# Texte de la **décision**

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rouen, 12 novembre 2013), que M. X... a été engagé à compter du 7 avril 2008 par la société Roger Gosselin en qualité de directeur de branche ; qu'il a pris acte de la rupture de son contrat de travail le 2 janvier 2012 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale ;

Sur les premier, deuxième et cinquième moyens :

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

Sur le troisième moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et de le condamner à verser au salarié diverses sommes, alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel s'étant fondée, pour dire la prise d'acte justifiée, sur le non-paiement des primes de développement et sur objectifs, la cassation à intervenir sur le fondement du premier et/ou du deuxième moyen de cassation entraînera celle du chef de dispositif attaqué, par application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ que la prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail ; que la circonstance que le salarié n'ait pas perçu une partie de sa rémunération sur une année ou ne se soit pas vu assigner d'objectifs à sa rémunération variable, également sur une année, n'est pas en lui-même de nature à empêcher cette poursuite, s'agissant d'un cadre de haut niveau bénéficiant, par ailleurs, d'une rémunération particulièrement élevée ; qu'en l'espèce, le salarié percevait, indépendamment de la prime de développement et de la prime sur objectif dont, selon la cour d'appel, il aurait été privé au titre de l'année 2010, d'une rémunération fixe d'un montant de 80 000 euros, ainsi que d'un treizième mois, et de divers avantages recensés par son contrat de travail ; que de plus, ainsi que l'avaient relevé les premiers juges, il avait lui-même demandé, dans le courrier aux termes duquel il prenait acte de la rupture de son contrat de travail, à effectuer son préavis de trois mois, ce qui confirmait bien que la poursuite de la relation salariée était effectivement possible ; qu'ainsi, en considérant que le non-paiement de ces deux primes en 2010 et l'absence de fixation des objectifs la même année, suffisait à justifier de la rupture du contrat aux torts de l'employeur, la cour d'appel a violé les articles L. 1231-1, L. 1237-2, et L. 1235-1 du code du travail ;

3°/ que l'employeur soutenait que le salarié souhaitait en tout état de cause le quitter, ce pour créer sa propre société, et avait manifestement cherché à « capitaliser » de prétendues irrégularités dans l'exécution du contrat, afin d'en retirer un profit maximum et ainsi bénéficier de sommes destinées au lancement de sa société ; que dès le mois de décembre 2011, l'exposante lui avait adressé un courriel, intitulé « votre départ », et rappelant à l'intéressé qu'il « av(ait) informé

plusieurs membres de (sa) volonté de quitter le groupe et l'av(ait) annoncé à (ses) équipes », soulignant que l'entreprise « n'av(ait) à ce jour aucun document officialisant (son) départ » et lui demandant de « l'informer de sa position car ceci déstabilis(ait) (sa) zone » ; que l'employeur se prévalait également d'un extrait du site « société.com », relatif à la société Edova Groupe dirigée par M. Erwan X... et immatriculée le 27 avril 2012, et soulignait que c'était dans ces conditions que le salarié avait pris acte de la rupture de son contrat, le 2 janvier 2012, en demandant expressément à effectuer son préavis de trois mois ce qui reportait sa date de départ au mois d'avril 2012, correspondant à la date de création de sa société ; que les premiers juges avaient souligné leur « perplexité » face à cette coïncidence de dates, et avaient retenu que le départ du salarié résultait exclusivement de son souhait de quitter l'entreprise pour créer la sienne propre ; que, dans ces conditions, en ne recherchant pas si la cause de la rupture du contrat ne résidait pas dans la volonté du salarié de créer sa propre entreprise plutôt que dans les manquements imputés à l'employeur, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'abord, que le rejet des premier et deuxième moyens rend sans objet la première branche qui invoque une cassation par voie de conséquence ;

Attendu, ensuite, que si la prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail, de sorte que le salarié n'est pas tenu d'exécuter un préavis, la circonstance que l'intéressé a spontanément accompli ou offert d'accomplir celui-ci est sans incidence sur l'appréciation de la gravité des manquements invoqués à l'appui de la prise d'acte ;

Attendu, enfin, qu'ayant constaté que l'employeur n'avait pas payé au salarié la prime sur objectifs et la prime de développement dues au titre de l'année 2010 et relevé que ces primes, prévues au contrat, constituaient une partie importante de la rémunération de l'intéressé, la cour d'appel, faisant ainsi ressortir que les manquements de l'employeur étaient suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat de travail, a pu décider, sans avoir à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, que la prise d'acte était justifiée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à verser au salarié un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires et une certaine somme au titre des repos compensateurs, alors, selon le moyen :

