

**Cour de cassation  
chambre sociale**

**Audience publique du 13 juin 2012**

**N° de pourvoi: 10-27395**

Publié au bulletin

**Rejet**

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

SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 28 octobre 2010), que M. X... a été engagé le 4 avril 2002 en qualité de consultant junior par la société SVP ; qu'il a, par courrier du 11 janvier 2008, pris acte de la rupture de son contrat de travail en reprochant à son employeur des manquements à ses obligations ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer une somme au titre de la gratification du treizième mois, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en estimant que la gratification du 13e mois telle que prévue par l'accord du 19 octobre 1988 et le 13e mois prévu par le contrat de travail avaient des fondements distincts quand elle avait constaté que les deux rémunérations portaient sur un treizième mois, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et partant a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'en faisant droit à la demande en paiement du treizième mois conventionnel au seul motif que les modalités de versement de ce treizième mois différaient selon que l'on référerait au contrat de travail ou à l'accord collectif quand les avantages de source différente ayant le même objet ne peuvent se cumuler et que le salarié ne contestait pas avoir reçu le paiement du treizième mois en application de son contrat de travail, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, ensemble l'article 144 de l'accord collectif du 19 octobre 1988 et l'article 5 du contrat de travail ;

3°/ que le juge ne peut dénaturer les documents de la cause, si bien qu'en retenant, pour condamner la société à payer à M. X... une certaine somme au titre de la gratification de 13e mois, que la validité de l'accord du 19 octobre 1988 était reconnue, quand il ressortait des conclusions du salarié que celui-ci soutenait que cet accord était nul, la cour d'appel a violé le principe susvisé et l'article 4 du code de procédure civile ;

4°/ qu'en ne recherchant pas, ainsi que l'y invitaient les conclusions de la société SVP, si le salarié ne soutenait pas que l'accord du 19 octobre 1988 était nul et de nul effet, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu que si en cas de concours de stipulations contractuelles et de dispositions conventionnelles, les avantages qu'elles instituent ne peuvent se cumuler, c'est à la condition qu'ils aient le même objet et la même cause ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a retenu que le treizième mois prévu par le contrat de travail constituait une modalité de règlement d'un salaire annuel payable en treize fois, alors que la gratification instituée par l'accord d'entreprise du 19 octobre 1988 constituait un élément de salaire répondant à des conditions propres d'ouverture et de règlement, a pu en déduire que ces avantages n'avaient pas le même objet ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en ses troisième et quatrième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les premier et troisième à huitième moyens du pourvoi principal de l'employeur, et sur les trois moyens du pourvoi incident du salarié, qui ne sont pas de nature à permettre l'admission des pourvois ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois tant principal qu'incident ;

Laisse à chacune des parties la charge de ses dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, avocat aux Conseils, pour la société SVP.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société SVP à payer à son ancien salarié les sommes de 12. 153, 84 € au titre des heures supplémentaires, 2. 632, 42 € à titre de dommages-intérêts pour dépassement du contingent d'heures supplémentaires, violation de l'obligation de sécurité et défaut d'information sur les repos compensateurs, 1. 478, 63 € au titre des congés payés afférents aux heures supplémentaires, 147, 86 € au titre de la prime de vacance complémentaire, et 128, 01 € au titre de la prime d'ancienneté complémentaire,

AUX MOTIFS QUE

1)- " Didier X... forme en premier lieu des demandes au titre de l'annualisation du temps de travail ; qu'il fait valoir à cet effet :

- d'une part qu'il y a eu modification de son temps de travail alors qu'il était engagé sur la base contractuelle hebdomadaire de 35 heures réparties du lundi au vendredi et qu'il lui a été imposée, 6 mois après son embauche, de travailler 38h45 par semaine, ce qu'il n'a jamais accepté, sans que ne puisse lui être opposé un accord collectif plus défavorable

-d'autre part que l'annualisation était illicite car inapplicable aux embauches postérieures à la signature de l'accord d'entreprise du 29 juin 1999 ainsi que stipulé par l'article 7 de cet accord, lequel n'a pas été supprimé sur point par les avenants des 14 septembre 1999 et 31 mai 2001

La SASU SVP, après avoir, en premier lieu, soulevé la prescription de toutes les demandes de nature salariale antérieures au 23 juillet 2002, réplique que-en ce qui concerne la modification du contrat de travail :

- Didier X... a sollicité et obtenu un travail à temps partiel, selon avenant du 25 septembre 2006 ratifiant l'horaire quotidien de 7h45 pratiqué depuis 4 octobre 2002, peu important que le temps partiel n'ait pris effet que le 1er janvier 2007, sa lettre du 7 mars 2005 n'invoquant du reste pas de désaccord sur la durée hebdomadaire réelle du travail et la prétendue modification du contrat de travail

-le contrat de travail initial n'avait pas déterminé de manière précise la répartition de l'horaire de travail dans la semaine, se limitant à fixer la durée hebdomadaire à 35 heures et il a toujours été admis qu'il pouvait s'agir d'une moyenne de temps de travail hebdomadaire sur l'année

-l'accord d'entreprise relatif à l'aménagement du temps de travail du 29 juin 1999 et ses avenants permettaient le maintien de l'horaire hebdomadaire collectif de travail des salariés employés en modalité standard à une durée conventionnelle supérieure à 35 heures, sous réserve que leur durée de travail effective soit ramenée en moyenne à 35 heures par l'octroi de jours de réduction de temps de travail

-en l'espèce, l'appelant a bénéficié de jours RTT et de jours crédit compensation et il ne saurait cumuler ces derniers avec une majoration pour heures supplémentaires d'autant que l'article 3-1 de l'accord exclut dans une telle hypothèse les heures supplémentaires

-en ce qui concerne le caractère illicite des accords d'entreprise que :

- l'annualisation était prévue par un accord de branche

-l'article de l'accord du 29 juin 1999 qui prévoyait que les congés RTT ne seraient pas applicables aux nouveaux embauchés a été supprimé par un avenant du 31 mars 2001, antérieur à son embauche, et il était donc parfaitement possible de recourir à un horaire hebdomadaire supérieur à 35 heures

-l'appelant ne saurait cumuler les jours RTT et les jours crédit compensation dont il a bénéficié avec une majoration pour heures supplémentaires, à défaut de quoi il devrait être fait compensation entre les heures supplémentaires réclamées et le montant des 98 jours qui lui ont été réglés à ce titre

le contrat de travail de Didier X... stipulait en son article 3 que Didier X... était " engagé sur la base d'une durée hebdomadaire de travail de 35 heures, réparties du lundi au vendredi " ; que, contrairement à ce que soutient la SASU SVP il y avait donc bien répartition du temps de travail entre ces cinq jours de la semaine alors qu'à l'époque la semaine civile débutait, en application de l'article L 3122-1 du code du travail alors applicable, le lundi à 0 heure et se terminait le samedi à 24 heures ; aucune disposition, légale ou contractuelle, ne stipulait au sujet de la durée hebdomadaire de 35 heures, qu'il pouvait s'agir d'une moyenne sur l'année ;

de surcroît, l'accord d'entreprise du 29 juin 1999 sur la réduction et l'aménagement du temps de travail, tel qu'il était publié sur le site intranet de la SASU SVP le 3 janvier 2008, disposait :

- en son article 1, qu'il s'appliquait aux collaborateurs, salariés de l'entreprise à la date de la signature de l'accord

-en son article 7 paragraphe 1 que toute nouvelle embauche, à compter de la signature de l'accord, serait effectuée sur la base de 35 heures hebdomadaires et paragraphe 2 que les dispositions relatives aux 8 jours " congé réduction du temps de travail " prévues à l'article 4 et au maintien de la rémunération prévu à l'article 5-2, n'étaient pas applicables aux nouveaux embauchés

Ceci étant, ce dernier paragraphe a été supprimé par un avenant du 31 mai 2001, ce qui autorisait la SASU SVP à proposer aux nouveaux embauchés, une annualisation du temps de travail, et ce de manière parfaitement licite ; que la demande de l'appelant au titre de l'illégalité ne saurait être accueillie ;

par contre la société ne pouvait, Didier X... ayant bien été engagé pour 35 heures de travail par semaine réparties du lundi au vendredi sans que l'annualisation du temps de travail ne soit stipulée au contrat de travail, la lui imposer sans son accord alors même qu'il n'est pas contesté que pendant les 6 premiers mois la durée réelle de travail a été de 35 heures par semaine

en imposant à Didier X... cette annualisation, sans son accord, la demande ultérieure de l'intéressé de passage à temps partiel le 1er septembre 2006, excluant bien l'acquisition de RTT même s'il visait les horaires pratiqués dans la société et ne valant nullement reconnaissance d'une quelconque acceptation d'une annualisation, rétroactive de surcroit, elle lui a indéniablement causé un préjudice, peu important que Didier X... n'ait jamais fait valoir d'opposition formelle

Ceci étant que le salarié a, pendant la même période, bénéficié de jours RTT et de repos compensatoires, en contrepartie des heures supplémentaires qu'il effectuait que le montant des sommes versées à ce titre lui restera acquis, en sus du paiement des heures supplémentaires réclamées, à titre de dommages-intérêts, le salarié ne justifiant pas d'un préjudice supérieur ;

2) sur la demande au titre des heures supplémentaires et les demandes subséquentes, il résulte de l'article L 3171-4 du code du travail qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir 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, qui doit fournir au juge des éléments de nature à étayer sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en tant que de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles

Didier X... soutient que ses horaires étaient de 9 heures à 12h30 le matin et de 13h45 à 18 heures l'après-midi, horaire pendant lequel il était soumis à des plages téléphoniques mais qu'il dépassait ces horaires ; il les dépassait aussi au titre de la prise de crédit d'heures en tant que représentant du personnel, en temps passé aux réunions du comité d'entreprise, en temps passé en formation à l'extérieur ou à relire chez lui les cassettes d'enregistrement ; il produit notamment :

- les photocopies d'écran des logiciels utilisés par SVP (SAP puis ICARE) pour contrôler l'activité de ses salariés et qui indiquent l'horaire et les tâches accomplies, souvent au-delà de 18 heures

-la photocopie d'écran du logiciel ICARE démontrant que ce logiciel permet de planifier des rappels sur une amplitude de 8h30 à 18h30

- des relevés d'appel délivrés par SVP à un autre salarié effectué à partir du logiciel SAP mentionnant des appels reçus après 12h30 et 18h

- des fiches annexes aux bulletins de salaires

-des relevés absences heures de délégation, parfois en dehors des horaires de travail

-des procès-verbaux de réunions du comité d'entreprise s'étant terminées au-delà des horaires de travail

-sa lettre de réclamation du 8 mars 2005

- des attestations de salariés indiquant que la SASU SVP refusait de payer les heures supplémentaires et qu'ils devaient écouter les cassettes d'enregistrement de leurs conversations téléphoniques pour préparer les entretiens d'évaluation, en dehors de leur temps de travail, d'autres indiquant en outre n'avoir pas été informés de l'existence d'un formulaire informatique pour les heures de travail

-un procès-verbal de comité d'entreprise du 4 novembre 2005 précisant que les seules formations en interne pour les consultants sont en informatique, le reste étant du domaine personnel et de l'expérience

-des décomptes horaires avec photocopies des logiciels-le calcul, année par année, du nombre d'heures supplémentaires réclamées et du montant sollicité

par la production de ces éléments, Didier X... étaie sa demande ;

la SASU SVP réplique que Didier X... ne faisait pas d'heures supplémentaires au-delà de 38h45 par semaine et soutient :

- que si certaines réunions du comité d'entreprise terminaient au-delà de l'horaire de travail, elles commençaient, sauf une exception, au moins une heure après le début de cet horaire et que Didier X... ne prouve pas avoir travaillé avant le début des réunions, ni même qu'il ait repris le travail sans pause déjeuner

-qu'il n'a jamais été demandé aux consultants de répondre au téléphone, en dehors des heures d'ouverture du standard alors même qu'en dehors de ces heures aucun appel entrant ne peut être reçu, seule la poursuite d'une communication reçue avant la fermeture du standard pouvant très ponctuellement aboutir au dépassement de cette heure, les consultants mettant en général fin à l'entretien sous le prétexte d'une recherche

-qu'il n'a jamais été demandé aux consultants de faire des heures supplémentaires, chaque dépassement d'horaire journalier devant faire l'objet d'un formulaire rempli par le salarié sur l'intranet de la société, validé par son manager et transmis à la DRH pour

règlement, ce qui n'a pas été respecté par Didier X...

- qu'elle ne détient plus les fiches de badgeuses relatives aux heures d'arrivée et de sortie de Didier X... car la CNIL impose que les éléments relatifs aux déplacements des personnes ne soient pas conservés plus de 3 mois

-qu'aucun élément n'est produit sur les heures supplémentaires que Didier X... aurait effectuées en dehors de l'entreprise au titre de sa formation permanente, l'audition des cassettes d'enregistrement des conseils donnés étant à lire pendant les heures de travail

force est de constater que, alors que le salarié étaie sa demande par des documents laissant présumer l'existence d'heures supplémentaires, la SASU SVP, qui devait être en mesure de produire les feuilles d'enregistrement du temps de travail dans la limite de la prescription quinquennale, n'a pas mis en oeuvre les moyens nécessaires à cette fin et n'a pas, ainsi qu'en attestent plusieurs salariés, porté à la connaissance des salariés l'obligation qui leur aurait été faite de remplir des fiches informatiques à chaque dépassement d'horaire

au regard des explications et éléments fournis de part et d'autre, la Cour a la conviction que Didier X... a effectué les heures supplémentaires dont il réclame paiement ; il sera fait droit à sa demande non pas à titre de dommages-intérêts, mais bien au titre des heures supplémentaires en lui octroyant la somme de 7132, 42 € pour les heures effectuées entre 35 heures et 38h45 et 5021, 42 € pour les heures effectuées au-delà ;

les demandes au titre de l'indemnisation du repos compensateur légal et du dépassement du contingent conventionnel sont également fondées en leur principe ; il résulte en effet de l'article L 3121-26 du code du travail tel qu'applicable en l'espèce que les heures supplémentaires effectuées au-delà de 41 heures ouvraient droit à un repos de 50 et au-delà du contingent à 100 % ; ce contingent a été fixé à 130 heures par l'article 1321 de l'accord d'entreprise et 2 du chapitre 4 de la convention collective

ce contingent a été dépassé en 2003 et en 2004 ; Didier X... n'a pu, faute d'information de l'employeur, faire valoir ses droits ; il lui sera alloué de ce chef la somme de 2632, 42 € titre de dommages-intérêts, cette somme l'indemnisant de son entier préjudice, y compris de celui résultant du non respect par l'employeur de son obligation de sécurité du fait du non respect des temps de repos légaux ;

il n'y a pas lieu à octroi de dommages-intérêts complémentaires, les sommes allouées au titre des heures supplémentaires produisant intérêts au taux légal à compter de la réception par l'employeur de la convocation en conciliation et celles allouées à titre indemnitaire à compter du présent arrêt ;

3) les demandes au titre des congés payés, de la prime de vacance et de la prime d'ancienneté, pour tenir compte du rappel alloué au titre des heures supplémentaires sont fondées, non pas en tant que dommages-intérêts, mais en tant que rappels salariaux ;

sur ce point

-les heures supplémentaires doivent en effet entrer dans la base de calcul des congés payés ; il convient d'allouer à Didier X... de ce chef 1478, 63 €

- l'article 31 de la convention collective sur la prime de vacances inclut dans sa base de

calcul la masse globale des indemnités de congés payés des salariés, dans laquelle il faut donc inclure l'indemnité sus-visée dont le dixième est de 147, 86 €

- l'article 151 de l'accord d'entreprise relatif à la prime d'ancienneté précise qu'elle est calculée sur le salaire de base, heures supplémentaires incluses, ce qui représente en l'espèce un rappel de 128, 01 Eau titre des années 2005 et 2006

par ailleurs que Didier X... se prévaut d'un certain nombre de préjudices du fait du refus de l'employeur de lui payer les heures supplémentaires

toutefois :

- force est de constater que jusqu'au 6 mars 2005, le salarié n'avait pas fait la moindre réclamation quant aux heures supplémentaires qu'il effectuait

-l'octroi des sommes qu'il réclame en leur donnant leur véritable qualification de salaire quand tel est le cas permettra la régularisation de la situation auprès des différents organismes sociaux et, en particulier de l'assurance vieillesse

Le refus d'établir des fiches annexes conformes n'est en rien établi, l'examen des fiches annexes démontrant qu'y figurent bien la nature et le montant de la rémunération de l'activité de représentation ainsi que stipulé par l'article R 3243-4 du code du travail dans la rédaction alors applicable

-Didier X... n'établit aucunement que, pendant l'exécution du contrat de travail, la société lui aurait refusé l'accès ou la communication aux documents comptabilisant la durée du travail, la non production de ces documents dans le cadre de la procédure ayant pour conséquence l'octroi des sommes qu'il sollicite au titre des heures supplémentaires

-par ailleurs, les dispositions de l'article D 3171-13 du code du travail, ne s'appliquent qu'aux entreprises ayant mis en place un travail par cycle ou une modulation, ce qui n'est pas le cas de la SASU SVP

au regard de ces éléments, l'appelant ne justifie pas d'un préjudice matériel distinct qui ne serait pas réparé par l'octroi des sommes allouées et le bénéfice des jours RTT et repos compensatoires, le préjudice moral invoqué ouvrant droit à indemnisation qui sera évalué dans le cadre de ce qui sera alloué globalement de ce chef, "

ALORS, D'UNE PART, QU'en énonçant, pour condamner la société SVP à payer à Monsieur X... diverses sommes au titre des heures supplémentaires et des demandes subséquentes, que l'employeur devait être en mesure de produire les feuilles d'enregistrement du temps de travail dans la limite de la prescription quinquennale, quand l'article D 3171-16 du Code du travail n'impose de garder les registres qu'une année et que la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés impose la destruction des fichiers de badges au-delà de trois mois en ce qu'ils comportent des éléments relatifs aux déplacements des personnes de sorte que l'employeur ne pouvait produire des fichiers relatifs aux années 2002 à 2007, la Cour d'appel a méconnu ces dispositions, ensemble l'article L 3171-4 du Code du travail et l'article 4 de la délibération n° 02-001 du 8 janvier 2002 de la CNIL,

ALORS, D'AUTRE PART, QUE l'objet et les termes du litige sont déterminés par les prétentions respectives des parties, si bien qu'en retenant à l'appui de sa décision qu'au regard des explications et éléments fournis de part et d'autre, il devait être fait droit à la demande de Monsieur X... au titre des heures supplémentaires en lui octroyant la somme

de 7. 132, 42 € pour les heures effectuées entre 35 heures et 38h45 et 5. 021, 42 € pour les heures effectuées au-delà, quand il ressortait de ses conclusions reprises à l'oral qu'il sollicitait les sommes de 5. 021, 4209 € au titre de rappel de salaire, 2. 632, 42 € au titre du repos compensateur, 871, 1191 € au titre de la prime d'ancienneté, de l'indemnité de congés payés et de la prime de vacances, la Cour d'appel a méconnu les termes du litige qui lui était soumis en violation de l'article 4 du Code de procédure civile, ALORS, ENFIN ET EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE l'indemnité de congés payés est égale au dixième de la rémunération versée si bien qu'en allouant à Monsieur X... la somme de 1478, 63 € au titre des congés payés sur heures supplémentaires, quand cette somme était supérieure à 10 % du montant alloué au titre des heures supplémentaires, la Cour d'appel a violé l'article L 3141-22 du Code du travail.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société SVP à payer à Monsieur X... la somme de 12. 312, 14 € au titre de la gratification du 13ème mois, AUX MOTIFS QUE

” sur la demande relative au refus de se voir attribuer une gratification conventionnelle,

l'accord du 19 octobre 1988, dont la validité est reconnue, instituait en son article 144 une gratification en ces termes “ chaque année, il est versé en décembre à tous les salariés une gratification dite 13ème mois égale à un mois de salaire de base à l'exclusion de la prime d'ancienneté et des parties variables de la rémunération “

cette gratification, qui devait donc être versée au mois de décembre de chaque année, ne saurait se confondre avec la clause contractuelle prévoyant la rémunération du salarié sur 13 mois, la partie afférente au 13ème mois étant payée en juin et en décembre ; ces deux éléments ont bien des fondements distincts, le contrat de travail ne faisant du reste aucune référence au 13ème mois conventionnel,

c'est donc à bon droit que Didier X... revendique le paiement de cette gratification ; il y a lieu de faire droit à sa demande, en la fixant, compte-tenu de la prescription encourue sur une partie de la période, à la somme de 12312, 14 €,

sur le préjudice sollicité, l'octroi des sommes qu'il réclame en leur donnant leur véritable qualification de salaire quand tel est le cas permettra la régularisation de la situation auprès des différents organismes sociaux et, en particulier de l'assurance vieillesse ; le préjudice que lui a nécessairement causé l'incidence de l'absence de prise en compte de ce 13ème mois en application de l'accord d'entreprise de 1988, malgré la demande du salarié, sera indemnisé dans le cadre de la somme qui sera allouée au titre du préjudice moral “,

ALORS D'UNE PART QU'en estimant que la gratification du 13ème mois telle que prévue par l'accord du 19 octobre 1988 et le 13ème mois prévu par le contrat de travail avaient des fondements distincts quand elle avait constaté que les deux rémunérations portaient sur un treizième mois, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et partant a violé l'article 1134 du code civil,

ALORS D'AUTRE PART QU'en faisant droit à la demande en paiement du treizième mois conventionnel au seul motif que les modalités de versement de ce treizième mois différaient selon que l'on référerait au contrat de travail ou à l'accord collectif quand les avantages de source différente ayant le même objet ne peuvent se cumuler et que le salarié ne contestait pas avoir reçu le paiement du treizième mois en application de son contrat de travail, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil, ensemble l'article 144 de l'accord collectif du 19 octobre 1988 et l'article 5 du contrat de travail,

ALORS, DE TROISIEME PART, QUE le juge ne peut dénaturer les documents de la cause, si bien qu'en retenant, pour condamner la société à payer à Monsieur X... une certaine somme au titre de la gratification de 13ème mois, que la validité de l'accord du 19 octobre 1988 était reconnue, quand il ressortait des conclusions du salarié que celui-ci soutenait que cet accord était nul, la Cour d'appel a violé le principe susvisé et l'article 4 du CPC,

ALORS ENFIN, ET EN TOUT ETAT DE CAUSE, QU'en ne recherchant pas, ainsi que l'y invitaient les conclusions de la société SVP, si le salarié ne soutenait pas que l'accord du 19 octobre 1988 était nul et de nul effet, la Cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1134 du code civil.

#### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société SVP à payer à Monsieur X... la somme de 500 € à titre de dommages et intérêts pour refus d'appliquer le bon coefficient professionnel,

#### AUX MOTIFS QUE

” sur la demande au titre du refus d'attribuer le bon coefficient professionnel :

- l'annexe II classification des ingénieurs et cadres de la convention collective SYNTEC indique que sont placés en position 1 :

- au coefficient hiérarchique 90, position 1. 1, les collaborateurs débutants assimilés à des ingénieurs ou cadres techniques et administratifs, occupant dans le bureau d'études un poste où ils mettent en oeuvre les connaissances acquises

-au coefficient hiérarchique 95, position 1. 2, les collaborateurs débutants, titulaires du diplôme de sortie des écoles visées dans la définition des ingénieurs par l'article 2. c de la convention collective, à savoir, les ingénieurs ou cadres diplômés ou praticiens dont les fonctions nécessitent la mise en oeuvre de connaissances acquises par une formation supérieure sanctionnée par un diplôme reconnu par la loi, par une formation professionnelle ou par une pratique professionnelle reconnue équivalente

-selon l'annexe I du 7 décembre 2000, sur les valeurs des appointements minimaux des ingénieurs et cadres, les partenaires sociaux ont décidé de revaloriser les rémunérations des positions 1. 1 à 2. 1 des ingénieurs et cadres, cette revalorisation étant obtenue par une modification des coefficients associés à ces positions :

- la position 1. 1 à l'ancien coefficient 90 se voyait attribuer le coefficient 95- la position 1. 2 à l'ancien coefficient 95 se voyant attribuer le coefficient 100- la position 2. 1 à l'ancien coefficient 100 se voyant attribuer le coefficient 105

- la position 2. 2 à l'ancien coefficient 110 se voyant attribuer le coefficient 115

il s'ensuit, qu'au moment de l'embauche de Didier X..., cette annexe étant applicable et ayant modifié la classification, les salariés relevant du niveau 100, qui exigeait préalablement 2 ans d'ancienneté, relevant désormais quant à eux du niveau 105 s'ils avaient moins de 26 ans et 115 s'ils avaient plus de 26 ans, il aurait dû, bénéficier, lors de son embauche, étant titulaire d'un bac + 5, du coefficient 100 et, 2 ans plus tard, ayant plus de 26 ans, du coefficient 115 ;

c'est donc à tort que Didier X... a été recruté au coefficient 95, ce qui lui a nécessairement causé un préjudice, puisqu'il ne pouvait vérifier s'il était bien rempli de ses droits au titre

du minimum conventionnel et que ce n'est que suite à 2 réclamations en 2005 qu'il sera classé au bon coefficient ; il lui sera alloué la somme de 500, 00 € de dommages-intérêts de ce chef “,

ALORS QU'en ne répondant au moyen de l'employeur qui faisait valoir dans ses conclusions que le salarié avait été classé conformément à la classification des consultants des services conseils-clients de l'accord d'entreprise, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de réponse à conclusions et partant, violé l'article 455 du Code de procédure civile.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société SVP à payer à Monsieur X... la somme de 10. 000 € à titre de dommages et intérêts pour utilisation de méthodes et techniques illégales de contrôle du salarié,

#### AUX MOTIFS QUE

” sur les demandes au titre de l'illégalité des méthodes et techniques de contrôle et d'évaluation des salariés, Didier X... soutient que

-l'évaluation et le contrôle des salariés étaient fondés sur des écoutes et des enregistrements téléphoniques retranscrits sur des fiches d'évaluation des enregistrements des heures d'entrée et de sortie de l'entreprise du salarié par un système de badge, des logiciels de décompte des heures de début et de fin d'appels téléphoniques permettant d'effectuer des statistiques individuelles, un logiciel de décompte de début et de fin de prise de crédit d'heures, des dossiers de candidature et des fiches d'entretien d'évaluation qui constituent tous des traitements de données à caractère personnel visé par l'article 2 de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 et qui devaient, en application de l'article 22 de ce texte, faire l'objet d'une déclaration à la CNIL

-tel n'a pas été le cas pour les écoutes et les enregistrements téléphoniques, les autres méthodes et techniques de contrôle n'ayant été déclarés qu'en mai, juin et juillet 2005

- que, dès lors, ces méthodes et techniques étaient illicites,

ajoute que

-contrairement à ses obligations légales, la société SVP ne l'a pas informé de la mise en oeuvre de ces méthodes et techniques d'évaluation professionnelle à son égard ni des obligations résultant pour l'employeur de l'article 32 de la loi précitée et qu'il n'a pas été donné suite à sa demande de communication de ces fichiers qui ne sauraient donc lui être opposés

-SVP ne lui a pas davantage communiqué une copie des données à caractère personnel le concernant malgré sa demande

-SVP a aussi violé l'article 39 de la loi de 1978 en ne lui communiquant pas, malgré ses demandes, les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à son égard

-en conclut que ces traitements doivent être déclarés illégaux

-prétend par ailleurs que le CHSCT et le Comité d'entreprise n'ont pas été consultés lors de la mise en place de ce projet d'évaluation et que la consultation de ce dernier relative à

l'enregistrement des conversations téléphoniques ne peut être considérée comme valable, l'employeur ayant menti en faisant croire à la déclaration préalable à la CNIL, les traitements de données n'étant de surcroît pas pertinents et un dispositif clandestin de contrôle ayant été mis en place

-souligne que certaines données faisaient état de ses fonctions représentatives contrairement à l'article 8 de la loi de 1978 et ajoute que toutes ses conversations, professionnelles et privées, y compris celles qu'il avait en tant que représentant du personnel, étaient enregistrées illicitement, l'employeur ne lui ayant pas mis, en cette dernière qualité, de ligne excluant l'interception de ses communications téléphoniques et l'identification de ses correspondants

-estime que toutes ces méthodes et comportements illicites lui ont causé un préjudice qu'il évalue à 20 000, 00 € et sollicite la condamnation de la SASU SVP à détruire toutes les données illicites le concernant et à en justifier

la SASU SVP réplique que :

- elle a procédé aux déclarations obligatoires de son fichier clients prospect et site internet le 30 mai 2005 et le 14 juin 2008, de son autocommutateur le 20 juillet 2005 et le 9 novembre 2007, de sa vidéo-surveillance le 23 juin 2005, de ses fiches d'évaluation le 18 mai 2005 et de son bilan qualité

-l'appelant a été informé, en sa qualité de représentant du personnel, lors des consultations du comité d'entreprise, qu'il existait plusieurs responsables du traitement et qu'en matière sociale il s'agissait de Jean-Marc Y... et Jean-Claude Z...

- les relevés des appels téléphoniques sont un mode de preuve du travail effectué par chaque consultant, en cas de contestation par le client de la réalité de la contestation donnée et non l'enregistrement de la communication qui lui aurait nécessité une déclaration, alors que chaque consultant remplit lui-même à chaque appel une fiche informatique qui ne contient aucune donnée personnelle, à l'exception des temps passés chaque jour à renseigner téléphoniquement les clients, données reprises par l'autocommutateur, ces fichiers n'étant conservés que 5 ans pour le cas où le salarié réclamerait des heures supplémentaires

-il ne pouvait être remis à Didier X... que des documents relatifs à la période 2003-2008 et elle conteste que des données à caractère personnel aient fait l'objet d'une communication de traitement

-elle n'a nullement pris en considération l'activité syndicale de Didier X... dans ses fiches d'évaluation

-elle ne peut communiquer les 12000 à 15000 fiches clients relatant la durée de chaque appel du fait de leur volume et de la confidentialité s'attachant à l'identité des clients

-elle ne saurait être tenue à un quelconque effacement n'ayant collecté aucune donnée personnelle

toutefois

-il résulte des documents versés aux débats par Didier X... à l'appui de ses prétentions

que la SASU SVP utilisait bien notamment les écoutes et enregistrements téléphoniques, les enregistrements des heures d'entrée et de sortie de l'entreprise par un système de badge, des logiciels de décompte des heures de début et de fin d'appel téléphonique pour établir des statistiques individuelles ainsi que des fiches retranscrivant les écoutes et enregistrements, pour évaluer et contrôler les salariés, même si certains de ces documents avaient pour but de permettre la tarification des clients

-ces méthodes et techniques contenaient des données personnelles et entraient dans le champ d'application de l'article 2 de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative au traitement automatisé de données à caractère personnel ainsi, du reste, qu'au traitement non automatisé de telles données

-le relevé des déclarations faites par la SASU SVP à la CNIL démontre que si une partie de ces techniques et méthodes ont été déclarées, au demeurant tardivement, à la CNIL, ce qui implique qu'auparavant les traitements des données étaient illicites, les écoutes et les enregistrements des conversations téléphoniques ainsi que les fiches transcrivant ces écoutes et enregistrements n'avaient pas, au 25 juillet 2006, fait l'objet d'une déclaration, alors qu'elles étaient utilisées pour l'évaluation quantitative et qualitative, la société SVP affirmant, sans toutefois en justifier, l'avoir fait en 2007 et 2008 des déclarations, ce qui exclut en tout état de cause la licéité de ces méthodes avant ces déclarations

ces méthodes et techniques étaient donc illicites, la société SVP ne justifiant par ailleurs pas de ce que :

- Didier X... aurait été, conformément aux dispositions de l'article L 1222-3 du code du travail, expressément informé de la mise en oeuvre de ces méthodes à son égard, même si en tant que représentant du personnel il pouvait en avoir connaissance, ni, notamment de l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de celle de son représentant, conformément à l'article 32 de la loi 78-17 du janvier 1978 alors qu'il s'interrogeait, lors de son évaluation 2006 sur la manière dont il pouvait être évalué sans écoute et sur la détermination de son temps de prise en charge des clients sans logiciel et demandait pourquoi les statistiques ne lui étaient pas communiquées

-elle aurait, conformément aux dispositions notamment de l'article L 2323-22 du code du travail, informé, préalablement à leur utilisation, le comité d'entreprise sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ni sur les traitements automatisés de gestion du personnel préalablement à leur introduction, ni, enfin, sur les moyens et techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés, aucun procès-verbal de réunion de cet organe relatant cette information exprès n'étant versé aux débats :

- le contenu de celui du 29 mars 2001 visant des déclarations à la CNIL qui n'étaient en réalité pas faites

-le contenu de celui du 13 novembre 2002 répondant, a posteriori à une question d'un élu sur l'utilité de l'outil SAP

-le contenu de celui du 9 mars 2005, dans lequel la SASU SVP affirmait que le comité avait émis un avis favorable au logiciel ICARE le 6 mai 2004, n'étant pas corroboré par la production du procès-verbal de cette réunion, alors que les élus s'interrogeaient sur la fiabilité du système l'exploitation qui en serait faite et une définition claire du but poursuivi

-le contenu des autres procès-verbaux visant sur ce point le dysfonctionnement du système

-elle aurait mis à la disposition de Didier X..., en sa qualité de représentant du personnel, notamment, une ligne téléphonique non susceptible d'enregistrement ou d'interception

ces différents manquements, fautifs, de la société ont causé à Didier X... un préjudice qu'il convient, au regard des différents éléments qu'il invoque et dont il justifie, de fixer à la somme de 10000, 00 € ;

en outre, en application de l'article 40 de la loi 78-17 du 6 janvier 1978, la société SVP devra, dans les 3 mois de la notification de la présente décision, sous astreinte, passé ce délai de 50, 00 € par jour pendant 3 mois, justifier de ce qu'elle a procédé à l'effacement de toutes les données concernant Didier X..., ces données ayant été collectées illicitement ;

ALORS QU'en l'absence de préjudice, aucune indemnisation ne peut être accordée si bien qu'en faisant droit à la demande d'octroi de dommages et intérêts de Monsieur X..., sans s'expliquer autrement sur le préjudice moral réparé qu'en affirmant qu'il aurait été subi, la cour d'appel a privé violé l'article 1147 du Code civil.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société SVP à payer à Monsieur X... la somme de 30. 000 € de dommages et intérêts pour violation de la règle "à travail égal, salaire égal",

#### AUX MOTIFS QUE

"- en vertu du principe "à travail égal, salaire égal", il appartient à l'employeur d'établir que la différence de rémunération constatée entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale, est justifiée par des éléments objectifs et pertinents que le juge contrôle, l'employeur ne pouvant opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente une différence de rémunération

-constitue une rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur du salarié en raison de l'emploi de ce dernier

-sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnel le, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse ;

en l'espèce Didier X..., engagé avec un salaire de 1 677, 00 € sur 13 mois, compare sa situation à celles de Nicolas A..., Jean-Baptiste B..., Julien C..., Sophie D..., Sandrine E... et Carol F..., tous engagés, comme lui, en qualité de consultant social junior, avec le même niveau d'études (bac + 5) et le même coefficient à l'embauche (95) ; il la compare aussi à la moyenne mensuelle des salaires des consultants junior ou confirmés à partir de 2005

- Nicolas A... avait connue salaire d'embauche en novembre 2000, 11 000 F, soit 1 676, 93 € par mois

-Carol F... avait comme salaire d'embauche en mai 2003 1 923, 00 € par mois

-Sandrine E... avait en février 2004 un salaire d'embauche de 1 700, 00 €

- Sophie D... avait, en décembre 1999, un salaire d'embauche de 1 524, 00 €

- Jean-Baptiste B... avait comme salaire d'embauche en janvier 2001 une somme mensuelle de 1859, 59 €

cette comparaison démontre que le salaire d'embauche de Didier X... était inférieur à celui de Carole F..., engagée après lui et de Jean-Baptiste B... engagé avant lui

la société ne saurait, pour justifier de cette différence de salaire à l'embauche se retrancher sur la seule différence de diplôme de formation comparable ou d'un niveau équivalent dès lors que

-Carole F... avait exactement le même niveau, bac + 5, que Didier X... puisqu'elle avait un DEA de droit social et que la comparaison de leur expérience professionnelle antérieure démontre qu'ils avaient tous deux une expérience dans le conseil

-en ce qui concerne Jean-Baptiste B... il avait également le même diplôme et une expérience qui peut être qualifiée d'équivalente, Didier X... ayant en particulier travaillé comme consultant juridique et agent de médiation pour un organisme para-public d'aide à l'accès au droit pendant un an ;

aucun élément objectif ne justifie donc la différence de rémunération, à l'embauche des intéressés ; la société a donc bien violé la règle " à travail égal, salaire égal ", aucune discussion n'existant sur le fait qu'ils occupaient les mêmes fonctions, alors par ailleurs que le salaire de Didier X... a toujours été inférieur à la moyenne des salaires des consultants du même niveau que lui ;

la violation de cette règle a indéniablement causé à l'appelant, qui ne saurait prétendre à l'octroi d'un rappel de salaires sur la base du salaire moyen des consultants senior, un préjudice tant matériel que moral qu'il convient d'évaluer, au regard des éléments fournis, à la somme de 30 000, 00 € ",

ALORS QU'est une justification objective à une différence de rémunération, la prise en compte du diplôme et/ ou de l'expérience professionnelle si bien qu'en retenant que la société ne saurait, pour justifier de cette différence de salaire à l'embauche se retrancher sur la seule différence de diplôme de formation comparable ou d'un niveau équivalent quand Carol F... était titulaire, en sus de son DEA de droit social, d'un magistère en droit social, avait réalisé trois stages auprès d'avocat spécialisé en droit social ou au sein d'un service de ressources humaines d'une entreprise d'une durée totale de 7 mois et disposait de 21 mois d'expérience en tant que chargée d'études en droit social et que Jean-Baptiste B... justifiait, en sus d'un stage en droit social de 6 mois dans un cabinet d'avocats, d'un emploi de 7 mois en qualité d'assistant des ressources humaines, ce qui justifiait la différence de traitement avec Monsieur X... lequel n'avait qu'une seule expérience de juriste acquise durant son service militaire sans pour autant que ce soit dans le domaine du droit social, de sorte qu'il existait une justification objective à une différence de rémunération, la Cour d'appel a violé la règle " à travail égal, salaire égal " ainsi que les articles L 2261-22 et L 2271-1 du Code du travail.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société SVP à payer à Monsieur X... la somme de 3. 000 € à titre de dommages et intérêts pour non respect des

règles relatives au droit d'expression,  
AUX MOTIFS QUE

” sur la demande de dommages-intérêts pour refus de la SASU SVP d'appliquer un accord sur le droit d'expression, il résulte

-de l'article L 2281-5 du code du travail que dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives ayant désigné un délégué syndical, les modalités d'exercice du droit d'expression sont définies par un accord conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives

-de l'article L 2281-11 du code du travail

-le niveau, le mode d'organisation, la fréquence et la durée des réunions permettant l'expression des salariés

-les mesures destinées à assurer, d'une part la liberté d'expression de chacun et, d'autre part, la transmission à l'employeur des demandes et propositions des salariés ainsi que celle des avis émis par les salariés dans les cas où ils sont consultés par l'employeur, sans préjudice des dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel

-les mesures destinées à permettre aux salariés intéressés, aux organisations syndicales représentatives, au comité d'entreprise, aux délégués du personnel, au CHSCT, de prendre connaissance des demandes, avis et propositions émanant des groupes ainsi que des suites qui leur sont réservées

-les conditions spécifiques d'exercice du droit à l'expression dont bénéficie le personnel d'encadrement ayant des responsabilités hiérarchiques, outre leur participation dans les groupes auxquels ils sont rattachés du fait de leurs responsabilités

un accord est bien intervenu en l'espèce au sein de la SASU SVP le 17 avril 1984 qui prévoyait qu'il y aurait une réunion par trimestre, d'une durée d'une heure, et qu'un compte-rendu de synthèse serait soumis au chef de service qui devrait le transmettre à la direction, laquelle devrait apporter les réponses aux questions différées 2 semaines au plus tard avant la nouvelle réunion ;

la SASU SVP n'apporte pas la preuve de l'effectivité de ces réunions ; qu'il n'a donc pas été possible à Didier X... de faire connaître, dans ce cadre, et avant qu'il ne soit désigné comme représentant du personnel, les inégalités dont il estimait faire l'objet ;

en ne permettant pas à l'intéressé d'utiliser son droit d'expression individuel et direct dans le cadre des réunions collectives qui auraient dû être organisées pendant le temps de travail et sur les lieux du travail, il a été privé de son droit d'expression, ce qui lui a nécessairement causé un préjudice personnel, la société ne respectant pas de surcroît l'accord, préjudice qu'il convient d'évaluer à 3 000, 00 € “,

ALORS QU'en condamnant la société SVP à payer au salarié des dommages et intérêts au motif qu'en l'absence d'organisation de réunion par l'employeur, il n'avait pu user de son droit d'expression direct dans le cadre de réunion pour faire connaître les inégalités dont il estimait avoir fait l'objet, quand le protocole d'accord du 17 avril 1984 sur le droit d'expression excluait de son champ d'application les questions concernant notamment le statut, l'accord d'entreprise, les salaires, la durée du travail, de sorte que la situation décrite par le salarié n'entrait pas dans le champ d'application dudit accord, la Cour

d'appel a statué par des motifs inopérants et partant violé l'article 1er de l'accord du 17 avril 1984 ensemble l'article 1382 du Code civil.

#### SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société SVP à payer à Monsieur X... la somme de 15. 000 € de dommages et intérêts au titre des préjudices moraux,

#### AUX MOTIFS QUE

" sur la demande de dommages et intérêts pour manquement par la SASU SVP à son obligation de sécurité et de résultat, que Didier X... ne justifie pas d'un préjudice matériel distinct de ceux déjà réparés au titre des violations qu'il invoque et qui sont en parties réelles ; que son préjudice moral sera indemnisé dans le cadre de ce qui lui sera alloué dans ce cadre ",

#### ET QUE

" sur les demandes au titre du préjudice moral, au regard des différents manquements ci-dessus caractérisés, il y a lieu d'allouer à Didier X... en réparation du préjudice moral qu'ils lui ont nécessairement causé une somme de 15 000, 00 € ",

ALORS, D'UNE PART, QUE la cassation à intervenir sur les condamnations prononcées à l'encontre de la société SVP entraînera, par voie de conséquence, la cassation de l'arrêt sur l'octroi à Monsieur X... de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral qu'il aurait subi du fait des manquements allégués, en application de l'article 624 du Code de procédure civile,

ALORS, D'AUTRE PART, QU'en se fondant, pour allouer des dommages et intérêts pour préjudice moral sur le fait que les divers manquements reprochés à l'employeur avaient nécessairement causé un préjudice moral au salarié, sans s'expliquer plus avant sur le préjudice qu'aurait subi le salarié, distinct de celui déjà réparé par les différentes indemnités allouées au titre desdits manquements, la Cour d'appel a procédé par pure affirmation et partant violé l'article 455 du Code de procédure civile.

ALORS AU SURPLUS QU'en l'absence caractérisation d'un préjudice, aucune indemnité ne peut être accordée, si bien qu'en faisant droit à la demande d'octroi de dommages et intérêts de Monsieur X..., sans s'expliquer autrement sur le préjudice moral réparé qu'en affirmant qu'il lui aurait été nécessairement du fait de manquements de l'employeur, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil.

ALORS, ENFIN ET EN TOUT ETAT DE CAUSE, QU'en allouant des dommages et intérêts pour manquement de l'employeur à l'obligation de sécurité de résultat, sans s'expliquer aucunement sur ce préjudice, la Cour d'appel a violé les articles 455 et 458 du Code de procédure civile.

#### HUITIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que la prise d'acte produisait les effets d'un licenciement nul et condamné en conséquence la société SVP à payer à Monsieur X... les sommes de 112. 752 € u titre de la violation du statut protecteur, 20. 000, 00 € de dommages-intérêts pour licenciement nul, 6. 003 € au titre de l'indemnité de licenciement, 9. 395 € au titre de l'indemnité de préavis,

#### AUX MOTIFS QUE

" sur les demandes au titre de la rupture du contrat de travail, lorsqu'un salarié titulaire d'un mandat électif ou de représentation prend acte de la rupture de son contrat de travail en raisons de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit, soit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur lorsque les faits invoqués par le salarié la justifiaient, soit, dans le cas contraire, les effets d'une démission

par ailleurs la prise d'acte de la rupture entraîne la rupture immédiate du contrat de travail ;

si dans une lettre qu'il a adressée à la société SVP le 16 juillet 2008, Didier X... a indiqué qu'il était dans un cas légal de déblocage anticipé de sa participation en indiquant entre parenthèses " démission ", il n'en demeure pas moins qu'il n'avait aucunement démissionné de ses fonctions puisque qu'il imputait la responsabilité de la rupture dont il avait pris acte 6 mois plus tôt à son employeur et que dans le document de déblocage initial il avait clairement indiqué qu'il s'agissait d'un licenciement ;

au regard des manquements graves caractérisés dans le cadre de l'exécution du contrat de travail à l'encontre de la SASU SVP, la prise d'acte de la rupture produit les effets d'un licenciement nul en l'absence de toute autorisation de l'inspecteur du travail,

il y a lieu de lui allouer :

- au titre de son statut protecteur, le montant des salaires dont il a été privé de son licenciement à la fin de la période de protection qui expirait la dernière, soit en l'occurrence, jusqu'au 17 juin 2010, ce qui lui ouvre droit, sur la base du salaire qui aurait dû lui être versé au regard de la moyenne des salaires de sa catégorie et compte-tenu par ailleurs du délai de protection de fin de mandat de 6 mois, à la somme de 112 752 € qu'il sollicite

-au titre de l'indemnisation de son licenciement nul, la somme de 20 000, 00 € outre celles de 6 003, 00 € au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement et de 9 396, 00 € au titre de l'indemnité de préavis ;

ALORS, D'UNE PART, QUE la cassation à intervenir sur les condamnations prononcées à l'encontre de la société SVP entraînera par voie de conséquence la cassation de l'arrêt sur la requalification de la prise d'acte de la rupture en licenciement nul, en application de l'article 624 du Code de procédure civile,

ALORS, D'AUTRE PART, QU'en ne répondant pas aux conclusions de l'employeur faisant valoir que la prise d'acte de janvier 2008 pouvait d'autant moins être mise en rapport avec une contestation de l'horaire, du non paiement des heures supplémentaires et de discrimination syndicale que l'avenant signé en septembre 2006 et appliqué à compter de janvier 2007, soit un an avant la prise d'acte de rupture, consacrait au contraire l'accord du salarié sur la répartition quotidienne de son horaire de travail, l'absence de ce fait d'heures supplémentaires, s'agissant d'un temps partiel d'autant que Monsieur X... ne réclamait aucune heure supplémentaire à partir de 2007, et l'acceptation de la société SVP d'un passage à temps partiel pour raison syndicale, démontrant l'absence de toute discrimination de cette nature, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile,

ALORS, ENFIN, QU'en ne recherchant pas, ainsi que l'y invitaient les conclusions de la société SVP, si le fait que le salarié produise un contrat de travail non daté ne manifestait pas sa mauvaise foi quant à l'imputation de la rupture de son contrat de travail, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L 1231-1, L 1235-1 et suivants L 1237-1 du Code du travail.

Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat aux Conseils, pour M. X....

**PREMIER MOYEN DE CASSATION**

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande

tendant au paiement de dommages et intérêts au titre de l'annualisation illégale du temps de travail.

AUX MOTIFS QUE le contrat de travail de Didier X... stipulait en son article 3 que Didier X... était « engagé sur la base d'une durée hebdomadaire de travail de 35 heures, réparties du lundi au vendredi » ; que contrairement à ce que soutient la SASU SVP, il y avait donc bien répartition du temps de travail entre ces cinq jours de la semaine alors qu'à l'époque la semaine civile débutait, en application de l'article L 3122-1 du code du travail alors applicable, le lundi à 0 heures et se terminait le samedi à 24 heures ; qu'aucune disposition légale ou contractuelle ne stipulait au sujet de la durée hebdomadaire de 35 heures qu'il pouvait s'agir d'une moyenne sur l'année ; que de surcroît, l'accord d'entreprise du 29 juin 1999 sur la réduction et l'aménagement du temps de travail, tel qu'il était publié sur le site intranet de la SASU SVP le 3 janvier 2008 disposait :- en son article 1, qu'il s'appliquait aux collaborateurs, salariés de l'entreprise à la date de la signature de l'accord ; - en son article 7 paragraphe 1, que toute nouvelle embauche, à compter de la signature de l'accord, serait effectuée sur la base de 35 heures hebdomadaires et paragraphe 2 que les dispositions relatives aux 8 jours « congés réduction du temps de travail » prévues à l'article 4 et au maintien de la rémunération prévu à l'article 5-2 n'étaient pas applicables aux nouveaux embauchés ; que, ceci étant, ce dernier paragraphe a été supprimé par avenant du 31 mai 2001, ce qui autorisait la SASU SVP à proposer aux nouveaux embauchés une annualisation du temps de travail, et ce de manière parfaitement licite ; que la demande de l'appelant au titre de l'illégalité ne saurait être accueillie ; que par contre, la société ne pouvait, Didier X... ayant bien été engagé pour 35 heures de travail par semaine réparties du lundi au vendredi sans que l'annualisation du temps de travail ne soit stipulée au contrat de travail, la lui imposer sans son accord alors même qu'il n'est pas contesté que pendant les 6 premiers mois, la durée réelle de travail a été de 35 heures par semaine ; qu'en imposant à Didier X... cette annualisation sans son accord, la demande ultérieure de l'intéressé de passage à temps partiel le 1er septembre 2006 excluant bien l'acquisition de RTT, même s'il visait les horaires pratiqués dans la société et ne valant nullement reconnaissance d'une quelconque acceptation d'une annualisation rétroactive de surcroît, elle lui a indéniablement causé un préjudice, peu important que Didier X... n'ait jamais fait valoir d'opposition formelle ; que ceci étant, le salarié a, pendant la même période, bénéficié de jours RTT et de repos compensatoires, en contrepartie des heures supplémentaires qu'il effectuait ; que le montant des sommes versées à ce titre lui restera acquis, en sus du paiement des heures supplémentaires réclamées, à titre de dommages et intérêts, le salarié ne justifiant pas d'un préjudice supérieur.

ALORS QUE le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et ne peut statuer en équité ; qu'un préjudice subi par un salarié ouvre nécessairement droit à réparation dont il appartient au juge de fixer la nature et le montant dans le cadre du droit commun de la réparation ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel, après avoir constaté que l'annualisation du temps de travail imposée au salarié sans son accord lui a indéniablement causé un préjudice, a néanmoins, après avoir relevé que le salarié avait bénéficié de jours RTT et de repos compensateurs en contrepartie des heures supplémentaires qu'il effectuait, estimé que le montant des sommes versées lui restera acquis en sus du paiement des heures supplémentaires réclamées, à titre de dommages et intérêts, le salarié ne justifiant pas d'un préjudice supérieur ; qu'en retenant ainsi que des contreparties dont a bénéficié le salarié à une annualisation du temps de travail qui lui a été imposée de manière illégale constituent des dommages et intérêts réparant le préjudice causé par l'annualisation, la Cour d'appel a violé l'article 12 du Code de procédure civile et l'article 1147 du Code civil.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande

tendant au paiement de dommages et intérêts au titre de la modification du contrat de travail ou des conditions de travail suite à une réorganisation.

AUX MOTIFS QUE Didier X... soutient que la SASU SVP lui a imposé plusieurs modifications auxquelles il s'est opposé ; que toutefois aucun changement dans les responsabilités et les tâches confiées à Didier X... n'est caractérisé, sa tâche consistant toujours à répondre au téléphone et à mettre ses connaissances spécifiques au service de la SASU SVP, dans le strict cadre des horaires convenus, le fait que la nécessaire adaptation aux attentes des clients entraînent, outre une concertation élargie, parfois davantage de téléphone et moins de recherches, ou l'inverse, ou encore qu'il se spécialise dans certains domaines, tout en conservant l'utilisation de ses connaissances générales, ne caractérisant ni une modification de son contrat de travail, ni même une modification de ses conditions de travail, pas plus qu'une rétrogradation dans ses fonctions, lui seul ayant le pouvoir de décider du conseil final ; qu'il y a lieu de le débouter de ce chef de demande.

ALORS QU'aucune modification de son contrat de travail ni aucun changement de ses conditions de travail ne peut être imposé à un salarié protégé et qu'il appartient à l'employeur, en cas de refus, d'engager la procédure de licenciement ; qu'après avoir relevé que l'employeur avait procédé à une « nécessaire adaptation aux attentes des clients », mesures qui « entraînent, outre une concertation élargie, parfois davantage de téléphone et moins de recherches, ou l'inverse, ou encore qu'il se spécialise dans certains domaines », la Cour d'appel a néanmoins estimé que ces adaptations ne caractérisent ni une modification du contrat de travail, ni un changement des conditions de travail ; qu'en statuant ainsi, alors que des « adaptations » apportées aux tâches et fonctions constituent nécessairement soit une modification du contrat de travail, soit un changement des conditions de travail décidé dans le cadre du pouvoir de direction, et alors qu'il résultait de ses constatations que l'organisation du travail du salarié, dont la qualité de délégué syndical n'était pas contestée, avait été modifiée sans son accord, la Cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations et, partant, a violé les articles 1134 du Code civil et L 2411-3 du Code du travail.

#### TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR, au titre de la violation du principe « à travail égal salaire égal », décidé que Monsieur X... ne saurait prétendre à un rappel de salaire et d'AVOIR ordonné le seul paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel et moral subi.

AUX MOTIFS QUE sur l'inégalité de traitement : (...) que la violation de cette règle a indéniablement causé à l'appelant, qui ne saurait prétendre à l'octroi d'un rappel de salaires sur la base du salaire moyen des consultants senior, un préjudice tant matériel que moral qu'il convient d'évaluer, au regard des éléments fournis, à la somme de 30 000, 00 €

ALORS QUE la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu ; qu'en décidant que le salarié, victime d'une violation de la règle « à travail égal, salaire égal » ne saurait prétendre à un rappel de salaire et en se bornant à lui octroyer une somme au titre de la réparation du préjudice matériel et moral subi, la Cour d'appel a violé la règle susvisée.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Paris du 28 octobre 2010

