

## Texte de la décision

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé le 12 décembre 2005 en qualité de fondé de pouvoir par la société Rothschild et Cie au sein de laquelle il a occupé en dernier lieu la fonction de sous-directeur ; qu'il a été licencié pour insuffisance professionnelle le 22 décembre 2008 ; que contestant le bien-fondé de son licenciement, il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

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

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une somme à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen :

1°/ que n'institue pas au profit du salarié une garantie de fond dont le non-respect prive son licenciement de cause réelle et sérieuse la disposition conventionnelle qui énonce de manière générale « qu'avant d'engager la procédure de licenciement pour motif non disciplinaire, l'employeur doit avoir considéré toutes solutions envisageables, notamment recherché le moyen de confier au salarié un autre poste lorsque l'insuffisance résulte d'une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions », et que « le licenciement pour motif non disciplinaire est fondé sur un motif objectif et établi d'insuffisance professionnelle » ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 1232-1 du code du travail ensemble l'article 26 de la convention collective nationale de la banque ;

2°/ que la lettre de licenciement de M. X... lui reprochait en 2007 des « lacunes techniques et difficultés à appréhender des opérations complexes, illustrées notamment à l'occasion de vos interventions sur les dossiers Atos et Camaïeu », et en 2008 des « carences en particulier apparues dans le cadre de trois opérations nécessitant une forte implication (les dossiers Sonaca, Unilever et Générali) et pour lesquels votre hiérarchie a constaté vos défaillances, tant en termes d'exécution des travaux demandés qu'au plan de la supervision. Dans le même sens, vos prestations sur les dossiers Atos, CGG et Enmewa ont fait ressortir vos limites sur le plan technique », ainsi que dans « les dossiers Med Gre et Hermeline » ; qu'en jugeant qu'il s'évinçait des éléments de cette lettre que l'employeur avait licencié M. X..., compte tenu de sa mauvaise adaptation à ses fonctions de sous-directeur, la cour d'appel a violé l'article 26 de la convention collective nationale de la banque par fausse application ;

3°/ que l'article 26 de la convention collective de la banque exige de l'employeur qu'il envisage de confier à un autre poste au salarié lorsque l'insuffisance professionnelle invoquée résulte d'une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions, ce qui impose au juge de rechercher quelle est la cause de l'insuffisance professionnelle, au-delà des termes de la lettre de licenciement qui ne fixe les limites du litige qu'à l'égard du motif de licenciement invoqué ; qu'en retenant que la lettre de licenciement n'évoque nullement le désintérêt de M. X... pour ses nouvelles fonctions et son manque de mobilisation à compter d'avril 2008 face à la crise financière, sans rechercher comme elle y était invitée, si l'employeur ne justifiait pas de ce que l'insuffisance reprochée trouvait sa cause dans le désintérêt et le manque de mobilisation du salarié et non pas dans son inadaptation à son poste, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 26 de la convention collective de la banque ;

4°/ que la société Rothschild et Cie faisait valoir que M. X... avait été recruté en qualité de fondé de pouvoir, avec une progression de carrière bien définie, qui impliquait une évolution au poste de sous-directeur, puis directeur adjoint,

directeur et enfin adjoint et qu'il avait bénéficié pour ce faire d'une formation continue de deux ans, ce dont il résultait qu'aucune solution de formation alternative n'aurait permis d'éviter son licenciement ; qu'en jugeant que l'employeur qui s'était abstenu de rechercher une solution alternative à la mesure ultime du licenciement avait méconnu les dispositions de l'article 26 de la convention collective, sans cependant s'expliquer sur les solutions alternatives qu'il aurait pu envisager, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 26 de la convention collective de la banque ;

Mais attendu, selon l'article 26, alinéa 1er de la convention collective nationale de la banque, relatif au licenciement pour motif non disciplinaire, qu'avant d'engager la procédure de licenciement, l'employeur doit avoir considéré toutes solutions envisageables, notamment recherché le moyen de confier au salarié un autre poste lorsque l'insuffisance résulte d'une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions ; qu'il en résulte que la méconnaissance par l'employeur de cette obligation prive le licenciement de cause réelle et sérieuse ;

