

SOC.

IK

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 24 mars 2021

Cassation partielle

M. CATHALA, président

Arrêt n° 388 FS-P+I

Pourvoi n° N 19-12.208

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 24 MARS 2021

1°/ La société Holdis, dont le siège est ZAC des Baterses, centre commercial Beynost II, 01700 Beynost,

2°/ la société Beynost commercial, dont le siège est [...],

ont formé le pourvoi n° N 19-12.208 contre l'arrêt rendu le 14 décembre 2018 par la cour d'appel de Lyon (chambre sociale B), dans le litige les opposant à Mme N... B..., domiciliée [...], défenderesse à la cassation.

Mme B... a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

Les demanderesses au pourvoi principal invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation également

annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Flores, conseiller, les observations de la SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, avocat des sociétés Holdis et Beynost commercial, de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de Mme B..., et l'avis de Mme Roques, avocat général référendaire, après débats en l'audience publique du 3 février 2021 où étaient présents M. Cathala, président, M. Flores, conseiller rapporteur, M. Schamber, conseiller doyen, Mme Monge, M. Rouchayrole, Mme Lecaplain-Morel, conseillers, Mmes Ala, Prieur, Thomas-Davost, Techer, conseillers référendaires, Mme Roques, avocat général référendaire, et Mme Pontonnier, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Lyon, 14 décembre 2018), Mme B... a été engagée par la société Beynostbrico, aux droits de laquelle vient la société Beynost commercial, en qualité d'adjointe du responsable du magasin de bricolage qu'elle exploitait dans un centre commercial.

2. Le 26 juin 2014, la société Holdis, exploitante de l'hypermarché situé sur le même site, l'a informée du transfert de son contrat de travail à son profit à compter du 1er juillet 2014. Par lettre du 29 juin 2014, la salariée a contesté l'applicabilité des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail et, par voie de conséquence, le transfert de son contrat de travail. Elle a été licenciée pour faute grave le 22 juillet 2014 par la société Holdis en raison de son refus du transfert de son contrat de travail et de prendre son nouveau poste de travail.

3. La salariée a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes au titre de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail.

#### Examen des moyens

Sur les deuxième, troisième, quatrième et cinquième moyens du pourvoi principal et le second moyen du pourvoi incident, ci-après annexés

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

#### Sur le premier moyen du pourvoi principal

##### Enoncé du moyen

5. Les sociétés font grief à l'arrêt de dire que les conditions de mise en oeuvre de l'article L. 1224-1 du code du travail n'étaient pas réunies et qu'il n'y avait donc pas eu de transfert du contrat de travail de la salariée à la société Holdis, alors :

« 1°/ que la réunion des conditions d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail s'apprécie au jour où s'opère le transfert d'entreprise ; qu'en retenant, pour exclure l'application de ce texte à la cession du fonds de commerce de la société Beynostbrico à la société Holdis, que cette dernière se serait, après la cession, débarrassée des produits et stocks récupérés de la première et aurait ainsi exprimé sa volonté de ne pas continuer en son sein une activité autonome de magasin de bricolage-jardinage, la cour d'appel a d'ores et déjà violé l'article susvisé ;

2°/ qu'en déduisant de la vente des stocks et marchandises de la société Beynostbrico que la société Holdis aurait manifesté sa volonté de ne pas faire continuer en son sein une activité "autonome" de magasin de bricolage-jardinage, quand l'article L. 1224-1 du code du travail n'exige pas que l'activité poursuivie ou reprise par le cessionnaire le soit dans un cadre autonome, en étant exercée indépendamment des autres activités éventuelles de cette entreprise, de sorte que la société Holdis était en droit d'exploiter cette activité sous la forme de rayons spécialisés au sein de son magasin, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

3°/ qu'en retenant, pour écarter l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail, qu'en vendant les stocks de la société Beynostbrico à prix réduits, la société Holdis n'aurait pas souhaité continuer en son sein l'activité de cette société, sans même rechercher si cette activité ne s'était pas en réalité poursuivie, non sous la forme d'un établissement indépendant, mais sous la forme de rayons consacrés à cette activité de bricolage-jardinage, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du code du travail ;

4°/ qu'en retenant, pour conclure que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail n'étaient pas remplies et que la société Holdis n'aurait donc pas été l'employeur de Mme B..., que si elle avait réellement repris l'activité de bricolage et de jardinage de la société Beynostbrico, il était évident que la société reprenneuse, qui disposait déjà de rayons correspondant à ces activités, aurait vu leur chiffre d'affaires augmenter dans des proportions très importantes ce qui n'aurait pas été le cas, la cour d'appel a statué par constatations impropres à justifier sa décision et l'a privée en conséquence de base légale au regard de l'article susvisé ;

5°/ que le salarié dont le contrat de travail est transféré à un nouvel employeur en application des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ne peut prétendre qu'au maintien de sa qualification, de sa rémunération et de son ancienneté et non à son maintien dans un service strictement identique à celui dans lequel il travaillait avant le transfert ; que le changement de service du salarié ne signifie pas de facto que l'activité à laquelle il était affecté aurait disparu ; qu'en retenant, pour exclure l'existence d'un maintien de l'activité de l'entreprise Beynostbrico par la société Holdis, que cette dernière avait informé les salariés de la société cédante qu'ils n'auraient aucun droit acquis à continuer de travailler dans le secteur d'activité bricolage-jardinage, quand cette information ne permettait en rien de préjuger de la disparition de cette activité, la cour d'appel a une nouvelle fois statué par des motifs impropres à justifier sa décision et l'a privée en conséquence de base légale au regard de l'article L. 1224-1 du code du travail. »

#### Réponse de la Cour

6. La cour d'appel, qui a constaté que, à la suite de la cession du fonds de commerce du 30 juin 2014, la société Holdis avait repris les seuls stocks de la société Beynostbrico, dont elle s'était débarrassée en les bradant dès juillet 2014, et avait imposé aux salariés repris une totale permutabilité avec les autres salariés de l'hypermarché, même affectés à l'épicerie ou à la charcuterie, a pu en déduire que l'entité économique autonome avait perdu son identité à l'occasion de la cession.

