boucheron, d'en AVOIR fixé les effets au 23 mai 2014 et d'AVOIR en conséquence condamné la société Boucheron à payer à M. W... des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

AUX MOTIFS QUE le salarié justifie avoir adressé sa demande pour saisine du conseil de prud'hommes par lettre recommandée datée du 15 mai 2014 reçue par la juridiction le 19 mai 2014 ; que la juridiction a convoqué les parties à l'audience de conciliation du 20 novembre 2014 par avis en date du 23 mai 2014 ; que contrairement à ce que soutient la société, dans la mesure où la rupture du contrat de travail se situe à la date à laquelle l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec avis de réception notifiant la rupture, en l'espèce le 23 mai 2014, la réception le 19 mai 2014 par la juridiction de la demande en résiliation judiciaire du contrat de travail du salarié est antérieure au licenciement et doit être examinée avant le bien-fondé du licenciement ; qu'à cet égard, peu importe que la convocation du défendeur devant le bureau de conciliation vaille citation en justice, il reste que la demande en résiliation judiciaire a été faite par le salarié à la juridiction conformément à l'article R. 1452-2 du code du travail par une lettre envoyée et reçue antérieurement à la lettre de licenciement ; que la demande en résiliation

judiciaire est recevable et doit être examinée antérieurement au licenciement ; que selon les dispositions de l'article L. 1231-1 du Code du travail « Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié ou d'un commun accord », dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre ; que l'employeur disposant de la possibilité de licencier le salarié, seul ce dernier dispose de la capacité à solliciter la résiliation judiciaire du contrat de travail et il relève du pouvoir souverain du juge d'apprécier si l'inexécution, par l'employeur, de certaines de ses obligations résultant d'un contrat synallagmatique, présente une gravité suffisante pour en justifier la résiliation ; qu'il résulte de l'application de l'article L. 1231-1 du code du travail que lorsqu'un salarié demande la résiliation de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, tout en continuant à travailler à son service, et que ce dernier licencie ultérieurement pour d'autres faits survenus au cours de la poursuite du contrat, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation du contrat était justifiée ; que c'est seulement dans le cas contraire qu'il doit se prononcer sur le licenciement notifié par l'employeur ; que la charge de la preuve de l'imputabilité de la rupture incombe au demandeur, les juges peuvent se fonder sur de simples présomptions et, s'il est fait droit à la demande du salarié et que la résiliation judiciaire du contrat de travail est prononcée, celle-ci produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou d'un licenciement nul si la résiliation a pour origine des faits de harcèlement moral ; qu'en l'espèce au vu des manquements retenus par la cour, ainsi qu'il a été dit plus haut relatifs notamment à l'absence de paiement de certaines primes, de nombreuses heures supplémentaires auxquels le salarié avait droit pour un montant relativement conséquent et l'absence de surveillance de la charge de travail du salarié, la cour considère qu'ils sont suffisamment graves pour justifier la résiliation judiciaire du contrat dont les effets sont fixés à la date du licenciement survenu le 23 mai 2014 ;

1°) ALORS QUE lorsque le salarié saisit, immédiatement après avoir été convoqué à un entretien préalable de licenciement, le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail et que l'employeur notifie au salarié son licenciement à une date où n'ayant pas encore reçu la convocation à l'audience du conseil de prud'hommes, il ignore que le salarié a formé une telle demande, le juge doit déclarer la demande de résiliation judiciaire sans objet et apprécier le bien-fondé du licenciement, tout en prenant en considération les griefs invoqués par le salarié au soutien de sa demande de résiliation dès lors qu'ils sont de nature à avoir une influence sur l'appréciation du licenciement ; qu'en l'espèce, en jugeant que parce que la réception le 19 mai 2014 par la juridiction prud'homale de la demande en résiliation judiciaire du contrat de travail du salarié était antérieure au licenciement notifié le 23 mai 2014, elle devait être examinée en premier, quand l'employeur n'avait pas encore reçu la convocation à l'audience à la date où il a licencié le salarié, de sorte qu'il ignorait l'existence de la demande en résiliation judiciaire, la cour d'appel a violé les articles L. 1231-1, L. 1232-1, R. 1452-1 et R. 1452-4 du code du travail, ensemble l'article 1184 du code civil ;

2°) ALORS QUE lorsque le salarié saisit, immédiatement après avoir été convoqué à un entretien préalable de licenciement, le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail et que l'employeur notifie au salarié son licenciement à une date où n'ayant pas encore reçu la convocation à l'audience du conseil de prud'hommes, il ignore que le salarié a formé une telle demande, le juge doit déclarer la demande de résiliation judiciaire sans objet et apprécier le bien-fondé du licenciement, tout en prenant en considération les griefs invoqués par le salarié au soutien de sa demande de résiliation dès lors qu'ils sont de nature à avoir une influence sur l'appréciation du licenciement ; qu'en l'espèce, en jugeant que lorsqu'un salarié demande la résiliation de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, tout en continuant à travailler à son service, et que ce dernier licencie ultérieurement pour d'autres faits survenus au cours de la poursuite du contrat, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation du contrat était justifiée, quand dans le cas présent l'employeur n'avait pas licencié M. W... pour des faits qui seraient « survenus au cours de la poursuite du contrat de travail » postérieurement à la demande de résiliation mais pour des faits antérieurs à la demande de résiliation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1231-1, L. 1232-1, R. 1452-1 et R. 1452-4 du code du travail, ensemble l'article 1184 du code civil ;

3°) ALORS, en tout état de cause, QUE la cour d'appel a prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail au vu notamment des manquements relatifs à l'absence de paiement de nombreuses heures supplémentaires et l'absence de surveillance de la charge de travail du salarié ; que la cassation de l'arrêt sur le fondement d'un des deux premiers moyens, en ce qu'il a retenu l'absence de paiement de nombreuses heures supplémentaires et l'absence de surveillance de la charge de travail du salarié, entraînera donc par voie de conséquence, en application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation de l'arrêt en ce qu'il a prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Boucheron à verser à M. W... la somme de 9.132 euros au titre du bonus contractuel sur chiffre d'affaires 2013 ;

AUX MOTIFS QUE le contrat de travail prévoit que le salarié percevrait outre une rémunération fixe « un bonus pouvant atteindre 20% de la rémunération de base brute annuelle suivant les performances de Monsieur D... W... réalisées par rapport aux objectifs fixés » ; que le 2 janvier 2013 la société avait fixé les objectifs pour 2013 de la manière suivante : « Si votre chiffre d'affaires est compris entre 80% et 100% ou entre 100 et 130% de votre objectif alors votre bonus sur chiffre d'affaires sera proportionnel à l'atteinte de votre objectif ; rappel de l'objectif 2013 sur la zone Moyen Orient : franchises : 5.750 KE, Wholesales : 0.550 KE, total zone Moyen Orient : 6.300 KE » ; que le 14 janvier 2013, l'employeur a proposé de modifier la rémunération variable en indiquant que le bonus pouvait atteindre 30% du salaire annuel de base tout en prévoyant que « le versement de ce variable s'effectuera au mois d'avril suivant l'année de référence à condition que le salarié soit présent au moment du versement de ce variable et ne soit pas en préavis de départ quel qu'en soit le motif » ; que le 14 mai 2013, le salarié a contesté les objectifs fixés qu'il considérait comme irréalisables et injustifiés en dépit de l'élargissement de son secteur et a refusé la modification proposée par avenant en contestant les conditions relatives à sa présence dans l'entreprise hors préavis ; que ce refus était réitéré le 3 juin 2013 ; que l'employeur expliquait qu'il maintenait ses objectifs justifiés et rappelait qu'en refusant l'avenant il ne pourrait profiter de l'augmentation du bonus, ce qu'il confirmait par courriel du 26 septembre 2013 ; qu'après un entretien avec la directrice des ressources humaines, le salarié a maintenu le 29 octobre 2013 son refus de signer l'avenant car il ne souhaitait pas que le versement soit conditionné à sa présence au 30 avril 2014 et précisait qu'il comprenait que s'il refusait cette proposition de modification, c'est le bonus de 20% qui s'appliquerait ; que le 25 novembre 2013, l'employeur répondait au salarié et maintenait les conséquences du refus de signature de l'avenant ; que le salarié qui a reçu en avril 2014 un bonus de 13.000 euros correspondant à 20% de son salaire annuel de base considère qu'il aurait dû être chiffré à 30% soit la somme de 19.500 euros outre une majoration de 13,5% compte tenu de la proportionnalité prévue dans le courrier du 2 janvier 2013, soit la somme totale de 22.132 euros, ce qui au vu du paiement reçu le rend créancier de la somme de 9.132 euros ; qu'à l'appui de cette demande, il soutient que la condition du versement de la prime à sa présence dans l'entreprise à la date du paiement et au fait qu'il ne soit pas en préavis à cette même date serait abusive ; qu'il ajoute que l'employeur s'est engagé unilatéralement à lui verser un bonus pouvant atteindre 30% par courrier du 18 avril 2013 ; qu'il demande la confirmation du jugement lequel a considéré pour faire droit au paiement que l'ultime confirmation le 25 novembre 2013 du statu quo en matière de bonus serait arrivée tardivement et pouvait laisser espérer au salarié présent en avril 2014 un bonus de 30% ; que la société réplique que la lettre du 18 avril 2013 antérieure au refus exprimé à plusieurs reprises de la modification de clause relative à son bonus ne saurait engager l'employeur, l'accord du salarié étant requis y compris pour l'augmentation de sa rémunération ; que la condition de présence n'était pas illicite et que le courrier sur le statu quo n'était pas tardif puisqu'il confirmait les échanges nourris antérieurs ; que la cour observe que la condition de versement du bonus à la présence du salarié à la date du versement n'était pas illicite, les clauses de prorata temporis étant parfaitement conformes à la jurisprudence, mais qu'en revanche, l'employeur ne pouvait exclure du bénéfice du bonus la période de préavis ; que dans cette mesure, le refus du salarié de la clause partiellement illicite ne saurait entraîner un refus de l'augmentation proposée de sa rémunération à laquelle l'employeur avait consenti le 18 avril 2013 ; que par suite, le salarié au demeurant présent au 30 avril 2014 avait droit à un bonus représentant 30% de sa rémunération annuelle de base ; qu'il est constant que le salarié a dépassé ses objectifs de 13,5 % avec un résultat de chiffres d'affaires de 10.299 KC ; que par suite et conformément au courrier du 2 janvier 2013, le salarié avait droit à la prise en compte de ce dépassement pour le calcul de son bonus conformément à la règle de proportionnalité prévue dans ce courrier ; qu'à cet égard, peu importe que les années précédentes, le salarié n'ait pas réclamé une rémunération complémentaire proportionnelle à ses objectifs ; que le courriel du 2 janvier 2013 prévoyait explicitement cette rémunération proportionnelle ; que cet engagement qui ne contredit pas la clause contractuelle d'un bonus pouvant atteindre jusqu'à 20 ou 30% de la rémunération annuelle de base doit être interprété comme ouvrant droit au salarié à une majoration, contrairement à ce qu'affirme la société ; qu'il est ainsi fait droit à la demande du salarié ; que par confirmation du jugement, la société Boucheron est condamnée à payer à M. W... la somme de 9.132 euros accordée à titre provisionnel par le bureau de conciliation le 20 novembre 2014 et la société Boucheron est déboutée de sa demande en remboursement de cette somme ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE la société Boucheron a proposé à M. W... le 14 janvier 2013 un avenant