Et attendu qu'ayant relevé que la lettre de licenciement faisait état des carences techniques et insuffisances du salarié de sorte qu'il n'était pas parvenu à atteindre le niveau requis pour son positionnement au sein de la banque, ce dont elle a pu déduire que le licenciement avait été prononcé en raison de la mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions, la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur ne justifiait, ni n'alléguait avoir considéré toutes solutions envisageables préalables à l'engagement de la procédure de licenciement et fait ressortir qu'il n'avait pas recherché le moyen de confier au salarié un autre poste, a, sans être tenue de procéder à des recherches que ses énonciations rendaient inopérantes, légalement justifié sa décision ;

Sur les deux moyens du pourvoi incident du salarié :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens qui ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le second moyen du pourvoi principal de l'employeur :

Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, 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, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, 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, ensemble l'article 6-2 de l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques du 29 mai 2001 ;

Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des Directives de l'Union européenne que les Etats 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 ;

Attendu, encore, 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 de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;

Attendu, enfin, que l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques du 29 mai 2001 prévoit que « Le décompte des journées et demi-journées travaillées se fait sur la base d'un système auto-déclaratif », que « l'organisation du travail de ces salariés devra faire l'objet d'un suivi régulier par la hiérarchie qui veillera notamment aux éventuelles surcharges de travail », que « dans ce cas, il y aura lieu de procéder à une analyse de la situation, de prendre le cas échéant toutes dispositions adaptées pour respecter, en particulier, la durée minimale du repos quotidien prévue par l'article L. 220-1 du code du travail et de ne pas dépasser le nombre de jours travaillés, et ce dans les limites prévues au dernier alinéa de l'article L. 212-15-3-III dudit code », que « La charge du travail confiée et l'amplitude de la journée d'activité en résultant doivent permettre à chaque salarié de prendre obligatoirement le repos quotidien visé ci-dessus » et que « la durée minimale de ce repos est fixée légalement à 11 heures prises d'une manière consécutive et, le cas échéant, selon les modalités de l'article 63 de la convention collective de la banque. » ;

Attendu que pour dire que la convention de forfait en jours doit être considérée comme illicite, l'arrêt retient que l'avenant au contrat de travail du salarié mentionne que « l'organisation du travail du salarié fera l'objet d'un suivi régulier avec sa hiérarchie afin que la durée minimale de repos quotidien soit respectée et que le nombre de jours travaillés ne soit pas dépassé. En cas de surcharge de travail, M. X... devra informer dès que possible sa hiérarchie », et qu'il apparaît ainsi que ces dispositions contractuelles, prises en application de l'accord de branche, 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 de travail de l'intéressé et donc à assurer la protection de la santé et de la sécurité du salarié, qu'en effet, le système auto-déclaratif qui tend en réalité à faire peser sur le salarié la garantie de son droit à la santé et au repos ne saurait être considéré comme licite puisqu'il appartient à l'employeur, seul, soumis à une obligation de sécurité de résultat de veiller à garantir le droit à la santé et au repos de ses salariés ;

Qu'en statuant ainsi, alors que répondent aux exigences relatives au droit à la santé et au repos, les dispositions de l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques du 29 mai 2001 imposant notamment à l'employeur de veiller à la surcharge de travail et d'y remédier, de sorte qu'est assuré le contrôle de la durée maximale raisonnable de travail, la cour d'appel, qui s'est référée au seul contrat de travail, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Rothschild et Cie à payer à M. X... les sommes de 104 108,38 euros au titre des heures supplémentaires, 10 410,83 euros au titre des congés payés afférents, 54 404,37 euros au titre de l'indemnité compensatrice de la contrepartie obligatoire en repos et 5 440,43 euros au titre des congés payés afférents, l'arrêt rendu le 12 juin 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, 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 ;

Condamne M. X... aux dépens ;