1°/ que sont considérés comme cadres dirigeants les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome, qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement et qui participent à la direction de l'entreprise (et non du groupe) qui les emploie ; que, pour retenir ou écarter la qualité de cadre dirigeant d'un salarié, il appartient au juge d'examiner la fonction que le salarié occupe réellement au regard de chacun des critères cumulatifs sus énoncés ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir que la qualité de cadre dirigeant de l'intéressé résultait, notamment, de ce que le salarié percevait la rémunération la plus élevée de la société, disposait d'une délégation de pouvoir l'investissant des prérogatives et des responsabilités les plus larges notamment en matière de gestion du personnel et de respect des diverses législations dans l'entreprise (législation économique, hygiène et sécurité, transport, temps de conduite, chantier et environnement), menait les procédures de licenciement, pouvait, par sa signature, engager la société en particulier sur les contrats publics qu'elle était amenée à conclure et participait directement à la direction de la société Roger Gosselin qui n'avait pas de « CODIR » (au contraire du groupe dont elle relevait) ; que, pour considérer que le salarié n'avait pas la qualité de cadre dirigeant, la cour d'appel a retenu qu'il avait

la classification conventionnelle « C » et non celle, plus élevée, « D », et que l'employeur ne démontrait ni sa participation au « CODIR », ni qu'il disposait du pouvoir disciplinaire ; qu'en statuant comme ainsi, par des motifs inopérants, alors qu'il lui appartenait d'examiner la fonction réellement occupée par le salarié au regard de chacun des quatre critères précités au sein de la seule entreprise qui l'employait (et non au sein du groupe tout entier), la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 3111-2 du code du travail ;

2°/ qu'un salarié peut exercer un pouvoir disciplinaire, même si ses décisions font l'objet d'une validation ; qu'en l'espèce, l'employeur se prévalait de la délégation de pouvoirs du salarié lui confiant un pouvoir de gestion du personnel, ainsi que de lettres de licenciement, de convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement, et de dénonciation d'une clause de non-concurrence, qui avaient été signées par l'intéressé ; qu'ainsi, en retenant, pour considérer que le salarié n'exerçait pas le pouvoir disciplinaire, que « la responsable des ressources humaines région pour le groupe Pizzorno environnement ayant certifié que dans le cadre des dossiers disciplinaires de Roger Gosselin, les procédures de licenciement ne pouvaient être mises en oeuvre qu'une fois validées par le DRH du groupe et la directrice de la société », la cour d'appel a violé les articles L. 1331-1 et suivants du code du travail, ensemble son article L. 3111-2 ;

3°/ qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail, les juges doivent se prononcer sur le nombre d'heures de travail effectivement réalisées, ce à l'exclusion d'une moyenne d'heures hebdomadaires ; qu'en retenant, pour condamner l'employeur à payer au salarié la somme de 54 003,75 euros, que l'intéressé aurait effectué une « moyenne mensuelle de 6 heures supplémentaires par semaine », la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le salarié n'était pas classé au coefficient le plus élevé de la convention collective, ne participait pas au comité de direction de l'entreprise et n'exerçait pas les prérogatives de l'employeur en matière de licenciement sans autorisations préalables, la cour d'appel a pu en déduire que l'intéressé n'avait pas la qualité de cadre dirigeant ;

Et attendu qu'ayant constaté l'existence d'heures supplémentaires, la cour d'appel en a souverainement évalué l'importance et fixé en conséquence les créances salariales s'y rapportant en fonction des éléments de fait qui lui étaient soumis et qu'elle a analysés ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Roger Gosselin aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Roger Gosselin à payer à M. X... la somme de 3 000 euros ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Roger Gosselin.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'exposante à verser à Monsieur X... les sommes de de 28.256 € au titre de la prime de développement 2010, de 2.825,60 € au titre des congés payés afférents, de l'AVOIR condamnée aux dépens ainsi qu'au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QU' « Aux termes du contrat de travail en date du 1er janvier 2010 précité, il a été stipulé que les éléments relatifs au versement de la prime de développement étaient définis en annexe 1, soit en fonction de l'augmentation du chiffre d'affaires d'une part, et de l'excédent brut d'exploitation (EBE) d'autre part. En plus de ces appointements annuels de base, Monsieur Erwan X... percevrait une rémunération variable dont le montant serait en fonction du degré d'atteinte des objectifs selon la règle en vigueur dans la société (cf. Annexe 2).
S'agissant de la prime de développement au titre de l'exercice 2010, si Monsieur Erwan X... a effectivement perçu en avril 2010, la somme de 48.460 au titre de l'exercice 2009, la société ROGER GOSSELIN SAS ne peut sérieusement soutenir que partie de cette somme constituerait une avance sur l'exercice 2010 alors qu'elle ne pouvait anticiper avant le décembre 2010, une progression du chiffre d'affaires et un EBE tels que définis à l'annexe 1.
Cette prime sur développement avait en réalité un caractère tout-à-fait exceptionnel à la suite de l'action déterminante de Monsieur Erwan X... dans la conclusion de trois importants contrats ABAMCOURT, PARIS et CHAMPS en 2009, au vu d'un courriel de Madame Maria Z... adressé le 12 avril 2010 à Madame Valérie A... qui n'évoquait à aucun moment que la somme de 48.460 € était pour partie une avance au titre de l'année 2010 mais qui rappelait ces conditions exceptionnelles en se terminant par cette appréciation, à savoir "il était content".
Le raisonnement de la société se heurte au calcul par ses services, de la prime de développement au titre de l'année 2010 aboutissant à la somme de 28.256 E, compte tenu d'un chiffre d'affaires total de 25.492207 et d'un EBE de 1.436.606 €, soit un % EBE sur CA de 6 % autorisant la rétribution du salarié à hauteur de 0,5 % sur la progression du chiffre d'affaires à hauteur de 5.651.289 E. En effet, en additionnant cette prime ainsi calculée à celle de 18.689 calculée selon les mêmes critères au titre de l'année 2009, Monsieur Erwan X... aurait perçu une somme moindre à hauteur de 1.515 que celle qu'il avait effectivement perçue au titre des deux années considérées. Il convient en conséquence, par infirmation du jugement entrepris, de condamner la société ROGER GOSSELIN SAS à payer à Monsieur Erwan X... cette somme de 28.256 € au titre de la prime de développement 2010 outre les congés payés sur rappel de prime d'un montant de 2.825,60 € » ;

1. ALORS QU'il est toujours possible de verser une avance sur rémunération, même si les éléments permettant d'en déterminer le montant définitif ne sont pas encore connus ; que, pour considérer que la prime versée en avril 2010 ne pouvait intégrer une avance pour l'exercice suivant, la Cour d'appel a retenu que le montant du chiffre d'affaires et de l'EBE dont dépendait ladite prime n'étaient pas encore connus ; qu'en statuant ainsi, elle a violé l'article L. 1221-1 du Code du Travail ;

2. ALORS QU'une insuffisance de motivation équivaut à un défaut de motivation ; qu'en objectant à l'employeur l'impossibilité de déterminer les montants du chiffre d'affaires et de l'EBE lors du versement de la somme litigieuse, sans examiner si, comme l'employeur l'avait exposé, de tels montants étaient parfaitement susceptibles d'être calculés dès lors que les marchés (« VILLE DE PARIS » et « CHAMPS ELYSEES ») ouvrant droit à la rémunération litigieuse étaient à durée déterminée (ses conclusions p. 7), la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

3. ALORS QUE les juges ne peuvent dénaturer les pièces du dossier ; que l'employeur avait versé aux débats un courriel de Madame Z... (directrice financière) du 12 avril 2010 précisant que, pour la prime versée en 2010, il avait été « pris en compte une année de CA pour Paris 9 072 K€ + une année de CA pour les champs + 620 K€ (EBE réalisé 9.5 %) », et qu'en conséquence le salarié avait été informé de ce qu'« évidemment, l'année prochaine ne seront pas pris en compte les contrats de PARIS et des CHAMPS », ce qui ne pouvait qu'impliquer que les sommes litigieuses représentaient une avance ; qu'en considérant que dès lors que le courriel en cause n'évoquait pas l'existence d'une avance, il y avait lieu d'en déduire que les sommes litigieuses avaient un caractère exceptionnel récompensant « l'action déterminante » qui aurait été celle du salarié ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a dénaturé le courriel de Madame Z... du 12 avril 2010, en méconnaissance de l'interdiction faite aux juges de dénaturer les documents de la cause ;

4. ALORS QU'une insuffisance de motivation équivaut à un défaut de motivation ; que, pour opposer à l'employeur le caractère prétendument incohérent de ses calculs, la Cour d'appel a retenu qu'ils aboutissaient verser au salarié une somme de 1515 euros supérieure à celle à laquelle il aurait pu prétendre ; que l'employeur, qui se prévalait lui-même de cette somme, exposait qu'elle « s'explique par le fait que la baisse du chiffre d'affaires de la société GOSSELIN pour l'année 2009 n'avait pas été déduite » et se prévalait du courriel précité du 12 avril 2010, aux termes duquel il était effectivement indiqué que cette baisse du chiffre d'affaires n'avait pas fait l'objet d'une déduction ; qu'en ne s'expliquant pas sur les justifications de la cohérence des calculs de l'employeur, la Cour d'appel a violé l'article du Code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement en ce qu'il a condamné la société ROGER GOSSELIN SAS à payer à Monsieur Erwan X..., la somme de euros à titre de prime sur objectif 2010 outre les congés payés sur rappel de prime d'un montant de 1.037,90 euros, de l'AVOIR condamnée aux dépens ainsi qu'au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « S'agissant de la prime d'objectif au titre de l'année 2010, si la société ROGER GOSSELIN SAS ne conteste pas ne pas avoir fixé d'objectifs à atteindre, conformément à l'annexe 2 insérée au contrat de travail, en l'absence d'entretien individuel, elle soutient cependant que cette prime a été versée à son salarié à titre d'avance en avril 2010, intégrée dans la somme de 48.460 E. Après avoir relevé le caractère exceptionnel de la somme précitée, et en l'absence de fixation d'objectifs contrairement à la clause contractuelle, le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a condamné la société ROGER GOSSELIN SAS à payer à Monsieur Erwan X..., la somme de 10.379 ¿ calculée conformément à celle de l'année 2009 outre les congés payés sur rappel de prime d'un montant de 1.037,90 E » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « le contrat de travail de Monsieur X... stipule en son article 5 qu'il percevra en plus de sa rémunération annuelle brute une rémunération variable dont le montant sera en condition du degré d'atteinte des objectifs selon la règle en vigueur dans la société ; que l'annexe 2 de son contrat de travail fixe la méthode de calcul afin de déterminer le montant de la prime variable ; qu'aucun avenant au contrat de travail ne sera effectué, et il n'est pas démontré que Monsieur X... aurait intégré le comité de direction du groupe PIZZORNO à compter de l'année 2010 le privant de sa clause contractuelle sur la rémunération variable ; qu'au regard de son entretien individuel du 29 juillet 2009, le calcul donne une rémunération variable de 7600 euros ; qu'il perçoit en réel la somme de 9200 euros en date du 31 mars 2010 ; qu'il touchera également une prime sur objectifs de 48460 euros en date du 30 avril 2010, il est démontré que la prime de développement et la prime sur objectifs ont été versés tels que prévus par le contrat de travail de Monsieur X... avec néanmoins le même intitulé, tels qu'attestés par les bulletins de salaire produits ; que si Monsieur X... a perçu une somme supérieure à ce que le calcul de l'annexe 2 déterminait, il n'en demeure pas moins que la société respectait les clauses contractuelles de Monsieur X... ; que Monsieur X... n'a perçu aucune prime sur objectifs en 2011, concernant l'objectif 2010, attendu également qu'aucun entretien individuel d'évaluation n'était formalisé entre la SA ROGER GOSSELIN et Monsieur X... ; que la société ROGER GOSSELIN n'a pas respecté ses obligations

contractuelles, il sera fait droit à la demande de Monsieur X... de lui verser une prime sur objectif en respectant la même méthode de calcul que pour l'année 2009 ; que cette prime est une rémunération variable faisant partie de la rémunération globale de Monsieur X... ; que cette rémunération est un élément de salaire, il sera également alloué les congés payés y afférents » ;

1. ALORS QUE les juges ne peuvent dénaturer les conclusions des parties ; qu'en l'espèce, l'employeur avait fait valoir que l'intéressé n'était pas éligible à la prime d'objectifs pour l'exercice 2010 (conclusions p. 11) et avait précisé que, lorsque la prime sur objectif avait été versée en mars 2010 pour l'exercice 2009, elle était d'un montant supérieur (9200 euros) à la somme à laquelle l'intéressé aurait pu prétendre (conclusions p. 10) ; que pour faire droit à la demande du salarié, la Cour d'appel a retenu que l'entreprise aurait soutenu que la prime d'objectifs au titre de l'exercice 2010 aurait été incluse dans la somme de 48 euros versée en avril 2010 ; qu'en statuant ainsi, quand l'employeur n'avait jamais prétendu cela, la Cour d'appel a violé l'article 4 du Code de procédure civile ;

2. ALORS QUE pour faire droit à la demande du salarié, la Cour d'appel a aussi considéré qu'ainsi qu'elle l'avait retenu dans ses motifs consacrés à la prime de développement, la somme de 48460 euros versée en avril 2010 aurait eu un « caractère exceptionnel » ; que ces motifs étant eux-mêmes viciés, la cassation à intervenir sur le fondement du précédent moyen de cassation entraînera celle du chef de dispositif attaqué par le présent moyen, en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

3. ALORS QU'une insuffisance de motivation équivaut à un défaut de motifs ; qu'en l'espèce, l'exposante soutenait que Monsieur X... n'était plus éligible à une rémunération variable car « l'EBE global (était) pass(é) de 9 à 6 % » ; qu'en ne se prononçant pas sur les conséquences de la baisse de l'EBE ainsi invoquée par l'exposante, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

4. ALORS QUE le contrat de travail n'obligeait pas l'employeur à organiser un entretien d'évaluation avant de procéder au paiement de la rémunération variable ; qu'en se fondant, par motifs propres et éventuellement adoptés, sur la circonstance qu'un tel entretien ne se serait pas tenu, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la prise d'acte par Monsieur Erwan X... de la rupture de son contrat de travail à l'égard de la société ROGER GOSSELIN SAS a produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'AVOIR condamné l'exposante à verser à Monsieur X... les sommes de 24.353,96 € à titre d'indemnité de préavis outre les congés payés afférents pour la somme de 2.435,39 €, de 6.346,18 € à titre d'indemnité de licenciement, de 60.000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de 1.872,66 à titre de treizième mois prorata temporis outre les congés payés afférents pour la somme de 187,26 €, d'AVOIR débouté l'exposante de sa demande reconventionnelle au titre de l'indemnité de préavis, de l'AVOIR condamnée aux dépens ainsi qu'au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission. L'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige. Le juge est tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans cet écrit. La prise d'acte qui permet au salarié de rompre le contrat de travail suppose un manquement suffisamment grave de l'employeur qui empêche la poursuite du contrat de travail. La charge de la preuve des faits allégués à l'encontre de

l'employeur incombe exclusivement au salarié.
Par lettre en date du 02 janvier 2012, Monsieur Erwan X... a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts exclusifs de la société ROGER GOSSELIN adressée à sa directrice générale en invoquant les griefs suivants: l'absence de règlement de la rémunération variable et de la prime de développement pour les exercices 2010 et 2011, la non rémunération de ses nombreuses heures supplémentaires, l'interdiction par son employeur de répondre à plusieurs appels d'offres, le recours à des audits et le recrutement d'un agent sans concertation ni informations préalables sur le périmètre dont il a la responsabilité.
Il a repris ces manquements dans ses dernières conclusions devant la cour.
La société ROGER GOSSELIN SAS réplique : que les faits reprochés ne faisaient pas obstacle à la poursuite du contrat de travail, que son salarié avait conscience qu'il avait bénéficié d'une avance de prime de développement d'un montant de 48.460 versée en avril 2010, soit 29.771 € de plus que ce qu'il aurait dû percevoir alors qu'il aurait dû percevoir pour les années 2009 et 2010, la somme de 46.945 E, qu'il en est de même pour la part individuelle de la rémunération variable dès lors qu'il a perçu en mars 2010, une prime d'un montant de 9.200 au lieu de 7.600 € alors que l'EBE global passait de 9 à 6 %, la rémunération variable liée à la fixation d'objectifs représentait une faible part de la rémunération totale de Monsieur Erwan X....
Aux termes du contrat de travail en date du 01 er janvier 2010 précité, il a été stipulé que les éléments relatifs au versement de la prime de développement étaient définis en annexe 1, soit en fonction de l'augmentation du chiffre d'affaires d'une part, et de l'excédent brut d'exploitation (EBE) d'autre part. En plus de ces appointements annuels de base, Monsieur Erwan X... percevrait une rémunération variable dont le montant serait en fonction du degré d'atteinte des objectifs selon la règle en vigueur dans la société (cf. Annexe 2).
S'agissant de la prime de développement au titre de l'exercice 2010, si Monsieur Erwan X... a effectivement perçu en avril 2010, la somme de 48.460 au titre de l'exercice 2009, la société ROGER GOSSELIN SAS ne peut sérieusement soutenir que partie de cette somme constituerait une avance sur l'exercice 2010 alors qu'elle ne pouvait anticiper avant le décembre 2010, une progression du chiffre d'affaires et un EBE tels que définis à l'annexe 1.
Cette prime sur développement avait en réalité un caractère tout-à-fait exceptionnel à la suite de l'action déterminante de Monsieur Erwan X... dans la conclusion de trois importants contrats ABAMCOURT, PARIS et CHAMPS en 2009, au vu d'un courriel de Madame Maria Z... adressé le 12 avril 2010 à Madame Valérie A... qui n'évoquait à aucun moment que la somme de 48.460 € était pour partie une avance au titre de l'année 2010 mais qui rappelait ces conditions exceptionnelles en se terminant par cette appréciation, à savoir "il était content".
Le raisonnement de la société se heurte au calcul par ses services, de la prime de développement au titre de l'année 2010 aboutissant à la somme de 28.256 E, compte tenu d'un chiffre d'affaires total de 25.492207 et d'un EBE de 1.436.606 €, soit un % EBE sur CA de 6 % autorisant la rétribution du salarié à hauteur de 0,5 % sur la progression du chiffre d'affaires à hauteur de 5.651.289 E. En effet, en additionnant cette prime ainsi calculée à celle de 18.689 calculée selon les mêmes critères au titre de l'année 2009, Monsieur Erwan X... aurait perçu une somme moindre à hauteur de 1.515 que celle qu'il avait effectivement perçue au titre des deux années considérées. Il convient en conséquence, par infirmation du jugement entrepris, de condamner la société ROGER GOSSELIN SAS à payer à Monsieur Erwan X... cette somme de 28.256 € au titre de la prime de développement 2010 outre les congés payés sur rappel de prime d'un montant de 2.825,60 €

S'agissant de la prime d'objectif au titre de l'année 2010, si la société ROGER GOSSELIN SAS ne conteste pas ne pas avoir fixé d'objectifs à atteindre, conformément à l'annexe 2 insérée au contrat de travail, en l'absence d'entretien individuel, elle soutient cependant que cette prime a été versée à son salarié à titre d'avance en avril 2010, intégrée dans la somme de 48.460 E. Après avoir relevé le caractère exceptionnel de la somme précitée, et en l'absence de fixation d'objectifs contrairement à la clause contractuelle, le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a condamné la société ROGER GOSSELIN SAS à payer à Monsieur Erwan X..., la somme de 10.379 ¿ calculée conformément à celle de l'année 2009 outre les congés payés sur rappel de prime d'un montant de 1.037,90 E ».
L'absence de fixation de ces objectifs et le défaut de paiement de cette prime sur objectifs ainsi que le défaut de paiement de la prime sur développement au titre de l'année 2010, constituant une part importante de la rémunération de Monsieur Erwan X... imposée par le contrat de travail sont des manquements graves qui suffisent à établir que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié a produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse
(...)
- sur les conséquences de la rupture ayant produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse,

Compte tenu d'un cumul brut annuel de salaire au titre de l'année 2011, de 80.735,24 E, d'un montant d'heures supplémentaires ci-dessus fixé à la somme de 15.135,15 et des congés payés afférents, la rémunération mensuelle de Monsieur Erwan X... doit être fixée à la somme de (97.383,90 E : 12) = 8.115,32
Monsieur Erwan X... ayant plus de deux ans d'ancienneté, peut prétendre à une indemnité de préavis de (8.115,32 x 3)= 24.353,96 E outre les congés payés afférents pour la somme de 2.435,39 E, somme à laquelle la société ROGER GOSSELIN SAS doit être condamnée.
Compte tenu de son ancienneté jusqu'au 02 avril 2011, préavis inclus, Monsieur Erwan X... a droit à une indemnité de licenciement d'un montant de (3,91 x 1/5 x 8.115,32) = 6.346,18 €
Au moment de la rupture de son contrat de travail, Monsieur Erwan X... avait au moins deux années d'ancienneté et la société GOSSELIN SAS employait habituellement au moins onze salariés. En application de l'article L. 1235-3 du code du travail, Monsieur Erwan X... peut prétendre à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qui ne peut être inférieure au montant des salaires bruts qu'il a perçus pendant les six derniers mois précédant son licenciement.
Compte tenu des circonstances de la rupture, de ce qu'il a toutefois créé une société SAS EDOVA GROUPE, la Cour dispose des éléments suffisants pour lui allouer la somme de 60.000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse
(...) sur le treizième mois prorata temporis,
Conformément au contrat de travail, Monsieur Erwan X... a droit à un treizième mois, prorata temporis, pendant la durée du préavis, soit la somme de ( 8.115,32 x 1/13 x 3 ) = 1.872,66 € outre les congés payés afférents pour la somme de 187,26 E » ;

1. ALORS QUE la cour d'appel s'étant fondée, pour dire la prise d'acte justifiée, sur le non-paiement des primes de développement et sur objectifs, la cassation à intervenir sur le fondement du premier et/ou du deuxième moyen de cassation entraînera celle du chef de dispositif attaqué, par application de l'article 624 du Code de procédure civile;

2. ALORS QUE la prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail; que la circonstance que le salarié n'ait pas perçu une partie de sa rémunération sur une année ou ne se soit pas vu assigner d'objectifs à sa rémunération variable, également sur une année, n'est pas en lui-même de nature à empêcher cette poursuite, s'agissant d'un cadre de haut niveau bénéficiant, par ailleurs, d'une rémunération particulièrement élevée ; qu'en l'espèce, Monsieur X... percevait, indépendamment de la prime de développement et de la prime sur objectif dont, selon la Cour d'appel, il aurait été privé au titre de l'année 2010, d'une rémunération fixe d'un montant de 80 000 euros, ainsi que d'un treizième mois, et de divers avantages recensés par son contrat de travail ; que de plus, ainsi que l'avaient relevé les premiers juges, il avait lui-même demandé, dans le courrier aux termes duquel il prenait acte de la rupture de son contrat de travail, à effectuer son préavis de trois mois, ce qui confirmait bien que la poursuite de la relation salariée était effectivement possible; qu'ainsi, en considérant que le non-paiement de ces deux primes en 2010 et l'absence de fixation des objectifs la même année, suffisait à justifier de la rupture du contrat aux torts de l'employeur, la Cour d'appel a violé les articles L. 1231-1, L. 1237-2, et L. 1235-1 du Code du Travail ;

3. ALORS QUE l'employeur soutenait que le salarié souhaitait en tout état de cause le quitter, ce pour créer sa propre société, et avait manifestement cherché à « capitaliser » de prétendues irrégularités dans l'exécution du contrat, afin d'en retirer un profit maximum et ainsi bénéficier de sommes destinées au lancement de sa société (conclusions p. 5 et 11-12) ; que dès le mois de décembre 2011, l'exposante lui avait adressé un courriel, intitulé « votre départ », et rappelant à l'intéressé qu'il « av(ait) informé plusieurs membres de (sa) volonté de quitter le groupe et l'av(ait) annoncé à (ses) équipes », soulignant que l'entreprise « n'av(ait) à ce jour aucun document officialisant (son) départ » et lui demandant de « l'informer de sa position car ceci déstabilis(ait) (sa) zone » ; que l'exposante se prévalait également d'un extrait du site « société.com », relatif à la société EDOVA GROUPE dirigée par Monsieur Erwan X... et immatriculée le 27 avril 2012, et soulignait que c'était dans ces conditions que le salarié avait pris acte de la rupture de son contrat, le 2 janvier 2012, en demandant expressément à effectuer son préavis de trois mois ce qui reportait sa date de départ au mois d'avril 2012, correspondant à la date de création de sa société ; que les premiers juges avaient souligné leur « perplexité » face à cette coïncidence de dates, et avaient retenu que le départ de Monsieur X... résultait exclusivement de son souhait de quitter

l'entreprise pour créer la sienne propre ; que, dans ces conditions, en ne recherchant pas si la cause de la rupture du contrat ne résidait pas dans la volonté du salarié de créer sa propre entreprise plutôt que dans les manquements imputés à l'employeur, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'exposante verser à Monsieur X... les sommes de 54.003,75 euros à titre de rappel d'heures supplémentaires outre les congés payés afférents pour la somme de 5.400,37, de 7.175,36 euros au titre des repos compensateurs outre les congés payés afférents pour la somme de 717,53 euros, de l'AVOIR condamnée aux dépens ainsi qu'au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « sur la demande d'heures supplémentaires,
En application des dispositions de l'article L 3121-1 du code du travail, le temps de travail effectif s'entend de toute période pendant laquelle le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles, ces trois critères étant cumulatifs. Aux termes de l'article L.3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; le juge forme sa conviction au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe ainsi 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.
Monsieur Erwan X... soutient qu'il a effectué dix heures supplémentaires par semaine, soit 8 heures à 25 % et 2 heures à 50 %.
La société ROGER GOSSELIN SAS réplique que Monsieur Erwan X... ne justifie pas précisément ses horaires de travail ni à quel moment il exerçait ces prétendues heures supplémentaires, qu'en outre sa demande n'est pas sérieuse eu égard à sa qualité de cadre dirigeant de l'entreprise GOSSELIN en sa qualité de directeur de branche.
En l'espèce, la société ROGER GOSSELIN SAS ne justifie pas avoir conclu avec son salarié, une convention de forfait conformément aux dispositions de l'article L 3121-46 du code du travail et particulièrement avoir organisé un entretien annuel.
Monsieur Erwan X... a été recruté en qualité de directeur de branche, cadre, niveau C2 de la Convention collective et non sous la classification D de position supérieure. L'employeur ne prouve pas que Monsieur Erwan X... ait été convoqué ou ait participé au CODIR de l'entreprise alors que celui-ci n'apparaît pas sur les derniers procès-verbaux de réunion en date des 5 et 13 décembre 2011 au titre des présents ou absents, les attestations versées par la société ne pouvant suffire à combattre cet élément objectif confirmé par Madame Loetitia B..., responsable développement ressources humaines, selon laquelle "Monsieur Erwan X... ne faisait pas partie du comité de direction du groupe Pizzorno environnement". Par ailleurs il n'est pas démontré que Monsieur Erwan X... ait été investi du pouvoir disciplinaire, la responsable des Ressources humaines Région pour le groupe Pizzorno Environnement ayant certifié que "dans le cadre des dossiers disciplinaires de Roger Gosselin, les procédures de licenciement ne pouvaient être mises en oeuvre qu'une fois validées par Valérie A..., DRH du groupe, et de Maria Z..., directrice de la société".
Il en résulte que Monsieur Erwan X... n'avait pas la qualité de cadre dirigeant de la société. S'agissant des éléments de nature à étayer sa demande, s'il n'est pas contesté par l'employeur que son salarié n'a jamais été rémunéré d'heures supplémentaires, Monsieur Erwan X... produit à la procédure, des bulletins de salaire de plusieurs salariés attestant que ceux-ci étaient rémunérés de leurs heures supplémentaires. Il ne peut être sérieusement contesté que de par la nature de ses fonctions, Monsieur Erwan X... était amené à se déplacer sur un large périmètre géographique, allant du HAVRE à PARIS puis à ABONCOURT. Il était notamment stipulé au contrat de travail que l'exercice de ses fonctions pouvait l'amener à effectuer des déplacements en France et/ou à l'étranger. Il produit aux débats, la copie de ses agendas du 16 février 2009 au 13 janvier 2012 reproduisant ses activités hors de son lieu habituel de travail, laissant présumer une amplitude de travail supérieure à 35 heures hebdomadaires. Ainsi à titre d'exemple, le 16 février 2009, il se trouvait à 8 heures au bureau du Havre pour se rendre de 19 à 20 heures au "CM Metz", Le 19 février 2009, il se trouvait de 8 heures

à 19 heures au Havre (objet Gosselin budget"). Le 31 mars 2009, après avoir fait un "point tel montreuil", il se rendait à Paris de 16 heures à 18 heures 15 puis avait un rendez-vous "montreuil" à 20 heures 30. Le 14 mars 2010, il avait un rendez-vous avec Monsieur D... à Metz. Le 17 janvier 2011, il avait une réunion jusqu'à 21 heures 45; de même il se rendait le lendemain aux voeux de la mairie du 15ème jusqu'à 22 heures. Cet agenda confirme ainsi que d'une manière générale, Monsieur Erwan X... ne quittait qu'exceptionnellement son service à 18 heures. Cet emploi du temps est corroboré par certaines attestations, notamment celle de Madame Anne-Claire E..., assistante de direction de Monsieur Erwan X..., selon laquelle alors que ses horaires étaient de heures par semaine, Monsieur Erwan X... était toujours présent avant elle, le matin et partait après elle le soir. Elle précisait que celui-ci était régulièrement présent (environ deux fois par mois) au départ des équipes le matin entre 6 heures et 7 heures et à plusieurs reprises, il l'avait sollicitée pour rester plus tard ou travailler le samedi afin de terminer les dossiers d'appels d'offres ou la facturation. Madame Carole F..., responsable des ressources humaines Région au sein du groupe Pizzorno Environnement, confirme avoir travaillé en étroite collaboration avec Monsieur Erwan X... d'avril 2010 à juillet 2012, avoir communiqué à plusieurs reprises avec celui-ci lors de missions entre 6 heures 30 et 21 heures, avoir échangé au téléphone dès 6 heures 30 ou après 20 heures au sujet de réunions, s'être aussi entretenus durant les week-ends durant les phases de reprises de marchés. Monsieur Dominique G..., fonctionnaire territoriale au Mesnil le Roi, directeur des services techniques, a quant à lui, attesté que Monsieur Erwan X... a toujours fait preuve d'une grande disponibilité dans l'exercice de ses fonctions, précisant qu'il lui arrivait de le solliciter très tôt le matin (7h) lors du démarrage des prestations et le soir après 20 h pour évoquer et régler les dysfonctionnements rencontrés, que Monsieur Erwan X... s'est toujours rendu disponible quel que soit l'heure ou le jour, week-end compris. Il est suffisamment démontré que le salarié a particulièrement étayé sa demande. De son côté, l'employeur ne justifie pas du nombre d'heures réellement effectuées, contestant la réalité de la moindre heure supplémentaire. Il convient en conséquence par infirmation du jugement entrepris, de dire que compte tenu de ces éléments, Monsieur Erwan X... a effectué une moyenne mensuelle de 6 heures par semaine, Le rappel d'heures supplémentaires s'élève en conséquence à la somme de :
· au titre de l'année 2008, 32 semaines x 6= 192 heures x (40,57 € x 25 %) = 9.736,80 €
· au titre de l'année 2009, 46 semaines x 6= 276 heures x (40,57 € x 25 %) = 13.996,65 €
· au titre de l'année 2010, 46 semaines x 6 = 276 heures x (43,87 € x 25 cY0) = 15.135,15 €
· au titre de l'année 2011, 46 semaines x 6 = 276 heures x (43,87 € x 25 %) = 15.135,15 €, soit la somme totale de 54.003,75 outre les congés payés sur rappel d'heures supplémentaires pour la somme de 5.400,37 €, sommes auxquelles la société ROGER GOSSELIN SAS doit être condamnée au paiement.
- sur la demande au titre du repos compensateur,
Le salarié dont la demande en paiement d'heures supplémentaires a été accueillie par le juge, doit être considéré comme n'ayant pas été en mesure de formuler du fait de son employeur, une demande portant sur le repos compensateur auquel ces heures lui donnaient droit et doit donc recevoir l'indemnisation du préjudice subi à ce titre. Compte tenu d'un contingent annuel d'heures supplémentaires fixé à 220 heures, et dépassé pour les années 2009 à 2011, il est dû à Monsieur Erwan X..., 56 heures par an à titre de repos compensateur, soit la somme de (56 x 40,57) + (112 x 43,87) = 7.175,36 E outre les congés payés sur repos compensateur pour la somme de 717,53 €, sommes auxquelles la société ROGER GOSSELIN SAS doit être condamnée au paiement » ;

1. ALORS QUE sont considérés comme cadres dirigeants les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome, qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement et qui participent à la direction de l'entreprise (et non du groupe) qui les emploie ; que, pour retenir ou écarter la qualité de cadre dirigeant d'un salarié, il appartient au juge d'examiner la fonction que le salarié occupe réellement au regard de chacun des critères cumulatifs sus énoncés; qu'en l'espèce, l'exposante faisait valoir que la qualité de cadre dirigeant de l'intéressé résultait, notamment, de ce que Monsieur X... percevait la rémunération la plus élevée de la société, disposait d'une délégation de pouvoir l'investissant des prérogatives et des responsabilités les plus larges notamment en matière de gestion du personnel et de respect des diverses législations dans l'entreprise (législation économique, hygiène et sécurité, transport, temps de conduite, chantier et environnement), menait les procédures de licenciement, pouvait, par sa signature, engager la société en particulier sur les contrats publics qu'elle était amenée à conclure et participait directement à la direction de la Société ROGER GOSSELIN qui n'avait pas de « CODIR » (au contraire du groupe dont elle relevait) ; que, pour considérer que le salarié n'avait pas la qualité de cadre dirigeant, la Cour d'appel a retenu qu'il avait

la classification conventionnelle « C » et non celle, plus élevée, « D », et que l'employeur ne démontrait ni sa participation au « CODIR », ni qu'il disposait du pouvoir disciplinaire ; qu'en statuant comme ainsi, par des motifs inopérants, alors qu'il lui appartenait d'examiner la fonction réellement occupée par le salarié au regard de chacun des quatre critères précités au sein de la seule entreprise qui l'employait (et non au sein du groupe tout entier), la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 3111-2 du Code du Travail ;

2. ALORS QU'un salarié peut exercer un pouvoir disciplinaire, même si ses décisions font l'objet d'une validation ; qu'en l'espèce, l'employeur se prévalait de la délégation de pouvoirs de Monsieur X... lui confiant un pouvoir de gestion du personnel, ainsi que de lettres de licenciement, de convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement, et de dénonciation d'une clause de non-concurrence, qui avaient été signées par l'intéressé ; qu'ainsi, en retenant, pour considérer que le salarié n'exerçait pas le pouvoir disciplinaire, que « la responsable des Ressources humaines Région pour le groupe Pizzorno Environnement ayant certifié que dans le cadre des dossiers disciplinaires de Roger Gosselin, les procédures de licenciement ne pouvaient être mises en oeuvre qu'une fois validées par Valérie A..., DRH du groupe, et de Maria Z..., directrice de la société », la Cour d'appel a violé les articles L. 1331-1 et suivants du Code du travail, ensemble son article L. 3111-2 ;

3. ALORS QU'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail, les juges doivent se prononcer sur le nombre d'heures de travail effectivement réalisées, ce à l'exclusion d'une moyenne d'heures hebdomadaires ; qu'en retenant, pour condamner l'employeur à payer au salarié la somme de 54 003,75 euros, que l'intéressé aurait effectué une « moyenne mensuelle de 6 heures supplémentaires par semaine », la Cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du Code du travail.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'exposante à verser à Monsieur X... la somme de 155,25 euros au titre du solde des indemnités de déplacement, l'AVOIR condamnée aux dépens ainsi qu'au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « sur les frais de déplacement,
Au vu des pièces produites, (note de frais, courriel du 07 février 2012) et des déductions opérées, la société ROGER GOSSELIN SAS doit être condamnée par infirmation du jugement entrepris, à payer à Monsieur Erwan X..., la somme de 155,25 ¿ au titre du solde des indemnités de déplacement »

ALORS QUE nul ne peut se constituer de preuve à lui-même ; que c'est au salarié de faire la preuve des frais qu'il prétend avoir exposés dans l'exercice de ses fonctions; qu'en l'espèce, pour justifier de tels frais, Monsieur X... produisait un courriel qu'il avait luimême rédigé, en date du 7 février 2012, ainsi qu'une « note de frais », également établie par ses soins, ce à l'exclusion de tout justificatif des frais réclamés ; qu'en se fondant sur ce courriel et cette note de frais pour condamner l'exposante au paiement de frais professionnels, la Cour d'appel a violé l'article 1315 du Code civil.