



**RAPPORT DE Mme ALA,
CONSEILLERE REFERENDAIRE**

Arrêt n° 1441 du 15 décembre 2021 – Chambre sociale

Pourvoi n° 15-24.990 et 15-24.992

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

la société Jurinord

C/

M. [V] [R]

Rapport commun aux pourvois Y1524990 et A1524992

Le rapport comporte des propositions de rejets non spécialement motivés

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Jurinord a engagé en qualité d'avocat M. [R] le 12 mai 2006 et M. [E] le 8 avril 2008.

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 demandé que soit prononcée la résiliation judiciaire de leur contrat de travail.

Par décision du 12 septembre 2014 le bâtonnier d'Arras a constaté des manquements graves imputables à la société Jurinord, à la réglementation de la durée du travail, des heures supplémentaires et des repos compensateurs. Il a prononcé la résiliation des contrats de travail à compter de la date de la décision et a condamné l'employeur à payer à chacun des salariés :

- des sommes à titre de rappel de salaire outre congés payés afférents ;
- des dommages-intérêts pour la contrepartie en repos ;
- une l'indemnité compensatrice de préavis outre congés payés afférents ;
- une indemnité conventionnelle de licenciement ;
- des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par un licenciement sans cause réelle ni sérieuse;
- une indemnité forfaitaire pour travail dissimulé ;
- une indemnité sur le sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile;
- débouté les parties de leurs autres demandes.

Sur appel interjeté par l'employeur, la cour d'appel de Douai a, par arrêts du 18 mai 2015, confirmé les décisions déférées sauf en ce qu'elles ont condamné l'employeur à verser une indemnité au titre du travail dissimulé.

Réformant les décisions sur ce point, elle a débouté les salariés des demandes formées à ce titre.

Elle a en outre condamné l'employeur à verser aux salariés des sommes pour manquement au règles de procédure du licenciement ainsi qu'à verser une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société Jurinord s'est pourvue en cassation le 8 septembre 2015. Elle a déposé dans chacun des dossiers un mémoire ampliatif le 5 janvier 2016 signifiés à M. [E] le 18 janvier et M. [R] le 20 janvier suivants dans lequel elle conclut à la cassation et annulation des arrêts et réclame pour chaque pourvoi la somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Dans chaque dossier, une ordonnance de radiation du rôle a été rendue le 22 septembre 2016.

La première demande de réinscription au rôle formée par la société Jurinord le 11 juillet 2018 a été rejetée le 31 janvier 2019.

La seconde demande de réinscription au rôle formé le 8 juin 2020 a été accueillie par une ordonnance rendue le 1^{er} octobre 2020 qui a ordonné la réinscription de l'affaire au rôle.

Le 23 novembre 2020, MM. [R] et [E] ont chacun déposé un mémoire en défense comportant un pourvoi incident.

Ils concluent au rejet du pourvoi principal, réclament la cassation et annulation de l'arrêt dans les limites du pourvoi incident et la condamnation de l'employeur à leur verser à chacune la somme de 4000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La procédure paraît régulière et en état d'être jugée.

2 - Analyse succincte des moyens

- Sur le pourvoi principal de l'employeur

- Dans un premier moyen, il est fait grief aux arrêts de condamner l'employeur à payer diverses sommes à titre de rappel de salaire, congés payés afférents, dommages et intérêts au titre de la contrepartie en repos, de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail et de condamner l'employeur à payer les rémunérations dues 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 :

1°) *aux termes de l'article L. 3111-2 du code du travail, « 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 » ; que si ces critères cumulatifs impliquent que seuls relèvent de cette catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise, une telle participation s'apprécie in concreto en fonction de la taille de l'entreprise et de son activité et ne suppose pas un pouvoir de cogestion ; qu'en l'espèce, 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 et percevait l'une des rémunérations les plus élevées ; qu'en outre, la cour d'appel a 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 ; qu'en écartant cependant sa qualité de cadre dirigeant au prétexte que cette intervention ne pouvait caractériser un rôle de dirigeant effectif, quand seule une participation à la direction de l'entreprise était requise, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;*

2°) *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 effectuées, convenir d'une rémunération annuelle forfaitaire couvrant l'intégralité des heures de travail ; qu'en l'espèce, l'article 4.1 de la convention collective du 17 février 1995 des cabinets d'avocats (avocats salariés) prévoit que « 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 » ; que l'article 6 du contrat de travail des salariés - qui avaient perçu depuis leur embauche une rémunération très largement supérieure à la rémunération minimale annuelle conventionnelle (selon les années, près ou plus du double de cette rémunération minimale) - indiquait que cette rémunération « a été convenue en tenant compte de la nature de l'activité professionnelle de la société Jurinord 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 dont il reconnaît avoir pleine connaissance » et précisait que « 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 y est consacré, notamment les temps passés aux déplacements, aux études, aux documentations, à la formation... » ; qu'en jugeant que cette clause 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 ;

3°) en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié, au préalable, d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ; qu'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 ;

4°) les juges du fond ne peuvent modifier les termes du litige ; qu'en l'espèce, 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 établis 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 ;

5°) la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur ne peut être prononcée qu'en cas de manquement de l'employeur suffisamment grave qui empêche la poursuite du contrat de travail ; que 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.

- Dans un second moyen, il est fait grief aux arrêts de condamner l'employeur à verser des dommages-intérêts pour 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.

- Sur le pourvoi incident des salariés

- En un moyen unique, il est fait grief aux arrêts de débouter les salariés de leur demande d'indemnité au titre du travail dissimulé alors que :

1°) est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ; qu'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 L8221-5 du Code du travail ;

2°) 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 rechercher, ainsi qu'elle y était expressément invitée, si la rédaction bien particulière, par la société JURINORD, 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 le salarié, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 8221-5 du Code du travail ;

3°) les exposants avaient fait valoir, dans leurs conclusions d'appel, que « par lettre du 4 décembre 2013 pour Messieurs [R] et [E], et le 31 janvier 2014 pour Mademoiselle [P], 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 la société JURINORD avait délibérément omis de déclarer les heures supplémentaires effectuées les salariés, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

L'existence d'une convention de forfait de salaire pour un avocat.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

A titre liminaire, concernant la procédure suivie dans le présent dossier, il convient de préciser que l'article 7 *in fine* de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 dispose « les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail ou de la convention de rupture, de l'homologation ou du refus d'homologation de cette convention ainsi que ceux nés à l'occasion d'un contrat de collaboration libérale sont, en l'absence de conciliation, soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel. En ces matières, le bâtonnier peut, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, déléguer ses pouvoirs aux anciens bâtonniers ainsi qu'à tout membre ou ancien membre du conseil de l'ordre. »

Les règles de la procédure sont prévues par les articles 142 et suivants du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991. L'article 144 précise « dès l'enregistrement de la requête, le bâtonnier saisi fixe les délais dans lesquels les parties seront tenues de produire leurs observations ainsi que toute pièce utile à l'instruction du litige. Il arrête la date à laquelle il entendra leurs observations orales. Les parties peuvent, à tous les stades de la procédure, être assistées par un confrère. Les avocats des parties sont rendus destinataires de la copie de toute correspondance adressée aux parties par le bâtonnier dans le cadre de la procédure.

Le bâtonnier convoque les parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au moins huit jours avant la date de l'audience. La lettre de convocation mentionne que les intéressés peuvent être assistés par un avocat. Copie de la lettre de saisine est jointe à la convocation du défendeur. »

et concernant l'appel l'article 152 du même décret dispose « *la décision du bâtonnier est notifiée par le secrétariat du conseil de l'ordre, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, aux parties qui peuvent en interjeter appel dans les conditions prévues aux premier, deuxième et sixième alinéas de l'article 16. Copie de la décision du bâtonnier est adressée au procureur général par le secrétariat de l'ordre.*

La publicité des débats est assurée conformément aux dispositions de l'article 150. La décision de la cour d'appel est notifiée aux parties par le secrétariat-greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Copie est adressée par le secrétariat-greffe au bâtonnier et au procureur général. »

4.1 Sur la question de la qualité de cadre dirigeant (1ère branche du 1^{er} moyen du PP)

Selon l'article L. 3111-2 du code du travail, les cadres dirigeants ne sont pas soumis aux dispositions sur la durée du travail, des repos et des jours fériés.

Ils sont définis comme les “*cadres auxquels sont confiés 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 autonomes et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement*”.

Les trois critères qui se dégagent de cette définition légale sont cumulatifs et il appartient au juge, pour se déterminer, de vérifier précisément les conditions réelles d'emploi du salarié concerné, sans s'en tenir aux définitions conventionnelles (Soc., 13 janvier 2009, pourvoi n°06-46.208, Bull. 2009, V, no 12) étant précisé que l'examen des conditions d'exercice des fonctions relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond (Soc., 7 juin 2006, n°04-45.355).

Par un arrêt du 31 janvier 2012, la chambre sociale a précisé que les trois critères cumulatifs de l'article L. 3111-2 du code du travail impliquent que “*seuls relèvent de cette catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise*”(Soc., 31 janv. 2012, no10-24.412 Bull V n°45).

Cet élément est important puisque, dans un arrêt rendu le 2 juillet 2014 (n°12-19.759, Bull V n°174) la chambre sociale a considéré que « *Viola l'article L. 3111-2 du code du travail l'arrêt qui retient la qualification de cadre dirigeant au sens de ce texte d'un salarié, responsable d'une agence immobilière, aux motifs qu'il tient seul l'agence, est autonome dans l'organisation de son emploi du temps et perçoit la rémunération la plus élevée de tous les salariés, sans caractériser la participation de l'intéressé à la direction de l'entreprise.* » (sommaire).

Toutefois, la Cour de cassation a eu l'occasion, dans un arrêt rendu le 22 juin 2016 (n°14-29.246, Bull V n°137) de préciser la portée de sa jurisprudence en rappelant que « si les trois critères fixés par l'article L. 3111-2 du code du travail impliquent que seuls relèvent de la catégorie des cadres dirigeants 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 ».

Analysant la jurisprudence issue de l'arrêt rendu le 31 janvier 2012, Mme le conseiller-doyen Goasguen, rapporteure de l'arrêt rendu le 22 juin 2016 (précité) écrivait « *pour éviter l'écueil d'une acception trop extensive de la notion de cadre dirigeant au sens de l'article L. 3111-2 du code du travail, la Cour de cassation a apporté une précision importante en énonçant que "ces critères cumulatifs impliquent que seuls relèvent de cette catégorie les cadres participant à la direction de l'entreprise" (Soc., 31 janv. 2012 no 10-24412, s'agissant d'une salariée occupant les fonctions de "responsable de la collection hommes" dans l'industrie de l'habillement).*

Cette acception restrictive de la qualité de cadre dirigeant au sens de la législation sur la durée du travail correspond aux intentions du législateur de 2000 qui a inséré cette disposition dans le code du travail : ce texte " vise ces salariés bien particuliers qui ont un rôle d'employeur et le représentent souvent en matière sociale ou autre. Il peut par exemple présider le comité d'entreprise à la place du chef d'entreprise ; il assume la responsabilité pénale. Cette particularité, comme le fait que ne soit pas visée dans l'article L. 212-15-1 la catégorie des cadres dits « supérieurs », invite donc à se limiter au premier cercle autour du dirigeant, comme le font nombre de conventions collectives de branche (exemple de la chimie). Dans les organigrammes des entreprises de moyenne et de grande importance, ces personnes devraient être par définition un nombre. Elles semblent se situer dans le premier cercle concentrique de pouvoir entourant le chef d'entreprise." (Rapport AN no 1826).

On comprend bien que sans constituer à proprement parler un critère supplémentaire, la participation à la direction de l'entreprise est induite par la notion même de cadre dirigeant telle qu'elle est caractérisée par le texte. »

Au cas présent, la cour d'appel tant par motifs propres que par motifs adoptés a considéré que les salariés n'avaient pas la qualité de cadre dirigeant.

Le moyen, pris en sa première branche, en ce qu'il critique la motivation retenue sur ce point fera **l'objet d'un rejet non spécialement motivé.**

En effet, il manque par le fait qui lui sert de base :

- contrairement à ce qui est soutenu, il ne peut être considéré qu'il n'était pas contesté que les trois critères légaux étaient réunis puisque cet élément ne ressort pas des décisions rendues ;
- en outre et pour ce qui est de la caractérisation de la participation à la direction de l'entreprise, qui doit découler de la réunion des trois critères légaux, et qui est le seul aspect critiqué par le moyen, il est erroné d'affirmer que « *la cour d'appel a constaté que le salarié avait effectué une proposition de discussion de politique de développement du cabinet voulue très agressive, avait proposé des exigences en matière de formation et fait des préconisations relatives à une procédure d'ouverture, de suivi et de classement de dossiers* » puisque ces éléments ne

correspondent pas à des constatations de la cour d'appel mais ne constituent que le rappel de la position adoptée par l'employeur.

En outre, il sera ajouté que sous le couvert du grief non fondé de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en question l'appréciation souveraine par les juges du fond de la valeur et de la portée des éléments produits, dont ils ont déduit que les conditions d'exercice des salariés ne les avaient pas conduits à participer à la direction de l'entreprise leur intervention sur ce terrain ayant revêtu, selon les termes de la cour d'appel, uniquement un caractère ponctuel ne permettant pas de caractériser un rôle de dirigeant effectif.

Le moyen, mal fondé, fera l'objet d'une décision rejet non spécialement motivé.

4.2 L'existence d'une convention de rémunération forfaitaire (2^{ème} branche du 1^{er} moyen du PP).

Comme l'écrivait Mme le conseiller-doyen Goasguen rapporteure de l'arrêt rendu par la chambre sociale le 5 juin 2013 (n° 12-14.729), « la convention de forfait ou clause de forfait de salaire consiste à fixer une rémunération forfaitaire indépendante du temps de travail effectué réellement d'un mois à l'autre. Cette rémunération est censée couvrir les majorations de salaire afférentes aux heures supplémentaires susceptibles d'être accomplies. ».

L'existence et la validité d'une telle convention de forfait ne peut résulter que d'un accord entre les parties qui doit déterminer le nombre d'heures correspondant à la rémunération convenue, celle-ci devant être au moins aussi avantageuse pour le salarié que celle qu'il percevrait en l'absence de forfait, compte tenu des majorations pour heures supplémentaires (Cass. soc., 31 mars 2009, no 08-41.229).

La jurisprudence est particulièrement rigoureuse puisque la chambre sociale juge que la seule fixation d'une rémunération forfaitaire sans que ne soit fixé ne nombre d'heures supplémentaires inclus dans cette rémunération ne permet pas de caractériser une convention de forfait (Soc 19 janvier 1999 n°96-45.628, Soc 3 mai 2011, n° 09-71.037, 09-70.813).

Jurisprudence constante et encore récemment réaffirmée Soc 4 décembre 2019 (n°18-15.963) et auparavant (Soc 19 octobre 2016 n°14-28.361, Soc 15 janvier 2014 n°12-19.446 pour un cadre commercial dont le contrat de travail stipulait que *« la rémunération du salarié constitue une convention de forfait destinée à couvrir l'intégralité de la mission qui lui est confiée et ce, quelle que soit la durée du travail effectivement consacrée par lui à l'accomplissement de celle-ci »*).

Il convient de préciser qu'en présence d'une convention de forfait de salaire irrégulière, le décompte des heures supplémentaires s'effectue selon le droit commun (Soc 5 juin 2013 précité) *« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 11 janvier 2012), rendu sur renvoi après cassation (Soc. 16 février 2010, pourvoi n° 07-45.576), que M. [M] a été engagé le 6 juin 1994 par la société GMG Technologies, aux droits de laquelle vient la société ESR, en qualité d'ingénieur réseau, catégorie cadre, position 2.3, coefficient 150 de la convention collective nationale Syntec ; que son contrat de travail stipulait un salaire « forfaitaire au sens de l'article 32 de la convention collective » et englobant « les heures supplémentaires occasionnelles » ; qu'à la suite de l'abaissement de la durée légale du travail de 39 à 35 heures hebdomadaires et de l'accord*

national de réduction du temps de travail négocié dans la branche professionnelle Syntec qui s'en est suivi, l'employeur lui a adressé une lettre du 23 février 2001 indiquant les modalités de la réduction qui le concernent et précisant que son "appointement englobe les «éventuelles variations d'horaires accomplis dans la limite de 10 % » ; qu'ayant fait l'objet d'un licenciement, il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes, notamment au titre d'un rappel pour heures supplémentaires ; (...)

Sur le moyen unique du pourvoi principal du salarié :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande d'heures supplémentaires pour la période du 1er mars 2001 au 30 août 2004 et de ses demandes subséquentes au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, alors, selon le moyen :

1° qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, dès lors que le salarié étaye sa demande en paiement d'heures supplémentaires, il appartient à l'employeur de fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que M. [M] n'avait pas donné son consentement « sur les modalités précises d'un paiement forfaitisé des heures supplémentaires qu'il pouvait effectuer dans la limite de 38 heures 30 hebdomadaires » et que la société ESR ne pouvait s'opposer sur le principe de sa demande de rappels d'heures supplémentaires pour l'année 2000 et la période de mars 2001 à août 2004 en se prévalant d'une rémunération forfaitaire incluant les heures supplémentaires, ce dont il ressort que la demande de M. [M] en paiement d'heures supplémentaires à hauteur de 3 heures 30 hebdomadaires était nécessairement étayée, qu'il incombait donc à la société ESR qui la contestait de justifier des heures réellement effectuées par M. [M] ; qu'en refusant de faire droit à la demande de M. [M] au motif qu'il n'a pas apporté « d'éléments au soutien de sa réclamation à concurrence de la somme de 27 850 euros représentant 3 heures 30 supplémentaires cumulées chaque semaine du 1er mars 2001 au 30 août 2004 », la cour d'appel qui a fait peser sur le seul salarié la charge de la preuve, a violé l'article L. 3171-4 du code du travail ;

2° que le juge est tenu de statuer sur les demandes dont il est saisi ; qu'à supposer que soit reproché au salarié de ne pas justifier de la seule somme de 27 850 euros, représentant 3 heures 30 hebdomadaires cumulées chaque semaine du 1er mars 2001 au 30 août 2004, quand il n'était pas contesté que le salaire mensuel brut de M. [M] était de 5 447,08 euros pour 151,67 heures et que

les 3 heures 30 d'heures supplémentaires hebdomadaires ouvraient droit à une majoration de 25 % à compter du 1er janvier 2001, la cour d'appel a violé les articles 4 et 12 du code de procédure civile ;

3° que, dans ses conclusions d'appel développées à l'audience, M. [M] a fait valoir, en la détaillant, que sa demande en paiement d'heures supplémentaires à hauteur d'une somme de 27 850 euros correspondait à 3 heures 30 d'heures supplémentaires hebdomadaires, majorées à 25 % sur la base d'un salaire mensuel constant et non contesté de 5 447,08 euros pour 151,67 heures au cours de la période du 1er mars 2001 au 30 août 2004, que M. [M] a de plus versé au débat plusieurs bulletins de salaire faisant apparaître la constance de cette rémunération mensuelle pendant toute la période litigieuse et l'absence de paiement des heures supplémentaires ; qu'en énonçant que « M. [M] n'apporte pas d'éléments au soutien de sa réclamation à concurrence de la somme de 27 850 euros représentant 3 heures 30 d'heures supplémentaires cumulées chaque semaine du 1er mars 2001 au 30 août 2004 », sans s'expliquer sur les conclusions de l'exposant, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'en présence d'une convention de forfait de salaire irrégulière, le décompte et le paiement des heures supplémentaires doit s'effectuer selon le droit commun ;

Et attendu qu'ayant exactement énoncé qu'en l'absence de toute convention de forfait qui lui serait valablement opposable, il appartenait au salarié d'étayer sa demande, la cour d'appel qui a constaté que celui-ci s'en abstenait manifestement a, sans encourir les griefs du moyen, décidé de rejeter sa demande au titre des heures supplémentaires ;

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

Et pour un arrêt récent Soc 30 septembre 2020 (n°18-26.795).

Il est également à relever un précédent concernant une avocate engagée en qualité de collaboratrice salariée. Dans cette espèce, la motivation de cour d'appel, qui s'était fondée sur les dispositions de la convention collective nationale des avocats pour rejeter la demande de la salariée au titre des heures supplémentaires est censurée en application de la jurisprudence précitée.

Soc 14 décembre 2016 (n°15-22.144) : « *Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme [F] épouse [G] a été engagée par la société Raynaud et associés en qualité d'avocat collaborateur salarié à compter du 1er décembre 2003 ; que les parties ont, le 26 mai 2011, signé une rupture conventionnelle avec effet au 1er juillet 2011 ; que, le 27 juin 2012, la salariée a saisi le bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Perpignan de diverses demandes (...)*

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 3122-22 du code du travail et 1134 du code civil dans sa rédaction applicable au litige ;

Attendu que, pour débouter la salariée de sa demande au titre des heures supplémentaires, des repos compensateurs, des congés payés afférents et du travail dissimulé, l'arrêt retient que la convention collective nationale des cabinets d'avocats du 17 février 2005 énonce que l'avocat bénéficie de la liberté d'organisation et de détermination de son temps de travail, que tout avocat est susceptible d'accomplir des dépassements individuels de l'horaire collectif du cabinet et que le contrat de travail de la salariée et ses bulletins de paie font référence à une rémunération forfaitaire ;

Qu'en statuant ainsi, alors 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, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

M. Cottureau, rédacteur du fascicule consacré aux avocats salariés¹ écrit au sujet de la rémunération (n°27) « *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. L'employeur et le salarié peuvent stipuler une convention de forfait qui prévoit une rémunération globale forfaitaire d'un nombre d'heures de travail déterminé d'avance dépassant généralement la durée légale du travail. Le nombre d'heures mensuelles doit être mentionné dans le forfait. Tout dépassement entraîne le paiement majoré des heures supplémentaires. Le salarié doit avoir accepté la convention de forfait qui ne se présume pas (Cass. soc., 13 févr. 2002, pourvoi n° 00-40.300). C'est à l'employeur qui invoque la convention de forfait d'en rapporter la preuve par tous moyens. »*

Au cas présent, le premier moyen en sa deuxième branche soutient en substance que les dispositions de la convention collective pouvaient permettre de considérer qu'une convention de forfait de salaire avait été valablement convenue entre les parties en sorte qu'en considérant celle-ci comme illicite, la cour d'appel avait violé les dispositions de l'article 4.1 de la convention collective du 17 février 1995 des cabinets d'avocats.

¹ Juriclasseur Travail Traité fascicule 5-25 avocats salariés (mise à jour 23 octobre 2015).

L'article 4.1 de la convention collective des cabinets d'avocats (avocats salariés) du 17 février 1995 figurant dans une partie rémunération et qui se rapporte à la structure de la rémunération 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 cet 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. »

Les deux articles suivants (4.2 et 4.3) traitent de la rémunération minimale et de la rémunération effective et se rapporte à une rémunération fixée l'année.

Le mémoire ampliatif soutient en substance qu'une exception à la jurisprudence précitée doit être ménagée « *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. »* et s'appuie pour ce faire sur les dispositions de l'article 4.1 précité.

Dès lors, relevant que le principe d'une rémunération forfaitaire a été posé par la convention collective et que la rémunération stipulée était supérieure aux *minimas* conventionnels, l'employeur soutient que la convention de rémunération ne pouvait être écartée.

Le mémoire en défense s'oppose à la cassation et réplique que les dispositions de la convention collective applicable ne permettent pas de se dispenser des exigences jurisprudentielles qui concernent l'ensemble des conventions de rémunération.

Il appartiendra à la Cour de se prononcer sur les mérites du moyen.

4.3 Sur les heures supplémentaires retenues (branches 3 et 4 du 1^{er} moyen du PP).

L'article L.3171-4 du code du travail dispose « *En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.*

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

Dans un arrêt P+B+R+I rendu le 18 mars 2020 (n°18-10.919), la Cour de cassation a souhaité clarifier sa position sur le régime probatoire des heures supplémentaires

tout en intégrant les apports d'un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union Européenne rendu le 14 mai 2019 (C-55/18).

Le sommaire de l'arrêt indique : « Il résulte des dispositions des articles L. 3171-2, alinéa 1er, L. 3171-3, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi no 2016-1088 du 8 août 2016, et L. 3171-4 du code du travail, 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. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. 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 souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant. »

Quant à l'arrêt, il est ainsi rédigé : « Vu l'article L. 3171-4 du code du travail :

9. Aux termes de l'article L. 3171-2, alinéa 1er, du code du travail, lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés. Selon l'article L. 3171-3 du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi no 2016-1088 du 8 août 2016, l'employeur tient à la disposition de l'inspecteur ou du contrôleur du travail les documents permettant de comptabiliser le temps de travail accompli par chaque salarié. La nature des documents et la durée pendant laquelle ils sont tenus à disposition sont déterminées par voie réglementaire.

10. Enfin, selon l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.

11. Il résulte de ces dispositions, 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. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. 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 souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

12. Pour débouter le salarié de sa demande au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents, l'arrêt retient que les documents produits devant la cour n'ont pas été établis au moment de la relation contractuelle dans la mesure où ils sont différents de ceux produits devant le conseil des prud'hommes à l'appui de la demande initiale, qu'en effet l'employeur produit le décompte des heures supplémentaires présenté par le salarié aux premiers juges duquel il ressort de notables différences avec les tableaux produits dans l'instance devant la cour d'appel, ainsi par exemple le travail réalisé pour le conseil général de l'Essonne, que les mêmes différences et incohérences se retrouvent pour d'autres dossiers Renault Truck, Feu Vert, Polyclinique du pays de Rance notamment, qui présentent des anomalies similaires à celles relevées s'agissant du travail que le salarié prétend avoir effectué

pour le conseil général de l'Essonne entre les deux tableaux présentés d'une part devant le conseil des prud'hommes et d'autre part devant la cour d'appel, qu'ainsi il ressort desdits tableaux des contradictions manifestes, le salarié ayant opéré devant la cour d'appel des modifications pour tenter de corriger ses précédentes invraisemblances relevées alors à juste titre par l'employeur devant le conseil des prud'hommes, que pas plus les notes de frais que les « exemples de billets de train » ou l'attestation de l'épouse du salarié émanant d'un proche et, comme telle, dépourvue de valeur probante, ne sont de nature à étayer la demande du salarié, que dès lors les éléments présentés par le salarié ne sont pas suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour étayer sa demande et permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments.

13. En statuant ainsi, la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé le texte susvisé. »

La note explicative relative à cet arrêt précise « Cette décision est relative à la preuve des heures supplémentaires, lesquelles, on le sait, font l'objet d'un abondant contentieux.

Le code du travail institue à l'article L. 3171-4 un régime de preuve partagée entre l'employeur et le salarié des heures du travail effectuées. Les obligations de l'employeur, relatives au décompte du temps de travail, sont quant à elles prévues par les articles L. 3171-2 et L. 3171-3 du même code.

Depuis un arrêt du 25 février 2004 (pourvoi no 01-45.441, Bull. 2004, V, no 62), la Cour de cassation juge que si la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande.

Elle a par la suite précisé, par un arrêt du 24 novembre 2010 (pourvoi no 09-40.928, Bull. 2010, V, no 266), qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments. Il s'agissait alors de souligner que parce que le préalable pèse sur le salarié et que la charge de la preuve est partagée, le salarié n'a pas à apporter des éléments de preuve mais seulement des éléments factuels, pouvant être établis unilatéralement par ses soins, mais revêtant un minimum de précision afin que l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail accomplies, puisse y répondre utilement.

Dans la continuité de cette jurisprudence, la chambre sociale a ainsi jugé que constituaient des éléments suffisamment précis, notamment, des décomptes d'heures (Soc., 3 juillet 2013, pourvoi no 12-17.594 ; Soc., 24 mai 2018, pourvoi no 17-14.490), des relevés de temps quotidiens (Soc., 19 juin 2013, no 11.27-709), un tableau (Soc., 22 mars 2012, no 11-14.466), ou encore des fiches de saisie informatique enregistrées sur l'intranet de l'employeur contenant le décompte journalier des heures travaillées (Soc., 24 janvier 2018, pourvoi no 16-23.743).

Il a été également jugé que peu importait que les tableaux produits par le salarié aient été établis durant la procédure prud'homale ou « a posteriori » (Soc., 12 avril 2012, pourvoi no 10-28.090 ; Soc., 29 janvier 2014, pourvoi no 12-24.858).

Depuis lors, la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'un litige collectif portant sur l'enregistrement du temps de travail journalier et des éventuelles heures supplémentaires réalisées, est venue affirmer, dans un arrêt du 14 mai 2019 (C-55/18), que « les articles 3, 5 et 6 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lus à la lumière de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que de l'article 4, paragraphe 1, de l'article 11, paragraphe 3, et de l'article 16, paragraphe 3, de la directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui, selon l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence nationale, n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur ».

Dans les motifs de son arrêt, la Cour de justice précise que :

- contrairement à un système mesurant la durée du temps de travail journalier effectué, les moyens de preuve pouvant être produits par le travailleur, tels que, notamment, des témoignages ou des courriers électroniques, afin de fournir l'indice d'une violation de ses droits et entraîner ainsi un renversement de la charge de la preuve, ne permettent pas d'établir de manière objective et fiable le nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire effectuées par le travailleur, compte tenu de sa situation de faiblesse dans la relation de travail (points 53 à 56) ;

- afin d'assurer l'effet utile des droits prévus par la directive 2003/88 et du droit fondamental de chaque travailleur à une limitation de la durée maximale de travail et à des périodes de repos journalières et hebdomadaires consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, les Etats membres doivent imposer aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur, avec toutefois une marge d'appréciation dans la mise en oeuvre concrète de cette obligation pour tenir compte des particularités propres à chaque secteur d'activité concerné et des spécificités de certaines entreprises (points 60 à 63).

Prenant en compte cette décision, la chambre sociale décide, sans modifier l'ordre des étapes de la règle probatoire, puisque, conformément à l'article 6 du code de procédure civile, tout demandeur en justice doit rapporter des éléments au soutien de ses prétentions, d'abandonner la notion d'étaiement, pouvant être source de confusion avec celle de preuve, en y substituant l'expression de présentation par le salarié d'éléments à l'appui de sa demande. La chambre sociale rappelle que ces éléments doivent être suffisamment précis quant aux heures non rémunérées que le salarié prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments, en mettant l'accent en parallèle sur les obligations pesant sur ce dernier quant au contrôle des heures de travail effectuées. Il est enfin rappelé que, lorsqu'ils retiennent l'existence d'heures supplémentaires, les juges du fond évaluent souverainement, sans être tenus de préciser le détail de leur calcul, l'importance de celles-ci et les créances salariales s'y rapportant (Soc., 4 décembre 2013, pourvoi no 12-22.344, Bull. 2013, V, no 299).

Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation entend souligner que les juges du fond doivent apprécier les éléments produits par le salarié à l'appui de sa demande au regard de ceux produits par l'employeur et ce afin que les juges, dès lors que le salarié a produit des éléments factuels revêtant un minimum de précision, se livrent à une pesée des éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties, ce qui est en définitive la finalité du régime de preuve partagée.

C'est précisément pour avoir fait porter son analyse sur les seules pièces produites en l'espèce par le salarié, qui versait aux débats des décomptes d'heures qu'il prétendait avoir réalisées, aboutissant ainsi à faire peser la charge de la preuve des heures supplémentaires exclusivement sur celui-ci, que l'arrêt de la cour d'appel est censuré.

La chambre sociale marque ainsi sa volonté de contrôler le respect par les juges du fond du mécanisme probatoire propre aux heures supplémentaires. »

Comme le précise M. Frouin, dans un article intitulé « le régime de la preuve des heures supplémentaires (évolutions de jurisprudence) » (JCP S n°22 du 2 juin 2020 no2036) concernant le sens et la portée de l'arrêt rendu « *Même si les termes de l'arrêt sont finalement assez proches de ceux de l'arrêt de 2010, on saisit immédiatement ce qui a changé : il n'est plus question d'étalement par le salarié de sa demande. Comme le précise la note explicative, « la Chambre sociale décide d'abandonner la notion d'étalement pouvant être source de confusion avec celle de preuve, en y substituant l'expression de présentation par le salarié d'éléments à l'appui de sa demande ».* La note explicative paraît relativiser la nouveauté en rappelant que la chambre sociale ne modifie pas l'ordre des étapes de la règle probatoire puisque, conformément à l'article 6 du Code de procédure civile, tout demandeur en justice doit rapporter des éléments au soutien de ses prétentions. Certes. Mais en réalité, la Cour de cassation revient sur la double séquence probatoire qu'elle avait introduite en 2004 et confirmée en 2010 pour se caler désormais purement et simplement sur les dispositions de l'article L. 3171-4 qui instaurent un mécanisme de preuve partagée ou de répartition équilibrée de la charge de la preuve entre les parties. En ce sens, la solution ne peut qu'être approuvée puisque même si on pouvait éventuellement en comprendre les raisons, la Cour de cassation avait ajouté à la loi en 2004 une séquence probatoire qu'elle ne comporte pas et qui pouvait avoir une influence déterminante sur le sort de la demande du salarié. L'arrêt apporte d'ailleurs en creux la démonstration de cette influence déterminante que pouvait avoir auparavant la condition préalable de l'étalement de sa demande par le salarié puisque l'arrêt de la cour d'appel, qui aurait pu être approuvé sous l'empire de la jurisprudence antérieure, est ici cassé dans le conclusif de l'arrêt au motif que la cour d'appel, dans l'application qu'elle a fait de l'article L. 3171-4, a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié. Cela signifie, comme l'indique clairement la note explicative, que désormais les juges du fond, sans passer par l'étape de l'étalement qui pouvait conduire au rejet de la demande du salarié avant même toute confrontation des éléments de preuve produits par l'une et l'autre parties, « doivent désormais apprécier [d'emblée] les éléments produits par le salarié à l'appui de sa demande au regard de ceux produits par l'employeur et ce afin que les juges, dès lors que le salarié a produit des éléments factuels revêtant un

minimum de précision, se livrent à une pesée des éléments de preuve produits par l'une et l'autre des parties, ce qui est en définitive la finalité du régime de preuve partagée ».

Le changement effectué est donc important, voire fondamental, en ce qu'il opère, avec l'abandon de l'étalement et dans le strict respect des dispositions légales, un retour au régime de preuve partagée posé par la loi. »

Récemment, dans un arrêt du 27 janvier 2021 (n°17-31.046, P+B+R+I, en cours de publication), la Cour de cassation a précisé la portée de sa jurisprudence en reprenant les apports de l'arrêt précité et en marquant l'existence d'un contrôle sur la motivation retenue par les juges du fond.

« Vu l'article L. 3171-4 du code du travail :

13. Aux termes de l'article L. 3171-2, alinéa 1er, du code du travail, lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés. Selon l'article L. 3171-3 du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'employeur tient à la disposition de l'inspecteur ou du contrôleur du travail les documents permettant de comptabiliser le temps de travail accompli par chaque salarié. La nature des documents et la durée pendant laquelle ils sont tenus à disposition sont déterminées par voie réglementaire.

14. Enfin, selon l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.

15. Il résulte de ces dispositions, 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. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. 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 souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

16. Pour débouter le salarié de sa demande au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents, l'arrêt retient que le salarié communique un décompte des heures de travail qu'il indique avoir accomplies durant la période considérée, lequel mentionne, jour après jour, les heures de prise et de fin de service, ainsi que de ses rendez-vous professionnels avec la mention du magasin visité, le nombre d'heures de travail quotidien et le total hebdomadaire.

17. L'arrêt retient encore que l'employeur objecte, à juste titre, d'une part, que le salarié, qui travaillait de manière itinérante à 600 kilomètres de son siège social, ne précisait pas ses horaires de travail sur ses compte-rendus hebdomadaires et en justifie en produisant plusieurs de ses documents établis en 2012 et, d'autre part, que les fiches de frais ne permettaient pas de déterminer les horaires réellement accomplis par le salarié au cours de ses tournées.

18. L'arrêt ajoute que le décompte du salarié est insuffisamment précis en ce qu'il ne précise pas la prise éventuelle d'une pause méridienne.

19. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations, d'une part, que le salarié présentait des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre, d'autre part, que ce dernier ne produisait aucun élément de contrôle de la durée du travail, la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé le texte susvisé. »

La note explicative précise « En l'espèce, la cour d'appel avait rejeté la demande au titre des heures supplémentaires en relevant que, si le décompte produit par le salarié indiquait, jour après jour, les heures de prise et de fin de service, ainsi que de ses rendez-vous professionnels avec la mention du magasin visité, le nombre d'heures de travail quotidien et le total hebdomadaire, sa précision était insuffisante faute de mentionner la prise éventuelle d'une pause méridienne. De son côté, l'employeur, qui critiquait ce décompte, ne produisait aucun élément quant au contrôle de la durée de travail effectuée par le salarié.

Reprenant la solution dégagée le 18 mars 2020, la chambre sociale explicite avec le présent arrêt le contrôle qu'elle exerce sur la notion "d'éléments suffisamment précis" quant aux heures de travail que le salarié prétend avoir accomplies. S'agissant d'une obligation découlant de l'article 6 du code de procédure civile, relatif à l'obligation d'alléguer les faits nécessaires au succès des prétentions, et non de l'article L. 3171-4 du code du travail, relatif à la preuve des heures travaillées, la précision des éléments produits doit être examinée au regard de cet objectif d'organisation du débat judiciaire. Cette précision n'est ni de la même nature, ni de la même intensité que celle qui pèse par ailleurs sur l'employeur dans le cadre de son obligation de contrôle de la durée du travail. Elle ne peut avoir pour effet de faire peser la charge de la preuve des heures accomplies sur le seul salarié, ni de contraindre ce dernier à indiquer les éventuelles pauses méridiennes qui auraient interrompu le temps de travail. En effet, comme tous les seuils et plafonds, prévus tant par le droit de l'Union européenne que par le droit interne, (Soc., 20 février 2013, n° 11-28.811, Bull. 2013, V, n° 52) la charge de la preuve de la prise des temps de pause incombe à l'employeur ((Soc., 20 février 2013, pourvois n° 11-21.848 et 11-21.599, Bull. 2013, V, n° 51).

Dès lors qu'il résultait de ses propres constatations que les éléments produits par le salarié étaient suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre, ce que la Cour de cassation relève expressément, le régime de la preuve partagée devenait applicable. Il appartenait donc à la cour d'appel d'examiner les pièces produites par l'une et l'autre des parties, étant précisé que l'employeur ne produisait aucun élément de contrôle de la durée du travail, et d'apprécier la portée des critiques formulées contre ces pièces, avant de décider, dans le cadre de son pouvoir souverain, si le salarié avait effectivement accompli des heures supplémentaires et, dans l'affirmative, de fixer la créance correspondante (Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-22.344, Bull. 2013, V, n° 299 ; Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-10.919, précité). »

Pour faire droit aux prétentions des salariés, les arrêts, rédigés en termes identiques ont retenu : « Pour étayer sa demande, le salarié verse aux débats des fiches de temps que l'employeur considère comme non probantes au motif qu'y sont mentionnées des périodes de travail 'non imputables', à un client déterminé en vu de sa facturation, suivant le salarié.

L'employeur estime au contraire que les temps notamment de recherche de documentation étant facturables, ces durées non imputables ne correspondent à rien autre qu'à une variable d'ajustement pour arriver à une réclamation uniforme de 45 heures hebdomadaires de travail.

Il convient cependant de constater que, si les recherches effectuées pour une affaire déterminée sont évidemment susceptibles d'être facturées au client au bénéfice duquel cette recherche a été menée, on ne peut répartir entre les clients les travaux d'actualisation des connaissances et de formation, menés en dehors d'une affaire désignée. C'est pourquoi ces périodes 'non imputables' ne peuvent être écartées a priori. Les documents communiqués par le salarié, qui étayaient sa demande en rappel de salaire, sont suffisamment précis pour ménager à l'employeur la possibilité d'une preuve contraire qu'il ne rapporte pas dès lors qu'il se contente de critiquer le principe de la demande.

Il convient donc de confirmer la décision déferée en ce qu'elle a retenu la créance salariale sur la base des prétentions, non utilement discutées, du salarié ainsi qu'en ce qu'elle a retenu des sommes complémentaires au titre des congés.

Elle sera également confirmée en ce qu'elle a indemnisé le préjudice causé par l'absence d'attribution de repos compensateurs, qui découlaient des heures supplémentaires effectuées. »

Dans une troisième branche, le moyen reproche à la cour d'appel d'avoir violé la loi pour avoir fait droit aux prétentions des salariés en considérant qu'ils étayaient suffisamment leur demande en produisant des fiches de temps unilatéralement établies indiquant un temps de travail quasi uniforme chaque semaine.

Le mémoire en défense réplique en substance que les éléments produits par les salariés lui permettaient d'étayer suffisamment leur demandes et par ailleurs qu'il ressort des constatations de la cour d'appel que l'employeur ne produisait aucun élément en sorte que l'arrêt est justifié.

Le moyen, qui manque par le fait qui lui sert de base, fera l'objet d'un rejet non spécialement motivé.

En effet, la mention d'une durée du travail quasiment uniforme ne ressort pas des constatations des juges du fond mais constitue l'argumentation de l'employeur qui a été écartée par les juges du fond lesquels, analysant les éléments produits, ont considéré que les fiches de temps produites par les salariés étaient suffisamment précises pour permettre à l'employeur de répondre en versant ses propres éléments, ce que ce dernier s'était abstenu de faire, se contentant de critiquer le principe de la demande de la salariée.

Le mécanisme probatoire a ainsi été parfaitement respecté par la cour d'appel et le moyen, sous le couvert d'un grief infondé de violation de la loi ne tend qu'à remettre en cause ce raisonnement.

La quatrième branche fera également l'objet d'un rejet non spécialement motivé, en effet, elle ne tend qu'à remettre en question l'appréciation souveraine par les juges du fond des pièces produites qui, sans méconnaître l'objet du litige, l'ont tranché en arbitrant entre les positions respectives des parties en considérant que les périodes « non imputables » constituaient du temps de travail effectif rejetant ainsi la position de l'employeur qui soutenait que travaux d'actualisation des connaissances et de formation n'entraient pas dans les périodes « non imputables » ces dernières ne constituant qu'une variable d'ajustement mais non du travail effectif.

4.5 Sur la résiliation judiciaire (5^{ème} branche du 1^{er} moyen du PP).

Depuis une série d'arrêts rendus par la chambre sociale le 26 mars 2014 (no12-23.634 Bull V no634, no12.21-372, Bull V no86, no12-35.040, Bull V no87) et le 12 juin 2014 (no12-029.063, Bull V no140, no13-11.448, Bull V no139) le fait ou le manquement suffisamment grave pour justifier la prise d'acte ou la résiliation judiciaire est celui d'une gravité est telle qu'il rend impossible la poursuite des relations contractuelles.

Ces arrêts permettent de conclure qu'il n'existe plus de cause automatique de résiliation du contrat de travail ou faisant produire à la prise d'acte les effets d'un licenciement nul ou sans cause réelle et sérieuse et que la Cour de cassation exerce désormais un contrôle dit léger sur la notion de manquement suffisamment grave empêchant la poursuite du contrat de travail (Ex Soc 11 mars 2015 no11-27.276 et suivants, Soc 11 mars 2015 no13-18.603, Soc 11 mars 2015 no13-26.373, Soc 28 octobre 2014 no13-16.821) assimilable à l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une cinquième branche l'employeur reproche à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale pour avoir considéré que le non paiement des heures supplémentaires lui permettait de prononcer la résiliation judiciaire sans avoir constaté que ce manquement empêchait la poursuite du contrat de travail.

Il ressort des motifs non contraires de la décision du bâtonnier de l'Ordre réputés adoptés en cas d'arrêt confirmatif, ce qui est le cas en l'espèce, que ce dernier a retenu que la résiliation était justifiée en retenant un manquement continu de l'employeur tenant à l'absence de paiement d'heures supplémentaires accomplies ainsi que l'absence d'octroi de repos compensateurs correspondant ce qui à terme est susceptible d'altérer une atteinte à la santé des salariés.

Ce faisant, et contrairement à ce que soutient le moyen, est caractérisée l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat de travail en raison de la gravité des manquements considérés.

La décision est ainsi légalement justifiée en sorte que le moyen, inopérant et qui manque par le fait qui lui sert de base **fera l'objet d'un rejet non spécialement motivé.**

4.6 Sur les dommages-intérêts pour non respect de la procédure de licenciement (2nd moyen du PP).

Dans sa version applicable au litige soit avant sa modification par l'ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017, l'article L.1235-2 du code du travail disposait « *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.* »

En application de ces dispositions, la chambre sociale juge que les dispositions de cet article ne sont applicables que lorsque le contrat de travail est rompu par un licenciement mais non par :

- une prise d'acte Soc 19 octobre 2016 (n°14-25.067, Bull V n°193) et avant Soc 19 février 2014 (n°12-28.823) ;
- ni par une décision de résiliation judiciaire Soc 20 octobre 2010 (n°08-70.433, Bull V n°241) « Vu les articles 1184 du code civil, L. 1232-1 et L. 1235-2 du code du travail ;

Attendu que pour condamner l'employeur au paiement d'une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement, l'arrêt, après avoir prononcé la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur, retient que cette résiliation ouvre droit à l'indemnité de non-respect de la procédure de licenciement ;

Attendu, cependant, 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 de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse calculée en application soit de l'article L. 1235-3, soit de l'article L. 1235-5 du code du travail, l'indemnité prévue en cas de non-respect de la procédure de licenciement n'est pas due ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés » constant depuis Soc 20 juin 2012 (n°11-14.660, Soc 19 juin 2013 (n°12-18.294) et récemment Soc 13 juin 2018 (n°16-27.651) « Vu l'article L. 1235-2 du code du travail ;

Attendu que l'indemnité prévue par ce texte ne peut être allouée que lorsque le contrat de travail a été rompu par un licenciement ;

Attendu qu'après avoir dit que la résiliation judiciaire du contrat de travail produit les effets d'un licenciement abusif, l'arrêt condamne la société au paiement d'une indemnité pour irrégularité de la procédure ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le contrat de travail avait été rompu par la résiliation judiciaire du contrat de travail et non par un licenciement, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Le second moyen en une branche unique critique reproche à la cour d'appel d'avoir violé la loi pour avoir alloué des dommages-intérêts au titre du manquement aux règles de procédure du licenciement alors que la rupture du contrat de travail est le fruit non d'un licenciement mais d'une décision de résiliation judiciaire.

Il est à préciser que le MA sollicite une cassation sans renvoi de ce chef.

Le MD soulève l'irrecevabilité du moyen en soutenant qu'il est nouveau.

Il appartiendra à la Cour de se prononcer sur les mérites du moyen.

4.7 Sur l'indemnité pour travail dissimulé (MU du PI).

Pour allouer une indemnité pour travail dissimulé, les juges du fond doivent rechercher le caractère intentionnel de la dissimulation. Ce caractère intentionnel ne peut résulter

du seul défaut de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie (Soc., 29 juin 2005, pourvoi no 04-40.758, Bull. 2005, V, no 222).

Les juges du fond apprécient souverainement l'existence de l'intention de l'employeur de mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué (Soc., 20 juin 2013, pourvoi no 10-20.507, Bull.2013, V, no 161) et récemment Soc 12 novembre 2020 (n°18-19.654), Soc 6 novembre 2019 (n°18-14.290).

Au cas présent, la cour d'appel a sur ce point cassé la décision qui lui était soumise et a débouté les salariés de leur demande d'indemnité pour travail dissimulé en retenant de manière identique « la décision déferée sera en revanche infirmée en ce qu'elle a retenu une indemnité forfaitaire au titre du travail dissimulé. En effet l'article L8221-5 du code du travail prévoit que le fait pour l'employeur de se soustraire intentionnellement aux formalités relatives à la durée du travail caractérise le travail dissimulé.

Toutefois 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. Cela suffit à écarter l'élément intentionnel sans lequel on ne peut parler de travail dissimulé au sens du code du travail. »

Les trois branches du moyen feront l'objet d'un **rejet non spécialement motivé**.

En effet, la première branche ne tend qu'à remettre en question l'appréciation souveraine des juges du fond qui, en considérant que l'appréciation erronée de la qualité de la salariée n'était pas pour autant arbitraire, a procédé à la recherche demandée (2^{ème} branche) et répondu, pour la rejeter à l'argumentation soutenue (3^{ème} branche) pour en déduire souverainement l'absence d'élément intentionnel propre à constituer l'infraction de travail dissimulé.

5 - Orientation proposée : FR4