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 dix-sept décembre deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Rothschild et Cie, demanderesse au pourvoi principal.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société ROTHSCCHILD et Cie à verser à Monsieur X... la somme de 80 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse outre une indemnité en application de l'article 700 du Code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE « l'article 26 de la convention collective applicable stipule : « avant d'engager la procédure de licenciement, l'employeur doit avoir considéré toutes solutions envisageables, notamment recherché le moyen de confier au salarié, un autre poste lorsque l'insuffisance résulte d'une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions. Le licenciement pour motif non disciplinaire est fondé sur un motif objectif et établi d'insuffisance professionnelle ». Considérant que la lettre de licenciement, en date du 22 décembre 2008, est motivée de la manière suivante: "Ainsi que vous le savez, l'excellence et la réputation de notre établissement repose sur la qualité de nos équipes et sur le travail que nous attendons de chacun de nos collaborateurs. A cette fin, nous assurons un suivi régulier des prestations et performances de chacun dans le but de nous assurer du niveau d'excellence que nos clients sont en droit d'attendre et que justifient notamment le niveau de commissionnement de notre établissement de même que celui de votre rémunération. En ce qui vous concerne, nous sommes au regret de constater que vous n'êtes pas parvenu à atteindre le niveau requis par votre positionnement au sein de la Banque. Ainsi et lors de votre évaluation annuelle pour l'année 2007, nous avons attiré votre attention sur vos lacunes techniques et vos difficultés à appréhender des opérations complexes, illustrées notamment à l'occasion de vos interventions sur les dossiers Atos et Camaïeu. Si votre investissement et votre motivation avaient été soulignés et avaient conduit à une appréciation globalement positive de votre travail, nous vous avons mis en garde sur le fait que ces points de faiblesse étaient de nature à faire obstacle à votre progression et donc à la poursuite de votre carrière au sein de Rothschild et Cie. Or, votre travail au cours de l'année 2008 n'a pas permis de constater votre capacité à surmonter ces carences et vos insuffisances dans le domaine de la gestion technique des dossiers. Les dossiers sur lesquels vous avez été amené à collaborer ont en effet révélés vos limites dans l'exécution de mandats présentant des niveaux de complexité variés, dans la réalisation de travaux financiers techniques ou encore dans votre capacité à traiter en profondeur diverses opérations. Ces carences sont en particulier apparues dans le cadre de trois opérations nécessitant une forte implication (les dossiers Sonaca, Unilever et Générali) et pour lesquels votre hiérarchie a constaté vos défaillances, tant en termes d'exécution des travaux demandés qu'au plan de la supervision. Dans le même sens, vos prestations sur les dossiers Atos, CGG et Enmewa ont fait ressortir vos limites sur le plan technique. Plus récemment encore, votre travail sur les dossiers Med Gre et Hermeline a fait l'objet d'évaluations négatives.

Dans ces conditions, nous sommes au regret de constater votre insuffisance professionnelle au poste de sous-directeur au sein de notre établissement"

Considérant que Monsieur X... soutient que son insuffisance professionnelle résultant, selon les termes de la lettre de licenciement, d'une mauvaise adaptation à ses nouvelles fonctions de sous-directeur, son employeur aurait dû faire application de l'article 26 de la convention collective;

Considérant que l'employeur rétorque que l'article 26 de la convention collective n'a été édicté que pour les salariés

d'exécution; qu'en outre, ce texte est une recommandation et non une garantie conventionnelle ; que de plus, Monsieur X... a bénéficié d'une formation continue, pendant deux ans, en sa qualité de fondé de pouvoir; qu'enfin, les motifs de son licenciement sont fondés sur le désintérêt du salarié à ses nouvelles fonctions et son manque de mobilisation face à la crise financière à partir d'avril 2008 ;

Considérant que l'article 1<sup>er</sup> alinéa 4 de la convention collective nationale prévoit qu'elle "règle les rapports entre les employeurs définis ci-dessus et leurs salariés embauchés à temps plein ou à temps partiel, à l'exclusion du personnel de ménage, d'entretien, de gardiennage et de restauration" ; qu'ainsi, contrairement aux dires de l'employeur, l'article 26 de la convention collective, en l'absence de disposition expresse, ne vise pas uniquement les salariés d'exécution, l'ensemble des salariés, sans distinction de grades, étant concerné par l'application de l'article susvisé;

Que la lettre de licenciement n'évoque nullement le désintérêt de Monsieur X... pour ses nouvelles fonctions et son manque de mobilisation à compter d'avril 2008 face à la crise financière; qu'en effet, bien au contraire, la lettre de licenciement, qui fixe les limites du litige, met en exergue, au regard de l'évaluation de 2007, l'investissement et la motivation du salarié;

Qu'en revanche, elle souligne les carences techniques du salarié, étant cependant observé que les évaluations faites en 2007 et 2008 soulignent que le "bagage technique de Christophe s'est correctement étoffé en l'espace d'un an ( ... ) Christophe doit continuer à suivre cette courbe d'apprentissage" (évaluation 2007) et que "des progrès techniques sont néanmoins notés depuis l'année dernière " (évaluation 2008) ; que l'employeur ajoute dans la lettre de licenciement que "vous n'êtes pas parvenu à atteindre le niveau requis par votre positionnement au sein de la Banque ( ... ) Nous sommes au regret de constater votre insuffisance professionnelle au poste de sous-directeur au sein de notre établissement" ;

qu'il s'évince des éléments de cette lettre que l'employeur a licencié Monsieur X..., compte tenu de sa mauvaise adaptation à ses fonctions de sous-directeur;

Considérant que l'employeur ne justifie ni même n'allègue avoir considéré toutes solutions envisageables préalables à l'engagement de la procédure de licenciement; qu'ainsi, le salarié a été privé des garanties supplémentaires prévues dans l'article susvisé, constituant pour celui-ci une garantie conventionnelle de fond;

Qu'il s'en suit que c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré le licenciement de Monsieur X... comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse sans qu'il n'y ait lieu d'examiner le bien-fondé des motifs d'insuffisance professionnelle invoqués par l'employeur;

Que le jugement déféré sera confirmé de ce chef.

Sur les conséquences de la rupture

Considérant que l'employeur conteste la moyenne des salaires retenue par les premiers juges; qu'en effet, selon ses dires, les premiers juges ont opté pour une moyenne sur 12 mois et non sur 3 mois; Considérant qu'en vertu de l'article R 1234-4 du code du travail, le salaire à prendre en considération est selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, le douzième de la rémunération des douze derniers mois précédant le licenciement ou le tiers des trois derniers mois; Considérant que le brut fiscal sur la période d'avril 2008 à mars 2009 s'élève à la somme de 92 424,55 € (après proratisation de la prime de 13<sup>ème</sup> mois), soit une rémunération moyenne mensuelle de 7 702,04 € ; que sur les trois derniers mois (janvier à mars 2009), le brut fiscal s'élève à 32 424,52 €, soit une rémunération moyenne mensuelle de 10808,17 € ; Que Monsieur X... justifie d'une ancienneté de 3 ans et 4 mois dans une entreprise employant plus de 11 salariés; qu'il a quitté définitivement la société ROTHSCILD en mars 2009, signant dès le 16 novembre 2009 un contrat à durée indéterminée avec la société AFORGE FINANCE, son nouvel employeur; qu'ainsi, il conviendra de lui allouer la somme de 80 000 € au titre de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse; que le jugement déféré sera infirmé de ce chef »

1/ ALORS QUE n'institue pas au profit du salarié une garantie de fond dont le non-respect prive son licenciement de cause réelle et sérieuse la disposition conventionnelle qui énonce de manière générale « qu'avant d'engager la procédure de licenciement pour motif non disciplinaire , l'employeur doit avoir considéré toutes solutions envisageables, notamment recherché le moyen de confier au salarié un autre poste lorsque l'insuffisance résulte d'une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions », et que « le licenciement pour motif non disciplinaire est fondé sur un motif objectif et établi d'insuffisance professionnelle » ; qu'en jugeant le contraire, la Cour d'appel a violé l'article 1232-1 du Code du travail ensemble l'article 26 de la convention collective nationale de la banque;

2/ ALORS QUE la lettre de licenciement de Monsieur X... lui reprochait en 2007 des « lacunes techniques et difficultés à appréhender des opérations complexes, illustrées notamment à l'occasion de vos interventions sur les dossiers Atos et Camaïeu », et en 2008 des « carences en particulier apparues dans le cadre de trois opérations nécessitant une forte implication (les dossiers Sonaca, Unilever et Générali) et pour lesquels votre hiérarchie a constaté vos défaillances, tant en termes d'exécution des travaux demandés qu'au plan de la supervision. Dans le même sens, vos prestations sur les dossiers Atos, CGG et Enmewa ont fait ressortir vos limites sur le plan technique », ainsi que dans « les dossiers Med Gre et Hermeline » ; qu'en jugeant qu'il s'évinçait des éléments de cette lettre que l'employeur avait licencié Monsieur X..., compte tenu de sa mauvaise adaptation à ses fonctions de sous-directeur, la Cour d'appel a violé l'article 26 de la convention collective nationale de la banque par fausse application;

3/ ALORS QUE l'article 26 de la convention collective de la banque exige de l'employeur qu'il envisage de confier à un autre poste au salarié lorsque l'insuffisance professionnelle invoquée résulte d'une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions, ce qui impose au juge de rechercher quelle est la cause de l'insuffisance professionnelle, au-delà des termes de la lettre de licenciement qui ne fixe les limites du litige qu'à l'égard du motif de licenciement invoqué ; qu'en retenant que la lettre de licenciement n'évoque nullement le désintéret de Monsieur X... pour ses nouvelles fonctions et son manque de mobilisation à compter d'avril 2008 face à la crise financière, sans rechercher comme elle y était invitée, si l'employeur ne justifiait pas de ce que l'insuffisance reprochée trouvait sa cause dans le désintéret et le manque de mobilisation du salarié et non pas dans son inadaptation à son poste, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 26 de la convention collective de la banque;

4/ ALORS QUE la société ROTHSCHILD faisait valoir que Monsieur X... avait été recruté en qualité de fondé de pouvoir, avec une progression de carrière bien définie, qui impliquait une évolution au poste de sous-directeur, puis directeur adjoint, directeur et enfin adjoint et qu'il avait bénéficié pour ce faire d'une formation continue de deux ans, ce dont il résultait qu'aucune solution de formation alternative n'aurait permis d'éviter son licenciement ; qu'en jugeant que l'employeur qui s'était abstenu de rechercher une solution alternative à la mesure ultime du licenciement avait méconnu les dispositions de l'article 26 de la convention collective, sans cependant s'expliquer sur les solutions alternatives qu'il aurait pu envisager, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 26 de la convention collective de la banque.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société ROTHSCHILD et Cie à verser à Monsieur X... diverses sommes à titre d'heures supplémentaires, de congés payés afférents, d'indemnité compensatrice de la contrepartie obligatoire en repos et de congés payés afférents, outre une indemnité en application de l'article 700 du Code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE « Considérant que par avenant au contrat de travail signé le 9 novembre 2005, le nombre de jours de travail que Monsieur X... devait effectuer pour une année complète d'activité avait été fixé à 211 jours ouvrés, étant précisé qu'il devait bénéficier de 50 jours de congés et de repos rémunérés;  
Considérant que Monsieur X... soutient que la convention de forfait annuel en jours est illicite au motif qu'elle n'aurait pas été prise conformément à un accord collectif interne ni à une convention collective de branche étendue prévoyant un dispositif de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail des salariés astreints à un forfait annuel en jours, et donc à assurer le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé de ces salariés ainsi que de leur droit à la santé et au repos qui est au nombre des exigences constitutionnelles;  
Considérant que l'employeur rétorque que Monsieur X... a accepté, dès l'origine de son contrat de travail, de respecter la

convention de forfait, sans dépassement horaire; qu'au surplus, selon un système auto-déclaratif, le salarié devait indiquer à sa hiérarchie les dépassements horaires qu'il aurait effectués; qu'ainsi, Monsieur X... n'ayant pas informé sa hiérarchie d'un quelconque dépassement d'horaire ou d'une surcharge de travail, sa demande devra être écartée; Considérant cependant que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles; 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 de travail ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires; Qu'en l'espèce, l'accord professionnel d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques en date du 29 mai 2001 et étendu par arrêtés des 23 octobre 2001 et 24 décembre 2001 prévoit en son article 6.2 que "l'organisation du travail de ces salariés devra faire l'objet d'un suivi régulier par la hiérarchie qui veillera notamment aux éventuelles surcharge de travail" ; Que l'avenant au contrat de travail de Monsieur X..., pris sur le fondement de l'article 6 de l'accord de branche, mentionne que "l'organisation du travail de Monsieur X... fera l'objet d'un suivi régulier avec sa hiérarchie afin que la durée minimale de repos quotidien soit respecté et que le nombre de jours travaillés ne soit pas dépassé. En cas de surcharge de travail, Monsieur X... devra informer dès que possible sa hiérarchie" ; Qu'il apparaît ainsi que ces stipulations contractuelles, prises en application de l'accord de branche, 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 effet, le système auto-déclaratif qui tend en réalité à faire peser sur le salarié la garantie de son droit à la santé et au repos, ne saurait être considéré comme licite puisqu'il appartient à l'employeur, seul, soumis à une obligation de sécurité de résultat de veiller à garantir le droit à la santé et au repos de ses salariés; Qu'il s'en suit que cette convention de forfait en jours doit être considérée comme étant illicite;