7. Le moyen n'est donc pas fondé.

Mais sur le premier moyen du pourvoi incident, pris en sa première branche

#### Enoncé du moyen

8. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes en paiement de rappel d'heures supplémentaires et congés payés afférents, d'indemnité pour repos compensateur non pris et d'indemnité pour travail dissimulé pour les périodes allant du 1er septembre 2012 au 31 décembre 2013 et du 1er juin 2014 au 4 juillet 2014, 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'est nulle la convention de forfait conclue en application d'un accord collectif dont les stipulations n'assurent pas cette garantie ; que tel est le cas des dispositions de l'article 3 du titre 2 de l'accord du 23 juin 2000 sur l'application de la loi sur la réduction

du temps de travail dans la profession du bricolage ; qu'en jugeant que les dispositions conventionnelles applicables concernant les conditions de travail des cadres autonomes soumis à un forfait en jours étaient de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail des salariés concernés restent raisonnables, la cour d'appel a violé 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, les articles L. 3121-39 et L. 3121-45 du code du travail dans leur rédaction applicable au litige, interprétés à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993-104 CE du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2003-88 CE du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ensemble l'article 3 de l'accord du 23 juin 2000 sur la réduction du temps de travail dans la profession du bricolage. »

#### Réponse de la Cour

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. 3121-39 du code du travail dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière 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 :

9. Le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles.

10. Il résulte des articles susvisés de la directive 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.

11. Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires.

12. Pour débouter la salariée de ses demandes en rappels de salaire à titre d'heures supplémentaires, de repos compensateurs et d'indemnité pour travail dissimulé pour les périodes allant du 1er septembre 2012 au 31 décembre 2013 et du 1er juin 2014 au 4 juillet 2014, l'arrêt retient que les dispositions conventionnelles concernant les conditions de travail des cadres autonomes soumis à un forfait en jours sont bien de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail des salariés en forfait en jours restent raisonnables.

13. En statuant ainsi, alors que l'article 3 II de l'accord du 23 juin 2000 relatif à l'application de la RTT dans le secteur du bricolage, qui se borne à prévoir, d'une part, que le chef d'établissement veille à ce que la charge de travail des cadres concernés par la réduction du temps de travail soit compatible avec celle-ci, d'autre part, que les cadres bénéficient d'un repos quotidien d'une durée minimale de 11 heures consécutives et ne peuvent être occupés plus de six jours par semaine et qu'ils bénéficient d'un repos hebdomadaire d'une durée de 35 heures consécutives, sans instituer de suivi effectif et régulier permettant à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, n'est pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et à assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont il se déduisait que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

REJETTE le pourvoi principal formé par les sociétés Holdis et Beynost commercial ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute Mme B... de ses demandes en paiement de rappel d'heures supplémentaires et congés payés afférents, d'indemnité pour repos compensateur non pris et d'indemnité pour travail dissimulé pour les périodes allant du 1er septembre 2012 au 31 décembre 2013 et du 1er juin 2014 au 4 juillet 2014, l'arrêt rendu le 14 décembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble ;

Condamne les sociétés Holdis et Beynost commercial aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par les sociétés Holdis et Beynost commercial et les condamne à payer à Mme B... la somme de 3 000 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 partiellement cassé ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits, au pourvoi principal, par la SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, avocat aux Conseils, pour les sociétés Holdis et Beynost commercial

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir dit que les conditions de mise en oeuvre de l'article L.1224-1 du code du travail n'étaient pas réunies et qu'il n'y avait donc pas eu de transfert du contrat de travail de Mme B... à la société Holdis ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le transfert allégué du contrat de travail de Mme B... à la société Holdis au 1er juillet 2014 : Qu'aux termes de l'article L.1224-1 du code du travail, lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ;

Que cet article, tel qu'interprété au regard de la directive communautaire n° 2001-23 du 12 mars 2001, s'applique lorsqu'il y a transfert d'une entité économique conservant son identité ;

Que constitue une entité économique un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique essentielle ou accessoire qui poursuit des intérêts propres ;

Que l'article L.1224-1 du code du travail, texte d'ordre public qui s'impose aux salariés comme aux employeurs, est applicable lorsque sont transférés à la fois l'activité et les moyens organisés qui permettent de l'accomplir ;

Que si tel est le cas, le transfert des contrats de travail prévu par ce texte s'opère de plein droit ;

Qu'en l'espèce, la société Holdis soutient que le contrat de travail de Mme B... au sein de la société Beynost brico, désormais dénommée Beynost brico & sports, a été, par application de cet article L1224-1 du code du travail, de plein droit transféré au sein de la société Holdis par suite de la cession à cette dernière le 1er juillet 2014 du fonds de commerce de magasin de bricolage de cette entreprise ;

Que Mme B... conteste l'applicabilité en l'espèce de ce texte, soutenant qu'en l'absence de transfert au sein de la société Holdis d'une entité économique poursuivant des intérêts propres, son contrat de travail n'a pu être transféré dans les conditions revendiquées par les sociétés intimées ;

Qu'au soutien de son argumentation, la société Holdis verse aux débats (sa pièce D) un acte daté du 30 juin 2014 portant cession par la SAS Beynost brico & sports à la SAS Holdis de son fonds de commerce de vente d'articles de bricolage, jardinage, matériaux et outils, articles de sport, de pêche et de chasse, location et réparation à titre accessoire dudit matériel situé ZAC des Baterses à Beynost ;

Que l'acquéreur avait en particulier pour obligation (article 5.1) de "poursuivre à compter de la date d'entrée en jouissance les contrats de travail attachés au fond dont la liste figure en annexe, conformément aux dispositions de l'article L 1224-1 du code du travail, avec tous les droits et obligations y attachées, et de prendre en charge prorata temporis à compter de la date d'entrée en jouissance rémunération, droits à congés payés, 13ème mois, droits acquis autres primes et tous autres avantages accordés au salarié et à supporter les charges sociales y liées" ;

Que pour sa part, le vendeur s'engageait notamment (article 5. 2) "à payer tous les salaires, primes, congés légaux, indemnités et dommages-intérêts éventuels, charges fiscales et sociales dus jusqu'à la date d'entrée en jouissance." ;

Que pour contester la réalité du transfert en l'espèce d'une entité économique autonome entraînant un transfert des contrats de travail des salariés du magasin de bricolage, Mme B... fait essentiellement valoir qu'il n'y a pas eu de maintien de l'activité de l'entreprise Beynost brico en suite de ce transfert :

- en l'absence de transmission des éléments nécessaires à cette activité (locaux suffisants, matériel spécifique et possibilité de vendre des produits dédiés aux magasins de bricolage) puisque l'enseigne et le droit au bail n'ont pas été transférés à la société Holdis mais conservés par la venderesse, de même que les machines spécifiques destinées à la découpe du bois et aux mélanges des peintures ;
- parce que les salariés transférés n'ont par ailleurs pas été affectés à une activité de bricolage mais répartis les différents rayons du magasin Leclerc (charcuterie, DPH, surgelés...);