de modification de son contrat de travail prévoyant un bonus pouvant atteindre 30% au lieu de 20% de son salaire fixe annuel, sous condition de présence dans l'entreprise lors du versement en avril de l'année suivante ; que M. W... a refusé par courrier du 14 mai l'application de la condition de présence en même temps qu'il contestait le niveau d'objectif assigné, qu'il a réitéré ce refus le 3 juin et le 29 octobre 2013 ; que compte tenu de l'obligation de recueillir l'accord du salarié, la société Boucheron a annoncé dans ces conditions, par écrits des 23 juillet, 26 septembre et 25 novembre 2013 émanant du supérieur de M. W... et de la DRH, le maintien des conditions prévues au contrat de M. W..., soit un taux de 20% sans clause de présence ; que par ordonnance en date du 20 novembre 2014 le bureau de conciliation a condamné la société Boucheron à verser à M. W... la somme de 9.132 euros à titre de rappel de salaires ; que l'ultime confirmation de la société Boucheron sur le statu quo en matière de bonus n'est intervenue que tardivement le 25 novembre 2013 à proximité de la fin de l'année, qu'elle pouvait laisser espérer jusqu'alors le bénéfice du nouveau taux de bonus et qu'en outre M. W... était toujours présent dans l'entreprise au moment du versement en avril 2014 ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il convient de confirmer la décision provisionnelle de verser à M. W... la somme de 9.132 euros, représentant l'écart entre les taux de bonus de 20% et 30% ;

1°) ALORS QUE le juge ne doit pas dénaturer les documents de la cause ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a jugé que la proposition de modification du calcul de la rémunération variable faite le 14 janvier 2013 au salarié par l'employeur était illicite en ce qu'elle excluait du bonus contractuel prévu pour l'année 2013 la période de préavis ; qu'en statuant ainsi, quand la clause n'excluait pas du calcul du bonus la période de préavis, mais subordonnait le versement du bonus à la condition que le salarié ne soit pas en période de préavis lors de son paiement, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de la proposition d'avenant, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, ensemble l'interdiction faite aux juges de dénaturer les documents de la cause ;

2°) ALORS QUE la proposition d'avenant au contrat de travail ne lie l'employeur et le salarié que si les deux parties la signent ; qu'en l'espèce, en relevant, pour juger par motif adopté que la société Boucheron serait liée par la proposition de modification du calcul de la rémunération variable qu'elle a faite le 14 janvier 2013 au salarié, que l'ultime confirmation de l'employeur sur le statu quo en matière de bonus ne serait intervenue que tardivement le 25 novembre 2013 à proximité de la fin de l'année, de sorte que le salarié pouvait espérer le bénéfice du nouveau taux de bonus, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.