#### Sur les heures supplémentaires

Considérant que s'il résulte de l'article L 3171-4 du code du travail, que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que si l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisées par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande ; Considérant que Monsieur X... sollicite le paiement des sommes de 312 325,19 € à titre d'heures supplémentaires et de 31 232,51 € au titre des congés payés y afférents, selon le décompte suivant:

- 1 815 heures supplémentaires pour l'année 2006,
- 2 036 heures supplémentaires pour l'année 2007,
- 2 155 heures supplémentaires pour l'année 2008,

Qu'au soutien de ses allégations, Monsieur X... fournit un décompte de ses heures, la production des relevés de dépenses professionnelles de janvier 2006 à décembre 2008 et la visualisation des courriels professionnels sur la période considérée;

Que s'agissant du décompte de ses heures, ce document a été établi par les soins du salarié, de manière non contradictoire; que de plus, Monsieur X... n'a pas défalqué de son décompte les absences pour cause de RTT indiquées sur les bulletins de salaire (notamment 14 juin 2006, 3 janvier 2006, 27 et 30 avril 2007, 18 mai 2007), étant précisé que s'agissant de l'année 2008, la date des absences n'apparaissait plus;

Que le relevé des dépenses ne permet pas de vérifier les heures de sortie de Monsieur X... de son travail, donc son amplitude de travail en semaine; qu'il peut tout au plus démontrer que Monsieur X... aurait travaillé en fin de semaine; Qu'enfin, s'agissant des courriels, Monsieur X... ne peut se prévaloir des messages reçus à des heures tardives ou en fin de semaine, dès lors qu'il ne peut être valablement affirmé qu'il les aurait lus à l'instant de leur réception; qu'en revanche, la liste des courriels envoyés par le salarié démontre effectivement l'existence d'un dépassement horaire et du travail effectué les samedi et/ou dimanche; Qu'ainsi, le salarié produit des éléments préalables qui peuvent être discutés par l'employeur et qui sont de nature à étayer sa demande ;

Considérant que l'employeur se contente de contester la véracité des décomptes établis, arguant du fait que Monsieur X... se serait constitué des preuves à lui-même;

Considérant que le document relatif à la visualisation des courriels professionnels envoyés par Monsieur X... ne peut être valablement discuté; qu'ainsi, au vu des éléments produits de part et d'autre, la cour a la conviction, au sens des textes précités, que Monsieur X... a effectivement travaillé 2001 heures non rémunérées; qu'il conviendra de condamner la société ROTHSCILD à lui verser les sommes de 104 108,38 € au titre des heures supplémentaires et de 10410,83 € au titre des congés payés y afférents ; que le jugement déféré sera infirmé de ce chef;

Sur l'indemnité compensatrice de la contrepartie obligatoire en repos Considérant qu'en vertu des articles L 3121-11 et D 3121-14 du code du travail, Monsieur X... est bien fondé à réclamer le paiement d'une indemnité compensatrice de la contrepartie obligatoire en repos;

Qu'il conviendra de condamner l'employeur à lui verser les sommes de 54 404,37 € au titre de cette indemnité compensatrice (2 001 heures - (220 heures x3) x 40,57 €) et de 5440,43 € au titre des congés payés y afférents »

1/ 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 de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ; que tel est le cas de l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques du 29 mai 2001 étendu par arrêté du 23 octobre 2001, et son avenant du 12 novembre 2001 étendu par arrêté du 24 décembre 2001, qui prévoit s'agissant des conventions de forfait en jours conclues avec les cadres autonomes, que « le décompte des journées et demi-journées travaillées se fait sur la base d'un système autodéclaratif », que « l'organisation du travail des salariés devra faire l'objet d'un suivi régulier par la hiérarchie qui veillera notamment aux éventuelles surcharges de travail. Dans ce cas il y aura lieu de procéder à une analyse de la situation, de prendre le cas échéant toutes dispositions adaptées pour respecter en particulier la durée minimale du repos quotidien prévue par l'article L 220-1 du Code du travail et de ne pas dépasser le nombre de jours travaillés et ce, dans les limites prévues par l'article L 212-15-3 III dudit code » et que « la charge de travail confiée et l'amplitude de la journée d'activité en résultant doivent permettre à chaque salarié de prendre obligatoirement le repos quotidien visé ci-dessus. La durée minimale de ce repos est fixée légalement à 11 heures prise d'une manière consécutive et le cas échéant selon les modalités de l'article 63 de la convention collective nationale de la banque »; qu'en jugeant le contraire, la Cour d'appel a violé l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, 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, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, 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, ensemble l'article 6-2 de l'accord d'aménagement et de réduction du temps de travail dans le secteur des banques du 29 mai 2001 étendu par arrêté du 23 octobre 2001, et son avenant du 12 novembre 2001 étendu par arrêté du 24 décembre 2001 ;

2/ALORS QUE conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, il incombe à chaque travailleur de prendre soin, en fonction de sa formation et selon ses possibilités, de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail ; qu'en jugeant qu'il appartient à l'employeur, seul, de veiller à garantir le droit à la santé et au repos de ses salariés pour considérer que le système autodéclaratif de décompte du temps de travail des cadres soumis à une convention de forfait en jours était illicite et improprie 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, la Cour d'appel a violé les articles L 4121-1 et L 4122-1 du Code du travail ;

3/ ALORS QUE si la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments suffisamment précis de nature à étayer sa demande ; que ne constitue pas un tel élément la seule circonstance qu'un salarié cadre non soumis à un horaire collectif de travail qui dispose d'une large autonomie dans l'organisation de son emploi du temps, envoie des mails les samedis et dimanches, en l'absence de tout décompte précis de son temps de travail ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a jugé que le décompte produit par le salarié qui incluait les jours de RTT qu'il avait pris, n'était pas exploitable ; que dès lors en jugeant que la seule liste des courriels envoyés par le salarié les samedi et/ou dimanche était de nature à étayer ses demandes, lorsqu'il était constant que Monsieur X... en sa qualité de cadre autonome, n'était soumis à aucun horaire de travail, la Cour d'appel a violé l'article L 3171-4 du Code du travail.

Moyens produits par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils, pour M. X..., demandeur au pourvoi incident.

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif sur ce point, d'avoir rejeté la demande tendant à voir dire que Monsieur X... avait droit au paiement du bonus au titre de l'année 2008 ;

AUX MOTIFS QUE selon la lettre d'engagement du 7 septembre 2005, il est indiqué que Monsieur X... percevra une rémunération brute annuelle forfaitaire de 60.000 euros versées en 13 mensualités, outre éventuellement un bonus annuel variable lié à ses performances et au résultat global de l'entreprise ; que par courriers en date des 12 décembre 2006 et 12 décembre 2007, Monsieur X... devait percevoir en janvier 2007 une prime exceptionnelle de 100.000 euros (bonus de l'année 2006) et une prime de 130.000 euros en janvier 2008 (bonus de 2007), étant précisé qu'il a bénéficié également de deux augmentations salariales, sa rémunération brute annuelle étant portée à 70.000 euros à compter du 1er janvier 2007 puis à 80.000 euros à compter du 1er janvier 2008 ; qu'ainsi, il résulte de ce qui précède que le salarié est recevable à réclamer le paiement du bonus, gratification indépendante du salarié et qui n'est pas mentionnée dans le reçu pour solde de tout compte ; que l'employeur affirme que le salarié ne peut prétendre au paiement d'un bonus au regard de la baisse de la qualité de son travail et de ses performances ; qu'en outre, les mauvais résultats de la société l'ont amenée à donner à très peu de personnes un bonus significatif ; qu'au surplus, cette gratification ne peut être considérée comme un élément permanent du salaire, car dépendant de sa seule volonté ; qu'en revanche, le salarié soutient qu'il s'agit d'un élément de salaire, faisant partie intégrante du système de rémunération ; que le libellé du contrat ne permet pas de considérer ce bonus, dont il est dit expressément qu'il ne serait qu'« éventuel », alors qu'aucun mode de calcul de ce complément de rémunération n'est prévu, comme un élément permanent du salaire, quand bien même le salarié avait perçu un tel bonus pour chacune des années antérieures de son contrat de travail ; que les conditions n'étant donc pas remplies pour le versement de ce bonus discrétionnaire en 2008, et même si l'éviction du salarié décidée quelques jours avant la répartition du bonus n'est pas sans interroger, Monsieur X... sera débouté de sa demande ainsi que celle relative aux congés payés afférents ;

ALORS, D'UNE PART, QU'indépendamment même des stipulations du contrat de travail, le paiement d'une prime est obligatoire pour l'employeur lorsque son versement résulte d'un usage répondant à des caractères de généralité, constance et fixité ; qu'en l'espèce, pour débouter Monsieur X... de sa demande de prime au titre de l'exercice 2008, la cour d'appel s'est déterminée par la seule circonstance que le libellé du contrat mentionnait le caractère éventuel de la prime litigieuse et le fait qu'aucun mode de calcul n'était prévu, de sorte qu'il s'agissait selon elle d'un bonus discrétionnaire ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, comme le soutenait Monsieur X... (conclusions d'appel développées oralement à l'audience, p. 27), la prime litigieuse ne présentait pas les caractères de fixité, de généralité et de constance constitutifs d'un usage de l'entreprise, rendant cette prime obligatoire pour l'employeur, la cour d'appel, qui s'est déterminée par un motif inopérant, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

ALORS D'AUTRE PART, et en tout état de cause, QUE la faculté laissée à l'employeur de prévoir, outre une rémunération fixe, l'octroi d'une prime discrétionnaire est subordonnée au fait que la liberté qui lui est reconnue ne soit pas purement potestative et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables, de façon à ce que l'égalité entre salariés soit préservée ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément constaté que l'octroi du bonus litigieux n'était prévu par le contrat qu'à titre « éventuel » et sans qu'aucun mode de calcul ne soit indiqué, ce dont il résultait que les modalités d'octroi dudit bonus étaient illicites ; qu'il en résultait, ainsi que les premiers juges en avaient à juste titre décidé, que l'employeur ne pouvait valablement opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de verser le bonus litigieux ; qu'en décidant l'inverse, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1170 et 1174 du code civil, ensemble le principe « à travail égal, salaire égal ».

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif sur ce point, d'avoir rejeté la demande tendant à la condamnation de la société ROTHSCCHILD & CIE à payer à Monsieur X... des indemnités au titre du travail dissimulé.

AUX MOTIFS QUE le travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié ou d'heures salariées au sens des dispositions de l'article L 8221-5 du Code du travail n'est caractérisé que s'il est établi que l'employeur a agi de manière intentionnelle ; que l'intention légalement exigée ne peut se déduire de la seule absence de mention des heures supplémentaires sur le bulletin de salaire de l'employé ; qu'au surplus, il ne peut être reproché à l'employeur d'avoir appliqué une convention de forfait annuel en jours qu'il considérait comme valable et conforme aux exigences légales ; qu'ainsi, il ne saurait être valablement soutenu que la société ROTHSCCHILD aurait, de manière intentionnelle, entendu dissimuler l'activité professionnelle de Monsieur X... ; que cette demande sera donc rejetée ;

ALORS QUE le seul fait que l'employeur se soit prévalu d'une convention de forfait, inapplicable et irrégulière, ne suffit pas à exclure la volonté de dissimuler les heures de travail accomplies ; qu'en se contentant d'affirmer que l'employeur a appliqué une convention de forfait annuel en jours qu'il considérait comme valable et conforme aux dispositions légales sans rechercher si la mise en oeuvre de cette convention n'avait pas précisément, comme il était soutenu, pour objet de s'exonérer du régime légal des heures supplémentaires, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L 8233-1 du Code du travail.