

SOC.

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 22 septembre 2021

Cassation partielle

Mme LEPRIEUR, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 1011 F-D

Pourvoi n° X 19-24.706

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 22 SEPTEMBRE 2021

M. [G] [S], domicilié [Adresse 2], a formé le pourvoi n° X 19-24.706 contre l'arrêt rendu le 25 septembre 2019 par la cour d'appel de Versailles (15e chambre), dans le litige l'opposant à la société Société de gestion hôtelière de Paris Berthier, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 1], défenderesse à la cassation.

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Le Corre, conseiller référendaire, les observations de Me Haas, avocat de M. [S], de la SCP de Chaisemartin, Doumic-Seiller, avocat de la société Société de gestion hôtelière de Paris Berthier, et après débats en l'audience publique du 22 juin 2021 où étaient présents Mme Leprieur, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Le Corre, conseiller référendaire rapporteur, M. Barincou, conseiller, et Mme Pontonnier, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée 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 (Versailles, 25 septembre 2019), M. [S] a été engagé le 28 août 1995 par la société Société de gestion hôtelière de Paris Berthier. Il exerçait en dernier lieu les fonctions de co-directeur d'exploitation.
2. Il a été licencié pour faute grave le 5 mai 2011.
3. Le salarié 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 et cinquième moyens, et le premier moyen, pris en ses première, deuxième, troisième et sixième branches, 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 griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen, pris en ses quatrième et cinquième branches

Enoncé du moyen

5. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de l'ensemble de ses demandes, alors :

« 4°/ que le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées ; qu'en retenant une faute grave à l'égard de M. [S] matérialisée par son attitude négative, lors d'un déjeuner, à l'égard d'un subordonné et le dénigrement de son employeur, cependant que lesdits propos, tenus dans un contexte de perte d'autonomie et de dévalorisation du travail de M. [S], ne caractérisaient pas un abus dans l'exercice de la liberté d'expression dont jouit tout salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 1121-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

5°/ que la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; qu'en retenant une faute grave à l'égard de M. [S] matérialisée par son attitude négative à l'égard d'un subordonné et le dénigrement de son employeur, après avoir relevé, d'une part, que le salarié comptait quinze ans d'ancienneté et, d'autre part, que les propos litigieux avaient été tenus au cours d'un déjeuner en présence de son épouse et d'un seul autre salarié de l'entreprise et dans un contexte de perte d'autonomie et de dévalorisation du travail de M. [S], la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail. »

Réponse de la Cour

6. La cour d'appel a retenu que le 18 avril 2011, durant un déjeuner de travail, le salarié avait tenu au directeur des opérations de la société des propos, dont elle a fait ressortir le caractère excessif, consistant en un dénigrement de la présidente de la société et a ainsi caractérisé un abus dans la liberté d'expression.

7. Ayant relevé que ces propos avaient été tenus après plusieurs avertissements préalables de son supérieur

hiérarchique, dont un du 5 janvier 2011, la cour d'appel a pu décider, malgré l'ancienneté du salarié, que ces faits, qui rendaient impossible son maintien dans l'entreprise, constituaient une faute grave.

8. Le moyen n'est donc pas fondé.

Mais sur le quatrième moyen

Enoncé du moyen

9. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de l'ensemble de ses demandes, alors « que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; que contrat de travail de M. [S] stipulait, en son article XI, que la prime de gestion sur le résultat brut d'exploitation était déclenchée à partir du premier euro ; qu'en considérant, pour débouter le salarié de la demande formulée au titre de cette prime, que le seuil de déclenchement de la prime n'est pas atteint dès lors qu'au titre de l'année 2011, et après revalorisation sur la base de l'indice INSEE, le seuil annuel de déclenchement de la prime était de 3 011 127 euros et que, sur cette période, le résultat brut d'exploitation du Tîme hôtel Paris Berthier avait été de 977 544 euros, la cour d'appel a violé l'article 1134, devenu 1103, du code civil. »

Réponse de la Cour

Recevabilité du moyen

10. L'employeur conteste la recevabilité du moyen. Il soutient que celui-ci est irrecevable comme nouveau, mélangé de fait et de droit.

11. Cependant le salarié avait invoqué dans ses conclusions le fait que la prime de gestion était calculée selon deux paliers dont le premier était déclenché dès le premier euro.

12. Le moyen est donc recevable.

Bien-fondé du moyen

Vu l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis :

13. Pour rejeter la demande en rappel de prime de gestion, l'arrêt retient que le seuil de déclenchement de la prime n'est pas atteint dès lors qu'au titre de l'année 2011, et après revalorisation sur la base de l'indice INSEE, le seuil annuel de déclenchement de la prime de gestion sur le résultat brut d'exploitation est de 3 011 127 euros. L'arrêt ajoute que sur cette période, le résultat brut d'exploitation était égal à 977 544 euros, de sorte qu'aucune prime de gestion n'est due au salarié.

14. En statuant ainsi, alors que l'article XI du contrat de travail de la salariée précisait que, pour la partie comprise entre 0 et 2 744 082 euros du résultat brut d'exploitation, la prime était de 1% de ce résultat, déclenché dès le premier euro, la cour d'appel, qui en a dénaturé les termes clairs et précis, a violé le principe susvisé.

Portée et conséquences de la cassation

15. La cassation du chef de dispositif rejetant la demande de M. [S] en rappel de prime de gestion emporte cassation des chefs de dispositif de l'arrêt condamnant le salarié aux dépens de première instance et d'appel ainsi qu'au paiement d'une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de rappel de prime de gestion et condamne le salarié aux dépens de première instance et d'appel et au paiement de la somme de 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 25 septembre 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

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 Versailles autrement composée ;

Condamne la société Société de gestion hôtelière de Paris Berthier aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Société de gestion hôtelière de Paris Berthier et la condamne à payer à M. [S] la somme de 2 000 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, prononcé et signé par M. Barincou, conseiller le plus ancien en ayant délibéré, conformément aux dispositions des articles 452 et 456 et 1021 du code de procédure civile, en remplacement du président et du conseiller référendaire rapporteur empêchés, en l'audience publique du vingt-deux septembre deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Haas, avocat aux Conseils, pour M. [S]

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE, sur le licenciement pour faute grave, aux termes de la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige, la Société de gestion hôtelière de Paris Berthier reproche à son salarié des actes répétés d'insubordination et une attitude agressive et discourtoise envers les clients, les intervenants extérieurs, ses collègues et sa hiérarchie ; que le salarié a été licencié pour faute grave par lettre recommandée du 5 mai 2011 dans les termes suivants « vous avez été embauché par notre société, par contrat de travail à durée indéterminée et à effet du 1er juin 2003 (avec reprise d'ancienneté au 28 août 1995), aux fins d'exercer les fonctions de co-directeur de l'Hôtel, statut cadre dirigeant, avec notamment pour mission d'assister votre épouse, Mme [S], également co-directrice. Or, nous avons dû faire face, au cours de ces derniers mois, à une forte dégradation de votre comportement et de votre implication professionnelle, nous ayant contraints à devoir vous notifier, le 5 mai 2010, un premier avertissement écrit, lequel était motivé par des propos déplacés tenus à mon égard (puisque vous avez dit que je mentais suite à mon refus de négocier financièrement les conditions de votre départ, le 5 janvier 2011, un nouvel avertissement écrit lié aux mauvaises performances de l'hôtel Time hôtel Paris Berthier résultant en grande partie de graves manquements dans le cadre de la réalisation de vos tâches (absence de mise en place de méthodes d'optimisation des revenus ; plan d'actions commerciales incomplet et imprécis, absence d'informations transmises à la direction générale sur les actions entreprises en matière de visite de l'Hôtel par les Agences de voyage ; participation aux salons faite de façon désordonnée et sans aucune concertation ; manque de transparence et absence de modification des méthodes de travail, etc.). Or, loin de prendre en compte nos demandes, vous avez cru bon, sur un ton polémique et non constructif de refuser d'assumer vos responsabilités - en tentant systématiquement de rejeter vos fautes sur les autres, voire en contestant même la stratégie de l'entreprise et du groupe Time hôtels. Le 9 février 2011, nous étions contraints de vous interpellier par écrit, afin de vous demander, une nouvelle fois et faute de toute diligence de votre part, la communication des éléments demandés un mois plus tôt, à savoir un plan d'actions commerciales enfin complété et renseigné, un retour concret sur les démarches entreprises par vos soins auprès des agences et les résultats obtenus, ainsi que des données précises et chiffrées sur les retombées économiques des Salons. Les quelques éléments que votre épouse a bien voulu nous communiquer par la suite ont clairement mis en évidence que vous n'entendiez plus vous impliquer dans la gestion et le développement de notre Hôtel (absence de toutes propositions constructives ; refus de remettre en cause vos méthodes d'organisation passées ;

etc.). Je vous reproche en dernier lieu d'avoir tenu, tant à mon égard qu'à celui de notre société et du groupe, des propos inacceptables et des menaces directes lors d'un déjeuner de travail qui a eu le 18 avril 2011 avec notre directeur des opérations, M. [D], au cours duquel vous avez jugé utile de me traiter de « super menteuse » et de « petite comptable », de nulle en management », de préciser que vous vous occuperez personnellement de [mon] cas » et d'indiquer enfin « je vais me la faire, elle se retrouvera face à moi au tribunal et par ailleurs avec tout ce que je sais, elle risque de perdre sa place » ; de tenter de nous intimider, en invoquant pour ce faire les risques de reconnaissance d'une unité économique et sociale au sein du groupe Time hôtels ou encore de désignation d'un délégué syndical CGT au niveau de l'hôtel si « quelqu'un prenait les choses en mains » (sous-entendu vous-même) ! vous n'avez enfin, au cours de ces dernières semaines, eu de cesse de multiplier les occasions de conflits, en tentant par exemple de monnayer votre départ en contrepartie d'un chèque d'un montant de 1 000 000 euros, chantage auquel nous n'avons jamais accepté de céder » ; que M. [S] conteste la prise en compte de l'avertissement du 5 janvier 2011 qui consiste à sanctionner deux fois les mêmes faits ; que la Société de gestion hôtelière de Paris Berthier réplique qu'il s'agit d'un simple rappel destiné à montrer la persistance d'un comportement inadapté malgré la mise en garde ; que sur le second grief relatif à des propos qui auraient été tenus le 18 avril 2011 par M. [S] la société gestion hôtelière de Paris Berthier verse aux débats un courriel de M. [D], qui indique « pour information, j'ai déjeuné ce midi au Timehôtel Berthier en compagnie des époux [S]. Pendant le repas nous avons abordé un certain nombre de sujets parmi lesquels la restauration, la commercialisation de l'hôtel en trois étoiles, les résultats d'avril et mai etc. Je tiens à te faire part des propos tenus par [Y] et [G] qui sont à mon sens inadmissibles et qui viennent compléter ceux qu'ils avaient déjà tenus à ton égard lors d'une visite précédente en te qualifiant de « super menteuse » et de « petite comptable » (que [G] a de nouveau dit aujourd'hui pour le deuxième point). En effet, [G] a évoqué à plusieurs reprises un harcèlement qu'il dit subir de ta part, mais également qu'il s'occupera « personnellement de ton cas et ne te lâchera pas » et ajoute « je vais me la faire. Elle se retrouvera face à moi au tribunal et par ailleurs avec ce que je sais, elle risque de perdre sa place ». Plus tard il évoque de façon très claire qu'il pourrait faire en sorte de faire entrer les syndicats dans l'hôtel, et dit « [E] trouve que ça n'est pas facile de gérer notre délégué du personnel, qu'est-ce que ça va être lorsqu'elle se retrouvera face à un délégué syndical CGT de toute façon elle est nulle en management ». A plusieurs reprises, il a évoqué sans équivoque l'UES au sein de Time hôtel et le coût que cela pourrait représenter si quelqu'un prenait les choses en main, tout ceci après m'avoir dit « écoute bien ce que je vais te dire ». Ces derniers propos ainsi que ceux concernant les syndicats s'apparentent pour moi très clairement à du chantage et de l'intimidation, [Y] quant à elle m'a mis en garde : « J'espère qu'en arrivant chez Time Hôtels tu as un plan B car lorsque tu ne seras plus en odeur de sainteté tu seras débarqué. Tu es en période d'essai ? C'est 6 mois ? ». Ils ont également répété des propos déjà tenus au sujet de l'acquisition de l'hôtel Campanile Berthier « ils ont fait n'importe quoi, puisqu'ils ont acheté à prix d'or cet hôtel, plus de 10 millions d'euros plus cher que tous les autres acquéreurs potentiels. Ça ne sert à rien de faire HEC et autres grandes écoles pour faire des choses pareilles (sous-entendu nos actionnaires) ». Ces dérapages verbaux bien qu'étonnants ne font que confirmer l'état d'esprit dans lequel ils sont tous les deux. Ils ne pensent qu'à régler des comptes et lorsque je l'ai écouté me tenir ce type de propos alors que je représente le siège social de l'établissement pour lequel ils travaillent je m'inquiète : quels messages sont-ils capables de passer à leurs équipes ? » ; que M. [S] réfute avoir tenu de tels propos pourtant confirmés par M. [D] aux termes d'une attestation circonstanciée produite aux débats dans laquelle il ajoute, qu'à l'occasion de ce même entretien, les époux [S] ont vivement critiqué les actionnaires du groupe Time hôtels « ils ont ensuite dénigré vivement nos actionnaires en certifiant que l'hôtel avait été acheté 10 millions d'euros trop cher et en me disant, en parlant de nos actionnaires « ça ne sert à rien de faire HEC et autres grandes écoles pour faire des choses pareilles » ; qu'il indique que cette attestation aurait été établie pour les besoins de la cause, et serait irrecevable car constituant une preuve que la société se serait constituée à elle-même ; qu'en matière prud'homale la preuve est libre, et que rien ne s'oppose à ce que le juge examine une attestation établie par un salarié et qu'il lui appartient seulement d'en apprécier souverainement la valeur et la portée ; que M. [S] ne produit aucun document susceptible de remettre en cause la véracité des propos rapportés par M. [D] et ne démontre pas ne jamais avoir tenu les propos qu'on lui prête contrairement à ses affirmations, alors que d'autres témoins étaient présents le 18 avril 2011 ; qu'il est retenu que l'attitude négative de M. [S] à l'égard de ses subordonnés et le dénigrement de son employeur en s'adressant à un salarié comptable en la traitant de « super menteuse » et de « petite comptable », de « nulle en management », tout en lui précisant qu'il s'occuperait « personnellement de son cas » en lui indiquant « je vais me la faire, elle se retrouvera face à moi au tribunal et par ailleurs, avec ce que je sais, elle risque de perdre sa place », le tout après plusieurs avertissements préalables de son supérieur hiérarchique, dont un le 5 janvier 2011 constitue une violation grave et manifeste des obligations contractuelles de M. [S] ;

