

1 juin 2023
Cour d'appel de Paris
RG n° 21/00797

Pôle 6 – Chambre 10

Texte de la décision

Entête

Copies exécutoires REPUBLIQUE FRANCAISE

délivrées le : AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 10

ARRET DU 01 JUIN 2023

(n° , 1 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 21/00797 - N° Portalis 35L7-V-B7F-CDAQN

Décision déferée à la Cour : Jugement du 04 Décembre 2020 -Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de PARIS -
RG n° 19/07065

APPELANT

Monsieur [W] [M]

[Adresse 2]

[Localité 4]

Représenté par Me Frédéric SAUVAIN, avocat au barreau de PARIS, toque : P0521

INTIMEE

S.A.S. ADVENIS GESTION PRIVEE

[Adresse 1]

[Localité 3]

Représentée par Me Alexandra LORBER LANCE, avocat au barreau de PARIS, toque : K0020

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 14 mars 2023, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Madame Gwenaëlle LEDOIGT, Présidente, chargée du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, entendu en son rapport, composée de :

Madame Gwenaëlle LEDOIGT, Présidente de la chambre

Monsieur Nicolas TRUC, Président de la chambre

Madame Carine SONNOIS, Présidente de la chambre

Greffier : lors des débats : Mme Sonia BERKANE

ARRET :

- contradictoire

- mis à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Madame Gwenaëlle LEDOIGT, Présidente et par Sonia BERKANE, Greffière, à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Exposé du litige

EXPOSE DU LITIGE :

M. [W] [M] a été engagé par la société par actions simplifiée (SAS) Advenis gestion privée, suivant contrat à durée indéterminée en date du 2 janvier 2006, en qualité de démarcheur.

L'activité de la société de la SAS Advenis gestion privée, filiale du groupe Advenis est la conception, la distribution et la gestion d'actifs immobiliers et financiers.

Au début de l'année 2017, le salarié a été promu Directeur commercial du réseau direct.

Le 18 avril 2019, M. [W] [M] a été convoqué à un entretien préalable pouvant conduire jusqu'à son licenciement fixé au 29 avril suivant. Cette convocation était assortie d'une mise à pied à titre conservatoire.

Le 3 mai 2019, le salarié s'est vu notifier un licenciement pour faute grave, libellé dans les termes suivants :

" Nous sommes au regret de vous notifier par la présente votre licenciement pour faute grave en raison des motifs exposés ci-après.

Lors de votre entretien annuel d'évaluation du mercredi 17 avril 2019, vous vous êtes réjouis auprès de Messieurs [U] [J] (directeur général) et [G] [S] (président) d'avoir mis en place une plateforme en ligne d'aide à la décision en termes d'investissements financiers (robot-advisor).

Vous avez en outre réalisé, en direct, une démonstration de cet outil en prenant pour exemple un client existant, géré par l'un de nos conseillers en gestion de patrimoine. Il s'avère que cet outil, basé sur un algorithme tenant compte de diverses données clients, établit des préconisations d'investissements entre deux supports d'assurance-vie: les fonds en euros à capital garanti et les supports en unités de compte ne garantissant pas le capital investi.

Le principe de cet outil est donc de soumettre à nos conseillers en gestion de patrimoine des préconisations d'arbitrage et de redistribution de l'épargne de leurs clients au sein des contrats d'assurance- vie.

Ce faisant, vous avez alors appris à [U] [J] et [G] [S] qu'une société extérieure à notre groupe, le développeur de l'outil d'arbitrage, disposait d'ores et déjà d'une partie de nos données clients afin d'alimenter son algorithme décisionnel. Vous avez donc seul pris l'initiative de la mise en 'uvre d'un tel projet, de votre propre chef, sans la moindre mesure préventive de protection des données personnelles et confidentielles, sans aucun cadre précontractuel ou contractuel et sans qu'aucune direction n'ait été informée et n'ait donné son accord formel (direction générale, direction réglementaire et conformité, direction juridique, comité produits).

De plus, il résulte de l'enquête instruite durant votre mise à pied conservatoire que vous avez adressé plusieurs emails d'une particulière gravité au représentant de la société développant l'algorithme (Monsieur [E] [B]).

Ces emails contenaient en effet un nombre extrêmement important de nos données clients, notamment des noms, prénoms, dates de naissance, coordonnées postales et téléphoniques, adresses emails, contrats financiers détenus par les clients, provisions mathématiques des contrats d'assurance-vie, supports détenus d'assurance-vie, etc.

Il en est notamment ainsi des emails que vous avez adressés les 15 février 2019 à 16h02 (contenant un tableau Excel regroupant 4 968 lignes de données commerciales) et 19 février 2019 & 17h50 (contenant un tableau Excel regroupant 4 968 lignes de données commerciales), ou de l'email du 20 février 2019 à 12h05 (contenant un tableau Excel regroupant 7 154 lignes de données commerciales) dont vous avez demandé l'envoi par l'un de vos collègues.

Ces transferts irréguliers de données commerciales constituent une faute particulièrement grave qui préjudicie aux intérêts légitimes de la société et l'expose à des risques critiques; tant en termes commerciaux que réglementaires ou judiciaires.

Compte tenu de la gravité des faits qui vous sont reprochés, votre maintien dans l'entreprise, même temporaire, s'avère impossible.

En conséquence, votre licenciement prend effet immédiatement, à la date du 3 mai 2019, sans indemnité de préavis ni de licenciement".

Le 30 juillet 2019, M. [W] [M] a saisi le conseil de prud'hommes de Paris pour contester son licenciement et solliciter des dommages-intérêts pour nullité de la clause de forfait en jours, un rappel de salaire pour heures supplémentaires, une indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, un rappel de prime pour l'exercice 2017, des rappels de rémunération variable et des dommages-intérêts pour perte de chance de bénéficier de la convention collective nationale des entreprises de courtage et d'assurance.

Le 4 décembre 2020, le conseil de prud'hommes de Paris, dans sa section Encadrement, a statué comme suit :

- dit le licenciement pour faute grave de M. [W] [M] fondé

- déboute M. [W] [M] de l'ensemble de ses demandes
- déboute la SAS Advenis gestion privée de sa demande reconventionnelle
- condamne M. [W] [M] aux entiers dépens.

Par déclaration du 4 janvier 2021, M. [W] [M] a relevé appel du jugement de première instance dont il a reçu notification le 26 décembre 2020.

Vu les dernières conclusions remises et notifiées le 15 février 2022, aux termes desquelles

M. [W] [M] demande à la cour d'appel de :

- recevoir Monsieur [W] [M] en son appel, et y faisant droit
- infirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté Monsieur [W] [M] de l'intégralité de ses demandes et, statuant à nouveau,
- condamner Advenis gestion privée à verser à Monsieur [W] [M] les sommes de :

*15 000 euros, à titre de prime garantie pour l'exercice 2017

* 5 000 euros, à titre de solde de rémunération variable annuelle liée aux résultats opérationnels courant ou au résultat d'exploitation de la société, au titre de l'exercice 2018

* 300 euros, à titre de complément de salaire pour la période du 1^{er} au 18 avril 2019

- dire que le licenciement pour faute grave de Monsieur [W] [M] ne repose sur aucune cause réelle et sérieuse

En conséquence,

- condamner Advenis gestion privée à verser à Monsieur [W] [M] les sommes de :

* 49 859,07 euros, au titre de son préavis

* 4 985,90 euros, au titre des congés payés sur préavis

* 60 329,46 euros, au titre de l'indemnité de licenciement

* 8 309,84 euros, à titre de remboursement de la période de mise à pied (soit du 18 avril au 3 mai 2019)

* 830,98 euros, au titre des congés payés sur la mise à pied

* 191 126,43 euros, à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (soit l'équivalent de 11,5 mois)

- dire que la clause de forfait jours est sans effet

En conséquence,

- condamner Advenis gestion privée à verser à Monsieur [W] [M] les sommes de :

* 15 000 euros, à titre de dommages et intérêts pour nullité de la clause de forfait

* au titre des heures supplémentaires, les sommes de :

' pour l'année 2016 : 86 375,77 euros, outre la somme de 8 637,58 euros au titre des congés payés afférents

' pour l'année 2017 : 161 364,55 euros, outre la somme de 16 136,46 euros au titre des congés payés afférents

' pour l'année 2018 : 159 528,80 euros, outre la somme de 15 952,88 euros au titre des congés afférents

' pour l'année 2019 : 56 472,38 euros, outre la somme de 5 647,24 euros au titre des congés payés afférents

* au titre du repos compensateur, les sommes de :

' pour l'année 2016 : 19 442,81 euros, outre la somme de 1 944,28 euros au titre des congés payés afférents

' pour l'année 2017 : 43 062,40 euros, outre la somme de 4 306,24 euros au titre des congés payés afférents

' pour l'année 2018 : 44 279,39 euros, outre la somme de 4 427,94 euros au titre des congés afférents

' pour l'année 2019 : 7 876,26 euros, outre la somme de 787,63 euros au titre des congés payés afférents

- outre la somme de 99 718 euros, à titre de dommages et intérêts pour travail dissimulé

- dire que Advenis gestion privée devrait être rattachée à la convention collective nationale des entreprises de courtage d'assurances et/ou de réassurances du 18 janvier 2002, étendue par arrêté du 14 octobre 2002 (IDCC 2247)

En conséquence,

- condamner Advenis gestion privée à verser à Monsieur [W] [M] la somme de 15 000 euros, à titre de dommages et intérêts pour perte de chance

- condamner Advenis gestion privée à verser à Monsieur [W] [M] les intérêts au taux légal sur ces sommes, à compter de la saisine du conseil de prud'hommes et ordonner la capitalisation des intérêts dus pour une année entière

- condamner Advenis gestion privée à verser à Monsieur [W] [M] la somme de 10 000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile

- condamner Advenis gestion privée aux entiers dépens.

Vu les dernières conclusions remises et notifiées le 16 janvier 2023, aux termes desquelles la SAS Advenis gestion privée demande à la cour d'appel de :

A titre principal :

- infirmer le jugement du conseil de prud'hommes de Paris du 4 décembre 2020 en ce qu'il a considéré que la convention de forfait annuel en jours de M. [M] était privée d'effet

- confirmer le jugement du conseil de prud'hommes de Paris du 4 décembre 2020 en ce qu'il a débouté M. [M] de

l'intégralité de ses demandes

Et statuant de nouveau,

- débouter M. [M] de l'intégralité de ses demandes
- condamner M. [M] à verser à la société Advenis gestion privée la somme de 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens de l'instance

A titre subsidiaire :

- débouter M. [M] de ses demandes de dommages-intérêts liées à l'inopposabilité de la convention de forfait jours, de rappel d'heures supplémentaires et d'indemnité de travail dissimulé

- fixer le salaire de référence de M. [M] à la somme de 13 992,87 euros bruts mensuels

- fixer l'indemnité légale de licenciement de M. [M] à la somme de 51 980,32 euros,

l'indemnité compensatrice de préavis à la somme de 27 985,74 euros bruts et le rappel de salaire sur mis à pied à 3 819,44 euros bruts

- débouter M. [M] du surplus de ses demandes

- condamner M. [M] à rembourser à la société la somme de 12 272,8 euros bruts au titre des jours de repos indus dont il a bénéficié en contrepartie de son forfait annuel en jours

A titre infiniment subsidiaire :

- réduire les demandes indemnitaires de M. [M] dans de bien plus justes proportions

En tout état de cause :

- débouter M. [M] de ses demandes de rappel de prime garantie 2017, de prime au titre du ROC 2018 et de rappel au titre de son augmentation salariale d'avril 2018

- débouter M. [M] de sa demande d'application de la Convention collective du courtage d'assurance.

Conclusions auxquelles la cour se réfère expressément pour un plus ample exposé des faits de la procédure, ainsi que des moyens et prétentions des parties.

L'instruction a été clôturée par ordonnance du 13 mars 2023.

Motivation

MOTIFS DE LA DECISION :

1/ Sur l'application de la convention collective nationale des entreprises de courtage d'assurances et/ou de réassurances

Le salarié appelante rapporte que la SAS Advenis gestion privée n'applique aucune convention collective alors que, compte tenu de son activité majoritaire d'agents et courtiers d'assurances, elle devrait être rattachée à la convention collective nationale des entreprises de courtage d'assurances et/ou de réassurances du 18 janvier 2002, étendue par arrêté du 14 octobre 2002 (ICC 2247). Il ajoute que cette situation ne lui a pas permis de bénéficier des dispositions de l'article 16 de ladite convention collective prévoyant la possibilité pour le salarié de saisir le conseil de discipline, lequel n'aurait pas manqué de s'interroger sur les motifs du licenciement pour faute grave. En conséquence, il revendique une somme de 15 000 euros à titre de dommages-intérêts pour perte de chance.

Mais, la cour retient que la diversité des domaines dans lesquels intervient la SAS Advenis gestion privée, à travers les solutions qu'elle propose à ses clients, à savoir : l'assurance, la gestion de produits financiers et l'immobilier, ne permet pas de déterminer une activité principale relevant d'une convention collective particulière et, notamment, celle des entreprises de courtage d'assurances et/ou de réassurances. C'est donc à bon escient que les premiers juges ont débouté le salarié de sa demande de ce chef.

2/ Sur la demande de rappel de prime garantie au titre de l'exercice 2017

M. [W] [M] fait valoir que, par avenant du 4 octobre 2017, la société intimée s'est contractuellement engagée à lui verser, avant la fin du mois d'avril 2018 et sous réserve qu'il soit présent dans les effectifs au moment de son paiement, une prime plafonnée à un montant brut de 15 000 euros. Or, le salarié appelant soutient que cette prime ne lui a pas été versée et réclame son paiement intégral.

La société intimée répond, qu'à l'occasion de la promotion de M. [W] [M] en qualité de Directeur commercial du réseau direct, il a été décidé qu'il bénéficierait d'une gratification spécifique garantie au titre de l'année 2017. C'est dans ces conditions, qu'avant même la formalisation de l'avenant du 4 octobre 2017, il a été versé au salarié une somme mensuelle de 1 000 euros, correspondant à cette prime garantie même si elle est apparue sur les bulletins de paie sous l'intitulé "avances sur commissions". L'employeur affirme que le salarié a perçu cette prime pendant 12 mois, soit 12 000 euros et qu'un solde de 3 000 euros bruts lui a été réglé au mois de février 2018, en même temps que le solde de ses autres éléments de rémunération variable contractuels.

La société intimée relève, d'ailleurs, que si le salarié n'avait pas perçu la prime litigieuse, qui devait lui être versée avant le mois d'avril 2018, il n'aurait pas attendu le mois de mai 2019 pour en réclamer le paiement.

Les explications et l'analyse des bulletins de salaire de M. [W] [M] versés aux débats permettent de considérer que le salarié a bien été rempli de ses droits au titre de la prime garantie pour l'exercice 2017 (pièces 2, 1-12). En effet, si le salarié s'étonne que la prime ait commencé à lui être versée avant même la signature de l'avenant la consacrant, force est de constater que son paiement étant en lien avec sa promotion au poste de Directeur commercial du réseau direct, il n'est pas incohérent qu'elle lui ait été réglée dès sa nomination à ce poste.

En outre, les explications du salarié selon lesquelles le versement mensuel de 1 000 euros correspondrait à une avance

sur prime qualitative ne sont pas pertinentes dès lors que ces avances, qui constituent une sorte de prêt sur prime future, ne sont maintenues que si le salarié atteint les objectifs donnant lieu à versement de la prime qualitative. Or,

M. [W] [M] n'ayant pas atteint les objectifs conditionnant le versement de la prime qualitative, si la somme de 12 000 euros avait dû lui être versée à ce titre, elle aurait fait l'objet d'une déduction lors du solde de tout compte et non d'un ajout de 3 000 euros.

Le jugement déféré sera donc confirmé en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de ce chef.

3/ Sur la demande de rappel de rémunération variable au titre du ROC de l'exercice 2018

M. [W] [M] indique, qu'au titre de l'exercice 2018, les parties ont prévu, par un avenant du 21 septembre 2018, de fixer sa rémunération variable liée au Résultat Opérationnel Courant (ROC), en ces termes :

"2.2.3 : REMUNERATION VARIABLE ANNUELLE LIEE AU RESULTAT OPERATIONNEL

COURANT OU RESULTAT D'EXPLOITATION DE LA SOCIETE

Cette rémunération variable annuelle est calculée au 30 mars de chaque année. Le versement éventuel de cette prime se fera à la fin du mois d'avril suivant, à condition que le salarié soit présent dans les effectifs au moment de son versement.

Le Résultat Opérationnel Courant (« ROC ») ou Résultat d'Exploitation (« RE ») de la société est défini de manière comptable et est celui indiqué dans le compte de résultat de la société.

Le montant de cette prime sera d'un montant maximum de 15.000,00 € (quinze mille euros) bruts et son attribution dépendra de l'atteinte par le salarié des objectifs suivants :

- Si le ROC ou le RE indique une perte supérieure à ' 2.400.000,00 € (moins deux millions quatre cent mille euros), le salarié ne percevra aucune rémunération variable ;
- Si le ROC ou le RE indique une perte comprise entre ' 2.400.000,00 € (moins deux millions quatre cent mille euros) et - 1.900.000,00 € (moins un million neuf cent mille euros), le salarié percevra une rémunération variable égale à 10.000,00 € (dix mille euros) bruts ;
- Si le ROC ou le RE indique une perte comprise entre ' 1.900.000,00 € (moins un million neuf cent mille euros) et 0 € (zéro euro), le salarié percevra une rémunération variable égale à 15.000,00 €

(quinze mille euros) bruts". (pièce 16)

Le salarié ajoute, qu'il ressort d'un communiqué de presse rédigé le 11 avril 2019, que le Résultat Opérationnel Courant, pour l'exercice 2018, s'est élevé à 500 000 euros pour le groupe Advenis et même à 1 300 000 euros pour le pôle "gestion d'actifs, gestion privée et distribution", auquel est rattaché Advenis gestion privée (pièce 17).

M. [W] [M] ayant été licencié par lettre du 3 mai 2019, il considère qu'il faisait bien partie des effectifs de la société intimée au moment du déclenchement de cette prime, soit à la fin du mois d'avril 2019 et qu'il est donc bien fondé à réclamer un montant de 15 000 euros à ce titre.

La section des référés du conseil de prud'hommes ayant pris acte de la reconnaissance par l'intimée qu'elle devait à M. [W] [M] une indemnité de 10 000 euros, le salarié appelant revendiquer le solde lui restant dû de 5 000 euros.

La cour constate que si le salarié fonde ses prétentions sur les résultats du groupe, l'avenant du 21 septembre 2018 faisait expressément référence au Résultat Opérationnel Courant ou Résultat d'Exploitation (RE) de la société. Or, il est justifié par l'employeur, par la production de son compte de résultat, que le ROC (ou RE) d'Advenis gestion privée a été de - 1 933 981 euros pour l'exercice 2018 (pièce 3). Il s'en déduit, qu'en application de l'avenant contractuel, le salarié pouvait prétendre à un montant de 10 000 euros au titre de cette prime, somme qui lui a été versée par la société intimée. C'est donc à juste titre que les premiers juges ont débouté de sa demande de rappel d'un solde de 5 000 euros à titre de rappel de rémunération variable.

4/ Sur la demande de rappel d'augmentation de salaire du 1er avril 2019

Le salarié appelant souligne que, dans ce même avenant du 21 septembre 2018, il était prévu en son article 2.1, qu'à compter du 1er avril 2019, sa rémunération forfaitaire fixe brute annuelle, serait portée de 125 000 à 130 000 euros, soit une augmentation mensuelle de 416 euros.

M. [W] [M] reproche à l'employeur de ne pas lui avoir versé cette somme au prorata des jours travaillés pour le mois d'avril 2019, ce qui représente un montant de 300 euros dont il réclame le paiement.

L'employeur objecte que cette augmentation salariale de 5 000 euros était subordonnée à la réalisation d'objectifs précis et cumulatifs qui devaient avoir été atteints à la date du 1er avril 2019. Lesdits résultats n'ayant pas été atteints, l'augmentation envisagée n'a pas été accordée au salarié.

Toutefois, à défaut pour l'employeur de justifier par une quelconque pièce de la non-atteinte par le salarié d'au moins un des objectifs qui lui avaient été fixés, il sera fait droit à sa demande de rappel de salaire pour un montant de 300 euros.

5/ Sur la convention de forfait en jours

M. [W] [M] précise que, par accord d'entreprise du 16 juillet 2014, la SAS Advenis gestion privée et les organisations syndicales représentatives ont mis en place des dispositions relatives au temps de travail prévoyant, dans un article 5, que "le contrôle des jours travaillés et des jours non travaillés est effectué par auto-déclaration dans le cadre d'un dispositif mis en place par la Direction" et qu'un "entretien annuel individuel sera organisé entre les salariés et la Direction afin de faire une analyse sur l'organisation du travail dans le cadre du forfait jours".

Par un avenant n°2 du 18 juillet 2018, les signataires ont ajouté que :

- l'employeur assure le suivi régulier de l'organisation du travail du salarié, de sa charge de travail et de l'amplitude de ses journées de travail
- un suivi régulier de la charge de travail du salarié sera effectué par sa hiérarchie, au moyen d'un décompte mensuel
- afin de veiller à la santé et à la sécurité du salarié, l'employeur organisera une fois par an un entretien individuel afin d'évoquer les modalités d'organisation du travail, sa charge de travail, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle et familiale ainsi que sa rémunération (pièce n°6).

Pour autant, le salarié appelant prétend que ce dispositif d'auto déclaration, de suivi de décompte mensuel et d'organisation d'entretiens individuels n'a jamais été effectivement mis en place par la direction de la société intimée.

Ainsi, il n'a bénéficié d'aucun entretien annuel au titre des exercices 2016 et 2017 et, précédemment, aucune question ne lui a jamais été posée sur sa charge de travail.

M. [W] [M] demande donc à ce que la clause de forfait en jours, prévue à son contrat de travail, soit dite inopposable.

L'employeur explique qu'en sa qualité de Directeur commercial réseau direct, M. [W] [M] bénéficiait d'une large autonomie d'organisation son travail, ce qui avait déterminé la mise en place d'un forfait en jours sur l'année, conformément à l'article 3.2 de l'accord collectif du 16 juillet 2014 relatif à l'aménagement du temps de travail au sein d'Advenis gestion privée. La société intimée se défend de ne pas avoir respecté les dispositions de l'accord collectif et celles de l'avenant du 18 juillet 2018 et relève qu'il existait bien un décompte des jours travaillés chaque mois, ainsi que des jours de repos, puisque ces éléments étaient repris sur les bulletins de paie du salarié. L'employeur constate, également, que le salarié appelant ne peut valablement prétendre, dans ses écritures, que son dernier entretien annuel "l'a été au titre du bilan de l'année 2015" alors que son licenciement a été motivé par la découverte de faits fautifs au cours de son dernier entretien annuel réalisé le 17 avril 2019. La société intimée verse au débat des témoignages de directeurs de la société qui affirment que la question de la charge de travail était bien abordée lors des entretiens annuels individuels, même si elle n'était pas expressément reprise dans les comptes-rendus (pièces 22 et 23). Enfin, l'employeur indique qu'il existait un dispositif d'alerte lorsque le salarié estimait rencontrer des difficultés quant à sa charge de travail et que l'appelant n'a jamais effectué de signalement à ce sujet, pas plus qu'il n'a saisi le médecin du travail ou les représentants du personnel d'éventuelles difficultés.

Mais, à défaut pour l'employeur de produire aux débats des pièces justifiant de la mise en place d'un système d'auto-déclaration de leurs temps de travail par les salariés et d'un contrôle de ces temps par leur hiérarchie, il convient de considérer qu'il ne justifie pas avoir satisfait aux obligations définies dans l'accord d'entreprise du 16 juillet 2014, complété par l'avenant du 18 juillet 2018. Il n'est pas davantage démontré que le salarié aurait bénéficié d'un entretien individuel pour les exercices 2016, et 2017 et que ceux qui ont été organisés, les autres années, incluaient bien des questions sur la charge de travail et son adéquation avec la vie personnelle et familiale des salariés. Dans ces conditions, le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a dit que la convention de forfait annuel en jours du salarié est privée d'effet et que ce dernier est fondé à demander le paiement d'heures supplémentaires. Par ailleurs, à défaut pour le salarié de s'expliquer sur la nature et l'étendue du préjudice dont il demande réparation du fait du caractère inopposable de la convention de forfait en jours qui lui a été appliquée, le jugement déféré sera également confirmé en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de ce chef.

6/ Sur les heures supplémentaires et le repos compensateur

Selon l'article L. 3174-1 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci.

Le salarié réclame le paiement des heures supplémentaires suivantes :

- pour l'année 2016 : 86 375,77 euros, outre la somme de 8 637,58 euros au titre des congés payés afférents

- pour l'année 2017 : 161 364,55 euros, outre la somme de 16 136,46 euros au titre des congés payés afférents
- pour l'année 2018 : 159 528,80 euros, outre la somme de 15 952,88 euros au titre des congés afférents
- pour l'année 2019 : 56 472,38 euros, outre la somme de 5 647,24 euros au titre des congés payés afférents

soit un rappel de salaire total de 463 741,50 euros et 46 374,16 au titre des congés payés afférents.

Le salarié forme, également, des demandes de rappel de salaires et congés payés afférents au titre des repos compensateurs qui ne lui ont pas été accordés pour les heures accomplies au-delà du contingent annuel de 220 heures.

Au soutien de ses demandes le salarié verse au débat des pièces relatives :

- à ces différents trajets entre 2016 et 2019 (pièces 30 et 31)
- à l'analyse des emails reçus en dehors de ses heures normales de travail entre 2016 et 2019 (pièce 32)
- à l'analyse des emails envoyés et reçus, avant 9 heures et après 19 heures, entre 2016 et 2019 (pièce 33)
- au détail de ses communications depuis son téléphone personnel entre le 27 février le 22 avril 2019 (pièce 34)
- à l'ensemble des emails envoyés par ses soins avant 9 heures et après 19 heures, entre 2016 et 2019 (pièces 35 et 36)
- un tableau précisant quotidiennement le nombre d'heures effectivement travaillées pour chaque période (pièces 56 à 63).

L'employeur réplique que les tableaux établis par le salarié font état d'un nombre d'heures supplémentaires par semaine et par mois déterminé de manière purement forfaitaire, qui ne peut en aucune manière correspondre à la réalité des heures de travail effectuées par le salarié. Il constate, de surcroît, que le salarié a calculé le montant dû au titre des heures supplémentaires par journée et non sur une base hebdomadaire comme l'impose la loi. Il s'étonne que l'appelant considère que le fait de recevoir un courriel, en dehors de ses "temps de travaux normaux" constitue une prestation de travail génératrice d'heures supplémentaires, et ce, alors même que les expéditeurs ne sollicitaient aucune réponse ou intervention immédiate de la part du salarié. S'agissant des courriels transmis par le salarié avant 9 heures et après 19 heures, il avance qu'il s'agit de messages très courts n'ayant nécessité aucun travail. De la même façon, il considère qu'il ne peut être sérieusement considéré que le premier et le dernier appel passés au cours d'une même journée fixeraient les limites de l'amplitude de travail du salarié. Enfin, les tableaux renseignés par le salarié sont émaillés d'erreurs grossières comme la prise en compte de déplacements professionnels pour des journées où il se trouvait en repos et l'absence de prise en compte des jours de RTT dont il a pu bénéficier. Même le salaire de référence retenu par le salarié pour calculer ces heures supplémentaires est erroné puisqu'il intègre sa rémunération variable.

Cependant, si la société intimée critique les pièces et calculs du salarié, elle ne produit, pour sa part, aucun élément permettant d'établir de manière objective et fiable le nombre d'heures de travail effectuées par l'appelant alors que, y compris dans le cadre d'une convention de forfait en jours, il lui appartenait de vérifier la charge de travail effective du salarié. En cet état, il sera considéré que la SAS Advenis gestion privée ne remplit pas la charge de la preuve qui lui revient, le salarié ayant de son côté étayé sa demande en apportant à la cour des éléments précis. Les erreurs relevées par l'employeur dans l'évaluation par le salarié de son temps de travail effectif, conduisent la cour à arbitrer à 279 le nombre d'heures supplémentaires accomplies par le salarié entre 2016 et 2019 et à lui allouer une somme de 46 374,15 euros à titre de rappel de salaire, outre, 4 637,42 euros au titre des congés payés afférents. Le jugement entrepris sera, donc, infirmé en ce qu'il a débouté le salarié de ses demandes de ce chef.

La cour n'ayant pas retenu l'existence d'un nombre d'heures supplémentaires dépassant, pour chaque année litigieuse, le contingent annuel de 220 heures, le jugement sera confirmé en ce qu'il a débouté le salarié de ses demandes de ce chef.

7/ Sur le travail dissimulé

M. [W] [M] sollicite une somme de 99 718 euros à titre d'indemnité pour travail dissimulé sans s'expliquer sur le fondement de cette demande, mais le caractère intentionnel du travail dissimulé ne pouvant se déduire de la seule application d'une convention de forfait inopposable, le jugement déferé sera confirmé en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de ce chef.

8/ Sur le licenciement pour faute grave

L'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail doit énoncer son ou ses motifs dans la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige. Il incombe à l'employeur d'alléguer des faits précis sur lesquels il fonde le licenciement.

La faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations résultant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Il appartient à l'employeur d'en apporter la preuve.

Aux termes de la lettre de licenciement, il est reproché au salarié :

- d'avoir mis en place une plate-forme en ligne d'aide à la décision en termes d'investissements financiers "sans prendre aucune mesure préventive de protection des données personnelles et confidentielles , sans aucun cadre précontractuel contractuel, sans qu'aucune direction n'ait été informée et donné son accord formel (direction générale, direction réglementaire et conformité, direction juridique, comité products)
- d'avoir adressé à la société développant l'algorithme utilisé sur cette plate-forme plusieurs mails contenant "un nombre extrêmement important de données clients, notamment des noms, prénoms, dates de naissance, coordonnées postales et téléphoniques, adresses emails, contrats financiers détenus par les clients, provisions mathématiques des contrats d'assurance-vie, supports détenus d'assurance-vie etc..."

Par ces agissements, il est donc reproché au salarié d'avoir violé les règles relatives au traitement des données personnelles des clients, rigoureusement encadrées par les dispositions du Règlement (UE) 2016-679 sur la Protection des Données Personnelles (RGPD), d'application directe en droit français, de même que l'article VII de la charte informatique applicable au sein de la société (pièce 9). L'employeur soutient que le salarié a, également, manqué à son obligation de respect du secret professionnel prévue à l'article L. 531-12 du code monétaire et financier pour tous les salariés employés par des entreprises de gestion d'investissements de portefeuille ainsi que dans l'article 3.2.2 du code de déontologie applicable au sein de la société, que M. [W] [M] s'était engagé à respecter en signant son contrat de travail.

L'employeur rappelle, qu'alors que l'appelant avait été autorisé à prospecter différents partenaires pour envisager un projet de "robot-advisor" pour apporter une aide à la décision en matière d'investissements financiers, le salarié a indiqué, lors de son entretien annuel d'évaluation 2019, qu'il avait mis en place une plate-forme en ligne d'aide à la décision, avec la société Fundee et qu'il avait déjà transmis à cette société les données relatives à

6 900 clients de la société Advenis gestion privée, sans en avoir informé quiconque au sein de l'entreprise. Un huissier mandaté par la Direction a d'ailleurs constaté la transmission massive de données, à quatre reprises, vers Fundee (pièces 6 à 18).

M. [W] [M] objecte qu'il n'a jamais été formé, ni sensibilisé, au respect de la réglementation RGPD. S'il n'est pas en capacité de justifier d'un accord formel de sa Direction pour développer la plate-forme en ligne d'aide à la décision en termes d'investissements, il prétend que M. [G] [S], Directeur Général Délégué et le Comité de Direction ont été régulièrement informés de l'avancement de ses démarches (pièces 21, 25, 26, 51, 52, 53) et que la société Fundee, avec laquelle il a développé le projet, était un partenaire reconnu et ayant des liens étroits avec Adevnis gestion privée. Le lendemain de son entretien d'évaluation à l'occasion duquel l'employeur s'est offusqué de ne pas avoir été informé du transfert de données clients à Fundee, le dirigeant de cette société lui a d'ailleurs adressé un courriel indiquant que "comme convenu depuis le lancement du POC avec [G] qui nous lit en copie, l'ensemble des données communiquées par votre service informatique concernant vos clients sont totalement confidentielles" (pièce 9).

Le salarié ajoute que la société Fundee gère une plate-forme de gestion des contrats d'assurance-vie, destinée aux professionnels du conseil patrimonial et que le respect des règles de confidentialité est consubstantiel à son métier, qu'elle a d'ailleurs signé un engagement en ce sens s'agissant du lancement de la plateforme de gestion des contrats d'assurance vie, ce qui rendait inutile la mise en 'uvre de mesures préventives dans un cadre précontractuel ou contractuel. Il relève, en toute hypothèse, qu'il ne lui appartenait pas de superviser la rédaction éventuelle d'un tel accord.

Il souligne qu'alors que l'employeur prétend que son comportement l'exposait à des risques critiques, tant en termes commerciaux que réglementaires ou judiciaires, il n'est pas justifié qu'il en ait informé son conseil d'administration, les institutions représentatives du personnel, les clients de la société ou bien encore l'AMF, comme le prévoit pourtant les règles relatives à la politique de confidentialité d'Advenis gestion privée. Il ajoute que ce n'est que le 3 mai 2019, soit le jour de son licenciement que l'employeur a jugé nécessaire d'informer la CNIL de cette situation. À cet égard, il souligne, que dans ses échanges avec ce service, à la question sur l'estimation du niveau de gravité l'employeur a répondu "négligeable", que s'agissant de l'information des clients, il a indiqué que "le risque pour les personnes n'est pas considéré comme élevé" et qu'il a tenu à préciser qu'"une lettre de confidentialité avec le prestataire concerné a été signée".

En conséquence, M. [W] [M] considère qu'aucune faute grave ne lui est imputable au titre du développement de la plate-forme de gestion des contrats d'assurance-vie.

Cependant, la cour retient que si le salarié prétend que sa hiérarchie était parfaitement informée du développement de la plate-forme litigieuse force est de constater que les courriels qu'il verse aux débats ne concernent que des accords pour des phases de test.

Alors que le salarié a choisi de s'engager dans ce projet avec la société Fundee, il n'est pas en mesure de justifier que ce choix d'un prestataire a été soumis et validé par sa direction et que le partenariat entre les deux sociétés a fait l'objet d'une formalisation par un contrat quelconque. Mais, surtout, alors que la mise en oeuvre de ce projet impliquait la transmission à un partenaire extérieur de données confidentielles concernant les clients de la société, il est acquis que M. [W] [M] n'a pris aucune mesure préventive pour s'assurer du cadre légal dans lequel pouvait intervenir ce transfert de données, notamment, en consultant le directeur de la conformité de la société et la responsable juridique de l'entreprise. Ainsi, si le salarié prétend qu'il ne maîtrisait pas la réglementation RGPD il ne pouvait ignorer que la transmission d'informations relatives aux clients de la société était couverte par le secret professionnel et qu'elle ne pouvait se faire sans un examen préalable par les responsables des services dédiés au sein de la société.

D'ailleurs, le courriel du dirigeant de la société Fundee (pièce 9 salarié), rédigé le lendemain de la découverte par

l'employeur de cette situation et sur lequel s'appuie le salarié, atteste de l'inexistence d'un quelconque accord de confidentialité entre les deux sociétés impliquées dans cette opération ou même d'un engagement de confidentialité de Fundee à cette date. Cet engagement n'a été pris que postérieurement aux transferts de données confidentielles de 6 900 clients et à la découverte par la SAS Advenis gestion privée de cette situation, ce qui a, ensuite, permis à l'employeur, à la date du licenciement de M. [W] [M] de répondre à la CNIL que la situation avait été régularisée.

Pour autant, en prenant l'initiative personnelle de développer une plate-forme en ligne avec un partenaire de la société et en transférant à ce dernier des données confidentielles de clients en l'absence de tout cadre contractuel, sans s'assurer que ces manipulations respectaient les règles relatives au secret professionnel en vigueur au sein de l'établissement ainsi que la réglementation RGPD applicable à toutes les entreprises manipulant des données, M. [W] [M] a bien commis une faute grave, susceptible d'engager la responsabilité de l'employeur et rendant impossible le maintien de la relation contractuelle. Le jugement entrepris sera donc confirmé en ce qu'il a débouté le salarié de ses demandes au titre de la rupture du contrat de travail.

9/ Sur la demande reconventionnelle de remboursement des jours de repos dont a bénéficié M. [W] [M]

Lorsque la convention de forfait jours est déclarée inopposable, l'employeur est fondé à réclamer le remboursement des jours de repos accordés au salarié en contrepartie du forfait, il sera donc alloué à la SAS Advenis gestion privée une somme de 12 272,80 euros au titre des jours de RTT accordés au salarié, conformément à sa demande.

10/ Sur les autres demandes

Les sommes allouées à titre salarial porteront intérêts au taux légal à compter du 4 septembre 2019, date à laquelle l'employeur a réceptionné sa convocation à l'audience du bureau de conciliation et d'orientation.

Il sera ordonné la capitalisation des intérêts dus pour une année entière.

La SAS Advenis gestion privée supportera les dépens de première instances et d'appel et sera condamnée à payer à M. [W] [M] une somme de 2 000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Dispositif

PAR CES MOTIFS

La Cour,

Confirme le jugement entrepris sauf en ce qu'il a :

- débouté M. [W] [M] de sa demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents
- débouté M. [W] [M] de sa demande de rappel d'augmentation de salaire
- condamné M. [W] [M] aux dépens d'appel,

Statuant à nouveau et y ajoutant,

Condamne la SAS Advenis à payer à M. [W] [M] les sommes suivantes :

- 46 374,15 euros à titre de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires
- 4 637,42 euros au titre des congés payés afférents
- 300 euros à titre de rappel d'augmentation de salaire
- 2 000 euros au titre des frais irrépétibles de première instance et d'appel,

Dit que les sommes allouées à titre salarial porteront intérêts au taux légal à compter du 4 septembre 2019,

Ordonne la capitalisation des intérêts pourvu qu'ils soient dus pour une année entière,

Déboute les parties du surplus de leurs demandes plus amples ou contraires,

Condamne la SAS Advenis gestion privée aux dépens de première instance et d'appel.

LA GREFFIERE LA PRESIDENTE