Que pour maintenir son allégation d'un transfert en son sein d'une activité autonome correspondant à celle de la société Beynost brico, la société Holdis verse aux débats (pièce F) un procès-verbal de constat d'huissier en datés des 24 juin, 1er juillet, 2 juillet, 5 juillet, 15 juillet et 25 septembre 2014 établi par Maître I..., dont il résulte qu'un certain nombre de produits qui se trouvaient exposés à la vente dans le magasin Leclerc brico le 24 juin 2014 ont été transférés et proposés à la vente dans les rayons de l'hypermarché Leclerc en juillet 2014, ce dont la société Holdis déduit que l'activité de l'entreprise Beynost brico s'est poursuivie dans son hypermarché après son intégration dans les rayons bricolage et jardinage de ce magasin ;

Qu'il convient toutefois de relever que ces transferts de marchandises, incontestables, attestent simplement de la reprise des stocks du magasin Beynost brico par la société Holdis conformément au contrat de cession de fonds de commerce ; Que par contre il est constant que l'hypermarché Leclerc disposait déjà, avant cette cession de fonds de commerce, de rayons jardinage, camping-plein air et bricolage d'une certaine importance puisque leurs chiffres d'affaires respectifs sur l'exercice 2013-2014 étaient de 582 180 €, 604 462 € et 873 204 € ;

Qu'il est évident que si la société Holdis avait totalement intégré, comme elle le soutient, l'activité de la société Beynost brico dans ses rayons à compter du 1er juillet 2014, les chiffres d'affaires de ces mêmes rayons au cours de l'exercice suivant n'auraient pas manqué de progresser dans des proportions très importantes, ce qui n'a pas été le cas puisque ces chiffres d'affaires annuels n'ont été en 2014-2015 que de 636 766 € pour le jardinage, 494 404 € pour le camping-plein air et 1 040 012 € pour le bricolage, soit des évolutions respectivement de +9,38 %, -19,10 % et +10,78 % ;

Que bien plus, la simple lecture du procès-verbal de constat précité dressé par Maître I... permet au contraire de constater la décision prise par la société Holdis de ne pas laisser perdurer en son sein l'activité de la société Beynost brico ; qu'il résulte en effet de ce constat que les produits provenant du stock de ce magasin étaient pour la plupart présentés à la vente dans le cadre d'une opération promotionnelle permettant aux clients titulaires de la carte Leclerc d'obtenir une remise de 50 % de leur valeur en bons d'achat, alors même qu'on se trouvait à l'époque en pleine période de vente aisée de ces produits (par exemple des produits de jardinage: tondeuses à gazon, scarificateurs,... dont il est incontestable qu'ils se vendent facilement au mois de juillet, en pleine période de la saison de jardinage) ;

Que cette pratique commerciale démontre la volonté de la direction de la société Holdis à l'époque de se débarrasser rapidement de ces produits spécifiques en les bradant, et donc de ne pas faire continuer en son sein une activité autonome de magasin de bricolage-jardinage ;

Que par ailleurs, la société Holdis revendique elle-même avoir indiqué dans ses différents courriers adressés aux salariés de la société Beynost brico qu'ils n'auraient aucun droit acquis à continuer de travailler dans le secteur d'activité bricolage-jardinage qui était le leur jusqu'alors, leur imposant au contraire une totale permutabilité avec les autres salariés de l'hypermarché Leclerc, même affectés à l'épicerie ou à la charcuterie ;

Qu'il en résulte directement que, contrairement à ce que soutient aujourd'hui la société Holdis, il n'y a pas eu en l'espèce, à l'occasion de cette cession à la société Holdis du fonds de commerce de la société Beynost brico, de transfert d'une entité économique autonome qui a conservé son identité et dont l'activité, constituée d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objet économique propre, a été poursuivie ou reprise ; Que dès lors, les conditions de mise en oeuvre de l'article L 1224-1 du code du travail n'étaient pas en l'espèce réunies et c'est à juste titre que Mme B... soutient que son contrat de travail n'a pas été transféré de plein droit à la société Holdis le 1er juillet 2014 ».

1/ ALORS QUE la réunion des conditions d'application de l'article L.1224-1 du code du travail s'apprécie au jour où s'opère le transfert d'entreprise ; qu'en retenant, pour exclure l'application de ce texte à la cession du fonds de commerce de la société Beynostbrico à la société Holdis, que cette dernière se serait, après la cession, débarrassée des produits et stocks récupérés de la première et aurait ainsi exprimé sa volonté de ne pas continuer en son sein une activité autonome de magasin de bricolage-jardinage, la cour d'appel a d'ores et déjà violé l'article susvisé ;

2/ ALORS QU'en déduisant de la vente des stocks et marchandises de la société Beynostbrico que la société Holdis aurait manifesté sa volonté de ne pas faire continuer en son sein une activité « autonome » de magasin de bricolage-jardinage, quand l'article L.1224-1 du code du travail n'exige pas que l'activité poursuivie ou reprise par le cessionnaire le soit dans un cadre autonome, en étant exercée indépendamment des autres activités éventuelles de cette entreprise, de sorte que la société Holdis était en droit d'exploiter cette activité sous la forme de rayons spécialisés au sein de son magasin, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

3/ ALORS (subsidiativement) QU'en retenant, pour écarter l'application de l'article L.1224-1 du code du travail, qu'en vendant les stocks de la société Beynost brico à prix réduits, la société Holdis n'aurait pas souhaité continuer en son sein l'activité de cette société, sans même rechercher si cette activité ne s'était pas en réalité poursuivie, non sous la forme d'un établissement indépendant, mais sous la forme de rayons consacrés à cette activité de bricolage-jardinage, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1224-1 du code du travail ;

4/ ALORS QU'en retenant, pour conclure que les conditions d'application de l'article L.1224-1 du code du travail n'étaient pas remplies et que la société Holdis n'aurait donc pas été l'employeur de Mme B..., que si elle avait réellement repris l'activité de bricolage et de jardinage de la société Beynost brico, il était évident que la société repreneuse, qui disposait déjà de rayons correspondant à ces activités, aurait vu leur chiffre d'affaires augmenter dans des proportions très importantes ce qui n'aurait pas été le cas, la cour d'appel a statué par constatations impropres à justifier sa décision et l'a privée en conséquence de base légale au regard de l'article susvisé ;

5/ ALORS QUE le salarié dont le contrat de travail est transféré à un nouvel employeur en application des dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail ne peut prétendre qu'au maintien de sa qualification, de sa rémunération et de son ancienneté et non à son maintien dans un service strictement identique à celui dans lequel il travaillait avant le transfert ; que le changement de service du salarié ne signifie pas de facto que l'activité à laquelle il était affecté aurait disparu ; qu'en retenant, pour exclure l'existence d'un maintien de l'activité de l'entreprise Beynost brico par la société Holdis, que cette dernière avait informé les salariés de la société cédante qu'ils n'auraient aucun droit acquis à continuer de travailler dans le secteur d'activité bricolage-jardinage, quand cette information ne permettait en rien de préjuger de la disparition de cette activité, la cour d'appel a une nouvelle fois statué par des motifs impropres à justifier sa décision et l'a privée en conséquence de base légale au regard de l'article L.1224-1 du code du travail.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société Holdis à payer à Mme B... les sommes de 5 568,17 € au titre des heures supplémentaires pour la période du 1er juillet 2011 au 31 août 2012, de 556,82 € au titre des congés payés afférents, de 12 833,35 € au titre des heures supplémentaires accomplies entre le 1er janvier et le 31 mai 2004, de 1 283,33 € au titre des congés payés pour les années 2012 à 2014, avec intérêts au taux légal à compter du 23 décembre 2014, de 1 638,33 € au titre des congés payés afférents et de 2 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « La durée légale du travail effectif de 35 h par semaine prévue à l'article L.3121-10 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, 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'en application 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, la preuve des horaires de travail effectué 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 des éléments de nature à étayer sa demande ;

Que par contre, lorsque le salarié soumis à une convention valable de forfait en jours, il ne saurait être fondé à solliciter le paiement d'une quelconque heure supplémentaire ;

Que du 1er janvier 2010 au 31 août 2012, Mme B... était employée par la société Holdis en qualité d'agent de maîtrise, d'abord adjointe au responsable des caisses du magasin Leclerc de Beynost puis manager du rayon Drive de cet hypermarché, postes dans lesquels elle indique avoir accompli un très grand nombre d'heures supplémentaires qui ne lui ont jamais été payées ;

Qu'au soutien de sa demande, elle verse aux débats :

- ses bulletins de paye établis par la société Holdis,
- un tableau établi par ses soins (pièce 44) décomptant les heures supplémentaires accomplies par elle au cours de ces 2 périodes,

- ses relevés horaires pour les années 2011, 2012 et 2014 (pièces 18 et 19) ;

Qu'en l'état de ces éléments, la cour estime que Mme B... rapporte bien la preuve d'éléments qui laissent présumer qu'elle a bien accompli du 1er janvier 2010 au 31 août 2012 les multiples heures supplémentaires dont elle sollicite aujourd'hui le paiement solidaire par la société Holdis et par la société Beynost commercial en sa qualité d'ayants droits de la société Beynost brico ;

Que cette demande s'avère toutefois mal fondée à l'égard de la société Beynost commercial, dès lors que la société Beynost brico n'était pas à l'époque l'employeur de Mme B... et que cette prétention s'avère sans lien avec la rupture de son second contrat de travail intervenu le 22 juillet 2014 ;

Qu'il appartient donc à la société Holdis et à elle seule, de renverser cette présomption d'heures supplémentaires en démontrant que Mme B... n'a pas accompli au cours de la période allant du 1er juillet 2011 au 31 août 2012 les heures supplémentaires qu'elle revendique ;

Qu'à cette fin, l'employeur conteste à juste titre, sur le fondement des plannings de 2011 et 2012 – signés par la salariée et donc acceptés par elle – qu'il produit en pièce 20, les temps de travail mentionnés par Mme B... dans ses tableaux d'heures supplémentaires pour les journées suivantes incluses dans la période litigieuse :

- journées des 15 août 2011, 1er novembre 2011, 9 avril 2012, 17 mai 2012 et 28 mai 2012, qui sont effectivement mentionnés dans ces plannings contradictoires comme des journées fériées non travaillées ; que l'examen des bulletins de paye confirme d'ailleurs cette réalité puisque aucune majoration pour jour férié n'a pas été réglée à Mme B... au titre de ces journées alors qu'elles ont été pour d'autres jours fériés non contestés par l'employeur ;

- journées du 7 au 9 décembre 2011 puis du 18 mai 2012, où Mme B... était en RTT selon le planning contradictoirement établi, et ne travaillait donc pas ; que la cour relève toutefois que les journées du 7 au 9 décembre 2011, bien que mentionnées en pièce 18 comme ayant été travaillées, n'ont manifestement pas été pris en compte dans le tableau récapitulatif en pièce 44, à la différence de celle du 18 mai 2012 ;

- journées du 11 au 16 janvier 2012, où Mme B... était en repos selon le planning contradictoirement établi, et ne travaillait donc pas ;

Que par ailleurs, la société Holdis fait valoir qu'elle produit les relevés des achats effectués par Mme B... dans le magasin Leclerc avec sa carte de fidélité dont il résulte qu'elle a effectué les 14 janvier 2012, 21 janvier 2012, 28 janvier 2012, 17 février 2012 et 27 juin 2012 des achats dans le magasin alors qu'elle affirme qu'elle était en train de travailler, ce qui selon l'employeur est de nature à remettre en cause la réalité des temps de travail allégués ;

Qu'après examen de ces relevés figurant en pièce 25 de l'employeur, la cour estime qu'ils ne sont pas de nature à remettre en cause la réalité du travail effectué au cours de ces demi-journées par Mme B..., celle-ci faisant à juste titre valoir qu'il s'agit à chaque fois d'achat de quelques articles seulement si bien qu'ils peuvent très bien avoir été effectués pendant un temps de pause de l'intéressée ; que faute par l'employeur de rapporter la preuve contraire, la contestation de ces journées de travail sera rejetée comme mal fondée ;

Qu'en l'état de ces éléments, la cour estime que Mme B... rapporte la preuve suffisante de ce qu'elle a effectué des heures supplémentaires suivantes pendant la période litigieuse allant du 1er juillet 2011 au 31 août 2012 :

- 1er juillet au 31 décembre 2011 : 186 heures supplémentaires ouvrant droit pour la salariée à un rappel de salaire de 2 590,14 € bruts outre les congés payés y afférents ;

- 1er janvier au 31 août 2012 : 196,25 heures supplémentaires ouvrant droit pour la salariée à un rappel de salaire de 2 978,03 € bruts, outre les congés payés y afférents ;

Que la société Holdis sera donc condamnée à payer à Mme B... à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires sur la période litigieuse la somme de 5568,17 euros bruts, outre 556,82 euros de congés payés y afférents ( ) ;

Que sur la demande de rappel de salaire pour heures supplémentaires : lorsque le salarié soumis à une convention valable de forfait en jours, il ne saurait être fondé à solliciter le paiement d'une quelconque heure supplémentaire ;

Qu'en l'espèce, il résulte des motifs qui précèdent durant la période allant du 1er septembre 2012 au 31 décembre 2013 puis du 1er juin 2014 au 22 juillet 2014, Mme B... était cadre autonome employée par la société Beynost brico et soumise dans ce cadre à une convention de forfait en jours ; que cette convention de forfait s'avérant valable et opposable à cette salariée, cette dernière ne saurait être fondée à réclamer le paiement d'heures supplémentaires à ce titre ;

Qu'en ce qui concerne par contre la période allant du 1er janvier 2014 au 31 mai 2014, Mme B... avait réintégré la société

Holdis en qualité de responsable du rayon Drive de Rillieux la Pape au statut de cadre soumis à une convention de forfait en jours, laquelle qui s'avère toutefois nulle ; que cet employeur était donc tenu de lui payer les heures supplémentaires qu'elle accomplissait ;

Qu'elle expose qu'elle était dans cet établissement le seul membre de l'encadrement présent au drive, qu'elle devait à ce titre assumer seule au sein de ce service l'ouverture, la fermeture et la permanence du lundi au vendredi, et qu'elle n'a bénéficié que très ponctuellement d'un remplacement lorsque cela s'est avéré impératif ;

Qu'au soutien de sa demande, elle verse aux débats :

- ses bulletins de paye établis par la société Holdis,
- un tableau établi par ses soins (pièce 44) décomptant les heures supplémentaires accomplies par elle au cours de ces 2 périodes,
- ses relevés horaires pour 2014 (pièce 21) ;

Qu'en l'état de ces éléments, la cour estime que Mme B... rapporte bien la preuve d'éléments qui laissent présumer qu'elle a bien, du 1er janvier 2014 au 31 mai 2014, accompli les multiples heures supplémentaires dont elle sollicite aujourd'hui le paiement ;

Qu'il appartient donc à son employeur de l'époque, la société Holdis, de renverser cette présomption d'heures supplémentaires en démontrant que Mme B... n'a pas accompli au cours de ces 5 mois les heures supplémentaires qu'elle revendique ;

Qu'à cette fin, l'employeur fait tout d'abord à juste titre valoir que l'année 2014 n'étant pas bissextile, la journée du 29 février 2014 n'a pas existé et que Mme B..., qui n'a pas pu travailler à cette date, n'a donc pas accompli d'heures supplémentaires au cours de cette semaine là ;

Que par ailleurs, la société Holdis fait valoir qu'elle produit les relevés des achats effectués par Mme B... dans le magasin Leclerc avec sa carte de fidélité dont il résulte qu'elle a effectué les 10 janvier 2014, 11 janvier 2014, 15 mars 2014, 22 mars 2014 et 10 mai 2014 des achats dans le magasin alors qu'elle affirme qu'elle était en train de travailler, ce qui selon l'employeur est de nature à remettre en cause la réalité des temps de travail allégués ;

Que toutefois, après examen de ces relevés figurant en pièce 25 de l'employeur, la cour estime qu'ils ne sont pas de nature à remettre en cause la réalité du travail effectué au cours de ces demi-journées par Mme B..., celle-ci faisant à juste titre valoir qu'il s'agit à chaque fois d'achat de quelques articles seulement si bien qu'ils peuvent très bien avoir été effectués pendant un temps de pause de l'intéressée ; Que faute par l'employeur de rapporter la preuve contraire, la contestation de ces journées de travail sera rejetée comme mal fondée ;

Qu'en l'état de ces éléments, la cour estime que Mme B... rapporte la preuve suffisante de ce qu'elle a effectué pendant la période litigieuse allant du 1er juin au 31 mai 2014, 556 heures supplémentaires ouvrant droit pour la salariée à 12 833,35 € de rappel de salaire, outre les congés payés y afférents ;

Que la société Holdis sera donc condamnée à payer à Mme B... à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires sur la période litigieuse la somme de 12 833,35 € bruts, outre 1 283,33 € de congés payés y afférents ».

ALORS QUE si la preuve des heures de travail effectuées n'incombe à aucune des parties, il appartient néanmoins au salarié de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande ; qu'il ne satisfait pas à la charge de l'allégation qui pèse sur lui lorsqu'il ne produit qu'un seul élément établi de sa main et non confirmé par des éléments de preuve tangibles, n'émanant pas de l'intéressé lui-même ; qu'en se fondant, pour faire droit à la demande de Mme B... relative aux heures supplémentaires qu'elle aurait effectuées du 1er juillet 2011 au 31 août 2012, puis du 1er janvier au 31 mai 2014, sur l'unique pièce produite (n° 44) consistant en un tableau établi par la salariée elle-même, et reprenant systématiquement les mêmes mentions d'une semaine sur l'autre, sans considération notamment des jours de fermeture du magasin, de sorte que ses incohérences, outre l'absence de tout autre élément corroborant son contenu, excluaient qu'il puisse satisfaire à la preuve préalable exigée de l'intéressée, la cour d'appel a violé l'article L.3171-4 du code du travail

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société Holdis à payer à Mme B... les sommes de 2 784,01 € au titre des repos compensateurs non pris pour la période du 1er juillet 2011 au 31 août 2012, de 6 416,67 € au titre des repos compensateurs non pris pour la période du 1er janvier au 31 mai 2014 et de 2 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur les repos compensateurs : (

) En l'état du nombre d'heures supplémentaires précitées accomplies par Mme B... mais non rémunérées par la société Holdis, la cour dispose d'éléments suffisants pour fixer comme suit les indemnités pour repos compensateur non pris dus à l'appelante par cet employeur :

1er juillet au 31 décembre 2011: 1 295 € nets

1er janvier au 31 août 2012: 1 489,01 € nets

soit une indemnité totale pour repos compensateur non pris de 2 784,01 euros au paiement de laquelle la société Holdis sera condamnée avec intérêts au taux légal à compter du jugement déféré, conformément aux dispositions de l'article 1153-1 du code civil dans sa rédaction applicable au litige (

);

Qu'en l'état du nombre d'heures supplémentaires précitées accomplies par Mme B... au cours de cette période du 1er janvier au 31 mai 2014 mais non rémunérées par la société Holdis, la cour dispose d'éléments suffisants pour fixer à 6 416,67 € nets l'indemnité due à Mme B... pour repos compensateur non pris à l'époque, somme au paiement de laquelle la société Holdis sera condamnée avec intérêts au taux légal à compter du jugement déféré, conformément aux dispositions de l'article 1153-1 du code civil dans sa rédaction applicable au litige ».

