

SOC.

LG

COUR DE CASSATION

Audience publique du 26 janvier 2022

Rejet

M. CATHALA, président

Arrêt n° 123 FS-B+R sur le deuxième moyen du pourvoi incident, pris en ses 4e à 7e branches

Pourvoi n° G 20-13.266

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 26 JANVIER 2022

M. [L] [F], domicilié FAO : [L] [F], [Adresse 3] (Émirats arabes unis), a formé le pourvoi n° G 20-13.266 contre l'arrêt rendu le 16 octobre 2019 par la cour d'appel de Versailles (17e chambre), dans le litige l'opposant à la société Suez international, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [Adresse 1], anciennement dénommée [V], défenderesse à la cassation.

La société Suez international a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

Le demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé

au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les trois 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 Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de M. [F], de la SCP Didier et Pinet, avocat de la société Suez international, et l'avis de Mme Wurtz, avocat général, après débats en l'audience publique du 1er décembre 2021 où étaient présents M. Cathala, président, M. Flores, conseiller rapporteur, M. Schamber, conseiller doyen, Mmes Cavrois, Monge, MM. Sornay, Rouchayrole, Mme Lecaplain-Morel, conseillers, Mmes Ala, Thomas-Davost, Techer, conseillers référendaires, Mme Wurtz, avocat général, et Mme Piquot, 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 (Versailles, 16 octobre 2019), M. [F] a été engagé le 5 juillet 2006, en qualité de responsable administratif et financier, par la société [V] exerçant une activité d'ingénierie et d'études techniques, aux droits de laquelle vient la société Suez international.
2. Licencié, par lettre du 6 octobre 2010, et estimant ne pas avoir été payé des jours de travail effectués au-delà de la durée prévue par la convention de forfait en jours qui lui était applicable, il a saisi la juridiction prud'homale pour contester son licenciement et obtenir des rappels de salaires notamment au titre de la majoration de 25 % de la rémunération des jours litigieux.

Examen des moyens

Sur le moyen du pourvoi principal du salarié et le premier moyen du pourvoi incident de l'employeur, ci-après annexés

3. 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 deuxième moyen, pris en ses trois premières branches, du pourvoi incident

Enoncé du moyen

4. L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une certaine somme au titre de l'indemnité de dépassement de la convention de forfait en jours, outre les congés payés afférents, alors :

« 1° / que selon l'article L. 212-15-3, devenu l'article L. 3121-49, du code du travail, en sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, lorsque le nombre de jours travaillés dépasse le plafond annuel fixé par la convention ou l'accord, le salarié doit bénéficier, au cours des trois premiers mois de

l'année suivante, d'un nombre de jours de repos égal à ce dépassement ; que ce nombre de jours réduit le plafond annuel de l'année durant laquelle ils sont pris ; qu'en faisant droit à la demande de rappel de majoration sollicitée par le salarié quand les dépassements de la durée prévue par la convention individuelle de forfait en jours sur l'année antérieurs au 22 août 2008 n'ouvraient pas droit à majoration de salaire, la cour d'appel a violé l'article L. 212-15-3, devenu l'article L. 3121-49, du code du travail, en sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ;

2°/ que l'article 4 de la loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise -qui prévoit à titre transitoire une majoration de salaire de 10 % pour les journées ou demi-journées travaillées du fait de la renonciation par le salarié, auquel est applicable une convention de forfait en jours, à des jours de repos- n'est applicable qu'à compter du 1er avril 2005 et jusqu'au 31 décembre 2008, aux seules entreprises dont l'effectif est au plus égal à vingt et dans le seul cas où le salarié a renoncé à des jours de congé, avec l'accord de l'employeur ; qu'en accordant dès lors au salarié la majoration demandée pour la période antérieure au 22 août 2008, sans constater qu'il travaillait dans une entreprise ayant un effectif maximal de 20 salariés et avait effectivement renoncé à des jours de repos, et ce, en accord avec l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

3°/ qu' en accordant au salarié une majoration de 25 % pour chaque journée travaillée au-delà de la durée prévue par la convention de forfait au cours de la période courant du 1er janvier 2006 au 21 août 2008, quand l'article 4 de la loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 prévoyait uniquement, pour les sommes à caractère salarial exigibles du 1er avril 2005 au 31 décembre 2008, une majoration de 10 %, la cour d'appel a violé ce texte. »

Réponse de la Cour

5. Selon l'article L. 212-15-3 III, devenu L. 3121-49, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 22 août 2008, lorsque le nombre de jours travaillés dépasse le plafond annuel fixé par la convention ou l'accord collectif de travail, le salarié bénéficie, au cours des trois premiers mois de l'année suivante, d'un nombre de jours égal à ce dépassement.

6. Selon l'article L. 212-15-3 III, devenu L. 3121-46 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 22 août 2008, une convention ou un accord collectif de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement peut ouvrir la faculté au salarié qui le souhaite, en accord avec l'employeur, de renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire. La convention ou l'accord collectif de travail détermine notamment le montant de cette majoration ainsi que les conditions dans lesquelles les salariés font connaître leur choix.

7. En l'absence d'accord sur le taux de majoration de la rémunération des jours de repos auxquels le salarié a renoncé, le juge fixe le montant de la majoration applicable au salaire dû en contrepartie du temps de travail excédant le forfait convenu.

8. Après avoir constaté que le salarié avait accompli des jours de travail en dépassement du forfait de 215 jours et que ceux-ci avaient été payés par l'employeur, de sorte que les jours de repos équivalents n'avaient pas été pris, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche non demandée, relative à l'application des dispositions transitoires de la loi n° 2005-296 du 31 mars 2005, a fixé le montant de la majoration due au salarié.

9. Le moyen, irrecevable en sa troisième branche, comme étant nouveau et mélangé de fait et de droit, n'est donc pas fondé pour le surplus.

Sur le deuxième moyen, pris en ses quatre dernières branches, du pourvoi incident

Enoncé du moyen

10. L'employeur fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 4°/ que l'article L. 3121-45 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 - applicable aux conventions individuelles de forfait en jours en cours d'exécution lors de son entrée en vigueur, soit le 22 août 2008-, subordonne le droit à majoration de rémunération du salarié soumis à une convention individuelle de forfait en jours sur l'année à sa renonciation préalable, avec l'accord de l'employeur, à une partie de ses jours de repos ; qu'en accordant dès lors au salarié la majoration demandée, au titre partiellement de journées de travail excédentaires accomplies postérieurement au 21 août 2008, sans constater au préalable qu'il avait effectivement renoncé à des jours de repos au cours de cette période, et ce, en accord avec l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard du texte susvisé ;

5°/ qu'en application de l'article L. 3121-45 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 - applicable aux conventions individuelles de forfait en jours en cours d'exécution lors de son entrée en vigueur, soit le 22 août 2008-, le salarié a droit, en cas de dépassement de la durée prévue par la convention individuelle de forfait en jours sur l'année, à la rémunération afférente aux journées de travail excédentaires, ainsi qu'à une majoration de salaire, fixée par avenant à la convention de forfait, qui ne peut être inférieure à 10 % ; qu'en l'absence d'avenant précisant un taux de majoration supérieur au taux légal de 10 %, le salarié a uniquement droit à celui-ci ; qu'il appartient au salarié qui se prévaut d'un taux supérieur au taux minimum légal de 10 % de rapporter la preuve d'un accord des parties sur ce taux particulier supérieur ; que, concernant les journées excédentaires postérieures au 22 août 2008, la cour d'appel a retenu, pour accorder au salarié une majoration de 25 % pour chaque journée travaillée au-delà de la durée maximale du forfait, que "l'employeur ne réplique pas sur le taux de majoration de 25 % demandé par le salarié, taux qui sera donc appliqué" ; qu'en statuant ainsi, sans constater que le salarié rapportait la preuve d'un accord des parties sur une majoration de 25 %, la cour d'appel a fait peser la charge de la preuve contraire sur l'employeur, violant l'article 1315 du code civil en sa rédaction applicable au litige, ensemble le texte susvisé ;

6°/ que le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas reconnaissance de celui-ci ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel -qui a considéré que le silence gardé par l'employeur valait reconnaissance de l'existence d'un accord des parties sur une majoration de 25 %- a violé l'article 1315 du code civil en sa rédaction applicable au litige ;

7°/ qu'en s'abstenant de constater, pour les journées excédentaires postérieures au 22 août 2008, un accord des parties sur un tel taux de 25 %, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-45 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008. »

Réponse de la Cour

11. Selon l'article L. 3121-45 dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, le salarié qui le souhaite peut, en accord avec son employeur, renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire. L'accord entre le salarié et l'employeur est établi par écrit. Le nombre de jours travaillés dans l'année ne peut excéder un nombre maximal fixé par l'accord prévu à l'article L. 3121-39. A défaut d'accord, ce nombre maximal est de deux cent trente-cinq jours. Un avenant à la convention de forfait conclue entre le salarié et l'employeur détermine le taux de la majoration applicable à la rémunération

de ce temps de travail supplémentaire, sans qu'il puisse être inférieur à 10 %.

12. En l'absence de conclusion d'un tel accord, le juge fixe, dans le respect du minimum de 10 %, le montant de la majoration applicable à la rémunération due en contrepartie du temps de travail excédant le forfait convenu.

13. Après avoir constaté l'absence d'accord écrit relatif à la renonciation des jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire et que l'employeur, qui en avait connaissance, avait payé les jours accomplis au-delà du forfait, de sorte que les parties étaient convenues de la renonciation aux jours de repos correspondants, la cour d'appel, appréciant les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, sans être tenue de procéder à une recherche inopérante, a estimé le montant des sommes restant dues au salarié en contrepartie des jours travaillés en dépassement du forfait de 215 jours fixés par la convention individuelle de forfait en jours.

14. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le troisième moyen du pourvoi incident

Enoncé du moyen

15. L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié une certaine somme à titre de rappel de salaire outre les congés payés afférents, alors « qu'en l'absence de stipulation contraire, la modification de la rémunération du salarié n'a pas d'effet rétroactif ; qu'en l'espèce, le courrier du 11 décembre 2008 de Mme [X] adressé au salarié mentionnait : “ nous avons le plaisir de vous informer qu'à compter de janvier 2009 votre rémunération annuelle de base sera portée à 66.126 euros ” ; qu'en se fondant sur cette augmentation de salaire, pour allouer à l'intéressé un rappel de salaire pour soixante jours de week-end travaillés, quand elle constatait que le salarié n'avait réalisé que 23 jours au-delà de son forfait annuel en 2009, ce dont il résultait qu'une fraction de l'indemnité versée par l'employeur pour les soixante jours de week-end travaillés correspondait à des journées de travail antérieures au 1er janvier 2009, auxquelles l'augmentation de salaire accordée au salarié à compter de cette date n'était pas applicable, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil en sa rédaction applicable au litige, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail. »

Réponse de la Cour

16. Appréciant la portée et la valeur des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a estimé le montant du rappel de salaire dû au salarié.

17. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la société Suez international aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Suez international et la condamne à payer à M. [F] 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 vingt-six janvier deux mille vingt-deux.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [F], demandeur au pourvoi principal

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR jugé que le licenciement est fondé sur une cause réelle et sérieuse et d'AVOIR débouté le salarié de sa demande d'indemnité subséquente.

AUX MOTIFS propres QU'il est reproché les griefs suivants dans la lettre de licenciement du 6 octobre 2010 : - l'attribution de prêts à taux zéro à des collaborateurs expatriés et à titre personnel, - la validation du passage en paie de l'épouse d'un salarié expatrié sans contrat de travail, - l'attribution de voitures de fonction sans respect des procédures internes, - l'absence de reporting et le retard de transmission des échéanciers auprès de la directrice trésorerie, - l'absence de proposition d'organisation financière, - l'absence d'activation de la commande sur le déménagement entraînant un retard effectif, - l'absence de transmission des dossiers en cours, - le refus de trois postes sans prévenir l'équipe concernée ; que le licenciement prononcé pour insuffisance professionnelle résulte d'un comportement involontaire du salarié alors que le licenciement prononcé à raison des négligences du salarié ne revêt un caractère disciplinaire que si les négligences sont dues à sa mauvaise volonté ou à une faute délibérée ou à une insubordination ; que sur les griefs relevant d'un licenciement disciplinaire, les griefs suivants relèvent d'un comportement délibéré dans l'exécution du contrat de travail de M. [F] : - l'attribution de prêts à taux zéro à des collaborateurs expatriés et à titre personnel, - la validation du passage en paie de l'épouse d'un salarié expatrié sans contrat de travail, - l'attribution de voitures de fonction sans respect des procédures internes ; que concernant ces trois griefs, les règles de prescription de la sanction disciplinaire ont vocation à s'appliquer ; qu'elles prévoient, selon l'article L. 1332-4 du code du travail, qui complète les règles de prescription exigées par l'article L. 1332-5 du code du travail, qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ; qu'aucun fait disciplinaire ne peut ainsi être reproché au salarié avant le 22 juillet 2010, la lettre de convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement datant du 22 septembre 2010 ; que tous les faits reprochés étant antérieurs au 22 juillet 2010 et l'employeur n'invoquant pas une connaissance postérieure des faits, aucun grief relevant d'un licenciement disciplinaire n'est établi ; que sur les griefs relevant de l'insuffisance professionnelle, l'employeur n'alléguant pas une mauvaise volonté délibérée du salarié, et celui-ci ne la revendiquant pas, il s'agit des griefs suivants : - l'absence de reporting et le retard de transmission des échéanciers auprès de la directrice trésorerie, - l'absence de proposition d'organisation financière, - l'absence d'activation de la commande sur le déménagement entraînant un retard effectif, - l'absence de transmission des dossiers en cours, - le refus de trois postes sans prévenir l'équipe concernée ; que l'insuffisance professionnelle constitue un motif de licenciement dès lors qu'elle repose sur des éléments objectifs matériellement vérifiables au regard des responsabilités du salarié ; que l'incompétence alléguée doit reposer sur des éléments concrets et ne peut être fondée sur une appréciation purement subjective de l'employeur ; que l'insuffisance professionnelle, qui ne suppose aucun comportement fautif du salarié, doit être constatée sur une période suffisamment longue pour ne pas apparaître comme passagère ou purement conjoncturelle, être directement imputable au salarié et non la conséquence d'une conjoncture économique difficile, ne doit pas être liée au propre comportement de l'employeur ou à son manquement à l'obligation d'adapter ses salariés à l'évolution des emplois dans l'entreprise ; que si la charge de la preuve du caractère réel et sérieux du licenciement ne pèse spécialement sur aucune des parties, le juge formant sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toute mesure d'instruction qu'il juge utile en application de l'article L. 1235-1 du code du travail, il appartient néanmoins à l'employeur de fournir au juge des éléments lui permettant de constater la réalité et le sérieux du motif invoqué qui peuvent être établis notamment par les évaluations professionnelles du salarié ou des courriels ou des attestations produites par les parties. La charge de la preuve est donc partagée, mais le doute doit profiter au salarié ; qu'il n'est pas contesté que le

salarié occupait les fonctions de responsable administratif et financier au sein de la société Suez International à [Localité 2] au Qatar, depuis le 5 juillet 2006 tel qu'indiqué dans l'avenant du 23 mai 2006 (pièce 2 du salarié), sous le statut de salarié expatrié ; que M. [F] avait pour mission d'accompagner la direction financière sur les enjeux financiers, juridiques et administratifs au sein de l'équipe Gestion d'exécution des projets et de garantir l'application des règles internes, principalement sur les projets [Localité 2] [J] et [Localité 2] [U] ; que comme évoqué supra, les insuffisances professionnelles du salarié sont articulées autour des griefs suivants : - Sur le grief concernant l'absence de reporting et la transmission tardive des échéanciers pour les contrats de [Localité 2] [J] et [Localité 2] Lusai, la société reproche au salarié d'avoir dû le relancer à quatre reprises depuis le 15 février 2010 afin qu'il transmette à la directrice trésorerie, les échéanciers du contrat de [Localité 2] [J] et [Localité 2] [U] ; qu'elle ajoute que cette demande est restée sans réponse et produit à l'appui de ses affirmations les courriels de relance ; que le salarié reconnaît dans ses écritures avoir parfois eu du retard mais il précise que ce retard est dû à la surcharge de travail qu'il avait dénoncée en 2008, impliquant entre autres du travail régulier le week-end ; qu'en l'espèce, les échanges de courriels produits par la société (pièces 6 et 7), montrent que des relances ont été formulées par Mme [O], directrice trésorerie, le 10 mars 2010, le 16 mars 2010, le 19 mars 2010 et le 24 mars 2010 ; que dans ces courriels, Mme [O] explique ne pas avoir reçu les échéanciers à jour suite à sa demande du 15 février 2010 ; qu'il faut attendre le 24 mars 2010 pour que le salarié réponde en ces termes ; « [S], Je fais en sorte de vous l'envoyer demain. Merci pour votre compréhension, Cdlt » ; qu'également, les courriels de [N] [O] montrent le caractère impératif de l'obtention de ses données et auquel le salarié ne répond pas ; que les documents produits par le salarié relatifs à l'entretien réalisé en 2008 (pièce 17) et son memorandum du 23 novembre 2008 (pièce 19), sont antérieurs à la période litigieuse ; que le salarié ne peut s'en servir pour établir une surcharge de travail ; que de même, le salarié soutient avoir refusé l'embauche d'un VIE qui avait été proposée par sa direction (pièce 20), parce que la société avait trop tardé dans cette embauche ; que cependant, ce refus qui date du 14 septembre 2009, ne vient pas non plus expliquer en quoi, entre le 15 février 2010 et le 24 mars 2010, il n'avait pas le temps de communiquer les échéanciers de [Localité 2] [J] et [Localité 2] [U] réclamés par la directrice trésorerie ; que d'ailleurs, dans ce courriel du 14 septembre 2009, M. [F] explique que « compte tenu du temps nécessaire pour former un nouveau collaborateur opérationnel, aujourd'hui il n'est plus indispensable de faire appel à du personnel supplémentaire », ce qui montre que c'est M. [F] lui-même qui a estimé que l'allocation d'une ressource supplémentaire n'était pas opportune ; que ce grief est donc établi ; que sur le grief concernant la demande de proposition d'organisation financière datant du 25 mars 2010 restée sans réponse, les parties ne communiquent aucun élément précis sur ce grief qui ne peut donc être établi ; que sur le grief concernant l'organisation du déménagement en France, la société reproche à M. [F] de ne pas avoir activé la commande du déménagement pour son retour en France prévu le 30 juin 2010, ce qui a repoussé le départ du Qatar au 31 juillet 2010 alors que la confirmation de la date avait été effectuée par le salarié lui-même ce qui a entraîné, ajoute la société, la prolongation de l'avenant au 31 juillet 2010 et de la couverture médicale y afférente ; qu'elle explique que c'est le salarié qui a demandé le report de cette date (pièce 12 de la société) et que son manque de diligence et le nonrespect des procédures a entraîné la prolongation de la période d'expatriation alors même qu'il était parfaitement informé de la fin de l'expatriation au 30 juin 2010 depuis la signature de son avenant en 2006 ; que M. [F] rétorque avoir contacté le service des ressources humaines dès janvier 2010 sur son retour en France sans obtenir de réponses sur les modalités de son déménagement ; qu'il vise la pièce 21 ; qu'il ajoute avoir informé son employeur le 23 août 2010 sur les difficultés rencontrées et que, précédemment, en juin 2010, la société lui avait proposé une rupture conventionnelle sans la mettre en oeuvre ; que le salarié s'appuie sur plusieurs échanges de courriels ; qu'en l'espèce, l'avenant du 18 février 2010 avait prolongé l'expatriation de M. [F] au Qatar jusqu'au 30 juin 2010 (pièce 4 du salarié) ; que le 8 janvier 2010 (pièce 21 du salarié), M. [F] a effectivement envoyé un courriel à Mme [Y], salariée de la société ; que cependant et contrairement à ce qu'il affirme dans ses écritures, l'objet de ce courriel concernait la recherche d'une nouvelle affectation après son retour en France et il sollicitait également une rencontre au plus tôt avec les services RH pour « éviter de perdre du temps inutilement » ; que dans ce courriel, le salarié indique même « Bonjour [G], Ma date de démobilisations sur les projets du Qatar sera Juin 2010, en conséquence, je serai disponible à partir de cette date. (...) » ; que la pièce 23 visée par le salarié, qui consiste en un échange de courriels des 6 et juin 2010, montre que M. [R], salarié de la société Suez International, a demandé à M. [F] une clarification sur son projet de prolonger son expatriation le 6 juin 2010 : « [L] [K] pour te rappeler que tu me dois une réponse sur le fait de rester

quelques semaines de plus au Qatar. Merci » ; que le 7 juin 2010 (pièce 23), M. [R] a précisé : « OK [K] pour clarifier : ma demande n'était pas nécessairement que tu restes dès le mois de juillet, car j'ai compris que tu souhaitais prendre qq congés, mais après (août, septembre...) Cela n'est pas possible pour toi ? » ; que le salarié ne produit pas les réponses apportées à M. [R] ; que par ailleurs, les échanges de courriels produits par l'employeur montrent que, le 11 août 2010, M. [F] a demandé la prolongation de sa couverture médicale Previnter pour des problèmes médicaux de son épouse ; que le même jour, M. [T], salarié de la société, a expliqué au salarié qu'il était bien informé de son départ au 1er juillet 2010 et que M. [F] n'avait jamais répondu aux appels de sa hiérarchie sur son départ (pièce 11 de l'employeur). ; que le 23 août 2010 (pièce 12 de l'employeur), M. [F] a répondu à M. [T] en ces termes : « [A], (...) La date de fin de mon expatriation au 1er juillet 2010 n'était pas réaliste. L'organisation du déménagement à durer plus de temps que prévu, d'une part parce que l'information RH sur le sujet n'est pas diffusée de manière suffisante au niveau interne, en effet, j'ai beaucoup appris une fois en contact avec [I]. D'autres parts, les compagnies de déménagement étaient très occupées à cette période de l'année. La date de fin de mon expatriation doit donc être ultérieure à la date de mon déménagement c'est à dire le 05/08/10. Après cette date, [V] ne me paiera plus ma prime d'expatriation. Cdl » ; qu'il résulte de l'ensemble de ses éléments que, tout d'abord, la date de fin de l'expatriation était bien connue du salarié comme étant le 30 juin 2010, du fait de la signature de l'avenant en février 2010 et par la sollicitation des services RH par M. [F] pour anticiper une éventuelle recherche de poste en France ; qu'ensuite, le salarié n'a pas répondu aux diverses sollicitations de sa hiérarchie, non seulement sur sa volonté ou non de prolonger son expatriation mais aussi, sur le déclenchement de la procédure de déménagement vers [Localité 4] ; qu'ainsi, le salarié a manifestement adopté une attitude désinvolte concernant la période précédant son retour de [Localité 2], en choisissant de ne pas répondre aux sollicitations de sa hiérarchie ou en répondant que très tardivement, ce qui caractérise la réalité du grief invoqué dans la lettre de licenciement ; que ce grief est donc établi ; que sur le grief concernant la passation des dossiers en cours, la société Suez International reproche à M. [F] de n'avoir transmis aucun fichier à la direction administrative et financière du Moyen Orient et de ne pas avoir sauvegardé ses fichiers sur le serveur du Qatar, puis d'avoir tardé dans l'organisation d'un rendez-vous de passation des dossiers auquel finalement il ne s'est pas présenté ; qu'elle soutient que le salarié a annulé le rendez-vous pour raisons médicales, mais sans fournir de justificatif et avoir dû relancer à plusieurs reprises le salarié par courriel et téléphone entre le 3 août 2010 et le 24 août 2010 ; que le salarié affirme avoir rencontré Mme [W], directrice des affaires administratives au Qatar, à deux reprises en juin 2010 et lui avoir transmis toutes les informations nécessaires ; qu'il ajoute avoir, par courriel du 23 août 2010, expliqué à M. [R] son manque d'information concernant son avenir professionnel ce qui ne lui a pas permis d'intervenir efficacement auprès de Mme [W] ; qu'il précise avoir été en congés depuis le 1er juillet 2010 à la demande son employeur, ce qui ne peut lui être reproché et que ce motif, ni même celui sur la sauvegarde des fichiers informatiques n'ayant été évoqués lors de l'entretien, ils ne permettent de justifier son licenciement ; que pour autant, le salarié ne formule aucune prétention sur la non évocation des griefs lors de l'entretien ; qu'en l'espèce, Mme [W] confirme le 3 août 2010 avoir obtenu un rendez-vous avec le salarié à cette date, après de multiples relances pour le transfert des fichiers de travail sur les projets Qatar et que le salarié ne s'est pas présenté lors du rendez-vous ; qu'elle termine en indiquant : « J'appelle sur son mobile pas de réponse, je lui envoie un SMS il me répond qu'il n'est pas bien et qu'il va consulter son médecin » (pièce 9 de la société) ; que le 5 août 2010, M. [R] a indiqué à M. [F] le caractère impératif du rendez-vous avec Mme [W], puis il l'a relancé le 10 août 2010 (pièce 10 de la société) ; que le 24 août 2010, Mme [W] a averti sa hiérarchie et M. [R] que M. [F] ne lui avait transmis aucun de ses fichiers, fichiers qui ne sont pas sauvegardés sur le serveur Qatar puis ajoute ne plus avoir eu de nouvelles de sa part « jusqu'à sa demande de validation du travel » (pièce 13 de la société) ; que dans son courriel du 23 août 2010 adressé à M. [R] (pièce 25-1), et sur lequel il s'appuie, le salarié explique : « [P], Comme indiqué au téléphone, je suis prêt à intervenir pour aider [E] ou mon remplaçant dès que ce sera nécessaire. Pour cela, je dois avoir un minimum de vision sur mon avenir ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. En outre, compte tenu la situation, je pense que cette demande est paradoxale. Puis je te rappeler que depuis mi-juin 2010, nous sommes rentrés avec [V] en négociation pour un licenciement à l'amiable à l'initiative de [V]. Nous ne sommes, à ce jour, pas tombés d'accord sur la prime de licenciement. (...) » ; que la suite du courriel concerne les propositions financières sur le « licenciement à l'amiable » évoqué par le salarié ; que le 24 août 2010, M. [F] a de nouveau adressé un courriel à M. [R] (pièce 26), expliquant vouloir préciser certains points pour éviter toute confusion ; qu'en particulier, le

salarié explique que durant les deux visites de Mme [W], il a vu et étudié certains sujets épineux, notamment [Localité 2] [J] ; qu'il ajoute avoir transmis des analyses sur l'affaire [U] et la mise à jour des fiches CODIS ; que néanmoins, dans ce courriel, le salarié fait aussi le constat que « Effectivement, un certain nombre de sujets n'ont pas été vus, notamment le fichier des actualisations (...) Ce sont des sujets qui ont leur importance, qui était prévu d'être revu mais par manque de temps ne l'ont pas été » puis termine par « Afin de faire preuve de bonne volonté, j'en attends au moins autant de votre part, je suis prêt à voir [E] avant mon départ pour la France pour revoir les sujets qui n'ont pas encore été abordé » ; qu'ainsi, l'ensemble des échanges courriels confirment, tout d'abord, les difficultés du management du salarié à obtenir un rendez-vous pour la transmission des dossiers importants, et ensuite, qu'un certain nombre de dossiers importants n'ont pas été transmis à la date du 24 août 2010, alors que le salarié devait initialement être parti de [Localité 2] au 30 juin 2010 et qu'il était en congés avant son retour à [Localité 4] ; qu'en conséquence, ce grief est établi ; que sur le grief concernant les refus d'affectation, la société Suez International reproche au salarié d'avoir refusé, sans explication, par mail du 13 mai 2010, un poste de responsables des affaires financières (RAF) basé à [Localité 4], puis d'avoir refusé deux autres postes, soit un poste de chargé de mission auprès du directeur administratif et financier de la BL MOAP, et un poste de LKU - RAF Affaire ; que la société précise également dans sa lettre de licenciement, le fait pour le salarié de ne pas avoir averti les personnes qui lui ont fait passer les entretiens ; que la société ne verse aucune pièce au soutien de ce grief ; que M. [F] explique que ces propositions de postes ont été faites tardivement, alors qu'il avait engagé des démarches auprès de la direction des ressources humaines (pièce 21), que le poste de responsable financier en Algérie était dangereux (pièce 27), qu'il s'était rapproché de sa hiérarchie en juillet 2010 sans obtenir de réponse, et que les postes n'étaient en rien similaire à son ancien poste ; que s'il est vrai que ni le salarié, ni l'employeur ne produisent les fiches de postes ou tout élément permettant à la cour de se prononcer sur le contenu réel des trois postes proposés, le salarié ne conteste pas avoir refusé ces 3 postes sans explication, comme cela lui est reproché, et sans avoir rencontré les personnes responsables de ces propositions de postes ; que pour le premier poste de RAF affaire, le salarié ne conteste pas le grief formulé dans la lettre de licenciement, à savoir ne pas avoir averti le directeur des affaires administratives et financières (DAF) de l'Afrique, l'IRA du projet et le DAF du groupe ; que pour le deuxième poste de chargé de mission, tout comme le troisième poste de LKU RAF affaire, le courriel du 23 août 2010 (pièce 25 S) visée par le salarié, n'est, de surplus, pas suffisant pour expliquer en quoi les missions attenantes à ces postes ne correspondaient pas au niveau de ses responsabilités actuelles du salarié à [Localité 2] ; qu'il en résulte que le salarié a refusé sans explication ces 3 postes, qu'il ne conteste pas ne pas avoir averti le DAF de l'Afrique, l'IRA du projet et le DAF du groupe pour le premier poste, mais conteste que ces postes correspondaient à son niveau de responsabilités à [Localité 2], sans toutefois en apporter la moindre preuve ; que ce grief est donc établi ; qu'enfin, s'agissant de la réelle motivation du licenciement que le salarié évoque, l'évaluation qu'il produit recouvre l'année 2008 (pièce 17), tout comme les félicitations sur son travail datent de décembre 2008 (pièce 29), soit une période non concernée par la lettre de licenciement ; que de la même manière, la société ne remet pas en cause le projet de départ négocié dont le salarié se prévaut, mais M. [F] n'apporte aucun élément sur le lien effectif entre ce projet et les griefs formulés dans la lettre de licenciement, ni même n'explique en quoi ce projet de départ négocié l'aurait empêché de transmettre les dossiers en cours à son successeur ou même de répondre aux sollicitations de sa hiérarchie ; qu'en définitive, il résulte de l'ensemble de ces éléments que sont établis : - l'absence de reporting et le retard de transmission des échéanciers auprès de la directrice trésorerie, - l'absence d'activation de la commande sur le déménagement entraînant un retard effectif, - l'absence de transmission des dossiers en cours, - les trois refus d'affectation sans explication ; qu'en revanche, le grief tenant à l'absence de réponse sur la demande de proposition d'organisation financière n'est pas établi ; qu'il en résulte que les griefs relatifs à l'insuffisance professionnelle du salarié qui sont établis, le sont sur une période suffisamment longue (de février 2010 à août 2010), par des éléments objectifs et vérifiables et concernent des éléments essentiels de la fonction du salarié compte tenu des responsabilités qui lui incombaient au sein de la direction financière basée au Qatar ;

AUX MOTIFS éventuellement adoptés QUE M. [F] devait faire un « reporting » à sa hiérarchie et à la Direction Financière du groupe ; que la Société [V] produit des échanges de mails entre M. [F] et Mme [O], Directrice Trésorerie, en date du 19 mars 2010 dans les termes suivants « c'est ma dernière relance... je te rappelle que ma demande date du 15 février [...]. J'ai absolument besoin des échéanciers à jour » ; que par

ailleurs la société reproche à M. [F] de ne pas avoir respecté les règles relatives à la passation des dossiers lors de son départ du Qatar (voir mail du 24 août 2010 de Mme [Z]) ; qu'il apparaît à la lecture des pièces produites que ces griefs sont fondés ; que sur les difficultés rencontrées lors de la fin de mission, il était prévu depuis février 2010 que M. [F] devait rentrer en France le 30 juin 2010 ; qu'il n'a pas effectué les démarches administratives pour rentrer en France et que la Société Degremont a été obligée de prolonger les couvertures assurances en repoussant le terme de son expatriation au 1er août (voir courrier de M. [T] du 11 août 2010) ; que le conseil constate que M. [F] n'a pas respecté la procédure d'expatriation ; qu'au vu de l'ensemble des éléments présentés par les parties, le Conseil constate que les griefs reprochés à M. [F] sont établis par des faits matériellement vérifiables ; qu'il juge que le licenciement de M. [F] est fondé sur une cause réelle et sérieuse et qu'en conséquence il sera débouté de sa demande indemnitaire.

1° ALORS QUE la lettre de licenciement fixe les limites du litige en ce qui concerne les griefs articulés à l'encontre du salarié et les conséquences que l'employeur entend en tirer quant aux modalités de rupture ; que si l'employeur peut invoquer dans la lettre de licenciement des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié, c'est à la condition que ces motifs procèdent de faits distincts et que les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement soient respectées ; que lorsque la lettre de licenciement fait état de griefs disciplinaires et non disciplinaires sans précisément les distinguer, le licenciement a un caractère disciplinaire soumis au droit disciplinaire, en particulier au délai de prescription institué par l'article L. 1332-4 du code du travail ; qu'en l'espèce, après avoir constaté que la lettre de licenciement reprochait un ensemble de griefs au salarié, la cour d'appel les a qualifiés pour certains de disciplinaires et pour les autres comme relevant d'une insuffisance professionnelle ; qu'en retenant que l'insuffisance professionnelle du salarié justifiait son licenciement, quand il ressortait de ses propres constatations que la lettre de licenciement invoquait sans les distinguer des griefs disciplinaires et non disciplinaires, en sorte que le licenciement avait un caractère disciplinaire et qu'il lui appartenait de s'assurer que celui-ci reposait sur des fautes non prescrites, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1, L. 1331-1 et L. 1332-4 du code du travail.

2° ALORS en tout état de cause QU'il appartient au juge de qualifier les faits invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement, et que constitue une sanction toute mesure autre que les observations verbales prises par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié qu'il considère comme fautif ; que l'insuffisance professionnelle, dès lors qu'elle procède d'une abstention volontaire ou de la mauvaise volonté délibérée du salarié, est constitutive d'une faute soumise au droit disciplinaire et notamment au délai de prescription institué par l'article L. 1332-4 du code du travail ; qu'en considérant que certains griefs retenus à l'encontre du salarié étaient constitutifs d'une insuffisance professionnelle sans caractère disciplinaire et justifiaient le licenciement, quand il ressortait de ses propres constatations que ces griefs reprochaient au salarié une absence de « reporting » et une transmission tardive des échéanciers malgré quatre relances restées sans réponse, une « attitude désinvolte » lors de la période précédant son retour en France sans réponse aux diverses sollicitations de sa hiérarchie sur sa volonté ou non de prolonger son expatriation ainsi que le déclenchement de la procédure de déménagement, l'absence de transmission de ses dossiers importants en cours outre le refus sans explication et sans en informer sa hiérarchie des trois offres de réintégration proposées par l'employeur, ce dont il résultait que ces motifs étaient tous disciplinaires et qu'il lui incombait de vérifier s'ils reposaient sur des faits fautifs non prescrits, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1, L. 1331-1 et L. 1332-4 du code du travail. Moyens produits par la SCP Didier et Pinet, avocat de la société Suez international, demanderesse au pourvoi incident

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Suez International à payer à M. [F] la somme de 660,10 € au titre de ses frais bancaires ;

AUX MOTIFS QUE sur les frais bancaires : M. [F] soutient avoir été contraint de s'acquitter de frais bancaires suite à son affectation au Qatar et que ses frais n'ont pas été remboursés, contrairement à ce

qu'avait affirmé la direction de la société dans son courriel du 25 mars 2010 ; que la société qui conteste l'utilisation de ce courriel, indique tout d'abord qu'il n'a pas été envoyé à M. [F], et d'autre part, qu'il mentionnait la condition d'avoir un compte bancaire local, c'est-à-dire au Qatar, afin que la société puisse rembourser les frais de virement bancaire entre le Qatar et la France ; que la société ajoute que le salarié ne disposait pas d'un compte local et qu'il demande également le remboursement de tous ses frais liés à ses transferts bancaires vers [Localité 2] et pas seulement d'un seul virement mensuel comme le précisait le courriel litigieux ; que le salarié produit les extraits de ses relevés bancaires du mois de janvier 2010, mars 2010, avril 2010, juin 2010 et juillet 2010 dans lesquels apparaissent les mentions relatives aux frais de retrait du distributeur automatique de billets "hors UE" et des frais de commissions (pièce 32), montants qui sont repris dans son formulaire de réclamation "Expenses Claim Form" (pièce 33) pour un total de 660,10 euros ; que le compte bancaire sur lequel les frais sont prélevés est domicilié à l'agence LCL de Lyon, dont M. et Mme [F] sont cotitulaires ; que la pièce sur laquelle s'appuie M. [F] pour demander le remboursement de ces frais (pièce 31), est un courriel en date du 25 mars 2010, signé de M. [D], qui occupe la fonction de "manager Syner - Expat France", et qui répond à M. [C], salarié de l'entreprise, concernant un autre salarié expatrié de la société, en ces termes : "Bonjour [B], la règle est en effet que l'expatrié ne supporte pas les frais de virement de la France vers le pays d'accueil. Cela implique idéalement que l'expatrié ait un compte bancaire local et qu'il utilise une carte crédit locale. Si [V] SA ne fait pas de virement du salaire sur le compte local, il est normal que [V] rembourse les frais bancaires. Dans le cas où vous n'avez pas de compte local et que vous avez des commissions liées à l'utilisation de votre carte bancaire française importantes, [V] devrait les prendre en charge et vous les rembourser. Par contre, il serait important (si possible) dans ce cas, pour limiter les procédures et limiter les frais, que vous ayez un compte bancaire local. [V] vous remboursera alors les frais d'un virement mensuel. En espérant avoir répondu à votre question" ; que contrairement à ce que soutient l'employeur, la société Suez International ne conditionne pas le remboursement de frais bancaires à l'utilisation d'un compte bancaire local, mais elle indique dans son courriel du 25 mars 2010 qu'il est « important (si possible)..., pour limiter les procédures et limiter les frais, que vous ayez un compte bancaire local » avec une carte bancaire locale ; qu'or, la société ne justifie pas avoir mis en place des conditions pour que le salarié ait l'usage d'un compte bancaire local, ni même d'avoir informé le salarié des conditions de remboursement des frais bancaires, éléments nécessaires à l'exercice d'une mission à l'étranger ; que d'ailleurs, la société ne peut pas s'appuyer sur un courriel dont elle dit qu'il n'était pas destiné au salarié, pour ensuite venir imposer des conditions de remboursement bancaire en s'appuyant sur ce même courriel ; qu'enfin, la société ne conteste pas utilement le détail des frais bancaires réclamés par le salarié, mais affirme seulement que le salarié ne pouvait se faire rembourser qu'un seul virement bancaire ; qu'en conséquence, il sera fait droit à la demande du salarié à hauteur de 660,10 euros ; qu'infirmant le jugement, la cour condamne la société Suez International M. [F] à verser 660,10 euros à M. [F] au titre de ses frais bancaires, avec intérêts aux taux légal à compter de la saisine du conseil de prud'hommes ;

1°) ALORS QUE le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; que, pour condamner l'employeur à payer à M. [F] la somme de 660,10 € au titre de ses frais bancaires, la cour d'appel a retenu qu'il résultait d'un courriel du 25 mars 2010 envoyé par M. [D], « Manager Syner - Expat France », à M. [C], un autre salarié de l'entreprise, que l'employeur devait rembourser les frais bancaires exposés par les salariés expatriés lors de leur expatriation ; qu'en statuant ainsi, sans préciser en vertu de quelle disposition légale, réglementaire ou conventionnelle, quel usage d'entreprise, engagement unilatéral de volonté ou stipulation particulière, l'employeur serait tenu au paiement des frais bancaires exposés par M. [F] lors de son expatriation, la cour d'appel a violé l'article 12 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QU'en énonçant que « la société ne justifie pas avoir mis en place des conditions pour que le salarié ait l'usage d'un compte bancaire local, ni même d'avoir informé le salarié des conditions de remboursement des frais bancaires, éléments nécessaires à l'exercice d'une mission à l'étranger », sans préciser le fondement juridique de ces prétendues obligations de l'employeur, la cour d'appel a derechef violé l'article 12 du code de procédure civile ;

3°) ALORS, subsidiairement, QUE, pour valoir engagement unilatéral de volonté de l'employeur,

l'engagement doit émaner d'un représentant de l'employeur ou, à tout le moins, d'un salarié ayant pouvoir de l'engager ; qu'en déduisant du courriel de M. [D] du 25 mars 2020 l'obligation pour l'employeur de rembourser les frais bancaires exposés par les salariés expatriés lors de leur expatriation, sans constater que M. [D] avait pouvoir pour engager l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil en sa rédaction applicable au litige, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail ;

4°) ALORS, plus subsidiairement, QUE l'engagement unilatéral de volonté de l'employeur est source d'obligation à la condition qu'il résulte d'une volonté ferme et dépourvue d'équivoque de son auteur de s'obliger ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand les termes du courriel envoyé par M. [D] - qui traduisaient uniquement l'opinion d'un salarié de l'entreprise, fût-il « Manager Syner - Expat France » - ne révélaient aucune intention de l'employeur de s'obliger au remboursement des frais exposés par les salariés expatriés lors de leur expatriation, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil en sa rédaction applicable au litige, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail ;

5°) ET ALORS, très subsidiairement, QUE l'usage d'entreprise s'entend d'une pratique ou d'un engagement de l'employeur présentant un caractère de constance, de généralité et de fixité ; qu'en s'abstenant de vérifier ces conditions, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil en sa rédaction applicable au litige, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Suez International à payer à M. [F] la somme de 7.395,83 euros au titre de l'indemnité de dépassement de la convention de forfait jour, outre 739,58 euros au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés ;

AUX MOTIFS QUE M. [F] sollicite aussi les sommes de 15.455 euros et de 154,55 euros d'indemnité de congés payés au titre des rappels de salaire liés au dépassement de la convention de forfait jours ; que le salarié demande l'application d'un taux de 25 % sur les 201 jours, à partir d'une base journalière de travail évaluée à 307,56 euros, soit un total de 15.455,03 euros, outre les congés payés ; que l'article L. 3121-45, dans sa version applicable au litige, prévoit que : "Le salarié qui le souhaite peut, en accord avec son employeur, renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire. L'accord entre le salarié et l'employeur est établi par écrit. Le nombre de jours travaillés dans l'année ne peut excéder un nombre maximal fixé par l'accord prévu à l'article L. 3121-39. A défaut d'accord, ce nombre maximal est de deux cent trente-cinq jours. Un avenant à la convention de forfait conclue entre le salarié et l'employeur détermine le taux de la majoration applicable à la rémunération de ce temps de travail supplémentaire, sans qu'il puisse être inférieur à 10 %" ; qu'il a été établi qu'en l'espèce le nombre maximum de jours travaillés par M. [F] était, selon son forfait jours, de 215 jours, qu'il n'a signé aucun avenant, que le nombre de jours travaillés en dépassement de son forfait jours était au total de 103 jours de 2006 à 2009, selon sa pièce 39, et qu'ils ont été finalement pris en compte par l'employeur ; que le montant de la rémunération du jour travaillé au-delà du forfait doit être calculé en fonction du montant du salaire annuel divisé par 215 jours (selon le forfait), ce qui semble être le calcul du salarié non contesté par l'employeur, auquel s'ajoute, selon le salarié, 25 % de majoration, en l'absence d'avenant ; que l'employeur ne réplique pas sur le taux de majoration de 25 % demandé par le salarié, taux qui sera donc appliqué ; que sur les 103 jours hors forfait il est donc dû à M. [F] : - pour 2006, 22 jours hors forfait ont été réalisés, le salaire perçu était de 60.000 euros, soit 279,06 euros par jour, et une majoration de 1.534,88 euros, - pour 2007, 36 jours hors forfait ont été réalisés, le salaire perçu était toujours de 60.000 euros, et une majoration de 2.511,54 euros, - pour 2008, 22 jours hors forfait ont été réalisés, le salaire perçu était de 61.800 euros au 1er janvier 2008, soit 287,44 euros par jour, et une majoration de 1.580,93 euros, - pour 2009, 23 jours hors forfait ont été réalisés, le salaire perçu était de 66.126 euros, soit 307,56 euros par jour et une majoration de 1.768,48 euros, soit un total de 7.395,83 euros ; qu'infirmand le jugement, la cour condamne la société Suez International à verser 7.395,83 euros à M. [F] au titre de l'indemnité de dépassement de la convention de

forfait jours et 739,58 euros au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés, avec intérêts au taux légal à compter de la saisine du conseil de prud'hommes de Nanterre ;

1°) ALORS QUE selon l'article L. 212-15-3, devenu l'article L. 3121-49, du code du travail, en sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, lorsque le nombre de jours travaillés dépasse le plafond annuel fixé par la convention ou l'accord, le salarié doit bénéficier, au cours des trois premiers mois de l'année suivante, d'un nombre de jours de repos égal à ce dépassement ; que ce nombre de jours réduit le plafond annuel de l'année durant laquelle ils sont pris ; qu'en faisant droit à la demande de rappel de majoration sollicitée par M. [F], quand les dépassements de la durée prévue par la convention individuelle de forfait en jours sur l'année antérieurs au 22 août 2008 n'ouvraient pas droit à majoration de salaire, la cour d'appel a violé l'article L. 212-15-3, devenu l'article L. 3121-49, du code du travail, en sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ;

2°) ALORS QUE l'article 4 de la loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise - qui prévoit à titre transitoire une majoration de salaire de 10 % pour les journées ou demi-journées travaillées du fait de la renonciation par le salarié, auquel est applicable une convention de forfait en jours, à des jours de repos - n'est applicable qu'à compter du 1er avril 2005 et jusqu'au 31 décembre 2008, aux seules entreprises dont l'effectif est au plus égal à vingt et dans le seul cas où le salarié a renoncé à des jours de congé, avec l'accord de l'employeur ; qu'en accordant dès lors au salarié la majoration demandée pour la période antérieure au 22 août 2008, sans constater qu'il travaillait dans une entreprise ayant un effectif maximal de 20 salariés et avait effectivement renoncé à des jours de repos, et ce, en accord avec l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

3°) ALORS, subsidiairement, QU'en accordant au salarié une majoration de 25 % pour chaque journée travaillée au-delà de la durée prévue par la convention de forfait au cours de la période courant du 1er janvier 2006 au 21 août 2008, quand l'article 4 de la loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 prévoyait uniquement, pour les sommes à caractère salarial exigibles du 1er avril 2005 au 31 décembre 2008, une majoration de 10 %, la cour d'appel a violé ce texte ;

4°) ALORS QUE l'article L. 3121-45 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 -applicable aux conventions individuelles de forfait en jours en cours d'exécution lors de son entrée en vigueur, soit le 22 août 2008-, subordonne le droit à majoration de rémunération du salarié soumis à une convention individuelle de forfait en jours sur l'année à sa renonciation préalable, avec l'accord de l'employeur, à une partie de ses jours de repos ; qu'en accordant dès lors au salarié la majoration demandée, au titre partiellement de journées de travail excédentaires accomplies postérieurement au 21 août 2008, sans constater au préalable qu'il avait effectivement renoncé à des jours de repos au cours de cette période, et ce, en accord avec l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard du texte susvisé ;

5°) ALORS, subsidiairement, QU'en application de l'article L. 3121-45 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 -applicable aux conventions individuelles de forfait en jours en cours d'exécution lors de son entrée en vigueur, soit le 22 août 2008-, le salarié a droit, en cas de dépassement de la durée prévue par la convention individuelle de forfait en jours sur l'année, à la rémunération afférente aux journées de travail excédentaires, ainsi qu'à une majoration de salaire, fixée par avenant à la convention de forfait, qui ne peut être inférieure à 10 % ; qu'en l'absence d'avenant précisant un taux de majoration supérieur au taux légal de 10 %, le salarié a uniquement droit à celui-ci ; qu'il appartient au salarié qui se prévaut d'un taux supérieur au taux minimum légal de 10 % de rapporter la preuve d'un accord des parties sur ce taux particulier supérieur ; que, concernant les journées excédentaires postérieures au 22 août 2008, la cour d'appel a retenu, pour accorder au salarié une majoration de 25 % pour chaque journée travaillée au-delà de la durée maximale du forfait, que « l'employeur ne réplique pas sur le taux de majoration de 25 % demandé par le salarié, taux qui sera donc appliqué » ; qu'en statuant ainsi, sans constater que le salarié rapportait la preuve d'un accord des parties sur une majoration de 25 %, la cour d'appel a fait peser la charge de la preuve contraire sur l'employeur, violant l'article 1315 du code civil en sa

rédaction applicable au litige, ensemble le texte susvisé ;

6°) ALORS, plus subsidiairement, QUE le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas reconnaissance de celui-ci ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel -qui a considéré que le silence gardé par l'employeur valait reconnaissance de l'existence d'un accord des parties sur une majoration de 25 %- a violé l'article 1315 du code civil en sa rédaction applicable au litige ;

7°) ET ALORS, très subsidiairement, QU'en s'abstenant de constater, pour les journées excédentaires postérieures au 22 août 2008, un accord des parties sur un tel taux de 25 %, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-45 du code du travail en sa rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'employeur à payer à M. [F] les sommes de 4.889 € de rappels de salaire et 1.845,37 € de congés payés y afférents ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE, sur les rappels relatifs à l'indemnité compensatrice au titre de 60 jours de week-end travaillés et celle du CET : le salarié, qui explique avoir reçu la somme de 13.564 euros en juin 2010 au titre de 60 jours de week-end travaillés, affirme qu'il aurait dû percevoir la somme de 18.453,16 euros dans la mesure où sa rémunération depuis 2009 était de 66.126 euros, soit, selon lui, une différence négative de 4.889,76 euros ; qu'il ajoute que l'indemnité de congés payés à hauteur de 1.845,37 euros ne lui a pas été payée sur l'intégralité de ses journées de travail ; que s'agissant de l'indemnité compensatrice de 36 jours de CET, il a perçu 8.138,59 euros en janvier 2011 au lieu de 11.072,26 euros, soit, selon lui, une différence négative de 2.933,67 euros ; que la société explique que la rémunération mensuelle était bien de 4.898,22 euros, ce qui correspond à un salaire journalier de 226,066 euros ; qu'il a donc bien perçu, ajoute la société, un montant exact de 13.564 euros correspondant à 60 jours ; que la société ne répond pas sur l'indemnité de congés payés, ni sur l'indemnité compensatrice des 36 jours de CET ; qu'en l'espèce, la rémunération annuelle brute du salarié a été réévaluée à 66.126 euros à compter de janvier 2009 (pièce 29 du salarié), tel qu'il ressort du courrier de Mme [X], salariée appartenant à la direction des ressources humaines en date du 11 décembre 2008 ; que ce courrier n'est pas contesté par la société ; que par ailleurs, le bulletin de salaire de juin 2010 et le courrier du 31 mai 2010 de l'employeur (pièces 30-5 et 37 du salarié) montrent que le salarié a perçu la somme de 13.564 euros bruts au titre des "IND. HEURES RECUPER." pour 60 jours travaillés, ce qui équivaut à un salaire journalier brut de 226,066 euros ; qu'or, la rémunération du salarié ayant été portée à 66.126 euros depuis janvier 2009, son salaire journalier était de 307,56 euros, soit total de 18.453,16 euros pour 60 jours à récupérer ; que la différence constatée avec les 13.564 euros versés par la société est donc de 4.889,16 euros (et non pas 4 889,76 euros) à laquelle s'ajoutera le reliquat de l'indemnité de congés payés de 1.845,37 euros, dont l'employeur ne conteste pas l'absence de versement ; que concernant l'indemnité compensatrice des 36 jours de CET de 8.138,59 euros perçue en janvier 2011 (pièce 30-15 S), cette somme correspond à un salaire journalier de 226,072 euros, et non de 307,56 euros ; qu'ainsi, le salarié aurait dû percevoir 11.072,26 euros, soit un manque de 2.933,67 euros ; que le jugement sera donc confirmé en ce qu'il a alloué au salarié la somme de 4.889 euros à titre de rappel de salaire pour 60 jours de week-end travaillés, celle de 1.845,37 euros à titre de congés payés pour 60 jours de week-end travaillés et celle de 2.933,67 euros au titre de reliquat de l'indemnité compensatrice de 36 jours de compte épargne temps, avec intérêts au taux légal à compter de la saisine du conseil du conseil de prud'hommes ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE, sur le rappel de salaire au titre du reliquat de 60 jours de week-end travaillés de 2006 à 2010 (4.889,76 euros) et les congés payés (1.845,37 euros) ; et celle du compte épargne temps (2.933,67 euros) : - vu le bulletin de paie de juin 2010 et celui de janvier 2011 ; que vu la lettre d'augmentation de salaire du 11 décembre 2008 ; que la société [V] a versé à M. [F] une indemnité compensatrice correspondant à 60 jours de week-ends travaillés pour un montant de 13.564 euros ; que la rémunération annuelle étant de 66.126 euros pour 215 jours travaillés, M. [F] aurait dû percevoir la

somme de 18.453,76 euros ; que la société [V] lui doit donc la différence soit 4.889 euros brut ; qu'il y a lieu de constater que l'indemnité de congés payés ne lui a pas été payée sur la totalité de ses journées de travail et qu'en conséquence la société doit payer la somme de 1.845,37 euros au titre des congés payés ; qu'il résulte du bulletin de paie de janvier 2011 que la société lui a payé la somme de 8.138,59 euros au titre de l'indemnité compensatrice correspondant à 36 jours de congés épargne temps alors qu'il aurait dû percevoir la somme de 11.072,26 euros (calculée sur le salaire de 66.126 €) ; qu'en conséquence la société [V] reste redevable de la somme de 2.933,67 euros) ;

ALORS QU'en l'absence de stipulation contraire, la modification de la rémunération du salarié n'a pas d'effet rétroactif ; qu'en l'espèce, le courrier du 11 décembre 2008 de Mme [X] adressé à M. [F] mentionnait : « nous avons le plaisir de vous informer qu'à compter de janvier 2009 votre rémunération annuelle de base sera portée à 66.126 euros » ; qu'en se fondant sur cette augmentation de salaire, pour allouer à M. [F] un rappel de salaire pour soixante jours de week-end travaillés, quand elle constatait que le salarié n'avait réalisé que 23 jours au-delà de son forfait annuel en 2009, ce dont il résultait qu'une fraction de l'indemnité versée par l'employeur pour les soixante jours de week-end travaillés correspondait à des journées de travail antérieures au 1er janvier 2009, auxquelles l'augmentation de salaire accordée au salarié à compter de cette date n'était pas applicable, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil en sa rédaction applicable au litige, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail.