SOC. JL

COUR DE CASSATION

Audience publique du **24 avril 2013**

Cassation partielle

M. BAILLY, conseiller doyen faisant fonction de président

Arrêt n° 846 FS-P+B

Pourvoi n° V 11-28.398

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 Lowendalmasai, société anonyme, dont le siège est 16 rue de Washington, 75399 Paris cedex 08,

contre l'arrêt rendu le 20 octobre 2011 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 8), dans le litige l'opposant :

1°/ à Mme , domiciliée ,

2°/ à Pôle emploi de Paris, dont le siège est Le Cinétic,1-5 avenue du docteur Gley, 75020 Paris,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse 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 27 mars 2013, où étaient présents : M. Bailly, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Flores, conseiller référendaire rapporteur, MM. Blatman, Gosselin, Ballouhey, Mmes Goasguen, Le Boursicot, conseillers, Mmes Mariette, Ducloz, M. Hénon, conseillers référendaires, M. Foerst, avocat général, Mme Becker, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Flores, conseiller référendaire, les observations de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat de la société Lowendalmasai, de la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat de Mme [illegible] l'avis de M. Foerst, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme [illegible] a été engagée par la société Lowendal Group, devenue Lowendalmasaï SA, spécialisée dans la réduction de coût et notamment la réduction des charges sociales sur salaire, à compter du 5 janvier 2004 ; que selon un avenant du 18 juin 2004, la salariée a été promue cadre, soumise à un forfait de 218 jours, position 2.1 coefficient 115 ; que la salariée a donné sa démission par courrier du 10 juillet 2007 ; que l'employeur a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en exécution de la clause de non-concurrence stipulée au contrat ;

Sur le troisième moyen :

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

Mais sur le moyen relevé d'office après avis adressé aux parties conformément à l'article 1015 du code de procédure civile ;

Vu l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 212-15-3 ancien du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

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

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

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

Attendu que pour fixer à une certaine somme la moyenne des salaires de la salariée et condamner l'employeur au paiement de diverses sommes à titre de rappels de salaire et congés payés afférents, l'arrêt retient que la convention collective prévoit que les rémunérations des salariés concernés par le régime du forfait doivent être au moins deux fois supérieurs au plafond de la sécurité sociale ; que la convention de forfait par référence à l'accord d'entreprise qui lui-même intègre l'article 32 de la convention collective nationale prévoit "un suivi spécifique au moins deux fois par an" ; que conformément à la mission visée dans le contrat de travail de la salariée, il convient de requalifier le salaire minimum de la salariée en se référant à la convention collective nationale ;

Qu'en statuant ainsi, alors que ni les dispositions de l'article 4 de l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail, pris en application de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987, ni les stipulations des accords d'entreprise des 22 décembre 1999 et 5 novembre 2004, ne sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, et, donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le deuxième moyen :

Vu les articles L. 1231-1 et L. 1237-2 du code du travail ;

Attendu que pour condamner l'employeur au paiement de diverses sommes à titre d'indemnité pour défaut de procédure, d'indemnité compensatrice de préavis, de congés payés afférents, d'indemnité de licenciement, d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et au titre du droit individuel à la formation l'arrêt retient que dès le lendemain de sa lettre de démission, la salariée a formulé des reproches à son employeur, confirmés dans un second mail quelques jours plus tard, privant

ainsi sa démission du caractère clair et non équivoque nécessaire pour lui donner son plein effet ; que dès lors, il convient de requalifier la démission en licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que la salariée remettait en cause sa démission en raison de faits ou de manquements imputables à l'employeur, qu'il résultait de circonstances antérieures ou contemporaines à la démission qu'à la date où elle avait été donnée celle-ci était équivoque et que les faits invoqués la justifiaient, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS : et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur le premier moyen :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a dit que la clause de non-concurrence était nulle, a débouté l'employeur de sa demande de remboursement de la somme de 1851,10 euros versée à ce titre, déclaré prescrites les demandes de rappel de salaire et de congés payés afférents antérieures au 11 août 2006, condamné l'employeur au paiement de la somme de 17 957,30 euros à titre de dommages-intérêts pour nullité de la clause de non-concurrence, avec intérêt légal au jour de la décision et capitalisation dans les conditions de l'article 1154 du code civil, l'arrêt rendu le 20 octobre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; 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 Versailles ;

Condamne Mme aux dépens ;

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

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-quatre avril deux mille treize.

2°) ALORS QUE le bénéfice d'une rémunération supérieure au double du plafond de la sécurité sociale constitue l'un des critères possibles permettant de ranger un cadre parmi ceux définies à l'article 4 de l'accord du 22 juin 1999 en vue de lui appliquer un régime forfaitaire de durée du travail, mais ne sauraient être interprétés comme une obligation d'assurer une telle rémunération ; qu'en décidant que la conclusion d'un forfait-jours emportait l'obligation d'allouer au cadre qui en bénéficie une rémunération supérieure au double du plafond de la sécurité sociale, la cour d'appel a violé l'article L 212-15-3 III du code du travail alors applicable et l'article 4 de l'accord du 22 juin 1999 relatif à la durée du travail ;

3°) ALORS QUE, subsidiairement, la cour d'appel a fixé le salaire moyen mensuel dû à la salariée à la somme de 3.301,40 €, soit 39.616,80€ par an ; que la société Lowendalmasaï a souligné dans ses conclusions d'appel que les demandes de rappel de salaire n'étaient pas justifiées dans leur quantum en l'état de la rémunération brute perçue en 2006, 2007 et de janvier à juin 2008, à savoir les sommes respectivement de 42.713,02€, 44.789,93€ et 26.301,30€ ; qu'en condamnant néanmoins la société Lowendalmasaï à verser un rappel de salaire au titre de ces trois années, sans examiner si la salariée n'avait pas effectivement perçue une rémunération supérieure au salaire moyen fixé par elle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 4 de l'accord du 22 juin 1999 annexé à la convention collective Syntec.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société Lowendalmasaï à verser à Mme les sommes de 3.301,12 € pour défaut de procédure, 9.903 € au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et 990,33 € pour les congés payés subséquents, 3.086 € au titre de l'indemnité de licenciement, 28.000 € au titre de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse et 1.500€ au titre du droit individuel à la formation ;

AUX MOTIFS QUE Mme a remis sa démission par courrier du 10 juillet 2008 et que dès le lendemain 11 juillet 2008 elle a écrit par mail au manager des responsables d'équipe pour se plaindre qu'elle ne pouvait mener à bien ses nouvelles fonctions du fait de la mainmise conservée par ce manager sur son ex-équipe, critique réitérée par mail du 16 juillet 2008 à la directrice du pôle ATM se plaignant également de ce que la société ne voulait pas lui accorder les formations nécessaires ; qu'il en résulte que dès le lendemain de sa lettre de démission Mme a formulé des reproches à son employeur, confirmés quelques jours plus tard, privant ainsi sa démission du caractère clair et non équivoque nécessaire pour lui donner son plein effet ; que dès lors il convient de requalifier sa démission en licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'il convient également de faire

AUX MOTIFS QUE Mme t, diplômée en 2003, a été embauchée le 5 janvier 2004 pour exercer les recours sur les accidents du travail et les maladies professionnelles ; que tous les avenants ne font que confirmer cette activité ; que telle qu'elle est rédigée, la clause de non-concurrence prive l'intéressée de toute possibilité d'exercer un emploi correspondant à ses qualifications et conforme à son expérience professionnelle, cette privation s'étendant sur toute la France pour une période de deux ans ; que cette dispositions insuffisamment limitée dans le temps et l'espace est de ce fait nulle ; qu'il convient de condamner la société à verser à Mme la somme de 17.957,30 € correspondant au montant de la contrepartie financière que la société aurait du lui verser à titre de dommages et intérêts ;

1°) ALORS QU' en affirmant que la salariée ne pouvait plus exercer l'activité qui était la sienne au sein de la société Lowendalmasaï, à savoir les recours sur les accidents de travail et maladies professionnelles, sans rechercher si, comme l'avait indiqué l'employeur, Mme pouvait exercer ces mêmes fonctions pour le compte de toute entreprise de n'importe quel autre secteur d'activité, dès lors que l'activité principale de son nouvel employeur ne concurrençait pas la société Lowendalmasaï et n'était pas liée à la réduction des coûts en matières fiscale et sociale, la cour d'appel a privé sa décision au regard de l'article 1134 du code civil ;

2°) ALORS QUE la seule extension du champ d'application géographique d'une clause de non-concurrence à l'ensemble du territoire français y compris pour une durée de deux ans ne rend pas en soi impossible l'exercice par le salarié d'une activité professionnelle ; que la société Lowendalmasaï avait souligné dans ses conclusions qu'en vertu des indications du curriculum vitae produit lors de son embauche, la salariée était diplômée d'une école supérieure de commerce - option ressources humaines- et d'une maîtrise droit des affaires obtenue en 2000 et son expérience professionnelle avait porté essentiellement sur des activités commerciales et juridiques pour ensuite se concentrer plus spécialement sur le secteur des ressources humaines, tout d'abord comme chasseur de têtes puis comme gestionnaire de carrières ; que dès lors, en se prononçant au regard uniquement de l'expérience professionnelle acquise par la salariée au sein de la société Lowendalmasaï, sans prendre en considération ni ses qualifications professionnelles de juristes et de commerciales, ni l'expérience professionnelle acquise dans ces domaines et notamment celui des ressources humaines, d'une part, et le caractère particulièrement restreint de l'activité prohibée par la clause de non-concurrence, d'autre part, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

3°) ALORS QUE si le salarié peut bénéficier d'une réparation sans avoir à prouver l'existence d'un quelconque préjudice, le montant des dommages et intérêts alloués doit toutefois prendre en considération la violation par le salarié de la clause de non-concurrence ; qu'en allouant à la salariée à titre de dommages et intérêts l'intégralité de la somme due à titre de contrepartie

de la clause de non-concurrence, sans prendre en considération la violation de la dite clause par l'intéressée, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1147 du code civil ;