ALORS, 1°), QUE l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ; qu'en affirmant, pour retenir la faute grave, que d'autres témoins que M. [D] étaient présents le 18 avril 2011, cependant qu'aucune des parties n'invoquait l'existence d'autres témoins confirmant la matérialité des faits survenus le 18 avril 2011, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

ALORS, 2°), QUE le juge est tenu de motiver sa décision ; qu'en affirmant que d'autres témoins étaient présents le 18 avril 2011, sans préciser sur quelles pièces elle fondait cette assertion, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, 3°), QUE le juge a l'obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ; qu'en affirmant, pour retenir la faute grave, que M. [S] se serait adressé à une salariée comptable en la traitant de « super menteuse » et de « petite comptable », de « nulle en management », tout en lui précisant qu'il s'occuperait « personnellement de son cas » et en lui indiquant « je vais me la faire, elle se retrouvera face à moi au tribunal et par ailleurs, avec ce que je sais, elle risque de perdre sa place », cependant qu'il ne ressortait ni de la lettre de licenciement ni du courriel de M. [D] du 18 avril 2011 que la personne visée par les propos était une salariée comptable et qu'elle était présente lors du déjeuner au cours duquel M. [S] avait tenu les propos litigieux, la cour d'appel a dénaturé les documents précités, en méconnaissance du principe susvisé ;

ALORS, 4°), QUE le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées ; qu'en retenant une faute grave à l'égard de M. [S] matérialisée par son attitude négative, lors d'un déjeuner, à l'égard d'un subordonné et le dénigrement de son employeur, cependant que lesdits propos, tenus dans un contexte de perte d'autonomie et de dévalorisation du travail de M. [S], ne caractérisaient pas un abus dans l'exercice de la liberté d'expression dont jouit tout salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 1121-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

ALORS, 5°), QUE la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; qu'en retenant une faute grave à l'égard de M. [S] matérialisée par son attitude négative à l'égard d'un subordonné et le dénigrement de son employeur, après avoir relevé, d'une part, que le salarié comptait quinze ans d'ancienneté et, d'autre part, que les propos litigieux avaient été tenus au cours d'un déjeuner en présence de son épouse et d'un seul autre salarié de l'entreprise et dans un contexte de perte d'autonomie et de dévalorisation du travail de M. [S], la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

ALORS, 6°), QU'en se fondant sur l'avertissement du 5 janvier 2011 pour caractériser l'existence d'une faute grave à l'encontre de M. [S], après avoir pourtant écarté tout manque d'implication dans la gestion de l'hôtel, seul fait reproché au salarié dans le cadre de cet avertissement, la cour d'appel, qui s'est déterminée par un motif inopérant, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE, sur le harcèlement moral, M. [S] fait état de faits susceptibles de laisser présumer des agissements répétés constitutifs de harcèlement moral : une fréquence accrue des visites des responsables qui sont établies par les attestations produites, une surcharge de travail (rapports), une diminution de son autonomie et une dévalorisation de son travail dont témoignent ses collaborateurs ; que ces éléments laissent supposer que M. [S] a pu être victime de harcèlement moral ; que l'employeur fait remarquer que les attestations produites reprennent les propos des époux [S] ; qu'il expose qu'un changement d'enseigne accompagné d'un passage de deux à trois étoiles entraîne un surcroît de travail, que la multiplication des visites était en outre justifiée par les mauvais résultats obtenus, qu'il ajoute que les remarques faites s'inscrivent dans le cadre de son pouvoir de direction ; qu'aux termes des articles L. 1152-1 et suivants du code du travail « aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa

santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel » ; que l'article L 1154-1 du même code dispose que « lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L.1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, un candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement ; qu'au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles » ; que n'est pas constitutif d'un harcèlement moral le seul exercice du pouvoir de direction de l'employeur et les courriers adressés au salarié par l'employeur, visant seulement à lui demander de respecter ses obligations, les observations s'inscrivant dans le cadre d'un exercice normal du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur, les échanges de courriers entre un salarié et son supérieur hiérarchique dont les propos restent cordiaux et les mesures prises par l'employeur dans le cadre de la mise en place d'une nouvelle organisation de l'entreprise ; que des faits de harcèlement ne peuvent être confondus avec l'exercice, fut-il autoritaire, du pouvoir général d'organisation du chef d'entreprise et l'établissement de faits de harcèlement exige que soient constatés des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail dans les termes de l'article L. 1152-1 du code du travail, M. [S] fixe le point de départ du harcèlement moral dont il prétend avoir été la victime à janvier 2011 ; qu'il ne verse aux débats aucune pièce médicale attestant d'une dégradation de sa santé ; que s'agissant d'une volonté manifestée par le groupe Time hôtels de se débarrasser de son salarié, celle-ci est relayée par les attestations de M. [K] qui prétend qu'il lui aurait été demandé « d'accentuer la pression sur les époux [S] et de leur créer un régime spécial pour les pousser à partir » ; que ce dernier a lui-même été licencié pour faute grave le 29 juillet 2010, plus de 10 mois avant le licenciement de M. [S] en raison de graves dysfonctionnements constatés dans l'exercice de ses fonctions, laissant suspecter l'existence de rancoeurs vis-à-vis de son ancien employeur et un défaut d'objectivité ; que cette attestation sera dès lors non retenue par la cour, comme non probante ; que M. [J] ancien collaborateur du cabinet FCA dispensant des conseils en droit social au groupe Time hôtels, indique avoir pu entendre des conversations faisant état du départ des époux [S] ; qu'il est justifié par la Société de gestion hôtelière de Paris Berthier que M. [J] a quitté la société FCA le 13 décembre 2010 et ne peut ainsi prétendre avoir été témoin d'une quelconque manoeuvre d'éviction de M. [S] dont le licenciement a été notifié plus de six mois plus tard ; qu'en outre, si le coût d'un éventuel licenciement de M. [S] a pu être évoqué par la direction du groupe Time hôtels avec ses conseils extérieurs, cet élément ne saurait en soi constituer un fait de harcèlement moral ; que s'agissant des pressions exercées depuis janvier 2011, celles-ci sont contredites par la colère des salariés exprimée à l'encontre de M. [S] dont il est justifié aux débats par la Société de gestion hôtelière de Paris Berthier ; que M. [S] qui prétend enfin avoir subi de multiples pressions, ne produit pas de pièce de nature à caractériser en quoi le comportement de la direction du groupe time hôtels a été la source d'un stress ou d'une souffrance au travail pour lui, ne mettant ainsi pas en mesure son employeur de pouvoir répondre à ses affirmations ; que l'existence d'agissements constitutifs d'un harcèlement moral à l'encontre de M. [S] doit donc être écartée ;

ALORS, 1°), QUE lorsque le salarié qui se prétend victime d'agissements de harcèlement moral, présente des éléments de fait laissant supposer l'existence du harcèlement, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs de harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'après avoir constaté que trois griefs étaient établis et laissaient présumer l'existence d'un harcèlement moral, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs impropres à caractériser l'existence d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement moral, en violation des articles L.1152-1 et L.1154-1 du code du travail ;

ALORS, 2°), QUE tenus de motiver leur décision, les juges du fond doivent examiner tous les éléments versés aux débats par les parties à l'appui de leurs prétentions ; qu'en relevant, pour écarter tout harcèlement moral, que le salarié ne versait aux débats aucune pièce médicale attestant d'une dégradation de sa santé, sans procéder à la moindre analyse, même succincte, des certificats médicaux produits par le salarié et mentionnant son état anxio-dépressif, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, 3°) et en tout état de cause, QU'aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ; qu'en relevant, pour écarter tout harcèlement moral, que le salarié ne versait aux débats aucune pièce médicale attestant d'une dégradation de sa santé, la cour d'appel, qui s'est déterminée par un motif inopérant, a violé l'article L. 1152-1 du code du travail.

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE, sur la demande d'heures supplémentaires, l'article L. 3111-2 du code du travail dispose que : « les cadres dirigeants ne sont pas soumis aux dispositions des titres II et III. Sont considérés comme avant la qualité de cadre dirigeant 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 et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement » ; qu'à ces critères légaux s'ajoutent des critères conventionnels, notamment la convention collective des hôtels-café-restaurants, dont l'article 13-1 de l'Avenant n° 1 du 13 juillet 2004 dispose : « les cadres dirigeants sont ceux auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une large indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps. De plus ces cadres sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome. Enfin, ils perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunérations pratiqués dans l'entreprise ou l'établissement. Ainsi, la rémunération moyenne mensuelle sur l'année du cadre dirigeant ne peut être inférieure à trois fois le plafond mensuel de la sécurité sociale. Ainsi si ces trois critères d'identification ne sont pas réunis, le cadre sera classé dans les autres catégories définies ci-dessous » ; que les heures supplémentaires sont celles accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire fixée par l'article L. 3121-27 du code du travail ou de la durée considérée comme équivalente ; que la durée du travail à prendre en compte s'entend des heures de travail effectif, ce qui exclut les temps de pause et de repas, les jours fériés et les congés payés, les absences non assimilées par les dispositions légales et conventionnelles à du temps de travail effectif pour le calcul de la durée du travail, les temps de déplacement entre le domicile et le lieu de travail et le lieu d'exécution du travail ; que la cour rappelle que les heures supplémentaires se décomptent par semaine civile et que l'employeur n'est tenu d'établir de décomptes individuels du temps de travail que pour les salariés soumis à des horaires individualisés et non, en principe, pour ceux travaillant selon l'horaire collectif ; qu'aux termes de l'article L. 3171-4 du code du travail : « en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande le juge forme sa conviction après avoir ordonné en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles » ; que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; qu'il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge les éléments de nature à étayer sa demande ; qu'il n'existe pas d'incertitude sur les modalités de gestion du temps de travail de M. [S], l'article X de son contrat de travail régularisé le 20 octobre 2003 formalise expressément la volonté des parties de lui conférer le statut de cadre dirigeant « eu égard à la classification de M. [S] à l'autonomie décisionnelle dont il dispose, au niveau de rémunération dont il bénéficie et à l'importance de ses responsabilités qui impliquent une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, les parties conviennent de faire application des dispositions de l'article L. 3111-2 du code du travail et de l'article 7 de l'accord collectif du 30 mai 2000. M. [S] n'est donc pas soumis aux dispositions légales relatives à la durée du travail » ; qu'ainsi, la circonstance que ses bulletins de paie fassent état, à partir du 1er janvier 2009, d'un forfait annuel 218 jours ne résulte que d'une erreur matérielle liée à un changement de logiciel informatique et seules les dispositions claires et non équivoques du contrat de travail seront retenues ; qu'il est relevé que l'accession de M. [S] au statut de « cadre dirigeant » en 2003 a été décidée en raison des responsabilités accrues qui lui ont été confiées du fait de la résiliation, à compter du 1er juin 2003, du mandat de gestion confié au groupe Envergure (cf. article VI du contrat de travail), ce que reconnaît le salarié qui indique « s'être retrouvé à gérer, en plus de ses missions habituelles, celles tenant notamment à la gestion des ressources humaines, au service commercial, et ce, sans aucune assistance complémentaire » ; qu'en sa qualité de directeur, M. [S] répondait aux critères requis pour bénéficier du statut de cadre dirigeant, puisqu'il disposait de la plus importante classification conventionnelle de l'entreprise, à savoir, niveau V échelon 2, qui se trouve également être l'un des niveaux les plus élevés prévu par la convention collective des Hôtels-Cafés-Restaurants et percevait la rémunération la plus élevée de l'entreprise ; que les déclarations annuelles des données sociales confirment le niveau particulièrement élevé de la rémunération de M. [S] ; qu'il disposait d'une large indépendance dans son emploi du temps, notamment s'agissant de la fixation de ses horaires, de ses rendez-vous, de ses congés lesquels n'ont jamais été soumis à la moindre procédure d'autorisation préalable de sa hiérarchie ; qu'il était habilité à gérer les comptes bancaires de la Société de gestion hôtelière de Paris Berthier et disposait, pour ce faire, des moyens de paiement pour les faire fonctionner (article VIII du contrat de travail) ; que M. [S] disposait du

pouvoir d'engager des dépenses à hauteur de 60 000 euros (article VIII de son contrat de travail), ce qui lui offrait une très large autonomie et une grande indépendance dans la gestion de son établissement et, notamment, une totale liberté dans le choix des fournisseurs et prestataires de l'hôtel ; qu'il est justifié aux débats qu'il assurait en outre la gestion des ressources humaines de la Société de gestion hôtelière de Paris Berthier, et demeurait libre de procéder à des embauches et ou des licenciements sans aucune immixtion du groupe Time hôtels et a toujours été l'interlocuteur du personnel ; qu'il organisait et contrôlait le temps de travail des collaborateurs de la Société de gestion hôtelière de Paris Berthier et assurait la tenue de la comptabilité de rétablissement et le suivi de l'exploitation (article IX du contrat de travail) ; qu'il établissait chaque année le plan d'actions commerciales de son établissement ; qu'il est enfin relevé que M. [S] a été pleinement associé à la direction de l'entreprise, aux décisions stratégiques prises à l'occasion du changement d'enseigne démontré par un courriel de sa part du 17 mars 2011 produit aux débats et par l'ensemble des emails produits aux débats qui démontrent que la direction du groupe lui a laissé toute latitude de prendre des décisions ; qu'il résulte de ces constats que le forfait sans référence horaire de M. [S] demeurait ainsi valable du fait de son statut de cadre dirigeant et, par conséquent cette dernière doit être débouté de ses demandes en paiement d'heures supplémentaires et de congés payés y afférents ;

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 et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement ; qu'en retenant que M. [S] relevait de la catégorie des cadres dirigeants après avoir pourtant relevé, dans le cadre de sa motivation relative au harcèlement moral, que le salarié établissait une fréquence accrue des visites des responsables ainsi qu'une diminution de son autonomie, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 3111-2 du code du travail.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE, sur la prime d'intéressement, l'employeur justifie de son versement et des modalités de détermination de son montant ;

ALORS QUE le juge est tenu de motiver sa décision ; qu'en se bornant à affirmer que l'employeur justifiait du versement de la prime d'intéressement et des modalités de détermination de son montant, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile.