

Texte de la décision

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

Vu leur connexité, joint les pourvois n° H 09-70.813 et A 09-71.037 ;

Sur le pourvoi n° A 09-71.037 :

Attendu qu'une même personne, agissant en la même qualité, ne peut former qu'un seul pourvoi en cassation contre une même décision ;

Attendu que par déclaration du 16 novembre 2009, M. X... a formé contre un arrêt rendu le 9 septembre 2009 un pourvoi en cassation enregistré sous le n° A 09-71.037 ;

Attendu que M. X... qui, en la même qualité, avait déjà formé, le 9 novembre 2009, contre la même décision, un pourvoi enregistré sous le n° H 09-70.813, n'est pas recevable à former un nouveau pourvoi en cassation ;

Sur le pourvoi n° H 09-70.813 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé le 1er février 2005 en qualité d'ingénieur sécurité par Richard Y... qui exerçait une activité de gardiennage et de sécurité, au profit du centre Leclerc de Chatte ; que l'employeur ayant été placé en liquidation judiciaire le 12 décembre 2006, M. X... a été licencié pour motif économique par M. Z..., mandataire judiciaire, par lettre du 22 décembre 2006 réceptionnée le 27 ; que le 12 février 2007, il a créé la société X...

Adam services, laquelle a commencé son activité dès le 27 décembre 2006 au profit du centre Leclerc, embauchant quatre des neufs salariés de Richard Y... ; qu'estimant que M. X... avait démissionné, l'AGS-CGEA d'Annecy a refusé de prendre en charge les indemnités de rupture ainsi que les sommes réclamées par l'intéressé à titre d'heures supplémentaires ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article L. 1224-1 du code du travail ;

Attendu que l'article L. 1224-1 n'est pas applicable aux salariés passés au service d'une société qu'ils ont constituée à l'occasion de leur licenciement pour motif économique, consécutif à la liquidation judiciaire de l'employeur ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande tendant à la condamnation de M. Z..., ès qualités, et de l'AGS -CGEA d'Annecy à lui payer une somme au titre de l'indemnité compensatrice de préavis outre les congés payés y afférents,

l'arrêt retient que le contrat de travail du salarié été transféré le 27 décembre 2006 à la société qu'il a créée, laquelle a repris l'activité de son ancien employeur à cette même date ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié licencié par le liquidateur judiciaire était passé au service de la société qu'il avait constituée avec d'autres salariés licenciés, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le second moyen :

Vu les articles L. 3122-22 du code du travail et 1134 du code civil ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, l'arrêt retient que le niveau de rémunération qu'il a rapidement atteint ainsi que la classification la plus haute de la convention collective à laquelle il a accédé dès le 1er juin 2005 impliquant "la plus large autonomie de jugement et d'initiative" établissent que la rémunération, qui prenait en compte le fait qu'il était le seul salarié qualifié pour tenir le poste de responsable incendie et sécurité et qu'il était amené à travailler au-delà des 151,67 heures prévues, incluait forfaitairement les heures supplémentaires ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la seule fixation d'une rémunération forfaitaire, sans que soit déterminé le nombre d'heures supplémentaires inclus dans cette rémunération ne permet pas de caractériser une convention de forfait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

DECLARE IRRECEVABLE le pourvoi n° A 09-71.037 ;

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 septembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble ; remet, en conséquence, 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 Lyon ;

Condamne M. Z..., ès qualités et l'AGS-CGEA d'Annecy aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne également à payer à M. X... la somme de 2 500 euros ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du trois mai deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits aux pourvois n° H 09-70.813 et A 09-71.037 par Me Balat, avocat aux Conseils pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Monsieur X... de sa demande tendant à la condamnation de Maître Z..., ès qualités, et de l'AGS-CGEA d'Annecy à lui payer une somme de 15.295,92 € au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés afférents ;

AUX MOTIFS QUE par suite de la mise en liquidation judiciaire de Richard Y..., le 12 décembre 2006, Maître Z..., ès qualités, a engagé, le 19 décembre 2006, la procédure de licenciement pour motif économique de Adam X..., après avoir informé le bénéficiaire du marché, le centre Leclerc, par lettre du 13 décembre 2006, de la cessation immédiate de toute activité et lui avoir demandé de lui communiquer les coordonnées de la nouvelle entreprise qu'il aurait choisie ; que le 22 décembre 2006, le mandataire judiciaire a adressé à Adam X... la lettre de licenciement pour motif économique « sous réserve de la reprise du contrat de travail en application de l'article L.122-12 du Code du travail », tout en précisant n'avoir reçu aucune réponse du centre Leclerc et ne pas connaître le nom du nouveau prestataire ; que le licenciement a été effectif au 27 décembre, jour de la signature par Adam X... de l'avis de réception de la lettre de notification ; que le 28 décembre 2006, Maître Z... a transmis au centre Leclerc la liste du personnel transférable en application des dispositions susvisées, en précisant que, malgré l'absence de réponse sur le nouveau prestataire, « les salariés (lui) avaient déclaré, encore à ce jour, ne pas avoir cessé de travailler » ; qu'outre cette circonstance, qui n'est pas démentie par l'appelant, il n'est pas contesté que l'entreprise la SARL X... ADAM SERVICES qu'il a constituée et qui est désormais titulaire du marché, si elle n'a d'existence juridique que depuis le 12 février 2007, date de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, a toutefois débuté son activité précisément le 27 décembre 2006 ; qu'en effet, Adam X... a commencé ses démarches pour créer cette entreprise dont il est le gérant, dès le 27 décembre, comme en atteste l'imprimé de demande d'aide à la reprise ou à la création d'entreprise qu'il a signé ce jour-là et sur lequel il a mentionné comme date de début d'activité le 27 décembre ; qu'il a également consulté sa banque et un expert-comptable qui lui ont répondu respectivement les 10 et 18 janvier 2007 ; qu'enfin, au tableau intitulé « la SARL X... ADAM SERVICES – Recensement personnel – E. Leclerc à Chatte » produit par Maître Z..., sur les neuf salariés de Richard Y..., quatre d'entre eux, dont Adam X..., ont été repris par la SARL X... ADAM SERVICES, quatre autres n'ont pas souhaité continuer leurs activités au sein de la nouvelle société et ont accepté leur licenciement du 26 décembre 2006, le dernier étant noté comme absence injustifiée ; que le contrat de travail de Adam X... n'a donc pas été interrompu et a pu être transféré, puisque, pour qu'il y ait lieu à application de l'article L.122-12, il faut que les contrats de travail soient en cours au jour du transfert, de sorte que la décision des premiers juges doit être confirmée ;

ALORS, D'UNE PART, QUE les dispositions de l'article L.122-12 ancien du Code du travail (article L.1224-1 nouveau du même code) ne s'appliquent pas lorsque la société repreneuse a été constituée par les salariés de la société en liquidation judiciaire après qu'ils aient été licenciés par cette dernière ; qu'en estimant que Monsieur X... ne pouvait se voir allouer une indemnité de préavis au motif que le contrat de travail qu'il avait conclu avec Monsieur Y... s'était poursuivi dans le cadre de la société qu'il avait constituée pour reprendre l'activité de celui-ci, en liquidation judiciaire, cependant qu'elle constatait que Monsieur X... avait fait l'objet d'un licenciement « effectif » à la date du 27 décembre 2006 (arrêt attaqué, p. 4 § 1), ce dont il résultait que le contrat de travail initial avait pris fin et n'était plus en cours lorsque, le même jour, Monsieur X... a constitué la société repreneuse, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé le texte susvisé ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU' à supposer même que le contrat de travail initial ait été transféré dans le cadre de la société créée par Monsieur X..., il demeure que celui-ci restait recevable et fondé à percevoir l'indemnité de préavis afférente au

contrat conclu avec Monsieur Y..., en liquidation judiciaire ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé par fausse application l'article L.122-12 ancien du Code du travail, devenu l'article L.1224-1 du même code.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Monsieur X... de sa demande tendant à la condamnation de Maître Z..., ès qualités, et de l'AGS-CGEA d'Annecy au paiement de la somme de 44.740,67 € au titre des heures supplémentaires ;

AUX MOTIFS QUE Monsieur X... soutient avoir travaillé durant toute la plage horaire d'ouverture du magasin, soit de 8 heures à 20 heures du lundi au samedi, et produit des attestations de cinq collègues et de deux employés du magasin Leclerc, qui confirment qu'il était seul responsable sécurité incendie présent, ainsi que la copie des mains-courantes des années 2005 et 2006 ; qu'il chiffre sa demande à 1.146 heures en 2006, outre un solde de 77 heures en 2005, soit la somme totale de 44.760,67 € dont il ne produit d'ailleurs aucun détail, faisant seulement valoir que la mention portée sur le bulletin de salaire de décembre 2006 de « 1.146 heures de solde de RTT », pour un montant de 45.335,30 €, correspond en réalité à ces heures supplémentaires sans toutefois qu'aient été intégrées les majorations pour heures supplémentaires ; que si ces éléments étayaient la demande dans son principe, il apparaît toutefois, comme l'a justement relevé le conseil de prud'hommes, que le montant du salaire d'Adam X... avait rapidement après l'embauche atteint un niveau particulièrement élevé de rémunération ; qu'en effet, Adam X... a été embauché le 1er février 2005 comme ingénieur de sécurité incendie, position II – B, coefficient 470, au salaire de 2.780 € et, alors que l'entreprise était en redressement judiciaire depuis le 23 juillet 2004, il a bénéficié d'augmentations successives et substantielles de son salaire, au terme de différents avenants : - à compter du 1er mai 2005 : 3.740 € pour 151,67 heures, position III – B, coefficient 620 ; - à compter du 1er juin 2005 : 4.800 € sans référence à un horaire mensuel, position III – C, coefficient 800 ; - à compter du 1er février 2006 : 5.750 € ; - à compter du 1er octobre 2006 : 6.000 € ; que cette position III – C coefficient 800 suppose, selon la définition de l'emploi telle qu'elle résulte de la convention collective, annexe II, « la plus large autonomie de jugement et d'initiative », de sorte que la rémunération ainsi versée prenait en compte le fait qu'il était le seul salarié qualifié de l'entreprise pour tenir le poste de responsable de sécurité incendie et qu'il était amené à travailler au-delà des 151,67 heures initialement prévues ; que le jugement doit donc être confirmé en ce qu'il a considéré que la rémunération incluait forfaitairement les heures supplémentaires et a rejeté la demande ;

ALORS, D'UNE PART, QUE la convention de forfait incluant les heures supplémentaires ne peut résulter que d'un accord entre les parties et ne se présume pas ; qu'en estimant que la rémunération versée à Monsieur X... incluait nécessairement les heures supplémentaires accomplies par l'intéressé, au motif que cette rémunération était d'un niveau « particulièrement élevé » et que Monsieur X... disposait d'une large autonomie pour l'exercice de ses fonctions, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé l'existence d'une convention de forfait convenue par les deux parties, a violé l'article 1134 du Code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE la seule fixation d'une rémunération forfaitaire, sans que soit déterminé le nombre d'heures supplémentaires inclus dans cette rémunération, ne permet pas de caractériser une convention de forfait ; qu'en retenant l'existence d'une rémunération forfaitaire des heures supplémentaires, sans relever que le nombre de ces heures supplémentaires avait été fixé dans la convention de forfait litigieuse, la cour d'appel a violé l'article L.212-5 ancien du Code du travail (désormais articles L.3121-38 et suivants nouveaux du même code).