SOC. **PRUD'HOMMES** FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du **27 mars 2013**

Cassation partielle

M. LACABARATS, président

Arrêt n° 581 FS-P+B

Pourvoi n° C 11-19.734

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société Dyneff, société par actions simplifiée, dont le siège est Parc du Millénaire, bâtiment 5, 1300 avenue Albert Einstein, 34000 Montpellier,

contre l'arrêt rendu le 20 avril 2011 par la cour d'appel de Montpellier (4e chambre sociale), dans le litige l'opposant à M.

défendeur à la cassation ;

M. a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Le demandeur au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé 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 19 février 2013, où étaient présents : M. Lacabarats, président, Mme Goasguen, conseiller rapporteur, M. Bailly, conseiller doyen, MM. Blatman, Chollet, Gosselin, Linden, Ludet, Ballouhey, Mmes Vallée, Guyot, Le Boursicot, M. Hascher, conseillers, Mme Mariette, M. Flores, Mme Wurtz, M. Becuwe, Mme Ducloz, M. Hénon, Mme Brinet, M. David, conseillers référendaires, M. Aldigé, avocat général, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Goasguen, conseiller, les observations de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Dyneff, de la SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, avocat de M. , l'avis de M. Aldigé, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. a été engagé le 2 janvier 2007 en qualité de « directeur commercial détail » cadre niveau VII, coefficient 600, par la société Dyneff ; qu'il a été licencié pour faute lourde le 11 octobre 2008, l'employeur lui reprochant les termes d'une lettre, cosignée par trois collègues et adressée le 11 septembre 2008 aux membres du conseil d'administration et aux dirigeants de la société mère ; que contestant son licenciement, le salarié a saisi la juridiction prud'homale de demandes d'indemnités au titre de la rupture, ainsi que de rappels de salaire pour heures supplémentaires ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal de l'employeur :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt d'écarter la qualité de cadre dirigeant du salarié et de le condamner en conséquence à payer à l'intéressé certaines sommes à titre d'heures supplémentaires et de repos compensateurs ainsi qu'à lui remettre un bulletin de salaire récapitulatif et une attestation pôle emploi rectifiée, alors, selon le moyen :

1°/ que sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant, exclusive de la législation sur les heures supplémentaires, les cadres auxquels sont confiés des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement ; que pour retenir ou écarter la qualité de cadre dirigeant d'un salarié, il appartient au juge d'examiner la fonction que le salarié occupe réellement au regard de chacun des critères cumulatifs énoncés par la loi ; qu'en se bornant à relever pour écarter la qualité de cadre dirigeant du salarié, que le contrat de travail du salarié prévoyait une rémunération calculée sur la base

de 35 heures hebdomadaires, que l'organigramme de la société le plaçait sous la subordination du président et du directeur, eux-mêmes soumis au conseil d'administration du groupe et que sa classification selon la convention collective n'était pas celle correspondant aux cadres dirigeants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 3111-2 du code du travail ;

2°/ que le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe du contradictoire; qu'il ne peut fonder sa décision sur les moyens qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'en l'espèce, les relevés de la badgeuse étaient simplement versés aux débats par le salarié afin d'étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires sans articulation d'un quelconque moyen relatif au fait qu'il devait en être mécaniquement déduit qu'il était soumis à l'horaire en vigueur dans l'entreprise ; qu'en relevant d'office ce moyen, sans préalablement provoquer les explications des parties, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

3°/ qu'en tout état de cause, le juge ne peut statuer par voie d'affirmation ; qu'en affirmant de manière péremptoire que le fait que le salarié était tenu de « badger » impliquait nécessairement que son horaire de travail était soumis à celui en vigueur dans l'entreprise, sans justifier en quoi il en irait forcément ainsi, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant constaté que le contrat de travail de M. prévoyait qu'il ne pourrait refuser d'effectuer les heures supplémentaires qui lui seraient demandées et que son horaire de travail était celui en vigueur dans l'entreprise, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Sur le troisième moyen du pourvoi principal de l'employeur :

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

Mais sur le moyen unique du pourvoi incident du salarié :

Vu l'article L. 1121-1 du code du travail ;

Attendu que, sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression ; qu'il ne peut être apporté à celle-ci que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ;

Attendu que pour dire le licenciement du salarié fondé sur une faute grave, la cour d'appel, tout en admettant que les termes de la lettre litigieuse ne sont pas injurieux, relève que les termes employés tels que « décisions incohérentes et contradictoires qui compromettent la pérennité de l'entreprise », comme ceux de « désordre interne, détournement, abus d'autorité, conséquences financières et sociales désastreuses » n'en sont pas moins violents et dénués de nuance, que « leur usage a pour seule finalité de caractériser l'incurie et l'impéritie du président de la société », que le courrier litigieux « dépasse les standards habituels de communication au sein de l'entreprise, décrit de façon tendancieuse des situations qui s'apparentent à des actes de malveillance, fait une présentation volontairement alarmiste de la situation économique et sociale de l'entreprise, répand des rumeurs sur le devenir de la société et la précarité de la situation des salariés et manifeste l'intention de ses auteurs de mettre en cause et de déstabiliser son président et que ce comportement est d'autant plus fautif qu'il est le fait de cadres supérieurs disposant d'une large autonomie et d'une autorité non négligeable dans l'entreprise qui s'adressent directement et collectivement aux nouveaux actionnaires du groupe », à un moment où « la société Dyneff était en pleine réorganisation » ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la lettre litigieuse, adressée aux membres du conseil d'administration et aux dirigeants de la société mère, ne comportait pas de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur le premier moyen du pourvoi principal de l'employeur :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute M. de ses demandes liées à la rupture, l'arrêt rendu le 20 avril 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, sur ce point, 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 Nîmes ;

Condamne la société Dyneff aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer la somme de 1 000 euros à M. ;

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 vingt-sept mars deux mille treize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

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

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt partiellement infirmatif attaqué d'AVOIR déqualifié la faute lourde du salarié en faute grave et d'AVOIR, en conséquence, condamné la société DYNEFF à lui payer la somme de 2 995,54 € à titre de solde de congés payés ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la rupture.
Il y a contrat de travail lorsqu'une personne s'engage à travailler, moyennant rémunération, pour le compte et sous la subordination d'une autre.
Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.
Sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent toutefois être apportées.
Il est constant que les termes de la lettre du 11/09/2008 ne sont pas injurieux et que ses signataires ont modifié le projet initial qui désignait expressément le 'mode de gouvernance de notre président' comme le responsable des faits détaillés par la suite.
Pour autant il n'est pas discutable que les termes « décisions incohérentes et contradictoires qui compromettent la pérennité de l'entreprise Dyneff » comme ceux de « désordre interne - désordre organisationnel - détournement - abus d'autorité -tension interne - conséquences financières et sociales désastreuses » n'en sont pas moins violents et dénués de nuance autre que négative et qu'il s'évince de la simple lecture du document que, malgré les précautions prises, leur usage a pour seule finalité de caractériser l'incurie et l'impéritie du président de la société.
Par ailleurs la longue énumération des « faits » qui ont vocation à matérialiser le « désordre interne » annoncé dans le propos liminaire n'est pas l'énoncé de faits précis présentés de façon neutre si ce n'est objective mais est constituée pour l'essentiel de formules globales et imprécises, les auteurs n'hésitant pas à pratiquer l'amalgame entre des situations diverses pour tenter de justifier leur démarche.
C'est ainsi par exemple qu'il n'y a pas grand-chose à voir entre les tensions inhérentes aux relations de travail dans une entreprise dans laquelle chaque service défend ses propres intérêts avec les termes mis en exergue supra.
Enfin il est remarquable qu'alors que trois des quatre signataires sont des cadres supérieurs membres du comité de direction et exercent des fonctions

aussi importantes dans l'entreprise que « directeur commercial», « directeur des ressources humaines » et « directeur administratif et financier », ceux-ci n'évoquent à aucun moment leur responsabilité propre dans le fonctionnement de l'entreprise et donc dans la situation qu'ils décrivent.
Sauf à démontrer qu'ils avaient pris ou proposé de prendre depuis plusieurs mois des mesures susceptibles ne serait-ce que de limiter les « désordres », « abus » et autres « détournements » qu'ils dénoncent et qui sont sans rapport avec les quelques anicroches évoquées dans les courriels communiqués.
Force est de constater à cet égard qu'ils ne sont pas en mesure de justifier de décisions individuelles ou collectives, dans leurs domaines de compétence propre, mettant à jour des divergences de vue entre eux et le chef d'entreprise sur le fonctionnement et la gouvernance de cette dernière à ce point durables et importantes qu'elles légitiment une mise en cause catégorique de l'action, si ce n'est de la personne, du président et l'envoi d'une lettre de dénonciation aux dirigeants du groupe.
Les documents communiqués pièce 38 par l'appelant démontrent a contrario au vu de leurs messages électroniques que les divergences qui pouvaient opposer M. r et M [illegible] n'amenait pas le premier à remettre en cause les compétences du second ou à lui imputer des « désordres » ou « tensions » susceptibles d'entraîner des « conséquences financières ou sociales désastreuses pour l'entreprise », ce qui n'empêchait pas l'ancien PDG d'émettre à l'occasion des opinions tranchées.
Il s'évince de ce qui précède que le courrier du 11/09/08 :
- dépasse les standards habituels de communication au sein d'une entreprise,
- décrit de façon tendancieuse des situations qui s'apparentent à des actes de malveillance,
- fait une présentation volontairement alarmiste de la situation économique et sociale de l'entreprise,
- répand des rumeurs sur le devenir de la société et la précarité de la situation de ses salariés,
- et manifeste l'intention de ses auteurs de mettre en cause et déstabiliser son président.
Il s'ensuit que les griefs énoncés dans la lettre de licenciement sont avérés.
Ce comportement est d'autant plus fautif qu'il est le fait de cadres supérieurs disposant eux-mêmes d'une large autonomie et d'une autorité non négligeable dans l'entreprise, qui s'adressent directement et collectivement aux nouveaux actionnaires du groupe, alors au surplus que la société Dyneff était en septembre 2008 en pleine réorganisation et qu'un directeur général, dont le poste était resté vacant pendant plusieurs mois, venait d'être nommé.
Cette attitude rendait impossible le maintien du contrat de travail pendant la durée d'un préavis de trois mois et justifie que soit retenue la faute grave.
En revanche l'employeur ne démontre pas l'existence d'un « complot » dans le but d'exercer un « chantage » qui caractériserait selon lui l'intention de nuire des auteurs de la lettre litigieuse ; thèse au surplus en contradiction

avec la chronologie puisque, si l'on admettait que le but de l'opération était de faire pression sur le président afin d'obtenir des indemnités de départ les plus élevées possible, les salariés auraient eu tout intérêt à attendre l'expiration de l'ultimatum fixé d'après la société au 12 septembre 2008.
Le jugement déféré doit donc être infirmé en ce qu'il a retenu la faute lourde » ;

1. ALORS QUE la lettre de licenciement de Monsieur justifiait le prononcé de la rupture pour faute lourde par l'intention malveillante dont le salarié avait fait montre en rédigeant et envoyant, avec le concours d'autres salariés placés à des niveaux hiérarchiques et stratégiques élevés, un courrier « visant à obtenir l'isolement et la révocation de [leur] président » (cf. lettre de licenciement) dont ils contestaient de manière abusive et mensongère la gestion ; que les conclusions d'appel de la société DYNEFF reprenaient les mêmes griefs ; qu'en estimant que l'intention de nuire du salarié était caractérisée « selon l'employeur » par « l'existence d'un complot dans le but d'exercer un « chantage » (...) afin d'obtenir des indemnités de départ les plus élevées possible », la Cour d'appel a dénaturé les termes du litige et violé les articles 4 et 5 du Code de procédure civile ;

2. ALORS en toute hypothèse QUE justifie son licenciement pour faute lourde, le salarié qui agit avec l'intention de nuire à son employeur ; qu'en l'espèce, il ressortait des constatations de l'arrêt attaqué que le contenu du courrier du 11/09/08 « manifeste l'intention de ses auteurs de mettre en cause et déstabiliser son président » (V. arrêt p. 9, §2); qu'en écartant l'existence d'une faute lourde, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constations, a violé l'article L. 3141-26 du Code du travail ;

3. ALORS subsidiairement QUE le juge est tenu de viser et analyser l'ensemble des éléments de preuve versés aux débats par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, l'employeur soutenait avoir été victime, antérieurement à l'envoi du courrier litigieux, d'un chantage de la part de ses salariés qui avaient comploté contre lui et justifiait ses affirmations par la production d'échanges de mails entre les salariés en cause ainsi que les attestations de Madame et de Monsieur dont il ressortait que Monsieur et ses complices avaient vidé leurs boites mails et en avaient archivé le contenu sur des périphériques de stockage afin d'exercer des « pression[s] sur le Président » dont il souhaitait obtenir un « package global » pour les 4 personnes » (cf. attestions de Monsieur Gilles) ; qu'en se bornant à affirmer que l'employeur ne démontrait pas l'existence d'un complot dans le but d'exercer un chantage, sans viser ni analyser ces éléments de preuves déterminants versés aux débats par l'employeur, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

4. ALORS subsidiairement QUE le juge est tenu de répondre aux conclusions des parties ; qu'en l'espèce, la société DYNEFF faisait valoir, preuve à l'appui, qu'à l'issue de l'entretien du 5 septembre 2008, les salariés, agissant de concert, avaient fait pression sur l'employeur afin d'obtenir de fortes indemnités de rupture en menaçant d'organiser à son encontre une compagne de dénigrement, et avaient, à cette fin, fixé un ultimatum prenant fin au 12 septembre 2008 ; que conscient du fait qu'il était incapable de régler la situation de ces salariés dans un délai aussi bref, l'employeur les avait à nouveau convoqués le 11 septembre pour solliciter une extension de délai ; que c'est à l'issue de ce second entretien et donc une fois certains de l'impossibilité pour l'employeur de satisfaire à leur demande dans les délais impartis que les salariés ont envoyé la lettre le discréditant sans attendre la déchéance du terme (V. conclusions d'appel de l'exposante p. 7, §7 et s., p.8, § 1 et s.) ; qu'en affirmant que la thèse de l'employeur était en contradiction avec la chronologie des faits en ce que s'il devait être admis que le but de l'opération avait été d'obtenir des indemnités de départ les plus élevées possible les salariés auraient eu tout intérêt d'attendre l'expiration de l'ultimatum, sans répondre au moyen pris de la tenu d'un entretien la veille de cette échéance au terme duquel il était devenu clair pour les salariés que leur exigences ne sauraient pas satisfaites d'ici au lendemain, la Cour d'appel a violé les exigences de l'article 455 du Code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt partiellement infirmatif attaqué d'AVOIR écarté la qualité de cadre dirigeant de Monsieur [redacted], d'AVOIR, en conséquence, condamné la société DYNEFF aux paiements de diverses sommes à titre de rappel de salaires à hauteur de 65.120,57 € de rappel d'heures supplémentaires pour les années 2007 et 2008, 6.512,05 € de congés payés afférents, 2.979,60 € de rappel de salaires pour les heures de nuit, 297,56 € de congés payés afférents (les intérêts au taux légal à compter du 8 janvier 2009 date de la convocation devant le bureau de conciliation valant demande en justice sur ces sommes calculées en brut), 49.548,96 € d'indemnité compensatrice de repos compensateur pour les années 2007 et 2008, et d'AVOIR condamné la société DYNEFF à remettre à Monsieur [redacted] un bulletin de salaire récapitulant les sommes accordées à titre de rappel de salaires et de congés payés et une attestation pôle emploi rectifiée pour tenir compte de la décision sous astreinte de 100 € par jour de retard, outre une condamnation à la somme 2.000 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile et une condamnation aux dépens de première instance et d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la notion de « cadre dirigeant ».
Pour retenir ou écarter la qualité de cadre dirigeant d'un salarié, il appartient au juge d'examiner la fonction que le salarié occupe réellement au regard de chacun des critères cumulatifs énoncés par l'article L3111-2 du code du

travail, à savoir qu'un cadre dirigeant se voit confier des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, qu'il est habilité à prendre des décisions de façon largement autonome, qu'il perçoit une rémunération se situant parmi les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou l'établissement.
Il n'est pas sérieusement discuté que M. , percevait une des rémunérations les plus importantes de la société.
En revanche les deux autres critères font défaut.
En ce qui concerne l'organisation du temps de travail il est constant que l'intéressé était tenu de « badger » et que son horaire de travail était donc soumis à celui en vigueur dans l'entreprise.
Du reste le contrat de travail prévoit expressément que le salaire brut mensuel est calculé sur la base d' un horaire de 35 heures hebdomadaires et qu' « il pourra vous être demandé d'effectuer des heures supplémentaires dans le respect des dispositions légales.
Celles-ci auront un caractère obligatoire et vous ne pourrez refuser de les effectuer ».
Quant à l'habilitation à prendre des décisions de manière autonome, il ressort de l'organigramme de la société que l'intéressé se trouvait au même niveau hiérarchique que sept autres cadres de l'entreprise, lesquels dépendaient du président et du directeur général, eux-mêmes soumis au conseil d'administration du groupe.
Ce niveau de responsabilité était pris en compte dans la définition et la classification de son emploi au niveau sept de la classification conventionnelle alors que l'accord de branche fixe au niveau huit celui des cadres dirigeants.
Il s'ensuit que le jugement déféré doit être infirmé en ce qu'il a retenu la qualité de cadre dirigeant de l'appelant pour rejeter ses demandes en rappel de salaires au titre des heures supplémentaires » ;

1. ALORS QUE sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant, exclusive de la législation sur les heures supplémentaires, les cadres auxquels sont confiés des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement ; que pour retenir ou écarter la qualité de cadre dirigeant d'un salarié, il appartient au juge d'examiner la fonction que le salarié occupe réellement au regard de chacun des critères cumulatifs énoncés par la loi ; qu'en se bornant, pour écarter la qualité de cadre dirigeant du salarié, à des motifs inopérants pris de ce que le contrat de travail du salarié prévoyait une rémunération calculée sur la base de 35 heures hebdomadaires, de ce que l'organigramme de la société le plaçait sous la subordination du président et du directeur, eux-mêmes soumis au conseil d'administration du groupe et de

ce que sa classification selon la convention collective n'était pas celle correspondant aux cadres dirigeants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 3111-2 du Code du travail ;

2. ALORS QUE le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe du contradictoire; qu'il ne peut fonder sa décision sur les moyens qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a relevé d'office que le salarié était soumis à l'horaire collectif de travail dès lors qu'il est tenu à des formalités de badgeage ; qu'en statuant ainsi alors que les relevés de la badgeuse étaient simplement versés aux débats par le salarié afin d'étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires sans articulation d'un quelconque moyen relatif au fait qu'il devait en être mécaniquement déduit qu'il était soumis à l'horaire en vigueur, la Cour d'appel a violé l'article 16 du Code de procédure civile;

3. ALORS en tout état de cause QUE le juge ne peut statuer par voie d'affirmation ; qu'en affirmant de manière péremptoire que le fait que le salarié était tenu de « badger » impliquait nécessairement que son horaire de travail était soumis à celui en vigueur dans l'entreprise sans justifier en quoi il en irait forcément ainsi, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif d'attaqué d'AVOIR, condamné la société DYNEFF aux paiements de diverses sommes à titre de rappel de salaires à hauteur de 65.120,57 € de rappel d'heures supplémentaires pour les années 2007 et 2008, 6.512,05 € de congés payés afférents, 2.979,60 € de rappel de salaires pour les heures de nuit, 297,56 € de congés payés afférents (les intérêts au taux légal à compter du 8 janvier 2009 date de la convocation devant le bureau de conciliation valant demande en justice sur ces sommes calculées en brut), 49.548,96 € d'indemnité compensatrice de repos compensateur pour les années 2007 et 2008, et d'AVOIR condamné la société DYNEFF à remettre à Monsieur d'un bulletin de salaire récapitulant les sommes accordées à titre de rappel de salaires et de congés payés et une attestation pôle emploi rectifiée pour tenir compte de la décision sous astreinte de 100 € par jour de retard, outre une condamnation à la somme 2.000 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et une condamnation aux dépens de première instance et d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « Sur les heures supplémentaires.
Il résulte des dispositions 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 accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments

suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments.
En application des dispositions de l'article L3121-4 du code du travail, le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif ; toutefois, s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, il fait l'objet d'une contrepartie déterminée par une convention ou, à défaut, par une décision unilatérale de l'employeur.
En revanche le temps de trajet pour se rendre d'un lieu de travail à un autre lieu de travail fait partie du temps de travail effectif.
Il n'est pas discuté que M. n'était soumis à aucune convention de forfait et que toute heure de travail accomplie au-delà de 37 h 30 devait lui être rémunérée conformément à la « note d'information sur les horaires de travail » applicable depuis le 1er janvier 2001 dans l'entreprise.
Pour étayer les décomptes détaillés qu'il présente de ce chef pour l'ensemble de la durée du contrat de travail , M. produit notamment les relevés de la badgeuse installée sur le site de Montpellier, les notes de frais intégralement prises en charge par la société et justifiant tant ses déplacements entre les différentes agences de la société que les repas d'affaires pris à l'extérieur, ainsi que des courriels émis par ses soins pour le compte de l'entreprise avec la date et l'heure correspondantes.
Si elle critique heure par heure ces décomptes comme les justificatifs qui y sont joints et propose pour chacune des années 2007 et 2008 une évaluation sur la base d'une durée de travail « recalculée » à la baisse par rapport aux demandes (dont le montant total s'élève néanmoins à 34 869,78 € pour les heures supplémentaires et à 27.613,84 € pour le repos compensateur « obligatoire »), la société s'abstient de produire ses propres justificatifs sur l'horaire effectif de travail pendant la période considérée de telle sorte que les seuls éléments objectifs dont dispose la cour sont les justificatifs fournis par le salarié qui dans ses calculs exclut le temps du trajet domicile-travail.
Il y a lieu en conséquence de s'en tenir aux décomptes proposés par le salarié et étayés par l'ensemble des pièces justificatives qu'il verse aux débats qui justifient de fixer sa créance de rappel de salaires à la somme de 65 120,57 € au titre des heures supplémentaires pour les années 2007 et 2008, outre 6 512,05 € au titre des congés payés correspondants.
S'y ajoute l'indemnité à laquelle le salarié est en droit de prétendre dès lors qu'il n'a pas été en mesure, du fait de l'employeur, de formuler une demande de repos compensateur, soit 49.548,96 € pour les années 2007 et 2008, en ce compris les congés payés afférents.
Par ailleurs l'appelant justifie d'une créance au titre de la majoration due pour les heures de nuit qu'il a réalisées à hauteur de 2 979,60 € pour les années 2007 et 2008 outre 297,96 € au titre des congés payés afférents » ;

1. ALORS QUE la cassation à intervenir de la disposition de l'arrêt ayant dénié à Monsieur la qualité de cadre dirigeant laquelle emporte exclusion du salarié du bénéfice de la législation sur les heures

supplémentaires entraînera l'annulation du chef de dispositif ayant condamné la société ATMOS à des rappels de salaire au titre des heures supplémentaires, en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

2. ALORS subsidiairement QUE les juges sont tenus de répondre aux conclusions des parties ; qu'en l'espèce, la société DYNEFF faisait valoir (concl. d'appel p. 65 à 74) et offrait de prouver que les décomptes produits par le salarié comportaient des erreurs grossières et ne permettaient en toute hypothèse pas d'instaurer une discussion contradictoire sur l'amplitude et la durée du travail en ce qu'ils ne distinguaient pas selon que les temps de déplacement excédant le temps de trajet habituel entre le domicile du salarié et son lieu de travail étaient survenus pendant ou en dehors de l'horaire « normal » de travail, qu'ils incluaient les temps de repas et des temps d'inactivité pourtant non constitutifs de temps de travail effectif, et qu'ils ne permettaient pas de savoir si certains dépassements de la durée légale (travail le samedi et le dimanche) l'avaient été à la demande expresse de l'employeur pas plus qu'ils ne permettaient de savoir si entre l'envoi de deux mails, le salarié, travaillant chez lui, avait travaillé de manière continue ou non ; qu'en constatant l'existence de telles critiques sans pour autant y répondre au motif inopérant car subsidiaire que l'employeur n'établissait pas l'horaire effectif de travail, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

3. ALORS subsidiairement QUE la société DYNEFF faisait valoir, offre de preuve à l'appui, que s'agissant de la majoration due pour les heures de nuit le décompte du salarié comportaient des erreurs grossières en incluant, à plusieurs reprises, dans le total journalier des heures de nuit (entendu comme les heures effectuées entre 21 h et 6 h du matin) un chiffre ne correspondant pas à la somme des temps de travail effectués avant 6 h du matin et au-delà de 21 h ; qu'en faisant droit à la demande du salarié dans son quantum sans s'expliquer sur les erreurs manifestes dont faisaient état le décompte qu'il produisait, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 3171-4 et L. 3121-1 et suivants du Code du travail, ensemble l'article 13 de la convention collective nationale du négoce et de distribution de combustibles solides, liquides, gazeux, produits pétroliers du 20 décembre 1985.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, avocat aux Conseils, pour M.

Le moyen reproche à l'arrêt partiellement infirmatif attaqué d'AVOIR dit le licenciement de Monsieur / fondé pour faute grave et refusé en conséquences de faire droit à ses demandes d'indemnisation sur ce point ;

AUX MOTIFS QUE « « Sur la rupture : il y a contrat de travail lorsqu'une personne s'engage à travailler, moyennant rémunération, pour le compte et sous la subordination d'une autre ; que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; que sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent toutefois être apportées ; qu'il est constant que les termes de la lettre du 11/09/2008 ne sont pas injurieux et que ses signataires ont modifié le projet initial qui désignait expressément le « mode de gouvernance de notre président » comme le responsable des faits détaillés par la suite. Pour autant il n'est pas discutable que les termes « décisions incohérentes et contradictoires qui compromettent la pérennité de l'entreprise Dyneff » comme ceux de « désordre interne - désordre organisationnel - détournement - abus d'autorité – tension interne - conséquences financières et sociales désastreuses » n'en sont pas moins violents et dénués de nuance autre que négative et qu'il s'évince de la simple lecture du document que, malgré les précautions prises, leur usage a pour seule finalité de caractériser l'incurie et l'impéritie du président de la société. Par ailleurs la longue énumération des « faits » qui ont vocation à matérialiser le « désordre interne » annoncé dans le propos liminaire n'est pas l'énoncé de faits précis présentés de façon neutre si ce n'est objective mais est constituée pour l'essentiel de formules globales et imprécises, les auteurs n'hésitant pas à pratiquer l'amalgame entre des situations diverses pour tenter de justifier leur démarche ; que c'est ainsi par exemple qu'il n'y a pas grand-chose à voir entre les tensions inhérentes aux relations de travail dans une entreprise dans laquelle chaque service défend ses propres intérêts avec les termes mis en exergue supra. Enfin il est remarquable qu'alors que trois des quatre signataires sont des cadres supérieurs membres du comité de direction et exercent des fonctions aussi importantes dans l'entreprise que « directeur commercial », « directeur des ressources humaines » et « directeur administratif et financier », ceux-ci n'évoquent à aucun moment leur responsabilité propre dans le fonctionnement de l'entreprise et donc dans la situation qu'ils décrivent. Sauf à démontrer qu'ils avaient pris ou proposé de prendre depuis plusieurs mois des mesures susceptibles ne serait-ce que de limiter les « désordres », « abus » et autres « détournements » qu'ils dénoncent et qui sont sans rapport avec les quelques anicroches évoquées dans les courriels

communiqués. Force est de constater à cet égard qu'ils ne sont pas en mesure de justifier de décisions individuelles ou collectives, dans leurs domaines de compétence propre, mettant à jour des divergences de vue entre eux et le chef d'entreprise sur le fonctionnement et la gouvernance de cette dernière à ce point durables et importantes qu'elles légitiment une mise en cause catégorique de l'action, si ce n'est de la personne, du président et l'envoi d'une lettre de dénonciation aux dirigeants du groupe. Les documents communiqués par l'appelant démontrent a contrario au vu de leurs messages électroniques que les divergences qui pouvaient opposer M. Sancier et M Dumitru n'amenait pas le premier à remettre en cause les compétences du second ou à lui imputer des « désordres » ou « tensions » susceptibles d'entraîner des « conséquences financières ou sociales désastreuses pour l'entreprise », ce qui n'empêchait pas l'ancien PDG d'émettre à l'occasion des opinions tranchées. Il s'évince de ce qui précède que le courrier du 11/09/08 : dépasse les standards habituels de communication au sein d'une entreprise, décrit de façon tendancieuse des situations qui s'apparentent à des actes de malveillance, fait une présentation volontairement alarmiste de la situation économique et sociale de l'entreprise, répand des rumeurs sur le devenir de la société et la précarité de la situation de ses salariés, et manifeste l'intention de ses auteurs de mettre en cause et déstabiliser son président. Il s'ensuit que les griefs énoncés dans la lettre de licenciement sont avérés ; que ce comportement est d'autant plus fautif qu'il est le fait de cadres supérieurs disposant eux-mêmes d'une large autonomie et d'une autorité non négligeable dans l'entreprise, qui s'adressent directement et collectivement aux nouveaux actionnaires du groupe, alors au surplus que la société Dyneff était en septembre 2008 en pleine réorganisation et qu'un directeur général, dont le poste était resté vacant pendant plusieurs mois, venait d'être nommé. Cette attitude rendait impossible le maintien du contrat de travail pendant la durée d'un préavis de trois mois et justifie que soit retenue la faute grave »

ALORS QUE sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées ; que le fait pour un cadre salarié de dénoncer à ses supérieurs, de façon interne au groupe auquel appartient la Société dont il dépend, des dysfonctionnements au sein de l'entreprise ne peut constituer une faute grave ; qu'en disant que la faute grave justifiait le licenciement de Monsieur y alors que la lettre dénonçant des dysfonctionnements par les salariés n'avait été adressée qu'aux membres Conseil d'administration du groupe Rompetrol, sans aucune diffusion externe, par des motifs insuffisants pour caractériser l'abus dans la liberté d'expression, la Cour d'appel a manqué de base légale au regard des articles L. 1234-1, L. 1234-5, L- 1234-9 et L. 1235-du code du travail.