

Le : 26/05/2014

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 14 mai 2014**

**N° de pourvoi: 13-10637**

ECLI:FR:CCASS:2014:SO00949

Non publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Lacabarats (président), président**

SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Gatineau et Fattaccini, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Soc., 26 octobre 2010, n° 09-41.002), que M. X... a été engagé à compter du 1er juin 2001 par la société d'expertise comptable E3C, aux droits de laquelle vient la société Fiducial expertise, en qualité de cadre comptable ; qu'un avenant du 5 février 2003 a mis en place une convention de forfait en jours ; qu'après avoir démissionné par lettre du 2 décembre 2006, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident de l'employeur :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen qui n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais, sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux

fondamentaux des travailleurs, l'article L. 212-15-3 ancien du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des Directives de l'Union européenne que les Etats membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ;

Attendu, enfin, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;

Attendu que pour débouter le salarié de ses demandes au titre des heures supplémentaires et de celles subséquentes à titre de congés payés, repos compensateurs, jours de congés non pris, travail dissimulé, requalification de la démission et paiement de sommes à titre de dommages-intérêts et de droit individuel à formation, l'arrêt retient qu'en prévoyant la tenue par le salarié d'un relevé mensuel mentionnant ses périodes de travail comme ses périodes de repos ou d'absences, ainsi qu'en imposant l'établissement d'un calendrier prévisionnel pour la prise des repos, et en déterminant les modalités à suivre en l'absence d'un tel calendrier, la convention collective précitée détermine les conditions de contrôle de l'application de la convention de forfait et prévoit les modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte, ainsi que les modalités concrètes d'application des dispositions relatives aux repos quotidien et hebdomadaire ; que la convention collective respecte bien les dispositions légales et en particulier les articles L. 3121-45 et L. 3121-48 du code du travail ; que la société a effectivement mis en place les outils et modalités déterminées par la convention collective en exigeant de chaque salarié qu'il remplisse chaque mois un formulaire « TD 103 », daté et signé par lui, et faisant apparaître pour chaque journée et demi-journée si le salarié a travaillé ou a été absent et le motif de son absence ; que ce relevé permet ainsi à l'employeur d'apprécier concrètement le nombre de jours travaillés ainsi que le respect des repos journaliers et hebdomadaires et d'assurer par conséquent le contrôle et le suivi de l'application de la convention de forfait ; que l'obligation de respecter les durées maximales de travail journalier ou hebdomadaire, est, selon la convention collective une obligation réciproque, en sorte qu'il appartient au salarié de justifier le dépassement, lequel doit être exceptionnel et doit donner lieu à une contrepartie ; que le salarié, directeur d'agence, disposait d'une autonomie très importante et ne s'est jamais plaint durant la relation contractuelle de difficultés à respecter ses durées maximales de travail journalier ou hebdomadaire ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions de l'article 8.1.2.5 de la convention

collective nationale des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes du 9 décembre 1974, qui se bornent à prévoir, en premier lieu, que la charge de travail confiée ne peut obliger le cadre à excéder une limite de durée quotidienne de travail effectif fixée à 10 heures et une limite de durée hebdomadaire de travail effectif fixée à 48 heures et que le dépassement doit être exceptionnel et justifié par le cadre, en deuxième lieu, qu'est laissé à l'employeur le soin de prendre les mesures pour assurer le respect des repos quotidiens et hebdomadaires, et, en troisième lieu, que le cadre disposant d'une grande liberté dans la conduite ou l'organisation des missions correspondant à sa fonction et dans la détermination du moment de son travail, le cadre et l'employeur examinent ensemble, afin d'y remédier, les situations dans lesquelles ces dispositions prises par l'employeur pour assurer le respect des repos journaliers et hebdomadaires n'ont pu être respectées, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les moyens du pourvoi du salarié :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il condamne la société Fiduciaire nationale d'expertise comptable à payer à M. X... la somme de 10 000 euros à titre de dommages-intérêts pour clause de non-concurrence illicite, l'arrêt rendu le 15 novembre 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux ;

Condamne la société Fiduciaire nationale d'expertise comptable aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Fiduciaire nationale d'expertise comptable à payer à M. X... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du quatorze mai deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement du Conseil de Prud'hommes de DECAZEVILLE en date du 2 juin 2008 en ce qu'il a débouté Monsieur Jean Pierre X... de ses demandes en paiement au titre d'heures supplémentaires pour la période postérieure au 5 février 2003, de ses demandes subséquentes au titre des congés payés afférents, du repos compensateur et de jours de congés non pris et au titre du travail dissimulé et de sa demande en requalification de la démission et de ses demandes en paiement au titre de la rupture du contrat de travail et au titre du droit individuel à la formation ;

AUX MOTIFS QUE « les articles L.3121-38 et suivants du Code du travail (dans leur rédaction antérieure à la loi du 20 août 2008), prévoyant les conditions devant être réunies pour qu'un employeur puisse conclure une convention de forfait en jours avec son salarié, disposent notamment : - qu'un accord collectif d'entreprise ou une convention de branche doit prévoir qu'il est possible de recourir à ce type de forfait et les catégories de salariés susceptibles d'être concernées, - que la conclusion d'une telle convention requiert l'accord écrit du salarié, - que le nombre maximum de jours travaillés, prévus dans la convention, ne peut dépasser 218. Plus particulièrement, l'article L.3121-45 précise que la convention ou l'accord collectif de travail qui prévoit la conclusion de conventions de forfait en jours prévoit : les modalités de décompte des journées et des demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos, les conditions de contrôle de son application, des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte. L'article L.3121-48 dispose quant à lui que les dispositions de l'article L.3131-1, relatives au repos quotidien, et des articles L.3132-1, L.3132-2 et L.3164-2, relatives au repos hebdomadaire, sont applicables aux salariés concernés par une convention de forfait en jours, et que la convention ou l'accord instituant une telle convention de forfait détermine les modalités concrètes d'application de ces dispositions. En l'espèce, la convention collective des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes étendue par arrêté du 20 février 2001 prévoit en son article 8.1.2.5 que : - seuls les cadres autonomes sont éligibles au forfait en jours, - que la convention individuelle ne peut prévoir plus de 217 jours travaillés, - que la durée quotidienne de travail effectif est fixée à 10 heures et la durée hebdomadaire de travail effectif à 48 heures ; que le dépassement doit être exceptionnel et justifié par le cadre et doit donner lieu à une contrepartie, - que le cadre établit mensuellement un relevé indiquant pour chaque jour s'il y a eu une journée ou une demi-journée de travail, de repos ou autres absences à préciser ; que ces relevés sont conservés par l'employeur pendant une durée de 3 ans conformément aux dispositions légales, - que l'employeur et le cadre définissent en début d'année le calendrier prévisionnel de la prise des jours et demi-journées de repos sur l'année ; qu'à défaut de calendrier prévisionnel, ils déterminent au fur et à mesure la prise de ces repos ... et qu'en cas de désaccord, chaque partie prend l'initiative de la moitié des jours de repos, - que l'employeur prend les dispositions nécessaires pour permettre le respect du repos minimum de 11 heures entre deux journées de travail, la limitation à 6 jours par semaine et le respect de l'obligation d'un repos hebdomadaire d'une durée minimale de 35 heures consécutives. Dès lors, il en résulte qu'en prévoyant d'une part la tenue par le salarié d'un relevé mensuel mentionnant ses périodes de travail comme ses périodes de repos ou d'absences, ainsi qu'en imposant l'établissement d'un calendrier prévisionnel pour la prise des repos, et en déterminant les modalités à suivre en l'absence d'un tel calendrier, la convention collective précitée détermine bien les conditions de contrôle de l'application de la convention de forfait et prévoit bien les modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité

et de la charge de travail qui en résulte, ainsi que les modalités concrètes d'application des dispositions relatives aux repos quotidien et hebdomadaire. En conséquence, ladite convention respecte bien les dispositions légales, et en particulier les articles L.3121-45 et L.3121-48 du Code du travail. Par ailleurs, des pièces versées aux débats, il ressort que la SA FIDUCIAIRE NATIONALE D'EXPERTISE COMPTABLE a effectivement mis en place les outils et modalités déterminés par la convention collective en exigeant de chaque salarié qu'il remplisse chaque mois un formulaire "TD 103", daté et signé par lui, et faisant apparaître pour chaque journée et demi-journée si le salarié a travaillé ou a été absent et le motif de son absence. Ce relevé permet ainsi à l'employeur d'apprécier concrètement le nombre de jours travaillés ainsi que le respect des repos journaliers et hebdomadaires et d'assurer par conséquent le contrôle et le suivi de l'application de la convention de forfait. En outre, l'obligation de respecter les durées maximales de travail journalier ou hebdomadaire, prévue par la convention collective, est, selon ladite convention, une obligation réciproque, en sorte qu'il appartient au salarié de justifier le dépassement, lequel doit être exceptionnel et doit donner lieu à une contrepartie. En l'occurrence, Monsieur X..., directeur d'agence, disposait d'une autonomie très importante et ne s'est jamais plaint durant la relation contractuelle de difficultés à respecter ses durées maximales de travail journalier ou hebdomadaire. Ses projets de budget comportaient des prévisionnels de temps, compte tenu du travail prévu et des ressources disponibles, lesquels ont toujours été suffisants. Dès lors, aucun élément ne montre la nécessité pour lui de travailler plus de 10 heures par jour ou plus de 48 heures par semaine. Il n'est pas, non plus, démontré la nécessité pour le salarié de travailler tous les jours ouvrables de la semaine, voire certains samedis et dimanches, ce qui lui aurait interdit de prendre l'intégralité de ses congés payés. Dans ces conditions, Monsieur X..., cadre autonome ayant signé une convention de forfait de 217 jours, et qui ne conteste pas avoir dû remplir les formulaires mensuels retraçant ses temps de travail et de repos, est mal fondé à invoquer l'inopposabilité de cette convention de forfait. Il y a lieu en conséquence de le débouter de sa demande en paiement au titre d'heures supplémentaires pour la période postérieure au 5 février 2003, ainsi que de ses demandes subséquentes au titre des congés payés afférents, du repos compensateur et de jours de congés non pris. De la même manière, sa demande au titre du travail dissimulé, fondée sur l'accomplissement d'heures supplémentaires non mentionnées sur ses bulletins de salaire, doit être rejetée » ;

ET QUE « Dans la mesure où le grief tiré du non-paiement d'heures supplémentaires et les griefs s'y rattachant, non-paiement du repos compensateur et congés payés non pris, s'avèrent sans fondement, il y a lieu de constater qu'aucun manquement contractuel ne peut être retenu à l'encontre de la société FIDUCIAIRE NATIONALE D'EXPERTISE COMPTABLE, en sorte que la rupture de son contrat de travail par Monsieur X..., à son initiative, produit bien les effets d'une démission. En conséquence, le jugement du Conseil de Prud'hommes de DECAZEVILLE sera confirmé en ce qu'il a débouté Monsieur X... de sa demande en requalification de la démission et de ses demandes en paiement au titre de la rupture du contrat de travail » ;

ALORS QUE les articles L.3121-45 et L.3121-48 du Code du travail disposent notamment que la convention ou l'accord collectif de travail qui prévoit la conclusion de conventions de forfait en jours détermine les conditions de contrôle de son application et prévoit des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte, ainsi que les modalités concrètes d'application des dispositions des articles L. 3131-1 relatives au repos quotidien

et des articles L. 3132-1, L. 3132-2 et L. 3164-2 relatives au repos hebdomadaire ; qu'il en résulte que lesdites modalités ne peuvent être prévues que par convention ou accord collectif ; qu'en l'espèce, pour retenir que le forfait jour appliqué à monsieur X... était valable et le débouter de ses demandes, la Cour d'appel a cru pouvoir affirmer que la convention collective des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes du 9 décembre 1974 respecte bien les dispositions légales, et en particulier les articles L.3121-45 et L.3121-48 du Code du travail ; que cependant cette convention laissait à l'employeur le soin de « prendre les dispositions nécessaires pour permettre le respect des articles L.220-1, L.221-2 et L.221-4 du Code du travail (un repos minimum de 11 heures entre deux journées de travail, limitation à 6 jours par semaine et respect de l'obligation d'un repos hebdomadaire d'une durée minimale de 35 heures consécutives) » et abandonnait au cadre et à l'employeur le soin de « définir ensemble les moyens permettant, par un effort permanent d'organisation, de maîtriser et d'adapter la nouvelle charge de travail et sa répartition dans le temps » et d'« examiner ensemble, afin d'y remédier, les situations dans lesquelles ces dispositions de son article 8.1.2.5 relatif aux conventions de forfait en jour n'ont pu être respectées » ; qu'il en résulte que la Cour d'appel a violé les articles L.3121-45 et L.3121-48 du Code du travail.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement du Conseil de Prud'hommes de DECAZEVILLE en date du 2 juin 2008 en ce qu'il a débouté Monsieur Jean Pierre X... de sa demande en requalification de la démission et de ses demandes en paiement au titre de la rupture du contrat de travail et au titre du droit individuel à la formation ;

AUX MOTIFS QU'« Au soutien de sa demande de requalification de sa démission en une prise d'acte de rupture imputable à l'employeur, Monsieur X... invoquait divers manquements de ce dernier en terme de rémunération, ainsi qu'une perte de confiance en raison d'un avertissement reçu le 20 novembre 2006. Il est constant que ce dernier grief, comme les manquements relatifs au non-paiement d'un rappel de salaire, de primes sur objectifs et de commissions sur dossiers juridiques et sur primes, ont d'ores et déjà été rejetés par la Cour d'appel de MONTPELLIER dont la décision a désormais force de chose jugée » ;

ALORS QUE la cassation qui atteint un chef de dispositif n'en laisse rien subsister, quel que soit le moyen qui a déterminé cette cassation ; qu'en l'espèce, par arrêt du 26 octobre 2010, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 10 décembre 2008 en ce qu'il a « débouté monsieur X... de sa demande en paiement d'heures supplémentaires pour la période postérieure au 5 février 2003 et de ses demandes subséquentes relatives à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et au droit à la formation » ; qu'ainsi, aucun motif de fait ou de droit ayant justifié le rejet des demandes relatives à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne subsistait, la juridiction de renvoi devant statuer à nouveau sur l'ensemble des moyens afférents à ces demandes ; qu'en écartant les griefs formulés par le salarié à l'encontre de son employeur pour soutenir que la rupture de son contrat de travail devait produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, au prétexte que ces griefs ont d'ores et déjà été rejetés par la Cour d'appel de MONTPELLIER dont la décision a désormais force de chose jugée, la Cour d'appel a violé les articles 623, 625 et 638 du code de procédure

civile.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Fabiani et Luc-Thaler, avocat aux Conseils, pour la société Fiduciaire nationale d'expertise comptable.

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué D'AVOIR, infirmant le jugement entrepris sur ce point, condamné la société Fiduciaire Nationale d'Expertise Comptable à payer à M. X... la somme de 10.000 € à titre de dommages-intérêts pour clause de non-concurrence illicite ;

AUX MOTIFS QU'« il est constant que le contrat de travail comportait une clause de non-concurrence d'une durée de trois ans à dater de la rupture effective du contrat et portant sur un périmètre de 100 km autour du lieu de travail du collaborateur ; que la société Fiducial Expertise reconnaît que cette clause est nulle, faute de prévoir une quelconque contrepartie financière ; qu'or, le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue, et il incombe à l'employeur qui s'oppose à la demande en paiement de dommages-intérêts de ce chef de prouver que le salarié n'a pas respecté cette clause ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, la société Fiducial Expertise ne rapportant pas la preuve qui lui incombe de ce que M. X... n'aurait pas respecté cette clause ; que dès lors, il convient d'apprécier l'étendue du préjudice du salarié ; qu'à cet égard, il convient de relever que M. X..., qui avait donné sa démission par courrier daté du 2 décembre 2006, posté le 16 et reçu le 18 décembre 2006, a été informé par un courrier de son employeur du 27 décembre 2006 que celui-ci renonçait à la clause de non-concurrence, et ce conformément aux dispositions de l'article 8.5.1 alinéa 3 de la convention collective, lesquelles prévoient que l'employeur peut renoncer au bénéfice de la clause de non-concurrence ou en réduire la portée, en informant par lettre recommandée avec accusé de réception le salarié dans les trois semaines suivant la notification de la rupture du contrat de travail ; que toutefois, si M. X... n'a été astreint au respect de la clause illicite que pendant une dizaine de jours suite à la rupture du contrat, il y a également lieu de retenir que l'existence d'une telle clause était, pendant la durée du contrat, de nature à lui interdire de quitter l'entreprise pour exercer une activité prohibée à tort par la clause ; que compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il convient d'allouer à M. X... la somme de 10.000 € à titre de dommages-intérêts » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE dans ses dernières conclusions d'appel, M. X... soutenait uniquement que le préjudice que lui avait causé la clause de non-concurrence pouvait être « évalué à la somme de 55.920,46 euros qui correspond aux 6 mois où M. X... sans emploi a respecté la clause de non-concurrence » (conclusions d'appel adverses, p. 34 § 4) ; que dès lors, en indemnisant M. X... au titre de la période d'exécution contractuelle, ce que ne lui était nullement demandé, la cour d'appel a méconnu l'objet du litige et violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'en se bornant à juger que l'existence de la clause de non-concurrence était, pendant la durée du contrat, « de nature à interdire au salarié de quitter l'entreprise pour exercer une activité prohibée à tort par la clause », sans constater que cette clause aurait effectivement dissuadé M. X... de quitter l'entreprise plus tôt qu'il ne l'avait fait, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à caractériser le préjudice qu'elle indemnisait, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147

du code civil.

**Décision attaquée** : Cour d'appel de Toulouse , du 15 novembre 2012