



**AVIS DE Mme MOLINA,
AVOCAT GÉNÉRAL REFERENDAIRE**

Arrêt n° 1441 du 15 décembre 2021 – Chambre sociale

Pourvoi n° 5-24.990 et 15-24.992

Décision attaquée : 18 mai 2015 de la cour d'appel de Douai

**la société Jurinord
C/
M. [V] [R]**

Faits et procédure

M. [R] et M. [E] ont été engagés en qualité d'avocats par la société Jurinord le 12 mai 2006 pour le premier et le 8 avril 2008 pour le second.

Le 11 février 2004, dans le contexte de la cession des parts sociales du cabinet, ils ont saisi Madame le bâtonnier du barreau d'Arras statuant en matière prud'homale d'une difficulté relative à leur temps de travail et à leur rémunération et ont notamment sollicité le prononcé de la résiliation judiciaire de leur contrat de travail.

Par décisions du 12 septembre 2014, le bâtonnier d'Arras a constaté des manquements graves imputables à l'employeur, à la réglementation de la durée du travail, des heures supplémentaires et des repos compensateurs. Il a prononcé la résiliation des contrats de travail aux torts de l'employeur à compter de la décision et l'a notamment condamné à payer à chacun d'eux diverses sommes à titre de rappel de salaire, outre congés payés afférents ; de dommages-intérêts pour la contrepartie en repos ; de l'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents ; de l'indemnité conventionnelle de licenciement ; de réparation du préjudice causé par un licenciement sans cause réelle ni sérieuse et d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé.

L'employeur a interjeté appel et par arrêts du 18 mai 2015, la cour d'appel de Douai a notamment confirmé les décisions déférées, sauf en ce qu'elles ont condamné l'employeur à payer aux salariés une somme à titre d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé ; les réformant sur ce point et y ajoutant, a débouté les salariés de leur demande au titre de l'indemnité forfaitaire de travail dissimulé et condamné l'employeur à payer aux salariés une somme au titre du manquement aux règles de procédure du licenciement.

L'employeur s'est pourvu en cassation.

Moyens

Au soutien du pourvoi principal sont développés deux moyens, le premier étant divisé en cinq branches, l'une principale et quatre subsidiaires.

Le premier moyen reproche à l'arrêt d'avoir condamné l'employeur à payer aux salariés diverses sommes à titre de rappel de salaire, congés payés afférents, dommages et intérêts au titre de la contrepartie en repos, d'avoir prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail existant entre l'employeur et les salariés aux torts du premier, dit que cette résiliation produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et prenait effet à la date du jugement, condamné l'employeur à payer aux salariés les rémunérations jusqu'au terme du contrat, solde de l'indemnité de licenciement compris, une indemnité compensatrice de préavis et les congés payés afférents, une indemnité conventionnelle de licenciement, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, une somme au titre du manquement aux règles de procédure du licenciement et une somme au titre de l'article 700 du code de procédure civile alors que :

- en écartant la qualité de cadre dirigeant du salarié au prétexte que son intervention ne pouvait caractériser un rôle de dirigeant effectif, quand seule une participation à la direction de l'entreprise est requise, la cour d'appel a violé l'article L. 3111-2 du code du travail ;
- en jugeant que l'article 6 du contrat de travail ne pouvait constituer une convention de forfait licite, la cour d'appel a violé l'article 4.1 de la convention collective du 17 février 1995 des cabinets d'avocats (avocats salariés), ensemble l'article 19-III de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ;

- en considérant que le salarié étayait sa demande par des fiches de temps unilatéralement établies par ses soins indiquant un temps de travail quasi uniforme chaque semaine, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail ;
- l'employeur faisait valoir que même en tenant compte du temps consacré à des activités professionnelles non rattachables à un client, que ce soit en terme de documentation juridique, de formation, d'animation de séminaires, de colloques ou de participation à des réunions internes, les heures effectuées par la salariée n'avaient jamais excédé la durée hebdomadaire de 35 heures, le temps "non imputable" figurant sur les fiches de temps établies par la salariée étant ainsi notamment distinct du temps de recherche de documentation ou de formation non rattaché à un dossier particulier (conclusions d'appel, p.21) ; qu'en affirmant que l'employeur estimait que les temps de recherche de documentation étaient facturables, et en lui opposant que si les recherches effectuées pour une affaire déterminée sont susceptibles d'être facturées au client au bénéfice duquel cette rémunération a été menée, on ne pouvait répartir entre les clients les travaux d'actualisation des connaissances et de formation menés en dehors d'une affaire désignée et qu'ainsi ces temps "non imputables" ne pouvaient être écartés, la cour d'appel a modifié les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile ;
- la cour d'appel qui n'a pas constaté que le non-paiement des heures supplémentaires empêchait la poursuite du contrat de travail a privé sa décision de base légale au regard des articles L.1231-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du code du travail.

Le second moyen reproche à la cour d'avoir condamné l'employeur à payer aux salariés une somme au titre du manquement aux règles de procédure du licenciement alors que l'indemnité prévue par l'article L. 1235-2 du code du travail ne peut être allouée que lorsque le contrat de travail a été rompu par un licenciement ; qu'en condamnant l'employeur au paiement d'une somme au titre du manquement aux règles de procédure du licenciement, quand le contrat de travail était rompu par l'effet d'une résiliation judiciaire et non par un licenciement, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Par ailleurs, au soutien du pourvoi incident est développé un moyen unique divisé en trois branches.

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté les salariés de leur demande au titre de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé alors que :

- en affirmant pour écarter l'élément intentionnel du travail dissimulé, que *"la non-déclaration des heures supplémentaires procède, en l'espèce, d'une appréciation sur la qualité du salarié qui, même si elle était fautive, n'en était pas pour autant arbitraire au regard de l'argumentation développée"*, quand le caractère intentionnel de l'absence de mention des heures supplémentaires sur le bulletin de paie ne peut se déduire de la seule appréciation erronée et "non arbitraire" de l'employeur sur le statut de cadre dirigeant de son salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 8221-5 du code du travail ;
- en se bornant à affirmer, pour écarter l'élément intentionnel du travail dissimulé, que *"la non-déclaration des heures supplémentaires procède, en l'espèce, d'une appréciation sur la qualité du salarié qui, même si elle était fautive, n'en était pas pour autant arbitraire au regard de l'argumentation développée"*, sans cependant

recherche, ainsi qu'elle y était expressément invitée, si la rédaction bien particulière, par l'employeur, société d'avocats spécialisée en droit, des clauses contractuelles relatives à la durée du travail et à la rémunération des salariés n'établissait pas une connaissance parfaite de l'employeur sur la législation du travail caractérisant ainsi l'élément intentionnel du défaut de déclaration des heures supplémentaires effectuées par les salariés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 8221-5 du code du travail ;

- les exposants avaient fait valoir dans leurs conclusions d'appel, que *“par lettre du 4 décembre 2013 pour (les salariés), et le 31 janvier 2014 pour (une autre salariée), les requérants ont formé une réclamation restée sans suite. L'employeur aurait pu alors en contester l'analyse juridique s'il l'estimait infondée. Il ne peut cependant nier que la rédaction de chacun des contrats des avocats salariés révèle une connaissance des règles légales et conventionnelles sur la durée du travail”* (page 36) ; qu'en s'abstenant de répondre à ce chef péremptoire des conclusions qui lui étaient soumises, dont il résultait que l'employeur avait délibérément omis de déclarer les heures supplémentaires effectuées par les salariés, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

Questions juridiques

Détermination de la qualité de cadre dirigeant.

Preuve de l'existence d'heures supplémentaires.

Existence d'une convention de forfait de salaire.

Conditions du prononcé d'une résiliation judiciaire.

Indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement.

Caractérisation du travail dissimulé.

Discussion

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Sur la première branche :

Connaître la catégorie de personnel à laquelle appartient un salarié au sein de sa société permet de déterminer son temps de travail et donc de fixer sa rémunération qui en est le corollaire. Dès lors, la qualification de la catégorie d'appartenance du salarié est une question prégnante tant pour ce dernier que pour son employeur au regard des conséquences, notamment sur le plan financier et sur celui du droit au repos, qui en découlent.

Le pourvoi principal reproche à la cour d'appel de ne pas avoir reconnu la qualité de cadre dirigeant aux salariés alors qu'il n'était pas contesté que le salarié exerçait d'importantes responsabilités dans le cabinet d'avocats, disposait d'une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, était habilité à prendre des décisions de façon largement autonome, percevait l'une des rémunérations les plus élevées et que la cour d'appel avait constaté que le salarié avait effectué une proposition de discussion de la politique de développement du cabinet voulue très agressive, avait posé des exigences en matière de formation, et fait des préconisations relatives à une procédure d'ouverture, de suivi et de classement de dossiers.

Aux termes de l'article L. 212-15-1 du code du travail devenu l'article L. 3111-2 du code du travail¹, *“Les cadres dirigeants ne sont pas soumis aux dispositions des titres II et III.*

Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement.”

La reconnaissance de la qualité de cadre dirigeant étant de nature à écarter pour le salarié les dispositions protectrices du droit du travail notamment concernant la durée du travail, le repos hebdomadaire et les jours fériés, la chambre a eu à coeur de préciser les modalités d'application du texte précité. Ainsi, vous avez jugé que pour retenir ou écarter la qualité de cadre dirigeant, il appartient aux juges du fond d'examiner la réalité de la situation en considération de la fonction que le salarié occupe réellement au regard de chacun des trois critères cumulatifs (Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-41.141), peu important que l'accord collectif applicable retienne pour la fonction occupée par le salarié la qualité de cadre dirigeant (Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 13-22.892). Par la suite, vous avez rappelé le caractère cumulatif des critères énoncés à l'article L. 3111-2 du code du travail mais ajouté qu'ils impliquent que seuls relèvent de la catégorie des cadres dirigeants les cadres participant à la direction de l'entreprise (Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.412). Enfin, vous avez précisé que si les trois critères fixés par ce texte impliquent que seuls relèvent de cette catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise, il n'en résulte pas que la participation à la direction de l'entreprise constitue un critère autonome et distinct se substituant aux trois critères légaux (Soc., 22 juin 2016, pourvoi n° 14-29.246).

Dès lors, si le constat de la participation à la direction de l'entreprise est nécessaire, elle ne dispense pas de procéder à la vérification du respect des trois critères légaux puisqu'elle n'est que la résultante de leur combinaison.

En l'espèce, dans sa décision, le bâtonnier avait rappelé les termes de l'article L. 3111-2 du code du travail, le caractère cumulatif des trois critères énoncés par ce dernier, la nécessité de constater “de surcroît” que le cadre visé participe de manière effective à la direction de l'entreprise ainsi que la nécessité de vérifier les conditions

¹ Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007

Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles."

En application de ce texte, vous avez dans un premier temps jugé que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que lorsque le salarié fournit au juge des éléments de nature à étayer sa demande, il appartient à l'employeur d'apporter des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés, étant précisé que l'examen des éléments produits par les parties relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond. Les dispositions précitées instituant un régime de preuve partagée entre le salarié et l'employeur, il n'était pas question de faire peser la preuve sur le seul salarié et si ce dernier devait préalablement produire des éléments, à l'instar de tout demandeur en justice, ceux-ci devaient être d'ordre factuel, certes suffisamment précis pour permettre à l'employeur d'y répondre utilement, mais pouvant éventuellement avoir été établis par ses soins.

Par la suite, aux fins de clarifier la mise en oeuvre de la règle probatoire, vous avez supprimé la référence à la notion d'étalement qui pouvait renvoyer à une nécessité de prouver et pas seulement à celle de produire des éléments. Vous jugez désormais qu'*"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"* (Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919).

En l'espèce, la cour d'appel a tout d'abord examiné les fiches de temps versées par les salariés, en a analysé et apprécié le contenu qui était critiqué par l'employeur s'agissant de la mention de périodes de travail "non imputables" à un client déterminé en vue de sa facturation, a retenu que les documents communiqués par le salarié étaient suffisamment précis pour ménager à l'employeur la possibilité d'une preuve contraire, et jugé qu'il ne rapportait pas cette dernière, se contentant de critiquer le principe de la demande.

Ainsi, la cour d'appel n'a pas retenu la critique de l'employeur selon laquelle les fiches de temps produites par les salariés indiquaient un temps de travail quasi uniforme mais a relevé qu'elles étaient suffisamment précises pour permettre à l'employeur d'y répondre.

Je considère que la cour d'appel a donc fait une juste application de la balance de la preuve requise.

Par ailleurs, s'agissant du temps "non imputable" figurant sur les fiches de temps établies par les salariés, la cour d'appel, par une appréciation souveraine des pièces qui lui étaient soumises, a jugé que ces heures devaient être comptabilisées comme du temps de travail effectif car correspondant à des travaux d'actualisation des connaissances et de formation, menés en dehors d'une affaire désignée. Contrairement à ce que soutient le pourvoi principal, ce faisant elle n'a pas modifié les termes du litige,

elle n'a seulement pas retenu l'analyse de l'employeur qui soutenait devant elle que le temps "non imputable" figurant sur les fiches des salariés était distinct du temps de recherche et de documentation ou de formation non rattaché à un dossier particulier et qu'il ne procédait pas d'une appréciation journalière d'un temps "non facturable" et comme tel assimilable à un temps de travail effectif mais constituait une variable d'ajustement pour compléter dans la limite quasi uniforme de 45 heures par semaine le "total heures" (page 21 des écritures de l'employeur devant la cour).

Sur la cinquième branche :

Le pourvoi principal reproche à la cour d'appel d'avoir prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur sans avoir constaté que le non-paiement des heures supplémentaires empêchait la poursuite du contrat de travail.

Un salarié qui considère que son employeur n'exécute pas ses obligations contractuelles peut présenter une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail. Cette dernière sera assimilée, si elle est prononcée, à un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ou à un licenciement nul. Toutefois, tout manquement de l'employeur n'est pas susceptible d'entraîner une résiliation judiciaire et votre chambre juge que, pour ce faire, le manquement doit être suffisamment grave et rendre impossible la poursuite du contrat de travail (Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-21.372 ; Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-11.448). La preuve du manquement de l'employeur incombe au salarié.

Au fil des pourvois soumis à la Cour, il est apparu que la notion de "*manquement suffisamment grave*" pouvait donner lieu à de larges divergences d'appréciation. Dès lors, la chambre s'est attachée à préciser, non plus la nature du manquement mais la gravité de celui-ci en jugeant que le manquement suffisamment grave est celui qui empêche la poursuite du contrat de travail (Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-23.634, pourvoi n° 12-21.372, pourvoi n° 12-35.040). Les juges du fond apprécient souverainement les éléments de fait et de preuve qui leur sont présentés par le salarié et l'employeur mais la chambre vérifie qu'ils ont bien procédé à la constatation de l'existence d'un manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation (Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-35.040 ; Soc., 21 janvier 2015, pourvoi n° 13-16.452).

En l'espèce, le bâtonnier a retenu qu'en refusant de rémunérer aux salariés les dépassements d'horaires et en conséquence de ne pas leur accorder le bénéfice d'un droit à repos constitue une violation des obligations impératives de ces derniers susceptible à long terme d'altérer leur santé et caractérise ainsi un manquement grave de l'employeur à ses obligations la résiliation à ses torts les contrats de travail.

La cour d'appel a pour sa part adopté les motifs de la décision déferée en la confirmant de ce chef après avoir énoncé que le non paiement par l'employeur des heures supplémentaires auxquelles les salariés avaient droit caractérise un manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles d'une gravité telle qu'elle justifie la résiliation du contrat de travail.

Je considère qu'en caractérisant la gravité du manquement de l'employeur, la cour d'appel en a déduit qu'il empêchait la poursuite du contrat de travail peu important qu'elle n'ait pas formulé expressément cet empêchement. Elle a donc fait une juste application de votre jurisprudence.

► **C'est pourquoi je m'associe aux propositions de rejet non spécialement motivé proposées par votre conseiller rapporteur s'agissant des première, troisième, quatrième et cinquième branches.**

Sur la deuxième branche :

Les conventions annuelles de forfait en heures ont pour objet de rémunérer une durée de travail intégrant les heures de travail normales ainsi qu'un nombre prédéterminé d'heures supplémentaires. La loi n°2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a réformé les conventions de forfait, son article 19 disposant toutefois que les accords collectifs relatifs aux conventions de forfait qui ont été signés en application de la législation antérieure à la nouvelle loi restent en vigueur.

Dans nos espèces, les contrats de travail ont été établis au visa de la convention collective nationale des cabinets d'avocats (avocats salariés) du 17 février 1995, étendue par arrêté du 10 juin 1996. Dans un paragraphe "Structure de la rémunération", l'article 4.1 de cette convention dispose "*L'indépendance de l'avocat dans l'exercice de sa profession a pour conséquence la liberté dans la détermination de son temps de travail, notamment dans les dépassements individuels de l'horaire collectif du cabinet, justifiés par l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées. De ce fait, sa rémunération constitue un forfait. Dans chaque cas individuel, il doit être tenu compte de l'importance de cette sujétion pour la détermination des salaires effectifs. Quels que soient la structure et le mode de rémunération contractuellement convenus, l'avocat salarié ne saurait percevoir, pour une même année civile ou un même exercice social d'une durée de douze mois, une rémunération annuelle brute inférieure au minimum prévu en fonction de son classement individuel en application des accords de salaire.*"

L'article 6 "Rémunération" du contrat de travail des salariés stipule "*La rémunération a été convenue en tenant compte de la nature de l'activité professionnelles de (l'employeur) et notamment des sujétions imposées par la clientèle, de la liberté dont (le salarié) dispose dans l'organisation de son travail ainsi que des responsabilités qui y sont attachées, tous éléments dont il reconnaît avoir pleine connaissance. [...].*

Compte tenu de ces modalités, la présente rémunération a un caractère global et forfaitaire.

Ainsi définie, la rémunération couvre tous les aspects de l'exercice de l'activité, quel que soit le temps qui lui est consacré, notamment les temps passés aux déplacements, aux études, aux documentations, à la formation, ... [...]."

Le pourvoi principal reproche à la cour d'appel d'avoir décidé que l'article 6 du contrat de travail des salariés ne pouvait pas constituer une convention de forfait licite alors que les parties au contrat de travail peuvent, lorsque la convention collective le prévoit et que la profession exercée ne permet pas de connaître le nombre d'heures exercées, convenir d'une rémunération annuelle forfaitaire couvrant l'intégralité des heures de travail.

La chambre distingue la rémunération forfaitaire de la convention de forfait et a jugé que :

- la seule fixation d'une rémunération forfaitaire, sans que soit déterminé le nombre d'heures supplémentaires inclus dans cette rémunération ne permet pas de caractériser une convention de forfait (Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 09-71.037, 09-70.813 ; Soc., 10 avril 2013, pourvoi n° 12-11.870), peu important que l'emploi occupé par le salarié ait été défini par la convention collective comme supposant "*la plus large autonomie de jugement et d'initiative*", cela ne suffisait pas à considérer que la rémunération versée incluait forfaitairement des heures supplémentaires, peu important également que le niveau de la rémunération du salarié constaté par la cour d'appel ait été élevé (1^{ère} décision) ;
- la rémunération forfaitaire s'entend d'une rémunération convenue entre les parties au contrat de travail soit pour un nombre déterminé d'heures supplémentaires, soit pour une durée du travail supérieure à la durée légale, et que même si le principe d'une rémunération forfaitaire est posé par la convention collective, la fixation d'un forfait ne peut résulter que d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié (Soc., 19 septembre 2012, pourvoi n° 10-16.988).

Le mémoire ampliatif considère qu'une exception à la prohibition du "*forfait tous horaires*" doit être réalisée dans "*des cas particuliers où la profession exercée ne permet pas de connaître le nombre d'heures effectuées et où la convention collective, négociée par les partenaires sociaux qui connaissent particulièrement bien les conditions d'exercice de ladite profession, le prévoit.*"

Si l'indépendance et la liberté qui caractérisent la profession d'avocat justifient une rémunération forfaitaire et que le besoin de flexibilité au regard des spécificités et des contraintes de cette profession motive le recours à une convention de forfait, je considère que cette dernière ne peut pas intervenir en dehors du cadre défini par votre jurisprudence. Certes, le motif principal guidant le recours à une convention de forfait est la souplesse qu'elle permet en terme de temps de travail mais le critère de la "*profession exercée*" qui "*ne permet pas de connaître le nombre d'heures effectuées*" tel que proposé par le mémoire ampliatif en tant qu'exception à la mention des heures supplémentaires est bien trop large pour être opportun.

En effet, la reconnaissance d'une telle exception serait un frein à la protection des salariés puisque la rémunération forfaitaire ne serait plus dans ce cas le corollaire d'une durée de travail effectif limitée et connue des parties au contrat. Par conséquent, elle n'empêcherait pas d'éventuelles dérives en terme de durée de travail. Or, une convention de forfait ne peut être licite que si elle garantit le respect des durées maximales du travail, seul celui-ci étant de nature à préserver les droits constitutionnels

des travailleurs à la santé et au repos. De plus, la mention du volume d'heures supplémentaires à réaliser permet d'une part de s'assurer que la convention de forfait prévoit une rémunération au moins égale au salaire minimum conventionnel pour le nombre d'heures correspondant au forfait augmenté des heures supplémentaires mais également de préserver l'équilibre personnel du salarié par une connaissance plus fine de son temps de travail.

Enfin, à mon sens, il ne résulte pas de l'article 4.1 de la convention collective du 17 février 1995 des cabinets d'avocats (avocats salariés), la mise en oeuvre d'une convention de forfait mais seulement la possibilité d'une rémunération forfaitaire pour un nombre d'heures de travail déterminées entre l'employeur et chaque salarié pris individuellement, au regard de l'importance des contraintes liées à l'exercice de la profession d'avocat.

Par conséquent, je considère que la cour d'appel qui a énoncé que la clause contractuelle litigieuse ne pouvait s'analyser en une convention de forfait licite en l'absence de fixation du nombre d'heures supplémentaires entrant dans la rémunération n'a pas violé l'article 4.1 de la convention collective du 17 février 1995 des cabinets d'avocats (avocats salariés), ni l'article 19-III de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 et qu'il n'y a pas lieu de créer une exception pour un secteur dans lequel l'accomplissement d'heures supplémentaires est fréquent et pour lequel les termes de la convention collective disposent que la rémunération constitue un forfait.

► **Je conclus au rejet sur la deuxième branche du premier moyen.**

Sur le second moyen du pourvoi principal :

Aux termes de l'article L. 1235-2 du code du travail dans sa version applicable au litige², *“Si le licenciement d'un salarié survient sans que la procédure requise ait été observée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.”*

Ainsi le texte précité n'évoque le versement d'une indemnité, en l'absence de respect de la procédure, qu'en cas de rupture du contrat de travail consécutive à un licenciement et non comme en l'espèce à la suite d'une résiliation judiciaire. En outre, les droits et garanties procéduraux dont bénéficie le salarié menacé de licenciement au cours de la procédure préalable au prononcé de celui-ci et initiée par l'employeur, ne sont pas justifiés dans le cadre d'une rupture du contrat de travail consécutive à une résiliation judiciaire qui est engagée par le salarié. Ainsi, la chambre juge que si la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, de sorte que le salarié doit être indemnisé par le versement des indemnités de rupture et

² Issue de l'Ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007

de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnité prévue en cas de non-respect de la procédure de licenciement n'est pas due (Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 08-70.433 ; Soc., 13 juin 2018, pourvoi n° 16-27.651).

Dans ce contexte, le pourvoi principal reproche à la cour d'appel d'avoir condamné l'employeur à verser aux salariés une indemnité au titre du manquement aux règles de procédure du licenciement alors qu'elle avait prononcé une résiliation judiciaire du contrat de travail.

Toutefois, le mémoire en défense oppose l'irrecevabilité du moyen, du fait de sa nouveauté.

Aux termes de l'article 619 du code de procédure civile, "*Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation.*

Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire :

1° Les moyens de pur droit ;

2° Les moyens nés de la décision attaquée."

Dans ses conclusions devant la cour d'appel, l'employeur a demandé pour chacun des salariés "*Dire n'y avoir lieu à résiliation judiciaire du contrat et débouter (le salarié) de toutes ses demandes fins et conclusions*" en soutenant dans ses motifs "*ni les conditions dans lesquelles (le salarié) a rejoint le cabinet (...), ni l'allégation d'une violation de la loi sur le temps de travail qui, en réalité, concerne un défaut allégué de règlement d'heures supplémentaires ne sont de nature à fonder la demande de résiliation judiciaire, de sorte qu'il y a lieu manifestement de débouter (le salarié) des demandes formulées à ce titre et des conséquences recherchées en ce qui concerne le préavis, l'indemnité conventionnelle de licenciement ou les conséquences afférentes à l'irrégularité ou l'illégitimité d'une rupture recherchée aux torts et griefs du cabinet (...).*" (page 16 des conclusions de l'employeur devant la cour d'appel pour chacun des dossiers).

La cour d'appel a de son côté fait application de l'article L. 1235-2 du code du travail pour accorder aux salariés une indemnité au titre du manquement aux règles de procédures de licenciement. Il convient de relever qu'alors que la décision du bâtonnier n'avait pas retenu une telle indemnité et dans son dispositif avait décidé "*Déboute les parties de l'ensemble de leurs autres demandes*", la cour d'appel n'a ni infirmé, ni confirmé la décision déferée de ce chef dans sa motivation, pas plus que dans son dispositif, se contentant dans ce dernier d'indiquer "*et y ajoutant*", après la mention relative au seul chef infirmé de la décision déferée, avant de prononcer une condamnation au titre du manquement aux règles de procédures du licenciement.

Dans ses motifs, le bâtonnier avait, dans un paragraphe "*C/ LES INDEMNITES CONSECUTIVES A LA RESILIATION JUDICIAIRE DU CONTRAT DE TRAVAIL*" énoncé "*Par contre (le salarié) ne se trouve pas en droit de pouvoir bénéficier d'une indemnité pour non respect de la procédure et devra en conséquence être débouté de ce chef.*" (page 8 pour l'une des décisions du bâtonnier et page 9 pour l'autre).

Dès lors, si dans ses conclusions devant la cour d'appel l'employeur n'a pas expressément soulevé le moyen tiré de l'impossibilité d'appliquer l'article L. 1235-2 du code du travail lorsque le contrat de travail a été rompu par une résiliation judiciaire, il ressort des motifs de la décision du bâtonnier que le moyen a été débattu devant ce dernier, tandis que la cour d'appel a quant à elle expressément fait mention de l'article 1235-2 du code du travail.

Ainsi, à mon sens, le moyen ne se prévalant d'aucun fait qui n'ait été constaté par les juges du fond, il est de pur droit, peut être invoqué pour la première fois devant la Cour et est en conséquence recevable.

Dès lors, au regard de leur rédaction, je considère que les dispositions de l'article L. 1235-2 du code du travail ne devaient pas être appliquées à la résiliation judiciaire en cause et que la cour d'appel ne pouvait pas condamner l'employeur à verser aux salariés une indemnité au titre du manquement aux règles de procédure du licenciement.

► Par conséquent, je conclus à la cassation sur le second moyen, celle-ci pouvant se faire sans renvoi.

Sur le pourvoi incident :

Sur les trois branches réunies :

Le pourvoi incident reproche à la cour d'appel de ne pas avoir retenu le travail dissimulé en soutenant que la cour n'a pas valablement écarté l'élément intentionnel du travail dissimulé, n'a pas recherché si l'élément intentionnel n'était pas caractérisé par les éléments présentés par l'employeur et n'a pas répondu à l'argumentation de ce dernier.

Selon l'article L. 8223-1 du code du travail, en cas de rupture de la relation de travail le salarié auquel un employeur a eu recours dans des conditions de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

Aux termes de l'article L. 8221-5 du code du travail, *"Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :*

1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;

2° Soit de se soustraire intentionnellement à la délivrance d'un bulletin de paie ou d'un document équivalent défini par voie réglementaire, ou de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ;

3° *Soit de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales.*”

_____ Ainsi, l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé ne peut être réclamée qu'en cas de rupture de la relation de travail lorsque les éléments matériel et moral caractérisant la dissimulation sont réunis et que le manquement de l'employeur est intentionnel. C'est pourquoi la chambre exige la recherche et la caractérisation par les juges du fond de cette intention, même si celle-ci est laissée à leur appréciation souveraine (Soc., 20 février 2008, pourvoi n° 06-44.966, 06-44.967, 06-44.964, 06-44.965 ; Soc., 12 novembre 2020, pourvoi n° 18-19.654).

S'agissant du caractère intentionnel du travail dissimulé, la chambre a déjà notamment jugé que celui-ci ne peut se déduire de la seule absence de mention des heures supplémentaires sur le bulletin de paie (Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 04-40.758 ; Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 09-67.993) ni du seul recours à un contrat inapproprié requalifié par le juge en contrat de travail (Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-10.846 ; Soc., 5 février 2014, pourvoi n° 13-11.653, 13-11.654, 13-11.655, 13-11.656).

En l'espèce, la cour a, par une appréciation souveraine relevé que *“si la non déclaration des heures supplémentaires procède d'une appréciation sur la qualité du salarié qui, même si elle était fausse, n'en était pas pour autant arbitraire au regard de l'argumentation développée”* et a ainsi procédé à la recherche nécessaire pour écarter l'élément intentionnel indispensable à la caractérisation du travail dissimulé et répondu à l'argumentation présentée.

► **Ainsi, je m'associe à la proposition de rejet non spécialement motivé proposée par votre conseiller rapporteur s'agissant des trois branches réunies.**