

SOC.

IK

COUR DE CASSATION

Audience publique du **27 mars 2019**

Rejet

M. CATHALA, président

Arrêt n° 532 FS-P+B

Pourvoi n° A 16-23.800

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par M.

contre l'arrêt rendu le 5 juillet 2016 par la cour d'appel de Nîmes (chambre sociale), dans le litige l'opposant à la société Giraudier conseil, société à responsabilité limitée, dont le siège est 11 quai de la Fontaine, 30900 Nîmes,

défenderesse à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 20 février 2019, où étaient présents : M. Cathala, président, M. Schamber, conseiller doyen rapporteur, Mmes Aubert-Monpeyssen, Monge, Sommé, conseillers,

M. David, Mmes Ala, Prieur, Thomas-Davost, conseillers référendaires, Mme Grivel, avocat général, Mme Lavigne, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Schamber, conseiller doyen, les observations de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de M. de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat de la société Giraudier conseil, l'avis de Mme Grivel, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nîmes, 5 juillet 2016), que la société Giraudier conseil a engagé M. en qualité de consultant par contrat à durée déterminée à temps partiel du 1^{er} février 2005 ; que la relation de travail s'est poursuivie au-delà du terme du 31 juillet 2005 ; que le 1^{er} avril 2007, les parties ont conclu un contrat à durée indéterminée incluant un forfait annuel sur la base de 131 jours, avec effet rétroactif au 1^{er} août 2005 ; qu'après avoir été licencié pour faute grave le 20 décembre 2012, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes relatives tant à l'exécution qu'à la rupture du contrat de travail ;

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de requalification de son contrat de travail en contrat à temps plein, alors, selon le moyen :

1°/ que les salariés qui ont conclu une convention de forfait en jours sur l'année sont considérés comme salariés à temps partiel, au sens des articles L. 3123-1 et suivants du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, dès lors que la convention collective applicable ou le contrat de travail fixent une concordance en jours à la durée légale de travail à laquelle fait référence l'article L. 3123-1 précité ou qualifient le contrat de contrat à temps partiel ; qu'en l'espèce, il est constant que le salarié a signé avec la société un contrat à durée déterminée à temps partiel le 1^{er} février 2005 pour trois jours par semaine et que, le 1^{er} avril 2007, un contrat à durée indéterminée à temps partiel a été conclu entre les parties avec effet rétroactif au 1^{er} août 2005 stipulant un forfait annuel en jours de 131 jours ; qu'en décidant, par motifs propres et adoptés, que les salariés, ayant conclu des conventions de forfait en jours sur l'année dont le nombre est inférieur à 218, ne peuvent être considérés comme salariés à temps partiel et que, puisque tel était le cas de M. les dispositions relatives au travail à temps partiel n'avaient pas vocation à s'appliquer à lui, alors que les parties avaient contractuellement décidé que l'accomplissement d'un forfait de 131 jours constituait un travail à temps partiel, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 3121-38, L. 3121-47 et L. 3123-1 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige ;

2°/ que la requalification d'un contrat de travail à temps partiel en un contrat à temps complet est encourue dès lors que le salarié se trouve dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il peut travailler et qu'il se tient constamment à la disposition de son employeur ; qu'en décidant que le salarié, ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année dont le nombre est inférieur à 218, ne peut être considéré comme salarié à temps partiel, alors qu'elle constatait par ailleurs que le contrat de travail stipulait un forfait annuel en jours sans préciser la répartition sur l'année ou la semaine, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme elle y était invité, si le salarié n'était pas constamment à la disposition de son employeur, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3123-14 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige ;

3°/ que la nullité de la convention de forfait en jours sur l'année emporte application rétroactive du droit commun de la durée du travail ; que, s'il a été conclu un contrat à temps partiel, l'écrit doit comporter la mention de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, faute de quoi le contrat est présumé avoir été conclu à temps complet ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a décidé d'annuler la convention de forfait insérée au contrat de travail conclu entre M. et la société Giraudier conseil ; qu'elle a cependant décidé que le salarié, qui a conclu une convention de forfait en jours sur l'année dont le nombre est inférieur à 218, ne peut être considéré comme salarié à temps partiel et demander l'application de l'article L. 3123-14 du code du travail, dans sa version alors en vigueur ; qu'en statuant ainsi alors, d'une part, qu'elle prononçait la nullité de la convention de forfait et, d'autre part, qu'elle constatait que les parties avaient conclu un contrat de travail à temps partiel sans précision de la répartition sur l'année ou la semaine, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article L. 3123-14 du code du travail, ensemble les articles L. 3121-38 et L. 3121-47 du même code, dans leur rédaction applicable au litige ;

Mais attendu, d'abord, qu'en application des dispositions de l'article L. 3123-1 du code du travail, dans sa rédaction applicable, les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année dont le nombre est inférieur à 218 jours, ne peuvent être considérés comme salariés à temps partiel ;

Attendu, ensuite, qu'ayant constaté que la convention de forfait du 1^{er} avril 2007, à effet au 1^{er} août 2005, était conclue sur une base annuelle de 131 jours travaillés pour la période du 1^{er} avril au 31 mars de l'année suivante, la cour d'appel en a exactement déduit que le salarié n'était pas à temps partiel, de sorte qu'il ne pouvait prétendre à la requalification de son contrat de travail en contrat à temps plein en se prévalant de la méconnaissance de l'article L. 3123-14 du code du travail, dans sa rédaction

applicable ; que le moyen, inopérant en sa deuxième branche et qui manque en fait en sa troisième branche, n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les deuxième et troisième moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. aux 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 vingt-sept mars deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils, pour M.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. de sa demande en requalification de son contrat de travail en contrat à temps complet ;

AUX MOTIFS ADOPTÉS QUE, aux termes du jugement entrepris,

« Attendu que s'agissant de l'exécution du contrat de travail et des demandes présentées par Mr quant à la requalification de son contrat il ressort que le contrat signé le 01 avril 2007 régissant les relations entre les signataires est un contrat prévoyant le régime du forfait annuel en jours ;

- que l'article 5 dudit contrat consacré à la durée du travail précise que le nombre annuel est fixé à 131 jours par année, fixée du 01 avril au 31 mars. Attendu que Mr pour motiver ses demandes sollicite la requalification à temps complet de son contrat à temps partiel ;

- que pour cela il aurait fallu qu'il signe avec son employeur un contrat à temps partiel répondant aux critères fixés par l'article L. 3123-14 du Code du travail.

Attendu que le contrat signé en l'espèce ne relève pas du régime du contrat de travail à temps partiel ;

- que la convention de forfait signé est inférieur au plafond légal soit 131 jours au lieu de 218 jours annuels.

Attendu que le Conseil privé de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine, ne peut conclure à l'existence d'un contrat de travail à temps plein entre Mr et la SARL GIRAUDIER CONSEIL ;

- que la demande de ce chef est rejetée. »

AUX MOTIFS PROPRES QUE, aux termes de l'arrêt attaqué,

« Monsieur fonde sa demande sur les dispositions de l'article L. 3123-14 du code du travail selon lequel le contrat de travail à temps partiel est un contrat écrit qui doit mentionner :

- la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois,

- les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification,

- les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié,

ALORS en toute hypothèse QUE la nullité de la convention de forfait en jours sur l'année emporte application rétroactive du droit commun de la durée du travail ; que, s'il a été conclu un contrat à temps partiel, l'écrit doit comporter la mention de la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, faute de quoi le contrat est présumé avoir été conclu à temps complet ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a décidé d'annuler la convention de forfait insérée au contrat de travail conclu entre M. et la société GIRAUDIER CONSEIL ; qu'elle a cependant décidé que le salarié, qui a conclu une convention de forfait en jours sur l'année dont le nombre est inférieur à 218, ne peut être considéré comme salarié à temps partiel et demander l'application de l'article L. 3123-14 du code du travail, dans sa version alors en vigueur ; qu'en statuant ainsi alors, d'une part, qu'elle prononçait la nullité de la convention de forfait et, d'autre part, qu'elle constatait que les parties avaient conclu un contrat de travail à temps partiel sans précision de la répartition sur l'année ou la semaine, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article L. 3123-14 du code du travail, ensemble les articles L. 3121-38 et L. 3121-47 du même code, dans leur rédaction applicable au litige.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné M. à rembourser à la société GIRAUDIER CONSEIL une somme au titre du trop-perçu sur la participation au chiffre d'affaires ;

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué,

« Le contrat de travail prévoyait en son article 7 que le salarié percevrait une prime trimestrielle correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires qu'il aura réalisé le trimestre précédent.

Aucune prime n'était prévue antérieurement au contrat signé le 1er avril 2007, dès lors les calculs de l'appelant englobant le montant total des versements entre décembre 2005 et mai 2008 apparaisse pour le moins abscons. Son décompte est parfaitement incompréhensible d'autant qu'il déclare lui-même que : "Il semble au final que le désaccord ne soit pas fondé sur le paiement de la prime en elle-même mais sur l'affectation des versements effectués entre décembre 2005 et avril 2007".

À ce sujet, dans un courriel du 7 janvier 2011 l'employeur indiquait à Monsieur que :

"(...) A ce jour, le montant de rémunération variable à devoir est de :

- 8886,75 € brut pour 2007-2008,

- De 4510 € brut pour 2008-2009

De 0 pour 2009-20140

Soit un total de 13396,75 euros

Nous avons déjà versé en avance sur régularisation les sommes de :

- 2526,60 € brut en décembre 2009
 - De 10.116 € brut en mars 2008
 - De 8000 € brut en décembre 2007
 - Soit un total de 20.642,60 € brut + un chèque de 3300 € net le 19/05/2008”
- Or le relevé des primes versées au salarié fait état d'un montant d'avances versées de 24 807,60 euros alors que selon les prévisions contractuelles la prime était calculée sur le montant hors taxes encaissé du chiffre d'affaires et qu'à ce titre en raison des honoraires encaissés par EGC du fait des missions de Monsieur entre le 15 avril 2007 et le mois de décembre 2012, la partie variable de sa rémunération aurait dû s'élever à la somme de 4223 euros bruts se décomposant en :
- 738 euros bruts sur la période du 1er avril 2007 au 31 mars 2008 (81.800 euros encaissés, la partie variable est donc égale à : $81800 - 80000 = 1800 \times 41 \% = 738$) ;
 - 3.485 euros bruts sur la période du 1er avril 2008 au 31 mars 2009 (88500 euros encaissés, la partie variable est donc égale à : $88500 - 80000 = 8500 \times 41 \% = 3485$).
- Monsieur sera donc tenu de restituer le trop perçu soit : $24.807 - 4223 = 20.584,60$ euros. » ;

ALORS en premier lieu QUE tout jugement doit être motivé, à peine de nullité ; que la contradiction entre motifs équivaut au défaut de motifs ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que, dans un courriel du 7 janvier 2011, l'employeur indiquait au salarié que le montant de rémunération variable à devoir était de 13 396,75 euros sur la période allant de 2007 à 2014 et qu'entre 2007 et 2009, le salarié avait perçu en avance sur régularisation la somme totale de 20 642,60 euros ainsi qu'un chèque de 3 300 euros ; qu'elle a constaté par ailleurs que c'est une somme de 24 807,60 euros qui avait été versées au salarié à titre d'avances sur prime et qu'entre le 15 avril 2007 et le mois de décembre 2012, la partie variable de la rémunération due au salarié aurait dû s'élever à la somme de 4 223 euros ; qu'en décidant que le salarié était tenu de restituer le trop perçu, soit $24 807 - 4 223 = 20 584,60$ euros, alors qu'elle relevait, dans le même temps, des montants d'avances et de prime définitivement due au salarié différente, la cour d'appel, qui a statué par des motifs contradictoires, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS en second lieu QUE l'action en répétition de l'indu sur les salaires se prescrit par cinq ans ; que, lorsqu'elle fait l'objet d'une demande reconventionnelle, sa prescription n'est pas interrompue par l'action principale mais peut l'être par le dépôt des conclusions comprenant la demande reconventionnelle ; qu'en l'espèce, il ressort des constatations de la cour d'appel que des avances sur primes ont été versées au salarié en décembre 2007 et en mars 2008, respectivement pour des montants de 8 000 et 10 116 euros ; qu'il en ressort également que le relevé des primes versées au salarié ferait état d'un montant d'avances versées de

24 807,60 euros, montant directement tiré des calculs opérés par la société GIRAUDIER CONSEIL dans ses conclusions d'appel et dont le détail fait apparaître une avance de 18 699 euros au mois d'avril 2007 ; qu'en se référant cependant à ces sommes pour calculer le montant du trop perçu, alors que la prescription de l'action en répétition de ces sommes n'avait pu être interrompue par l'effet de l'action principale qui a été introduite le 11 février 2013 mais par les seules conclusions de l'employeur déposées en 2014, l'action étant alors pour partie prescrite, la cour d'appel a violé les articles L. 3245-1 du code du travail et 2277 du code civil, dans leur rédaction applicable au litige.

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que le licenciement de M. était un licenciement pour faute grave et d'avoir débouté le salarié de sa demande tendant à faire dire la rupture dépourvue de cause réelle et sérieuse ;

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué,

« - Sur la mission Cyclium :

L'employeur reproche à Monsieur d'avoir refusé délibérément de participer à une réunion le lundi 19 novembre 2012 à 12 heures au relais de Bagnols sur Cèze malgré les instructions et la mise en demeure en ce sens de son employeur dans le cadre de la mission Cyclium, sur laquelle il refusait d'intervenir.

Or il est établi que dès le mois de mai 2012 Monsieur était au courant de l'activité de la société Cyclium notamment dans le domaine du nucléaire et Monsieur avait coopéré sans aucune réserve jusqu'alors sur le dossier GPEC. Monsieur est malvenu de soutenir que ce n'est que lors d'une réunion du 28 juin 2012 qu'il a eu une parfaite connaissance de l'activité de la société Cyclium.

Monsieur ne peut se retrancher derrière une quelconque clause de conscience en ce domaine surtout qu'il lui était demandé d'intervenir sur un dossier de GPEC sans aucun lien avec l'activité de la société Cyclium. Son refus de participer à la réunion du 19 novembre 2012 n'est donc pas fondé.

- Sur le refus de participer aux réunions de la cave de Vacqueyras :

Monsieur soutient ne pas avoir eu connaissance du courriel adressé le 17 novembre par son employeur l'informant d'une réunion devant se tenir le 19 novembre 2012 pour en avoir pris connaissance que ce même jour 19 novembre 2012 à 10h35 dans un cybercafé proche de son domicile en raison d'une défaillance de connexion Internet. Or d'une part il peut être objecté au salarié qu'il a attendu 10h35 pour prendre connaissance de ses messages électroniques, d'autre part Monsieur reconnaît que : "Il est vrai que l'employeur avait évoqué cette réunion préparatoire lors d'un entretien téléphonique le 15 novembre, il ne lui avait pas dit qu'il y

participerait ce qui d'ailleurs en général n'était pas le cas" ce qui n'est corroboré par aucun élément et contredit par le fait que l'employeur lui a bien demandé de se présenter à cette réunion qui portait sur son activité principale à cette époque alors que par ailleurs il détaille dans ses conclusions les nombreuses réunions auxquelles il avait assisté dans le cadre de cette mission en sorte que sa présence le 19 novembre 2012 présentait un intérêt crucial.

C'est à bon droit que l'employeur soutient que soit il a fait preuve d'insubordination en refusant de se rendre à cette réunion au mépris des directives, soit il a fait preuve d'une grave négligence en s'abstenant de vérifier ses courriels dès le lundi matin pour s'assurer de son planning de la journée voire de la semaine.

Il était également reproché au salarié de ne pas s'être rendu à la réunion du conseil d'administration du 3 décembre 2012 de la cave de Vacqueyras ce que ne discute pas Monsieur [redacted] qui prétend avoir été indisponible car il était chargé de cours au sein de l'IUT de Montpellier les 3,4 et 5 décembre 2012 ce qui en soi ne peut être considéré comme une circonstance pouvant justifier son absence au détriment de ses activités professionnelles d'autant qu'il était informé depuis le 20 juin 2012 de ses dates d'intervention à l'IUT et qu'il pouvait déplacer les dates de ses interventions. Monsieur [redacted] soutient en outre sans nullement l'établir que Monsieur [redacted] lui aurait indiqué que sa présence n'était pas indispensable.

L'employeur rappelle sans être utilement démenti que son absence était d'autant inexcusable qu'il s'agissait du premier consultant à animer la mission, qu'il était là depuis la genèse du projet, qu'il fixait le calendrier prévisionnel et préparait les supports alors que c'était sa seule mission en cours à cette époque.

Il en résulte que ces actes d'insubordination répétés entravant l'activité de l'entreprise et portant préjudice à son image justifiaient que soit prononcé le licenciement de Monsieur [redacted] et faisaient obstacle au maintien du salarié pendant la durée du préavis. » ;

ALORS QU'en cas de conclusions d'une convention de forfait en jours à temps partiel, lorsque l'employeur demande au salarié de répondre à l'une de ses sollicitations, le fait pour le salarié de ne pas suivre ces directives ne saurait constituer une faute ou un motif de licenciement dès lors que celles-ci ne sont pas compatibles avec une période d'activité, salariée ou exercée à titre indépendant, dont l'employeur aurait été préalablement averti ; qu'en l'espèce, l'employeur reprochait au salarié de ne pas s'être rendu à la réunion du conseil d'administration du 3 décembre 2012 de la cave de Vacqueras ; que la cour d'appel a estimé que le salarié, qui ne contestait pas les faits, prétendait avoir été indisponible car il était chargé de cours au sein de l'IUT de Montpellier les 3, 4 et 5 décembre 2012, ce qui en soi ne peut être considéré comme une circonstance pouvant justifier son absence au détriment de ses activités professionnelles d'autant qu'il était informé depuis le 20 juin 2012 de ses dates d'intervention à l'IUT et qu'il

pouvait déplacer les dates de ses interventions ; qu'il en est résulté, selon elle, un acte d'insubordination, qui a entravé l'activité de l'entreprise et porté préjudice à son image, contribuant à ce que soit prononcé à l'encontre du salarié un licenciement pour faute grave ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il était de la sorte manifestement porté atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, la cour d'appel a violé les articles L. 3123-1 et L.3123-38 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, ensemble l'article L. 1121-1 du code du travail.