ALORS QUE ces motifs seront censurés par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur le deuxième moyen, par application de l'article 625 du code de procédure civile.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société Holdis à payer à Mme B... les sommes de 15 823,66 € à titre d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé et de 2 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la demande d'indemnité pour travail dissimulé :

Que l'article L.8221-1 du code du travail prohibe le travail totalement ou partiellement dissimulé, et l'article L.8221-5, 2° du même code dispose notamment qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, le fait pour un employeur de mentionner sur les bulletins de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ; Qu'aux termes de l'article L.8223-1 du code du travail, le salarié auquel l'employeur a recours en commettant les faits prévus à l'article L.8221-5 précité a droit, en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire ;

Que toutefois, la dissimulation d'emploi salarié prévue par ces textes et ouvrant droit à indemnité forfaitaire n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a agi de manière intentionnelle ;

Qu'en l'espèce, il résulte de l'ensemble des pièces versées aux débats que la société Holdis a délibérément omis de payer à Mme B... les heures supplémentaires accomplies par celle-ci jusqu'au 31 août 2012 alors qu'elle était à l'époque agent de maîtrise et n'était pas soumise à une quelconque convention de forfait ;

Que ce caractère délibéré résulte directement de la connaissance qu'avait la société Holdis des horaires réels de Mme B... qui figurent sur les plannings contradictoires qu'elle verse aujourd'hui elle-même aux débats et dont elle ne manque pas de se prévaloir ;

Que Mme B... est donc fondée à lui réclamer l'indemnité forfaitaire prévue par le texte précité correspondant à 6 mois de son salaire ;

Qu'or, le salaire de Mme B... à prendre ici en considération est son salaire moyen aux termes de la première relation de travail avec la société Holdis , c'est-à-dire au 31 août 2012, lequel doit intégrer toutes les heures supplémentaires que l'intéressée a effectuées pour cette entreprise dans les 6 mois ayant précédé cette date ;

Qu'il résulte des bulletins de paye de Mme B... (sa pièce 11) que celle-ci a perçu de mars à août 2012 inclus un salaire brut total de 13 800,24 € et des motifs qui précèdent et de la pièce 44 de la salariée qu'elle aurait dû en outre percevoir au cours de ces 6 mois 2 023,42 € au titre des heures supplémentaires, soit un total de 15 823,66 € pour 6 mois et un salaire moyen de 2 637,28 € bruts par mois ;

Que la société Holdis lui est donc redevable d'une indemnité pour travail dissimulé de 15 823,66 €, somme au paiement de laquelle la société Holdis sera condamnée avec intérêts au taux légal à compter du jugement déféré conformément aux dispositions de l'article 1153-1 du code civil dans sa rédaction applicable au litige ;

Que la demande de solidarité entre cette société Holdis, la société Beynost brico ou son ayant droit sera rejetée comme

mal fondée, ce travail dissimulé n'étant imputable qu'à ce seul employeur ».

1/ ALORS QUE ces motifs seront censurés par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur le deuxième moyen, par application de l'article 625 du code de procédure civile ;

2/ ALORS (subsidièrement) QUE ni le simple fait pour l'employeur de faire effectuer par un salarié des heures supplémentaires non rémunérées, ni l'absence de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie ne suffisent à caractériser une intention de dissimuler le temps de travail réellement accompli ; qu'en retenant, pour faire droit à la demande de Mme B... d'une indemnité pour travail dissimulé, que les horaires de travail imposés et le montant des salaires correspondant suffisaient à laisser présumer le caractère délibéré d'une telle omission, sans en constater formellement la réalité, la cour d'appel a violé l'article L.8221-5 du code du travail.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que le licenciement de Mme B... ne reposait ni sur une faute grave, ni sur une cause réelle et sérieuse et d'avoir en conséquence condamné in solidum les sociétés Holdis et Beynost commercial à lui verser les sommes de 7 050 € à titre d'indemnité de préavis, de 705 € au titre des congés payés afférents, de 1 708,78 € à titre d'indemnité légale de licenciement, de 1 175 € au titre du rappel de salaire pour mise à pied conservatoire, de 117,50 € au titre des congés payés afférents, de 30 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif et de 2 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le motif de licenciement :

Que nonobstant l'inapplicabilité en l'espèce des dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail, il résulte des conclusions des parties que celles-ci sont aujourd'hui toutes d'accord pour considérer que le contrat de travail de Mme B... a été rompu par la lettre de licenciement que la société Holdis a adressé à l'intéressée le 22 juillet 2014, même si à l'époque le seul employeur de Mme B... était sa société filiale la SAS Beynost brico, également dénommée Beynost brico & sports, aux droits de laquelle se trouve aujourd'hui la SNC Beynost commercial ;

Que par application de l'article L.1232-1 du code du travail, tout licenciement individuel doit reposer sur une cause réelle et sérieuse ;

Que selon l'article L.1235-1 du code du travail, en cas de litige relatif au licenciement, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles ; que si un doute subsiste, il profite au salarié ;

Que par ailleurs, il résulte des articles L.1234-1 et L.1234-9 du code du travail que, lorsque le licenciement est motivé par une faute grave, le salarié n'a droit ni à un préavis ni à une indemnité de licenciement ;

Que la faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations résultant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise même pendant la durée du préavis ;

Que l'employeur qui invoque la faute grave pour licencier doit en rapporter la preuve qui doit reposer sur des faits précis et matériellement vérifiables, qu'il doit reprendre dans la lettre de licenciement prévue par l'article L.1232-6 du code du travail, cette lettre fixant ainsi les limites du litige ;

Qu'en l'espèce, la lettre de licenciement pour faute grave adressé le 22 juillet 2014 par la société Holdis à Mme B... est expressément motivée par le refus de cette salariée du transfert de son contrat de travail et de prendre son poste au sein de la société Holdis, en dépit des dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail ;

Que comme mentionné ci-dessus, cet article n'était aucunement applicable de plein droit en l'espèce, si bien que la décision de le mettre en oeuvre prise par la société Beynost brico et le repreneur de son fonds de commerce, la SAS Holdis, ne pouvait être imposée à Mme B... et supposait son accord ;

Qu'en l'espèce, la cour ne peut que constater l'attitude fautive de la société Holdis qui a répondu aux légitimes interrogations et demandes de renseignements des salariés de Beynost brico, dont Mme B..., par la seule affirmation aussi péremptoire qu'erronée du fait que leurs contrats de travail respectifs avaient été transférés de plein droit et qu'ils n'avaient pas de choix en la matière ;

Que de surcroît, ce transfert s'accompagnait en l'occurrence d'une modification de son niveau de responsabilité, puisque le courrier du 26 juin 2014 lui notifiant son transfert (pièce 22 de la salariée) indiquait : "vous continuerez à exercer les

fonctions d'adjoint au directeur, correspondant à un emploi d'adjoint au manager de rayon, au niveau 7 de la convention collective nationale du commerce à prédominance alimentaire. Vous serez affectée au secteur caisse. Votre rémunération mensuelle brute sera de 2685 €" ;

Qu'en effet, Mme B... fait à juste titre valoir qu'elle a déjà exercé les fonctions d'adjointe au manager de rayon de juillet 2007 à août 2012, avant qu'elle soit promue cadre au sein de la société Beynost brico qui appartient au même groupe et que ce sont des fonctions relevant d'un statut d'agent de maîtrise et non de cadre de niveau 7 selon la convention collective, ce qui s'avère parfaitement exact au regard de la définition des niveaux, des emplois repères et du classement des agents de maîtrise et des cadres effectuée par la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire (pièce 54 de la salariée) ;

Qu'en l'état de ces éléments, la cour constate que ni la société Holdis, ni la société Beynost brico (puisque le bulletin de paye de Mme B... du mois de juin 2014 est toujours établi au nom de cette entreprise) ne pouvait imposer à Mme B... ce transfert de son contrat de travail au sein de la société Holdis, qui n'était pas de droit, avec de surcroît une baisse des responsabilités mêmes si le montant de son salaire était maintenu par rapport à la société Beynost brico (pièce 15 de la salariée) ;

Qu'ainsi, le refus de ce transfert de son contrat de travail par Mme B... était parfaitement légitime et l'employeur ne peut lui en faire utilement grief, non plus que du fait de ne pas avoir pris son poste en juillet 2014 ;

Qu'il en résulte que le licenciement ainsi prononcé à l'encontre de Mme B... ne repose ni sur une faute grave de la salariée, ni sur une cause réelle et sérieuse ;

Que sur les demandes indemnitaires consécutives l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement :

Qu'il résulte des pièces du dossier, et en particulier des clauses de l'acte de cession du fonds de commerce précité, que la société Holdis et la société Beynost brico & sports, également dénommée Beynost brico, qui appartiennent au même groupe d'entreprises, se sont entendues pour tenter d'imposer aux salariés de la société Beynost brico, dont Mme B..., un transfert de leur contrat de travail par application de l'article L 1224-1 du code du travail alors que les conditions d'application de ce texte n'étaient pas réunies ;

Que cette tentative était manifestement motivée par le souhait de ce groupe d'entreprises d'éviter les conséquences financières liées à la cessation pure et simple d'activité de la société Beynost brico, et en particulier aux licenciements économiques ou aux ruptures conventionnelles qui auraient pu ou dû intervenir dans ce contexte ;

Que par voie de conséquence, Mme B... est parfaitement fondée à réclamer aujourd'hui la condamnation in solidum de la société Holdis et de la société Beynost commercial, qui vient aux droits de la société Beynost brico & sports, précédemment dénommée Beynost brico, à lui payer les sommes suivantes auxquelles elle a droit en suite de la rupture abusive de son contrat de travail ( ) ».

1/ ALORS QUE ces motifs seront censurés par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur le premier moyen, par application de l'article 625 du code de procédure civile ;

2/ ALORS (subsidièrement) QUE les sociétés avaient souligné (conclusions en appel, p. 18) qu'il avait été proposé à la salariée de continuer à exercer les fonctions d'adjoint au directeur correspondant à un emploi d'adjoint au manager de rayon, niveau 7 de la convention collective nationale du commerce à prédominance alimentaire, ce niveau 7 correspondant à un statut de cadre, 1er échelon ; que Mme B... s'était donc vue proposer de conserver les mêmes fonctions, avec une classification équivalente à celle qu'elle avait auparavant et des conditions de rémunération plus avantageuses puisqu'augmentées de 12,4 % ; qu'en affirmant néanmoins que les sociétés lui auraient ainsi imposé une baisse de responsabilités, sans répondre au moyen des écritures des sociétés soulignant que, classée au statut cadre niveau VII avant le transfert, il lui avait été proposé le même niveau de classification après le transfert, le cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile. Moyens produits, au pourvoi incident, par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour Mme B...

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la salariée de ses demandes de paiement de rappel d'heures supplémentaires et congés payés afférents, d'indemnité pour repos compensateur non pris et d'indemnité pour travail dissimulé pour les périodes allant du 1er septembre 2012 au 31 décembre 2013 et du 1er juin 2014 au 4 juillet 2014.

AUX MOTIFS QUE N... B... n'était pas la salariée de la société Holdis mais celle de la société Beynostbrico, et cette relation de travail était soumise aux textes conventionnels applicables dans la branche des magasins de bricolage, et en particulier à l'accord du 23 juin 2000 sur l'application de loi sur la réduction du temps de travail dans la profession du bricolage ; l'article 3 du titre 2 de cet accord dispose notamment que : « II - Cadres dont l'organisation du travail n'est pas liée à l'horaire collectif applicable au sein de(s) l'équipe(s) à laquelle ils sont intégrés. 1° Définition : Ce sont les cadres, au sens de la convention collective de branche, qui ont vocation à animer des équipes composées de salariés dont le temps de travail n'est pas organisé selon un horaire collectif unique, mais selon divers horaires collectifs ou individuels. Cette situation rend ainsi très souvent impossible l'organisation du travail du cadre à l'intérieur uniquement de l'un de ces horaires ; Ce sont également les cadres dont la fonction n'est pas simplement liée à un poste mais également à une mission dont la réalisation n'est pas guidée par des tâches pré-identifiées. 2° Durée du travail : La durée du travail des cadres visés au présent article peut être fixée individuellement par une convention de forfait hebdomadaire, mensuelle ou annuelle. Pour les cadres visés au présent article et dont la convention de forfait est annuelle, la RTT prendra les formes suivantes : La convention de forfait peut être établie en heures. En l'absence d'accord ayant fixé un nombre d'heures au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, le nombre d'heures est fixé à 1 600. Le décompte des heures de travail sera effectué pour chaque salarié par un système d'enregistrement informatique, ou manuel, fiable et infalsifiable. Les horaires de travail doivent s'inscrire dans les limites journalières ou hebdomadaires légales en vigueur, à la date du présent accord. La convention peut également être établie en nombre de jours, chaque fois que la nature des fonctions, des responsabilités ou le degré d'autonomie le justifient. La convention de forfait "jours " fait l'objet d'une mention écrite au contrat de travail. Ce nombre ne peut dépasser 215 jours par an ou 430 demi-journées. L'organisation devra privilégier une répartition du temps de travail sur 5 jours. La demi-journée de travail s'entend comme la séquence de travail qui finit au plus tard à 14 heures ou commence au plus tôt à 13 heures. La journée de travail s'entend comme la séquence de travail qui va au-delà de la demi-journée telle que définie ci-dessus. L'année de référence se définit par l'année civile, fiscale ou toute autre période de 12 mois servant de repère à l'annualisation, dans le cadre d'accord d'entreprise ou d'établissement. A défaut, c'est l'année civile. Le chef d'établissement veille à ce que la charge de travail des cadres concernés par la réduction du temps de travail soit compatible avec celle-ci. Les cadres bénéficient d'un repos quotidien d'une durée minimale de 11 heures consécutives. Ils ne peuvent être occupés plus de 6 jours par semaine et bénéficient d'un repos hebdomadaire d'une durée de 35 heures consécutives. Les demi-journées ou journées de repos seront arrêtées, d'un commun accord, entre le salarié et le chef d'entreprise. A défaut d'accord, la moitié des jours de repos sera fixée à l'initiative du salarié et l'autre moitié à l'initiative de l'employeur. La rémunération forfaitaire est indépendante du nombre d'heures de travail effectif précisément accomplies durant la période de paie correspondante. Le décompte des heures de travail sera effectué pour chaque salarié par un système d'enregistrement informatique, ou manuel, fiable et infalsifiable. III - Cadres dont l'organisation du travail les amène à calquer leur horaire sur l'horaire collectif applicable au sein de(s) l'équipe(s) à laquelle ils sont intégrés ; 1° Définition : Peuvent être concernés les cadres au sens de la convention collective de branche dont l'organisation de travail correspond à la définition ci-dessus. 2° Durée du travail : Ils sont soumis aux dispositions relatives à la durée du travail applicables aux employés soit 35 heures en moyenne par semaine. » ; contrairement à ce que soutient aujourd'hui N... B..., ces dispositions conventionnelles concernant les conditions de travail des cadres autonomes soumis à un forfait en jours sont bien de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail des salariés en forfait jours restent raisonnables ; par ailleurs, la cour constate que N... B... n'invoque pas dans ses conclusions une éventuelle absence en ce qui la concerne des entretiens annuels prévus par l'article L3121-46 précités ; il résulte de l'ensemble de ces éléments que la convention de forfait en jours figurant dans le contrat de travail conclu par N... B... avec la société Beynostbrico le 1er septembre 2012 puis dans l'avenant de transfert du 30 mai 2014 est bien valable et opposable à cette salariée ; sur la demande de rappel de salaire pour heures supplémentaires : lorsque le salarié soumis à une convention valable de forfait en jours, il ne saurait être fondé à solliciter le paiement d'une quelconque heure supplémentaire ; en l'espèce, il résulte des motifs qui précèdent durant les périodes allant du 1er septembre 2012 au 31 décembre 2013 puis du 1er juin 2014 au 22 juillet 2014, N... B... était cadre autonome employée par la société Beynostbrico et soumise dans ce cadre à une convention de forfait en jours ; cette convention de forfait s'avérant valable et opposable à cette salariée, cette dernière ne saurait être fondée à réclamer le paiement d'heures supplémentaires à ce titre.

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 raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ; qu'est nulle la convention de forfait conclue en application d'un accord collectif dont les stipulations n'assurent pas cette garantie ; que tel est le cas des dispositions de l'article 3 du titre 2 de l'accord du 23 juin 2000 sur l'application de la loi

sur la réduction du temps de travail dans la profession du bricolage ; qu'en jugeant que les dispositions conventionnelles applicables concernant les conditions de travail des cadres autonomes soumis à un forfait en jours étaient de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail des salariés concernés restent raisonnables, la cour d'appel a violé 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, les articles L. 3121-39 et L. 3121-45 du code du travail dans leur rédaction applicable au litige, interprétés à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993-104 CE du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2003-88 CE du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ensemble l'article 3 de l'accord du 23 juin 2000 sur la réduction du temps de travail dans la profession du bricolage.

2° ALORS QUE, en tout état de cause, la salariée soutenait expressément, s'agissant des périodes considérées, qu'elle était contrainte de travailler aux heures d'ouverture des magasins où elle était affectée et devait solliciter l'autorisation de ses supérieurs hiérarchiques pour quitter son poste en sorte qu'elle ne disposait pas d'une autonomie dans l'organisation de son temps de travail permettant le recours à un forfait en jours ; qu'en disant la convention de forfait litigieuse valable sans vérifier, comme il le lui était demandé, que la salariée faisait des parties des cadres autonomes pouvant être soumis à une convention de forfait en jours, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-43 du code du travail de l'article 3 du titre 2 de l'accord du 23 juin 2000 sur l'application de la loi sur la réduction du temps de travail dans la profession du bricolage.

3° Et ALORS QUE les prétentions respectives des parties fixent les limites du litige et il est interdit au juge de dénaturer les documents de la cause ; que dans ses conclusions d'appel soutenues à l'audience, la salariée faisait valoir qu'au cours de l'exécution des conventions de forfait litigieuses, elle n'avait jamais bénéficié d'un entretien individuel sur la charge de travail, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle, la vie personnelle et familiale et la rémunération ; qu'en énonçant que la salariée n'invoque pas une éventuelle absence en ce qui la concerne des entretiens annuels prévus par l'article L. 3121-46, la cour d'appel a méconnu les limites du litige dont elle était saisie, en violation des articles 4 et 5 du code de procédure civile, ensemble le principe précité.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité à 1 708,78 euros la somme allouée à la salariée à titre d'indemnité légale de licenciement et de l'AVOIR déboutée du surplus de sa demande.

AUX MOTIFS QUE l'ancienneté de N... B... à prendre en considération ne court qu'à compter du 1er septembre 2012, conformément aux stipulations claires du nouveau contrat conclu par la salariée avec la société BEYNOSTBRICO à cette date et des avenants de transfert de ce contrat des 2 janvier 2014 et 30 mai 2014 qui confirment la commune intention des parties de ne pas reprendre dans le cadre de ce nouveau contrat l'ancienneté de N... B... au sein de la société HOLDIS antérieure au 1er septembre 2012 ; il y a lieu de retenir pour le calcul de la présente indemnité de licenciement qu'à la date de la rupture de cette relation de travail le 22 juillet 2014, N... B... avait une ancienneté à prendre en compte d'un an et 10 mois (soit 1,83 ans) ; [ ] dès lors l'indemnité légale de licenciement due s'établit comme suit :  $4668,80 \times 1,83 \times 1/5 = 1708,78$  euros.

ALORS QU'en application de l'article 16 du code de procédure civile, le juge, qui doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction, ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; que la salariée se prévalait d'une ancienneté de 10,97 années (pièce 62), que la société ne contestait pas ; qu'en retenant que l'ancienneté à prendre en considération ne court qu'à compter du 1er septembre 2012, conformément aux stipulations claires du nouveau contrat conclu par la salariée avec la société Beynostbrico à cette date et des avenants de transfert de ce contrat des 2 janvier 2014 et 30 mai 2014 qui confirment la commune intention des parties de ne pas reprendre dans le cadre de ce nouveau contrat l'ancienneté de la salariée au sein de la société Holdis antérieure au 1er septembre 2012, et en fixant par voie de conséquence l'ancienneté à 1,83 année, sans qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que les parties aient été

invitées à faire valoir leurs observations sur ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile.