



RAPPORT DE Mme ALA, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 528 du 11 mai 2023 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-25.522

Décision attaquée : Cour d'appel de Poitiers du 18 novembre 2021

**La société Nautitech Catamarans
C/
M. [Y] [T]**

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [T] a été engagé par la société Nautitech Catamarans compter du 24 août 2015 en qualité de directeur général des opérations.

Il était soumis à une convention annuelle de forfait en heures.

Le 27 août 2018, la société Bavaria Catamarans a remis à M. [T] une lettre énonçant le motif économique. Ce dernier a adhéré au contrat de sécurisation professionnelle le 29 août 2018. Il a été licencié pour motif économique le 13 septembre 2018.

Le 13 septembre 2018, il a saisi la juridiction prud'homale afin de contester le bien fondé du licenciement et de formuler des demandes au titre de l'exécution et la rupture du contrat de travail.

Par jugement du 21 octobre 2019, le conseil de prud'hommes de Rochefort-sur-mer a débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes et l'a condamné à verser 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêt du 18 novembre 2021, la cour d'appel a rejeté la demande de communication de pièces formée par l'employeur et infirmé le jugement en toutes ses dispositions.

Statuant à nouveau elle a :

- dit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse,
- condamné l'employeur à verser des sommes à ce titre,
- dit que la convention individuelle de forfait en heures sur l'année était inopposable au salarié à compter du 26 octobre 2015,
- condamné l'employeur à verser au salarié un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires outre congés payés afférents, des sommes au titre du dépassement du contingent d'heures supplémentaires outre congés payés afférents, un rappel de salaire au titre du solde de la rémunération variable outre congés payés afférents,
- rejeté la demande reconventionnelle de dommages-intérêts pour procédure abusive,
- dit n'y avoir lieu à prononcer une amende civile,
- condamné l'employeur à verser 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi que les dépens.

La société Nautitech Catamarans s'est pourvue en cassation le 16 décembre 2021. Elle a déposé un mémoire ampliatif le 19 avril 2022 dans lequel elle conclut à la cassation et annulation de l'arrêt et réclame 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

M. [T] a déposé un mémoire en défense le 20 juin 2022 dans lequel il conclut au rejet du pourvoi et réclame 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

2 - Analyse succincte du moyen

En un moyen unique articulé en une branche, l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires et des heures supplémentaires réalisées hors contingent annuel, outre congés payés afférents, *alors que 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 la signature d'une convention de forfait en heures n'est pas incompatible avec ce statut ; qu'en estimant que le fait que M. [T] ait conclu une telle convention avec la société Nautitech Catamarans excluait qu'il puisse avoir la qualité de cadre dirigeant, la cour d'appel a violé l'article L 3111-2 du code du travail*

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

La conclusion d'une convention annuelle de forfait en heures est elle exclusive de la qualité de cadre dirigeant ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

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 des *“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”*.

S'agissant de salariés qui ne sont pas soumis aux dispositions sur la durée du travail, la Cour de cassation est particulièrement vigilante sur la qualification de cadre dirigeant et adopte une conception stricte de cette notion.

Les trois critères énoncés par la loi 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 no 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, no04-45.355).

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 no45).

Cet élément est important puisque, dans un arrêt rendu le 2 juillet 2014 (no12-19.759, Bull V no174) la chambre sociale a considéré que *« Viole 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 (no14-29.246, Bull V no137) 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. »

Il ressort également de la jurisprudence, que les conventions collectives peuvent réserver la qualité de cadre dirigeant à des conditions supplémentaires telle la rédaction d'un écrit, ces dispositions, considérées comme plus favorables, s'appliquent alors en plus des critères légaux. Ainsi, dans un arrêt rendu le 6 avril 2004 (n° 07-42.935, Bull. V, n 90), la chambre sociale, retenant que la convention collective o nationale des services de l'automobile exige que l'exclusion, pour la catégorie des cadres dirigeants, de la réglementation de la durée du travail soit prévue dans un document contractuel écrit mentionnant les modalités d'exercice des responsabilités justifiant le forfait sans référence horaire, a approuvé la cour d'appel d'avoir condamné l'employeur au paiement d'heures supplémentaires, après avoir constaté l'absence de conclusion de contrat écrit.

Les mentions d'un contrat de travail sont elles susceptibles d'avoir une influence sur la qualité de cadre dirigeant ?

Le jurisprudence exige des juges qu'ils analysent l'exercice réel des fonctions sans s'arrêter aux stipulations du contrat (Soc 5 octobre 2011, n°10-25.110). Toutefois, n'est il pas possible de considérer que certaines stipulations sont incompatibles avec la qualité de cadre dirigeant ?

- Dans un arrêt rendu le 27 mars 2013 (n°11-19.734, publié mais non sur ce point, Bull V n°95), la chambre sociale a approuvé une cour d'appel d'avoir écarté la qualité de cadre dirigeant du salarié en retenant « *Mais attendu qu'ayant constaté que le contrat de travail de M. B. prévoyait qu'il ne pourrait refuser d'effectuer les heures supplémentaires qui lui seraient demandées et que son horaire de travail était celui en vigueur dans l'entreprise, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ».

- Dans un arrêt rendu le 9 avril 2015 (n°13-25.679), la chambre sociale a été plus explicite en signifiant l'incompatibilité existant entre la qualité de cadre dirigeant et le fait de soumettre un salarié à un horaire de travail de 39 heures "Vu les articles L.3111-2 du code du travail et 1134 du code civil ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande tendant à faire juger qu'il n'était pas cadre dirigeant et qu'il était fondé en sa demande en paiement d'heures supplémentaires, l'arrêt retient qu'il exerçait des fonctions de directeur de la société Mediaco Zeimett laquelle constituait une entité spécifique ayant sa raison sociale à Reims, qu'il jouissait d'une réelle autonomie sur les investissements autres que ceux relatifs à l'investissement dans l'acquisition des grues et leur affectation au niveau du groupe, au regard du coût qu'il représente et qu'il percevait la plus forte rémunération de l'entreprise, gérait à sa guise tant son emploi du temps que ses congés payés ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les stipulations contractuelles soumettant le salarié à un horaire de travail de 39 heures n'étaient pas incompatibles avec la qualité de cadre dirigeant, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision".

- Dans un arrêt rendu le 7 septembre 2017 (n°15-24.725, Bull. 2017, V, n°132), la chambre sociale a jugé que la conclusion d'une convention de forfait ultérieurement déclarée illicite ne permettait pas à **l'employeur** de soutenir que le salarié relevait de la catégorie des cadres dirigeants.

" Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer certaines sommes au titre des heures supplémentaires, des repos compensateurs et des congés payés afférents, alors, selon le moyen :

1°/ que sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant, exclusive de la législation sur la durée du travail, 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 ; que pour retenir ou écarter la qualité de cadre dirigeant, le juge doit donc examiner les fonctions que le salarié occupe réellement au regard de chacun des critères cumulatifs énoncés par la loi ; que dans ses écritures, la société Options Centre Est avait précisément démontré que M. [H] disposait d'une totale indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, qu'il fixait librement, prenait des décisions de façon largement autonome, et percevait la rémunération la plus élevée dans son établissement, de sorte qu'il n'était pas soumis aux dispositions relatives à la durée du travail ; qu'en faisant droit à la demande du salarié au titre des heures supplémentaires, sans rechercher, ainsi cependant qu'elle y était invitée, **si les conditions réelles de travail du salarié ne lui conféraient pas la qualité de cadre dirigeant, exclusive de la législation sur la durée du travail, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 3111-2 du code du travail ;**

2°/ qu'en cas de litige relatif à l'existence et 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 ; que n'est pas suffisamment étayée la demande du salarié qui présente de nombreuses contradictions et incohérences ; qu'en jugeant que le salarié pouvait prétendre au paiement d'heures supplémentaires, cependant qu'elle avait fait ressortir les nombreuses « incohérences » de sa demande, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 3171-4 du code du travail ;

3°/ qu'à tout le moins, en faisant droit à l'ensemble des demandes du salarié au titre des années 2011 et 2012, quand il n'est pas contesté que ce dernier ne produisait ses extraits d'agenda que pour 3 semaines en 2011 et 6 semaines en 2012, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail ;

Mais attendu, d'abord, qu'ayant constaté que, par lettre du 7 décembre 2006 les parties avaient signé une promesse d'engagement précisant "votre emploi de la catégorie cadre est régi par un accord d'annualisation du temps de travail sur la base de 218 jours" et retenu que le salarié avait été soumis à une convention individuelle de forfait en jours prévue par les articles L. 3121-39 et suivants du code du travail, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche sur l'éventuelle qualité de cadre dirigeant du salarié que ses constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, ensuite, que sous le couvert du grief non-fondé de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation par les juges du fond de la valeur et la portée des éléments de preuve versés par les parties de laquelle, ils ont, après avoir écarté l'application de la convention de forfait en jours, souverainement déduit l'existence d'heures supplémentaires et fixé le montant de la créance s'y rapportant."

Cette décision a fait l'objet de commentaires :

- à la RJS 2017, n°745 : "[...] Pour retenir la qualification de cadre dirigeant, le juge doit se déterminer au regard de ces trois critères légaux qui sont cumulatifs (Cass. soc. 13-1-2009 no 06-46.208 FS-PB : RJS 3/09 no 250).

Toutefois, il est possible de restreindre les conditions d'accès à la qualité de cadre dirigeant par voie conventionnelle, par exemple en imposant la conclusion d'un écrit précisant les modalités d'exercice des responsabilités (Cass. soc. 6-4-2011 no 07-42.935 FS-PB : RJS 6/11 no 530).

La Cour de cassation prolonge cette jurisprudence en considérant qu'un employeur qui a conclu avec son salarié une convention de forfait en jours a, par là même, exclu toute possibilité d'appliquer la qualification de cadre dirigeant. Il ne pouvait donc pas se prévaloir des dispositions de l'article L 3111-2 du code du travail pour s'opposer à une demande au titre des heures supplémentaires".

- par M. Morand JCP S 2017, II n°1325 « [...] Est concerné un cadre soumis à un dispositif de forfait en jours tel que défini dans une promesse d'engagement qui, ayant pris acte de la rupture de son contrat de travail, sollicitait le paiement d'heures supplémentaires et de repos compensateur. Les juges du fond, pour admettre les demandes de l'intéressé, avaient plutôt considéré que l'accord d'entreprise, à l'origine du forfait en jours, ne comportait pas de dispositions de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié pour en déduire que la convention était privée d'effet (c'est plutôt la nullité qui était encourue).

Dans le cadre du pourvoi, l'employeur faisait valoir que les fonctions exercées par l'intéressé s'inscrivaient dans la description de l'article L. 3111-2 du code du travail et qu'il avait en conséquence la qualité de cadre dirigeant, ce que les juges du fond auraient dû vérifier.

La Cour de cassation rejette cette argumentation, constatant que l'intéressé était soumis contractuellement à une convention de forfait en jours. Elle précise que « la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche sur l'éventuelle qualité de cadre dirigeant du salarié ». Pour la Cour de cassation, la qualification contractuelle l'emporte donc sur la qualification réelle.

S'agissant de l'influence de l'écrit dans l'appréciation du statut de cadre dirigeant, il semble que celle-ci soit relative lorsqu'il s'agit d'en permettre l'identification (1), mais essentielle lorsqu'il s'agit d'en écarter l'appréciation des critères ou de permettre l'octroi de certains avantages dont le cadre dirigeant est privé (2).

1 – Le contrat écrit n'a que peu d'intérêt pour caractériser la situation de cadre dirigeant. La Cour de cassation, dans un certain nombre de décisions, ne s'est ainsi pas attachée à la qualification donnée au contrat mais à vérifier que les critères de l'article L. 3111-2 du Code du travail étaient remplis cumulativement. Peu importe que l'accord collectif applicable retienne pour la fonction occupée la qualité de cadre dirigeant (Cass. soc., 13 janv. 2009, no 06-46.208 : JurisData no 2009-046557 ; JCP S 2009, 1096, note F. Favennec-Héry).

Le contrat n'a que peu d'intérêt puisque la jurisprudence estime que l'accord du salarié matérialisé par une clause de son contrat ou une stipulation écrite particulière n'est pas nécessaire à la qualification de cadre dirigeant. Seuls importent les critères de l'article L. 3111-2 du Code du travail et la participation à la direction de l'entreprise ou à la direction locale de celle-ci (pour un cadre dirigeant à responsabilité locale, V.Cass. soc., 11 mai 2017, no 15-27.118 : JurisData no 2017-008809 ; JCP S 2017, 1211, note M. Morand). C'est ce qui ressort d'une décision de la Cour de cassation qui précise « que la qualité de cadre dirigeant au sens de l'article L. 3111-2 du Code du travail ne requiert ni l'existence d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié, ni que ce dernier se situe au niveau hiérarchique le plus élevé dans la classification conventionnelle » (Cass. soc., 30 nov. 2011, no 09-67.798 : JurisData no 2011-026631 ; JCP S 2012, 1133, note B. Bossu). Il en résulte que l'écrit n'est pas suffisant pour emporter la qualification de cadre dirigeant et que l'absence d'écrit ne l'empêche pas.

Pour autant, le contrat peut permettre d'exclure le salarié de la catégorie des cadres dirigeants ou d'en exclure certaines conséquences.

2 – Le contrat peut donc avoir un intérêt pour consacrer l'exclusion du cadre concerné du statut de cadre dirigeant. C'est le sens de la décision commentée qui exclut de ce « statut » le cadre ayant conclu une promesse d'embauche comportant une référence à un décompte du temps en jours travaillés, peu important la réalité de la fonction exercée. Même si les critères d'identification du statut de cadre dirigeant sont réunis, le contrat peut exclure le salarié concerné de ce statut, lequel n'est donc pas d'ordre public et ne s'impose pas par-delà la qualification contractuelle.

À cette primauté donnée au contrat de travail, par-delà les conditions d'exercice de la fonction, une nuance est probablement à apporter dès lors que la fonction ou la qualification initiale a évolué dans le temps. Si les fonctions occupées ne correspondent plus à celles définies dans le contrat ayant exclu la qualité du cadre dirigeant, la clause contractuelle ne peut produire effet dans le périmètre d'une nouvelle fonction. Comme l'écrit n'est pas nécessaire à la qualification

de cadre dirigeant, on peut penser qu'un avenant n'est pas requis pour consacrer cette évolution et ce statut dès lors que les critères légaux sont réunis.

Mais le contrat peut aussi influencer les conséquences attachées au statut de cadre dirigeant. Si, en raison de l'exclusion de la plupart des dispositions légales relatives à la durée du travail posée par le premier alinéa de l'article L. 3111-2 du code du travail, nombre de conséquences attachées à ces dispositions ne reçoivent pas application, la Cour de cassation réserve néanmoins la situation dans laquelle le contrat permet de faire bénéficier le cadre concerné de certains avantages dont il est exclu en qualité de cadre dirigeant. Ainsi, elle précise que si ces cadres ne peuvent prétendre au bénéfice des contreparties financières liées aux périodes d'astreintes (Cass. soc., 28 oct. 2008, no 07-42.487 : JurisData no 2008-045593 ; JCP S 2008, act.578) ou prévues pour travail du dimanche ou des jours fériés (Cass. soc., 27 juin 2012, no 10-28.649 : JurisData no 2012-014227 ; JCP S 2012, 1369, note D.Corrignan-Carsin), c'est sous réserve de dispositions conventionnelles ou contractuelles plus favorables en permettant l'octroi.

À l'heure où le contrat individuel s'efface au profit du contrat collectif, subsistent encore quelques points non plus de résistance mais d'efficacité lorsqu'il s'agit de dispositions plus favorables à celles de la loi ou de l'accord collectif. L'article L. 2254-1 du code du travail peut encore produire effet”.

Cette position de la chambre sociale a, depuis lors, été réaffirmée

- Soc 5 juin 2019 (n°18-11.935) « **Mais attendu, d'abord, que la conclusion d'une convention de forfait ultérieurement déclarée illicite ne permet pas à l'employeur de soutenir que le salarié relevait de la catégorie des cadres dirigeants ;**

Et attendu que la cour d'appel ayant constaté que le contrat de travail du salarié comportait un forfait de 217 jours par an et retenu que cette convention de forfait devait être annulée, en sorte que l'employeur ne pouvait invoquer à l'encontre du salarié les dispositions applicables aux cadres dirigeants, le moyen pris en ses trois premières branches, en ce qu'il se fonde sur lesdites dispositions, est inopérant ;

Attendu, ensuite, qu'aux termes de l'article L. 3245-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du n 2013-504 du 14 juin 2013, entrée en vigueur le 16 juin 2013, l'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer, que la demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat ; que selon l'article 21-V de la loi du 14 juin 2013, les dispositions du nouvel article L. 3245-1 du code du travail s'appliquent aux prescriptions en cours à compter du 16 juin 2013, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure, soit cinq ans ;

Et attendu qu'ayant constaté, par référence aux écritures oralement soutenues du salarié, que la demande de rappel de salaire portait sur la période de janvier 2010 à 2013 et que la nouvelle prescription de trois ans avait commencé à courir à compter du 16 juin 2013, avant d'être interrompue par la saisine de la juridiction prud'homale le 23 décembre 2013, de sorte que la durée totale de la prescription n'avait pas excédé cinq ans, la cour d'appel en a exactement déduit que les créances antérieures au 15 juillet 2010 n'étaient pas prescrites ;

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

- Soc 8 juillet 2020 (n°18-21.793) « Vu l'article L. 3111-2 du code du travail :

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande de rappel d'heures supplémentaires, l'arrêt retient que le salarié participait non seulement à la direction de l'entreprise mais en était le seul cadre dirigeant, qu'il invoque le principe de faveur au motif que les parties étaient

convenues de lui appliquer un forfait en jours dès son embauche, cet accord devant primer sur les dispositions légales, que toutefois, il ne peut invoquer l'article 3 de son contrat de travail qui instaure un forfait annuel de deux cent dix-huit jours tout en soulevant sa nullité, le principe de faveur découlant en réalité de l'annulation de la convention qui entraîne l'application du droit commun ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le salarié était soumis au régime du forfait en jours, ce dont il résultait que l'employeur n'était pas fondé à soutenir que l'intéressé relevait de la catégorie des cadres dirigeants, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

- Soc., 12 janvier 2022 (pourvoi n° 19-25.080) rendu en formation restreinte et qui a rejeté un pourvoi au sujet duquel le demandeur soutenait qu'il sollicitait un revirement de jurisprudence “ 8. **Ayant constaté que le contrat de travail conclu le 6 septembre 2010 comportait une convention de forfait en jours et que, sur ce point, les dispositions de l'avenant conclu le 1er octobre 2015 par lequel le salarié avait été promu directeur administratif, n'avaient pas modifié les stipulations du contrat initial, la cour d'appel en a exactement déduit que le choix d'une convention de forfait en jours excluait la qualification de cadre dirigeant.**

9. *Ayant par ces motifs légalement justifié sa décision, les griefs articulés par les deuxième à dixième branches du moyen sont inopérants comme critiquant des motifs surabondants.*”

Au cas présent, la cour d'appel a retenu, sans être contestée sur ces points :

- que le contrat de travail du salarié comportait une convention annuelle de forfait en heures - dont elle a reproduit les termes : “Le salarié relève en conséquence pour le calcul de son temps de travail du forfait horaire annuel prévu par la convention collective applicable. A ce titre, le salarié s'engage à travailler 1730 heures par an, journée de solidarité comprise, étant précisé que ce nombre d'heures ne peut pas être dépassé sur la période annuelle de référence commençant le 1er janvier pour se terminer le 31 décembre.

Le temps de travail est réparti du lundi au vendredi.

La durée hebdomadaire de travail du salarié ne pourra dépasser 42 heures sur 12 semaines consécutives, ce que le salarié s'engage à respecter.

Le salarié s'engage en outre à respecter, en toutes circonstances, un repos minimal quotidien de 11 heures consécutives et un repos hebdomadaire minimum de 24h, auquel s'ajoute le repos quotidien de 11h.

A raison de ce forfait annuel, le salarié bénéficiera de 6 jours ouvrés annuels de repos supplémentaires [...].

Le salarié établira un document de contrôle du nombre de jours travaillés faisant apparaître le nombre et les heures quotidiennes travaillées ainsi que la qualification des jours non travaillés, notamment en repos hebdomadaires, congés payés ou jours RTT au titre du forfait en jours. Ce document sera tenu quotidiennement et émargé mensuellement par le salarié puis remis chaque fin de mois à la Société.”

- que faute de pouvoir valablement être adossée à un accord collectif - dont les stipulations ont été abrogées sans être suivies d'un accord de substitution- la convention de forfait en heures est devenue inopposable au salarié à compter du 25 octobre 2015.

Pour s'opposer à la demande en paiement d'heures supplémentaires formulée par le salarié, l'employeur opposait que celui-ci avait la qualité de cadre dirigeant.

La cour d'appel a rejeté l'argumentation en retenant que “ M. [T] était soumis à une convention de forfait annuel en heures qui lui est inopposable depuis le 26 octobre 2015.

Or, il est constant que la conclusion d'une convention individuelle de forfait-jours s'oppose, quelle que soit la nature de la fonction, à la qualification de cadre dirigeant, même si dans l'exercice de cette fonction se retrouvent les critères d'identification du cadre dirigeant tels que décrits par l'article L. 3111-2 du Code du travail (Soc. 7 septembre 2017, pourvoi n° 15-24.725). Cette solution doit trouver d'autant plus à s'appliquer pour les conventions individuelles de forfait en heures sur l'année que les salariés soumis à de telles conventions ont

nécessairement une autonomie moindre que ceux qui sont soumis à une convention de forfait-jours. C'est donc tout à fait vainement que la société Nautitech Catamarans tente de démontrer que M. [T] devait être considéré comme un cadre dirigeant de sorte qu'il n'est pas nécessaire de rentrer dans le détail de l'argumentation des parties sur cette qualification.”

puis a ensuite fait droit aux demandes du salarié.

Le moyen critique la position adoptée par la cour d'appel qui a écarté la qualité de cadre dirigeant au seul motif que le salarié avait été soumis à une convention annuelle de forfait en heures sans examiner les fonctions réellement exercées par le salarié.

Il indique clairement qu'à ce titre il réclame un revirement de jurisprudence.

Il convient toutefois de préciser que les précédents cités par les parties concernent des salariés qui ont conclu des conventions **de forfait en jours**.

Concernant la convention de forfait en heures annuelle, il n'existe pas, à la connaissance du rapporteur, de précédent du même ordre en sorte que la demande ne peut s'analyser réclamant un revirement de jurisprudence.

S'agissant de la convention annuelle en heures prévue, suivant les dispositions en vigueur au jour de la signature du contrat de travail, l'article L.3121-39 du code du travail disposait *'La conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions.'* L'article suivant *prévoyait que 'La conclusion d'une convention individuelle de forfait requiert l'accord du salarié. La convention est établie par écrit.'*

L'article L.3121-42 du même code alors applicable ajoutait que *“peuvent conclure une convention de forfait en heures sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail applicable aux conventions individuelles de forfait fixée par l'accord collectif :*

- 1° Les cadres dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;*
- 2° Les salariés qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps.”*

Il convient de préciser que, tout comme pour les conventions de forfait en jours, ces dispositions figuraient dans une section IV “conventions de forfait” du titre II “durée du travail, répartition et aménagement des horaires” du livre 1^{er} “durée du travail repos et congés” de la troisième partie du code du travail “durée du travail, salaire, intéressement, participation et épargne salariale”.

Or, l'article L.3111-2 du code du travail qui se situe également dans ce livre 1^{er} dans un chapitre unique consacré au champ d'application du livre 1^{er} précise que les cadres dirigeants - dont il donne la définition- ne sont pas soumis aux dispositions des titres II “durée du travail, répartition et aménagement des horaires” et III “repos et jours fériés” du livre 1^{er}.

En d'autres termes, les dispositions se rapportant aux conventions de forfait, qu'elles soient en jours ou en heures, ne sont pas applicables aux cadres dirigeants.

Concernant les conventions de forfait en jours, il convient de préciser, que selon les dispositions de l'article L.3121-43 du code du travail, elles pouvaient être conclues avec :

- 1° Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ;*

2° Les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées.

Et qu'à la différence des salariés soumis à un forfait en heures, l'article L.3121-52 du code du travail prévoyait qu'ils n'étaient pas soumis :

- à la durée légale hebdomadaire prévue par l'article L.3121-10 du code du travail (35 heures),
- à la durée quotidienne maximale de travail prévue à l'article L.3121-34 (10 heures),
- aux durées maximales hebdomadaires maximales prévues au 1^{ère} alinéa de l'article L.3121-35 (48 heures sur une semaine) et aux 1^{ers} et 2^{èmes} alinéas de l'article L.3121-36 (44 heures sur 12 semaines consécutives, sauf accord de branche 46 heures sur la même période).

Au soutien de sa demande, le mémoire ampliatif s'interroge sur la cohérence de la jurisprudence issue de l'arrêt du 7 septembre 2017 puisqu'elle constitue une exception à la règle suivant lesquelles le juge se doit d'examiner les conditions réelles de travail du salarié. Il estime que la conclusion d'une convention de forfait n'est pas nécessairement incompatible avec la qualité de cadre dirigeant.

Le mémoire en défense rappelle la jurisprudence en vigueur et estime que les raisons invoquées à l'appui d'une demande de revirement ne sont pas efficientes. Il ajoute que la lecture des termes même du contrat de travail révèle l'incompatibilité de la situation de salarié avec la qualification de cadre dirigeant.