SOC.

JL

COUR DE CASSATION

Audience publique du 13 décembre 2017

Rejet

M. HUGLO, conseiller doyen faisant
fonction de président

Arrêt n° 2632 F-D

Pourvoi n° W 16-14.987
X 16-14.988 JONCTION

Aides juridictionnelles totales en demande
au profit de M. Y...
Admissions du bureau d'aide juridictionnelle
près la Cour de cassation
en date du 3 février 2016.

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 les pourvois n° W 16-14.987 et X 16-14.988 formés par M. Guy Y..., domicilié [...]

contre deux arrêts n° RG : 11/03510 et 11/05540 rendus le 20 juin 2014 par la cour d'appel de Toulouse (4e chambre -

section 1 - sociale), dans le litige l'opposant à l'association ADAPEI 31, dont le siège est [...] ,
aux droits de laquelle vient l'AGAPEI,

défenderesse à la cassation ;

Le demandeur au pourvoi n° W 16-14.987 invoque, à l'appui de son recours, les cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Le demandeur au pourvoi n° X 16-14.988 invoque, à l'appui de son recours, les six moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 15 novembre 2017, où étaient présents : M. Huglo, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Barbé, conseiller référendaire rapporteur, Mme Slove, conseiller, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Barbé, conseiller référendaire, les observations de la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat de M. Y..., de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de l'association AGAPEI, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu la connexité, joint les pourvois n° W 16-14.987 et X 16-14.988 :

Attendu, selon les arrêts attaqués (Toulouse, 20 juin 2014), qu'engagé le 26 novembre 1990 par l'ADAPEI 31 en qualité d'aide médico-psychologique (AMP), veilleur de nuit, au sein de la maison d'accueil spécialisée « [...] » à [...], M. Y... a saisi, le 22 avril 2008, la juridiction prud'homale d'une demande de rappel de salaires et de primes qui a été évoquée à l'audience du 15 décembre 2009 et a donné lieu à un jugement du 28 avril 2010 ; qu'il a été licencié pour faute lourde par courrier du 16 décembre 2009 ; qu'il a saisi une seconde fois, le 23 décembre 2009, la même juridiction en contestation de son licenciement et en paiement de rappel de salaires, de dommages-intérêts et de diverses indemnités de rupture ;

Sur les cinq moyens du pourvoi n° W 16-14.987, les trois premiers moyens du pourvoi n° X 16-14.988 :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens, irrecevable pour la cinquième branche du troisième moyen du pourvoi n° X 16-14.988, et qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner une cassation ;

Sur le quatrième moyen du pourvoi n° X 16-14.988 :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande au titre de la prime des dimanches et jours fériés, alors, selon le moyen, que conformément à l'article 10 de l'annexe 1 de la convention collective, le personnel qui assure un travail effectif le dimanche ou les jours fériés «bénéficie d'une indemnité horaire pour travail du dimanche et des jours fériés » ; qu'il résulte de la conjonction de coordination « et » que la prime doit être payée pour les dimanches, mais également pour les jours fériés et que le salarié est donc en droit d'obtenir le paiement de deux primes lorsqu'un jour férié coïncide avec un dimanche ; qu'en décidant autrement, la cour d'appel a violé l'article 10 de l'annexe 1 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 ;

Mais attendu que la cour d'appel, après avoir constaté que le salarié avait perçu la prime de dimanche et jours fériés prévue par l'article 10 de l'annexe 1 à la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, a exactement décidé qu'il ne pouvait prétendre au doublement de son versement dans l'hypothèse où le dimanche coïncidait avec un jour férié pour lequel la prime était

conventionnellement prévue ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen du pourvoi n° X 16-14.988 :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande au titre des heures de récupération (repos compensateur), alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel, considérant que M. Y... avait été rempli de l'intégralité de ses droits à congés, a également considéré qu'il « n'est pas fondé à demander le bénéfice d'heures de récupération au titre de congés non pris » ; que dès lors, la cassation à intervenir sur les deuxième et/ou troisième moyens de cassation relatif aux congés emportera cassation de l'arrêt en ses dispositions relatives aux heures de récupération et ce, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ que, conformément à l'article 23 de la convention collective, « le salarié dont le repos hebdomadaire n'est pas habituellement le dimanche, a droit, quand ces jours fériés légaux tombent un dimanche, à un repos compensateur d'égale durée : - quand il a effectivement assuré son service un jour férié légal, ou - si ce jour coïncidait avec son repos hebdomadaire. Dans l'un et l'autre cas, ce repos compensateur est accordé sans préjudice du repos hebdomadaire normal

» ; que M. Y..., pour lequel le dimanche n'est pas le jour de repos habituel, a sollicité le paiement des repos compensateurs dont il n'avait pas bénéficié ; que la cour d'appel, qui a rejeté ses demandes sans rechercher si le salarié avait bénéficié de tous les repos compensateurs auxquels il avait droit en application de l'article 23 de la convention collective, a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard dudit article ;

3°/ que la preuve est libre en sorte que le conseil de prud'hommes ne pouvait rejeter la demande du salarié aux motifs qu'il ne communiquait pas son emploi du temps ; qu'en rejetant la demande du salarié en adoptant les motifs des premiers juges, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil ;

4°/ que le salarié contestait l'argumentation de l'employeur et produisait des pièces pour justifier de ses demandes, et notamment des pièces nouvelles produites devant la cour d'appel ; qu'en rejetant la demande du salarié quand il appartenait à la cour d'appel de répondre à ses conclusions en examinant l'intégralité des pièces produites par le salarié au soutien de ses demandes, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, que le rejet des deuxième et troisième moyens rend sans objet la première branche du moyen ;

Attendu, d'autre part, que la cour d'appel, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve, a estimé, sans inverser la charge de la preuve, que le salarié n'apportait pas des éléments suffisants au soutien de sa demande de paiement des repos compensateurs auxquels il pouvait prétendre ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le sixième moyen du pourvoi n° X 16-14.988 :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à obtenir le paiement de dommages et intérêts, alors, selon le moyen, que la cassation à intervenir sur l'un des précédents moyens de cassation emportera cassation de l'arrêt en ce qu'il a rejeté la demande du salarié tendant à obtenir le paiement de dommages et intérêts et ce, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

Mais attendu que le rejet des moyens précédents rend ce moyen sans objet ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne M. Y... 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 treize décembre deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi n° W 16-14.987 par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils, pour M. Y...,

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de Y... tendant à voir juger qu'il avait été victime de discrimination, de harcèlement ou de disparité de traitement et obtenir le paiement de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article L. 1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa son appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ; selon l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa son appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou de son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable, constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs précités, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés, la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs précités et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant ; l'article L. 1134-1 du code du travail prévoit qu'en cas de litige relatif à l'application de ce texte, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, au vu desquels il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; en l'espèce, M. Y... soutient qu'il a été écarté, tout au long de l'exécution de son contrat de travail, de l'accès à la promotion sociale prévu par l'article 32 de la convention collective, et ce malgré les formations qu'il a suivies et les diplômes obtenus (diplôme d'éducateur spécialisé et licence en droit) ; M. Y... justifie de l'obtention, le 25 juin 2008, du diplôme d'Etat d'éducateur spécialisé ; toutefois, le fait qu'il ait été reçu en entretien, à deux reprises, le 24 juillet et le 6 août 2009, pour des postes d'éducateur spécialisé à l'IME Autan Val Fleuri et au foyer Le Lauragais, établissement relevant de l'ADAPEI 31, et qu'il n'ait pas été finalement retenu, ne suffit pas à établir l'existence d'une discrimination, en l'absence d'élément d'appréciation des mérites des autres candidats ; il ne peut davantage être sérieusement reproché à l'ADAPEI de n'avoir pas retenu la candidature de M. Y... au poste d'animateur 1ère catégorie externat à plein temps au FAM Lauragais, alors qu'elle venait s'apprendre que M. Y... multipliait les lettres de

dénonciation à son encontre auprès des administrations et des partenaires de l'ADAPEI ; compte tenu des observations qui précèdent et des motifs pertinents des premiers juges, que la cour adopte, la cour considère que la matérialité d'éléments de fait précis et concordants laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte au sens des textes ci dessus rappelés n'est pas démontrée ; les demandes relatives à la discrimination et au licenciement doivent par conséquent être rejetées ;

et AUX MOTIFS partiellement adoptés QUE M. Y... invoque par ailleurs une discrimination et sollicite à ce titre la somme de 150 000 € à titre de dommages et intérêts ; sur le terrain de la discrimination, M. Y... invoque ses activités syndicales tout en admettant lui-même qu'il a abandonné tous ses mandats depuis plus de 10 ans ; il s'agit d'une première difficulté sur le fondement de la discrimination ; il est en effet quelque peu curieux que l'employeur ait précisément attendu que M. Y... n'ait plus d'activité syndicale pour commencer à le discriminer pour ce motif ; en toute hypothèse et là encore, M. Y... se contente de procéder par voie d'affirmations ; or, il lui appartient par application des dispositions de l'article L1134-1 du Code du travail d'apporter des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination ; cela est tout à fait singulier dans l'hypothèse d'une activité syndicale ayant cessé plusieurs années avant que M. Y... ne postule à des postes qui lui ont été refusés selon lui à tort ; il y a toutefois lieu d'analyser la question sous l'angle de l'égalité de traitement. M. Y... fait valoir qu'il a obtenu le diplôme d'éducateur spécialisé et une licence en droit et que l'employeur n'a jamais donné suite à ses candidatures en interne sur des postes destinés à valoriser ces diplômes ; M. Y... procède encore une fois par affirmation ; il n'est pas même justifié des diplômes invoqués ; ceci ne pose aucune difficulté pour celui d'éducateur spécialisé qui est explicitement admis par l'employeur ; la question de la licence en droit demeure entière ; mais quoiqu'il en soit même en admettant l'argumentation de M. Y... sur ce point, force est de constater qu'il ne donne aucun élément de comparaison permettant de retenir que des candidats avec une formation moindre lui auraient été préférés ; d'ailleurs, pour certains des postes où M. Y... considère qu'il a été injustement éconduit, il apparaît qu'il ne disposait en aucun cas de la formation nécessaire ; il postulait en effet sur des postes de chef de service ou de responsable de ressources humaines qui nécessitaient des diplômes bien supérieurs quant aux postes sur lesquels il pouvait effectivement postuler, il n'avait pas un droit acquis à les occuper et le Conseil ne dispose d'aucun élément de fait lui permettant d'affirmer que c'est à tort qu'un autre candidat lui aurait été préféré ; il n'y a donc pas lieu à dommages et intérêts de ce chef ;

1° - ALORS QUE lorsque le salarié présente des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une telle discrimination ; que le salarié s'était prévalu d'une absence de promotion, de l'absence d'affectation à un poste correspondant à ses qualifications - et ce, en violation des dispositions de la convention collective et des engagements de l'employeur dans le cadre de la politique de gestion prévisionnelle des emplois et de la compétence - ainsi que de pressions et du comportement de l'employeur qui l'avait contraint à présenter des réclamations pour obtenir le respect de ses droits ; que la cour d'appel, qui a uniquement pris en considération l'absence de promotion et n'a pas recherché si tous les éléments invoqués par le salarié, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination, a violé les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L 2141-5 du code du travail ;

2° - ALORS QUE la charge de la preuve d'une discrimination n'incombe pas au salarié lequel doit simplement soumettre au juge des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte ; qu'il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la cour d'appel, après avoir constaté qu'il n'avait pas été accepté pour plusieurs postes, a, pour rejeter la demande du salarié, retenu que le fait « qu'il n'ait pas été finalement retenu ne suffit pas à établir l'existence d'une discrimination, en l'absence d'élément d'appréciation des mérites des autres candidats » ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand les éléments invoqués par le salarié laissent supposer une discrimination et qu'il appartenait à l'employeur de prouver que ses décisions étaient justifiées par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L 2141-5 du code du travail ;

3° - ALORS QUE la discrimination est caractérisée dès lors que l'employeur n'établit pas que ses décisions sont exclusivement justifiées par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination ; que pour rejeter la demande du salarié, la cour d'appel a retenu qu'il ne pouvait « davantage être sérieusement reproché à l'ADAPEI de n'avoir pas retenu la candidature de M. Y... au poste d'animateur 1ère catégorie externat à plein temps au FAM Lauragais, alors qu'elle

venait s'apprendre que M. Y... multipliait les lettres de dénonciation à son encontre auprès des administrations et des partenaires de l'ADAPEI » ; qu'en statuant comme elle l'a fait, par des motifs insusceptibles de caractériser l'existence d'éléments étrangers à toute discrimination permettant seuls d'expliquer la situation, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail ;

4° - ALORS QUE le salarié a fait valoir que la discrimination subie était liée à son passé de syndicaliste et à l'action qu'il continuait de mener en faveur des salariés, notamment en assistant certains d'entre eux lors des procédures disciplinaires et en présentant des revendications en faveur de la communauté des salariés ; que le conseil de prud'hommes semble avoir écarté l'application de l'article L1132-1 du code du travail en retenant que le salarié n'exerçait plus de mandat ; qu'en adoptant les motifs des premiers juges quand le fait que le salarié ait exercé des mandats syndicaux et qu'il continue à mener des actions en faveur des salariés en soutenant des revendications et en les assistant lors de procédures disciplinaires lui permettait de se prévaloir des dispositions des articles L. 1132-1 et L2141-5 du code du travail, la cour d'appel a violé lesdits articles ;

5° - ALORS QUE le salarié a fait valoir qu'il avait été victime de harcèlement ; qu'en ne recherchant pas si le salarié ne présentait pas des éléments de faits laissant présumer l'existence d'un harcèlement, et si, dans l'affirmative, l'employeur justifiait d'éléments objectifs permettant d'exclure l'existence d'un harcèlement, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des articles L1152-1 et L1154-1 du code du travail ;

6° - et ALORS enfin QU'il appartient à l'employeur de justifier d'éléments réels, objectifs et pertinents permettant d'exclure toute disparité de traitement ; que la demande du salarié a été rejetée aux motifs que si sa candidature avait été rejetée, il ne donnait « aucun élément de comparaison permettant de retenir que des candidats avec une formation moindre lui auraient été préférés » ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand il appartenait à l'employeur de justifier d'éléments réels, objectifs et pertinents permettant d'exclure toute disparité de traitement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de disparité de traitement.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de M. Y... tendant à voir juger que son licenciement était entaché de nullité, obtenir le paiement de dommages et intérêts, d'une indemnité de licenciement, d'une indemnité de préavis, et d'une somme au titre de la régularisation du dernier jour travaillé ;

AUX MOTIFS QUE lorsqu'un licenciement est motivé par une faute lourde, le salarié est privé, non seulement du droit au préavis et à l'indemnité de licenciement, mais également, en application de l'article L. 3141-26 du code du travail, de l'indemnité compensatrice de congés payés prévue à l'article L. 3141-21 du même code ; la faute lourde est celle qui, comme la faute grave, résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputable au salarié qui constituent une violation des obligations résultant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise même pendant la durée limitée du préavis ; elle suppose, en outre, l'intention de nuire du salarié ; l'employeur qui invoque la faute lourde doit en rapporter la preuve ; en l'espèce, l'employeur reproche à M. Y... la multiplication de critiques et d'accusations sans fondement à l'encontre de l'employeur, contenus dans des courriers adressés par le salarié, en novembre 2009, à la CPAM, à l'URSSAF, à la DDASS, à l'inspection du travail, au conseil général et au préfet de région ; M. Y... ne conteste pas la teneur de ces courriers, qu'il revendique au contraire, en indiquant, d'une part, qu'il doit bénéficier de la protection conférée par l'article L. 1161-1 du code du travail pour avoir dénoncé des faits de corruption, et d'autre part, qu'en vertu des dispositions de l'article L. 313-24 du code de l'action sociale et des familles, le fait qu'il ait relaté l'existence de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ne peut avoir pour effet d'entraîner son licenciement ; en l'espèce, les accusations portées par M. Y... à l'encontre de l'employeur concernent une appréciation inexacte des dispositions de la convention collective, des erreurs dans la subrogation des indemnités journalières, une mauvaise utilisation des fonds de formation, ainsi qu'une critique de la gestion de l'ADAPEI ; il ne s'agit, en aucun cas, de faits de corruption, celle-ci devant être définie comme l'agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite ou accepte un don, une offre ou une promesse en vue d'accomplir, retarder ou omettre d'accomplir un acte entrant, d'une façon directe ou indirecte, dans le cadre de ses fonctions, et qui implique une violation, par le coupable, des devoirs de sa charge ; de même, la protection issue de l'article L. 313-24 du code de l'action sociale et des familles concernent des

mauvais traitements ou privations infligés à des personnes accueillies dans l'établissement, ce qui n'est pas le cas des pratiques dénoncées par M. Y... ; suite aux accusations péremptoires portées par M. Y..., la direction régionale du travail et de l'emploi a enquêté sur l'utilisation des fonds de formation; le contrôle opéré n'a pas confirmé les allégations du salarié ; force est de constater, comme l'a justement souligné le conseil de prud'hommes dans les motifs de sa décision, que M. Y... a multiplié de façon intempestive des accusations à rencontre de l'ADAPEI 31, lesquelles ne reposaient sur aucun fait objectif et étaient dénuées de tout fondement ; de tels propos excèdent la liberté d'expression, et constituent une grave méconnaissance de l'obligation de loyauté et de confidentialité du salarié, incompatible avec son maintien au sein de l'établissement, même pendant la durée de l'exécution du préavis ; reste à déterminer si la conduite de M. Y... a été dictée par l'intention de nuire à son employeur ; comme le souligne elle-même l'ADAPEI 31 dans ses écritures, M. Y... persiste à nier la réalité et s'enferme dans une théorie du complot, ce qui laisse à penser qu'il demeure, en dehors de tout élément objectif, convaincu par sa propre argumentation ; alors qu'il multiplie, auprès des administrations et organismes sociaux, les dénonciations à l'encontre de son employeur, il continue à postuler pour différents postes en interne au sein de l'ADAPEI 31 ; c'est donc par une juste appréciation des circonstances de l'espèce que le conseil de prud'hommes a jugé que l'employeur ne rapportait pas la preuve de l'intention de nuire de M. Y... et que le licenciement reposait sur une faute grave du salarié et non sur une faute lourde ; il a également fait une juste appréciation des droits du salarié au titre de ses congés et du droit individuel à la formation ; le jugement sera donc confirmé dans toutes ses dispositions ;

et AUX MOTIFS adoptés QUE bien qu'aucun contrat écrit ne soit produit, il est constant que M. Y... a été embauché selon contrat à durée indéterminée du 26 novembre 1990 ; il occupait en dernier lieu les fonctions d'aide médico psychologique en tant que veilleur de nuit ; il a fait l'objet d'un licenciement pour faute lourde selon lettre du 16 décembre 2009 ; l'employeur s'étant placé sur ce terrain, il supporte seul la charge de la preuve tant de la réalité des faits fautifs que de leur caractère de gravité justifiant de l'éviction immédiate du salarié ainsi que de l'intention de nuire caractérisant seule la faute lourde ; aux termes de la lettre de licenciement qui circonscrit le litige, l'employeur reprochait à M. Y... la multiplication de critiques et accusations sans fondement à son encontre ; il est certain que M. Y... a adressé des courriers à des autorités administratives ou chargées d'une mission de service publique, courriers dans lesquels il formulait des reproches tout à fait sérieux à l'encontre de son employeur. M. Y... l'admet d'ailleurs tout à fait ; il ne peut en premier lieu être fait application des dispositions de l'article L 1161-1 du Code du travail dans la mesure où, à aucun moment, les faits dont M. Y... faisait état ne peuvent être qualifiés de corruption au sens des dispositions de l'article 433-1 du Code de procédure pénale ; il apparaît que, courant novembre 2009 et en particulier les 2 et 16 novembre, M. Y... a adressé des courriers à la CPAM, à l'URSSAF, à la DDASS, à l'Inspection du travail, au Conseil général et au Préfet de région ; il y remettait en cause l'ensemble de la gestion de l'ADAPEI ; s'il invoquait spécifiquement des fraudes dans la mise en place de la subrogation lors des arrêts de maladie et des détournements des fonds de formation, il développait également une remise en cause générale de l'ensemble de la gestion ; les dispositions de l'article L 313-24 du Code de l'action sociale et des familles sont là encore sans objet puisqu'il ne s'agissait pas de relater des mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie dans l'établissement ; c'était bien l'ensemble de l'organisation, surtout financière, de l'entreprise qui était remise en cause et ce sans nuance ni précaution ; or, M. Y... qui n'apporte aucun élément de nature à étayer les accusations qu'il formulait, ne pouvait ignorer qu'en les adressant aux différentes autorités de tutelle ou entités disposant d'un pouvoir de financement ou de contrôle il risquait de mettre en difficulté son employeur ; en effet, le seul élément un peu précis qu'il articule sur la difficulté quant à ses indemnités journalières n'est aucunement justifié dans son acception de fraude ; celle-ci ne saurait résulter de tout désaccord, même justifié, sur le calcul de la subrogation ; de même, l'existence d'un redressement URSSAF porte manifestement sur une divergence d'appréciation entre cet organisme et l'employeur sur l'imputation de certains éléments ; une analyse même erronée de l'employeur peut certes être à l'origine d'un redressement sans que celui-ci soit le signe évident d'une malversation ; en d'autres termes, tout redressement URSSAF n'est pas la manifestation d'un détournement ; il existe certes une liberté d'expression mais celle-ci doit être exercée sans abus et dans des conditions qui ne heurteraient pas le principe de l'exécution loyale du contrat de travail ; en l'espèce, il est manifeste que M. Y... a notablement excédé cette limite en multipliant les dénonciations auprès de différentes autorités dans des conditions qui pouvaient avoir de graves conséquences pour l'employeur et sans prendre de précautions ; en particulier, s'agissant des fonds de formation, M. Y... n'hésitait pas à invoquer un voyage au Sénégal financé sur ces fonds de formation sans étayer une telle déclaration pourtant grave du moindre élément de preuve ; dans le cadre du présent débat, M. Y... ne fournit pas plus d'éléments permettant non pas d'établir les faits qu'il dénonçait mais ne serait-ce que de les présumer ; il est d'ailleurs symptomatique de constater qu'interpellés par M. Y... les représentants du personnel n'ont à aucun moment produit de témoignage ; M. Y..., là encore, sans autre élément que ses affirmations envisage une peur des représailles de

l'employeur sans manifestement s'interroger sur le fait que ses dénonciations pourraient simplement être erronées ; quoiqu'il en soit les dénonciations opérées par M. Y... sans élément de preuve à l'appui, sans nuance et par simple affirmation sont tout à fait exclusives de la loyauté devant présider à l'exécution du contrat de travail ; il s'en déduit que l'employeur pouvait se placer sur le terrain de la faute grave, en ce qu'une telle faute justifie effectivement l'éviction immédiate du salarié ; reste à envisager la question de la faute lourde ; celle-ci suppose l'intention de nuire ; or, si le comportement de M. Y... relevait d'une faute grave en ce qu'il a, à tout le moins, procédé avec une légèreté tout à fait blâmable, il résulte de l'ensemble des débats devant le Conseil que M. Y... demeure, en dehors de tout élément objectif, convaincu par son argumentation ; il est exact qu'il ne démontre pas avoir réussi à convaincre autre que lui des faits qu'il invoque ; mais l'employeur ne rapporte pas la preuve de ce que le salarié avait véritablement une intention de lui nuire en dénonçant des faits qu'il savait inexacts ; il convient donc en l'espèce de s'en tenir à une faute grave mais non lourde ; M. Y... ne peut donc prétendre ni à des dommages et intérêts ni aux différentes indemnités de rupture ; mais il doit être réglé de ses indemnités de congés payés pour les sommes suivantes, dont le montant n'est pas spécialement discuté : 1 938,67 € au titre du solde des congés annuels, 1 163,20 € au titre du solde des congés d'ancienneté, 581,60 € au titre du solde des congés trimestriels ; il n'y a pas lieu d'allouer une somme au titre de la régularisation du jour de sortie, dont le montant n'est pas explicité, dès lors que le licenciement pour faute grave prend effet au jour d'envoi de la lettre de licenciement ; compte-tenu de la date du licenciement, seule la faute lourde était exclusive de la portabilité du droit individuel à la formation ; il est donc dû à ce titre une indemnité ; M. Y... est toutefois peu explicite sur le montant sollicité ; il lui sera alloué une indemnité de 500 € à ce titre ;

1° - ALORS QUE M. Y... a fait valoir que l'employeur avait formulé la lettre de licenciement en utilisant le mode conditionnel, en se fondant sur des hypothèses ou des suppositions ; qu'en considérant que le licenciement était fondé sur une faute grave quand, dans la lettre de licenciement, l'employeur se fondait sur des hypothèses ou des suppositions, la cour d'appel a violé les articles L1232-6, L1234-1, L1234-5, L 1234-9, L1235-1 et L1235-3 du code du travail ;

2° - ALORS QUE la preuve de la faute lourde ou de la faute grave incombe exclusivement à l'employeur, le salarié n'ayant rien à démontrer ; que la cour d'appel a jugé que le licenciement était fondé sur une faute grave en faisant peser sur le salarié la charge de la preuve que ses témoignages et narrations étaient fondés ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil ;

3° - ALORS subsidiairement QU'aucun salarié ne peut être licencié pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ; qu'en cas de litige, le salarié établit des faits qui permettent de présumer qu'il a relaté ou témoigné de faits de corruption ; que l'employeur reprochait au salarié ses courriers des 2 et 16 novembre 2009 dans lesquels il faisait notamment état de fraudes, de détournements, du comportement condamnable de l'employeur, de l'utilisation de fonds et de locaux dans des conditions opaques et suspectes susceptibles de caractériser des faits de corruption ; qu'en rejetant les demandes du salarié, quand il résultait des courriers du 2 novembre 2009 adressé à la Direction Régionale du Travail et de l'emploi et du courrier du 16 novembre 2009 adressé à la DDASS et au conseil général, que le salarié établissait des faits permettant de présumer qu'il avait relaté ou témoigné de faits de corruption, la cour d'appel a dénaturé lesdits courriers en violation de l'article 1134 du code civil ;

4° - ALORS QU'aucun salarié ne peut être licencié pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ; qu'en cas de litige, le salarié établit des faits qui permettent de présumer qu'il a relaté ou témoigné de faits de corruption ; que l'employeur reprochait au salarié ses courriers des 2 et 16 novembre 2009 dans lesquels il faisait notamment état de fraudes, de détournements, du comportement condamnable de l'employeur, de l'utilisation de fonds et de locaux dans des conditions opaques et suspectes susceptibles de caractériser des faits de corruption ; qu'en rejetant les demandes du salarié sans rechercher si, en faisant état de fraudes, de détournements, du comportement condamnable de l'employeur, et de l'utilisation de fonds et de locaux dans des conditions opaques et suspectes, le salarié n'établissait pas des faits permettant de présumer qu'il avait relaté ou témoigné de faits de corruption, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article L 1161-1 du code du travail ;

5° - ALORS par ailleurs QU'en application de l'article L313-24 du code de l'action sociale et des familles, le salarié ne peut

être sanctionné pour avoir témoigné de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ou relaté de tels agissements ; que dans son courrier du 16 novembre 2009, M. Y... a notamment fait état d'une exposition des usagers à la légionellose et de graves problèmes de sécurité et d'hygiène et a justifié avoir porté plainte pour mise en danger d'autrui ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher si, dans son courrier du 16 novembre 2009, le salarié n'avait pas relaté et témoigné de mauvais traitements ou privations au sens de l'article L313-24 du code de l'action sociale et des familles, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard dudit article ;

6° - ALORS en tout état de cause QU'en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est frappé de nullité ; que d'une part, le salarié a relaté et témoigné de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales et que, d'autre part, la cour d'appel a constaté que le salarié était convaincu par sa propre argumentation – et donc qu'il était de bonne foi ; qu'en rejetant néanmoins sa demande tendant à voir annuler son licenciement, la cour d'appel a violé l'article 10 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article L1121-1 du code du travail ;

7° - et ALORS subsidiairement QUE la cour d'appel s'est prononcée au regard de la corruption et de l'article L313-24 du code de l'action sociale et des familles mais n'a pas recherché si les faits relatés par le salarié étaient de nature à caractériser d'autres infractions pénales ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans procéder à cette recherche, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 10 § 1 de de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article L1121-1 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de M. Y... au titre des charges injustement ajoutées aux indemnités journalières de sécurité sociales avant leur déduction du brut ;

AUX MOTIFS QUE pendant la période d'arrêt maladie du salarié, l'employeur doit assurer le maintien de son salaire ; le complément de salaire du par l'employeur est calculé en tenant compte de la méthode dite de « rebrutalisation » des indemnités journalières, c'est à dire en convertissant celles-ci en un salaire brut théorique qui, déduit du salaire brut du salarié en activité, permet d'obtenir le complément de salaire brut ; cette somme doit elle-même être amputée des cotisations sociales ; le conseil de prud'hommes a, par de justes motifs que la cour adopte, relevé que dans le décompte qu'il produit au titre du réajustement des indemnités journalières, M. Y... fait totalement abstraction des cotisations CSG et RDS, qui doivent rester à la charge du salarié et n'ont pas à être payées par l'employeur via la règle du maintien de salaire ; M. Y... ne produit pas aux débats le bulletin de salaire émis par l'employeur en janvier 2010, qui semble régler la question de la subrogation, de sorte que la demande du salarié à ce titre doit également être écartée ;

et AUX MOTIFS adoptés QUE M. Y... sollicite la somme de 1 400,01 € à titre de "réajustement sur les indemnités journalières" et celle de 1 754,63 € au titre du "différentiel du chef de la subrogation" ; M. Y... fait valoir que la somme de 1 400,01 € correspond à des charges qui ont été injustement ajoutées aux indemnités journalières avant d'être déduites du brut ; il apparaît en premier lieu que cette somme ne correspond pas au décompte que M. Y... a établi et qu'il produit en pièce 5 ; le conseil n'est pas parvenu à comprendre à quoi pouvait correspondre la somme de 1 400,01 € ; surtout, il apparaît que M. Y... fait totalement abstraction dans son raisonnement des cotisations CSG et CRDS ; quant à la question de la subrogation, au vu des éléments très parcellaires qui sont produits au conseil, il apparaît qu'il a pu exister une difficulté de transmission entre l'employeur et la CPAM au jour du licenciement ; toutefois, il résulte également des propres courriers adressés par M. Y... (pièce 10) qu'un bulletin de salaire de régularisation a été émis en janvier 2010, date à laquelle il ne faisait plus partie des effectifs de l'entreprise ; il s'agissait donc manifestement de cette question de la subrogation ; or, alors qu'il indiquait adresser une photocopie de ce bulletin de salaire à la CPAM, il ne le produit pas au Conseil de sorte qu'il est impossible de savoir sur quel montant de subrogation porte sa réclamation ; il sera donc débouté de ses demandes à ce titre ;

1° - ALORS QUE le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; que pour rejeter

les demandes du salarié, la cour d'appel a retenu que l'employeur appliquait la méthode dite de «rebrutalisation» des indemnités journalières ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans préciser sur quel texte légal ou réglementaire l'employeur fondait cette méthode et ses calculs, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2° - ALORS QUE le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; que la cour d'appel a retenu que, dans ses calculs, M. Y... faisait abstraction des cotisations CSG et CRDS ; qu'en rejetant dans leur intégralité les demandes du salarié, quand il lui appartenait de rechercher si, indépendamment des cotisations CSG et CRDS, le salarié avait été rempli de ses droits, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de M. Y... au titre de la subrogation ;

AUX MOTIFS QUE pendant la période d'arrêt maladie du salarié, l'employeur doit assurer le maintien de son salaire ; le complément de salaire du par l'employeur est calculé en tenant compte de la méthode dite de « rebrutalisation » des indemnités journalières, c'est à dire en convertissant celles-ci en un salaire brut théorique qui, déduit du salaire brut du salarié en activité, permet d'obtenir le complément de salaire brut ; cette somme doit elle-même être amputée des cotisations sociales ; le conseil de prud'hommes a, par de justes motifs que la cour adopte, relevé que dans le décompte qu'il produit au titre du réajustement des indemnités journalières, M. Y... fait totalement abstraction des cotisations CSG et RDS, qui doivent rester à la charge du salarié et n'ont pas à être payées par l'employeur via la règle du maintien de salaire ; M. Y... ne produit pas aux débats le bulletin de salaire émis par l'employeur en janvier 2010, qui semble régler la question de la subrogation, de sorte que la demande du salarié à ce titre doit également être écartée ;

et AUX MOTIFS adoptés QUE M. Y... sollicite la somme de 1 400,01 € à titre de "réajustement sur les indemnités journalières" et celle de 1 754,63 € au titre du "différentiel du chef de la subrogation" ; M. Y... fait valoir que la somme de 1 400,01 € correspond à des charges qui ont été injustement ajoutées aux indemnités journalières avant d'être déduites du brut ; il apparaît en premier lieu que cette somme ne correspond pas au décompte que M. Y... a établi et qu'il produit en pièce 5 ; le conseil n'est pas parvenu à comprendre à quoi pouvait correspondre la somme de 1 400,01 € ; surtout, il apparaît que M. Y... fait totalement abstraction dans son raisonnement des cotisations CSG et CRDS ; quant à la question de la subrogation, au vu des éléments très parcellaires qui sont produits au conseil, il apparaît qu'il a pu exister une difficulté de transmission entre l'employeur et la CPAM au jour du licenciement ; toutefois, il résulte également des propres courriers adressés par M. Y... (pièce 10) qu'un bulletin de salaire de régularisation a été émis en janvier 2010, date à laquelle il ne faisait plus partie des effectifs de l'entreprise ; il s'agissait donc manifestement de cette question de la subrogation ; or, alors qu'il indiquait adresser une photocopie de ce bulletin de salaire à la CPAM, il ne le produit pas au Conseil de sorte qu'il est impossible de savoir sur quel montant de subrogation porte sa réclamation ; il sera donc débouté de ses demandes à ce titre ;

1° - ALORS QUE le bulletin de paie de janvier 2010 avait été produit par le salarié et visé dans ses conclusions, tandis que l'employeur, qui en était l'auteur, ne prétendait pas qu'il n'était pas en sa possession, ni a fortiori qu'il n'en avait pas eu connaissance ; que la cour d'appel, qui a rejeté la demande du salarié aux motifs qu'il ne produisait pas aux débats le bulletin de salaire émis par l'employeur en janvier 2010 a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

2° - ALORS QUE les juges ne peuvent statuer par des motifs hypothétiques ; que la cour d'appel a retenu que « M. Y... ne produit pas aux débats le bulletin de salaire émis par l'employeur en janvier 2010, qui semble régler la question de la subrogation » ; qu'en statuant par des motifs hypothétiques, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3° - ALORS QUE, application de l'article 1315 du code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et que, réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ; que la cour d'appel a rejeté la demande du salarié aux motifs qu'il ne produisait pas le bulletin de salaire de janvier 2010 « qui semble régler la question de la subrogation » ; qu'en admettant qu'il y avait une difficulté et en faisant porter la charge de la preuve du règlement de cette difficulté par le salarié, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil ;

4° - ALORS en tout état de cause QUE la preuve est libre ; que la cour d'appel a rejeté la demande du salarié aux motifs qu'il ne produisait pas le bulletin de paie de janvier 2010 ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans se prononcer au regard des autres pièces produites par le salarié, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de M. Y... tendant à obtenir le paiement de la somme de 192,16 euros ;

et ce sans aucun motif ;

ALORS QUE toute décision doit être motivée ; que la cour d'appel a rejeté cette demande sans motiver sa décision ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

Moyens produits au pourvoi n° X 16-14.988 par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils, pour M. Y...,

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de M. Y... au titre de l'indemnité de congés payés,

AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article 22 de la convention collective, la durée normale du congé payé annuel des salariés est fixée, au taux des appointements réels, dans les conditions définies par la loi sur les bases suivantes : 2 jours et demi ouvrables par mois de travail effectif ou période assimilée, pendant la période de référence ; le congé payé annuel du personnel salarié permanent sera prolongé de 2 jours ouvrables par période de 5 ans d'ancienneté dans l'entreprise avec un maximum de 6 jours ; l'indemnité de congés payés est calculée par rapport au salaire moyen, déterminé en fonction de la rémunération totale perçue par le salarié au cours de la période de référence allant du 1er juin au 31 mai de l'année d'après ; le salarié doit percevoir le 10ème de la rémunération totale perçue au cours de ladite période ; le montant obtenu correspond à la totalité des congés acquis par le salarié, soit en principe 30 jours pour un salarié ayant travaillé la totalité de la période de référence (à l'exclusion des congés d'ancienneté) ; l'employeur doit appliquer au salarié la règle la plus favorable entre le maintien de salaire (le salarié doit percevoir la rémunération qu'il aurait perçue s'il avait continué à travailler, le salaire à prendre en compte étant celui du mois précédent) et la règle du 1/10ème ; il résulte de l'examen des bulletins de salaire de M. Y... que l'employeur a opté pour le principe du maintien de la rémunération en la complétant, chaque fois que la règle du 10ème était plus favorable au salarié, par le différentiel calculé sur la règle du 10ème pour le mois en cours ; M. Y... a donc été rempli de l'intégralité de ses droits ;

1° - ALORS QUE les dispositions de l'article L. 3141-22 du code du travail sont d'ordre public, le salarié devant percevoir l'indemnité la plus favorable en intégrant la totalité des congés conventionnels ; que pour retenir que le salarié avait été rempli de ses droits, la cour d'appel n'a pas pris en considération la totalité des congés conventionnels ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article L 3141-22 du code du travail ;

2° - et ALORS QUE le salarié a fait valoir que l'employeur appliquait au salaire un coefficient totalement arbitraire modifiant les bases du calcul, ce qui lui permettait de soutenir que le maintien du salaire était supérieur à la règle du 1/10ème ; que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions déterminantes du salarié sur ce point ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de M. Y... au titre des congés ;

AUX MOTIFS QU'eu égard à son ancienneté au sein de l'ADAPEI 31, M. Y... avait droit à 6 jours de congés payés supplémentaires, ce qui porte le nombre de ses jours de congés payés à 36 jours ouvrables par an ; M. Y... fait grief à l'employeur d'avoir unilatéralement modifié la règle de décompte des jours d'ancienneté et de lui imposer de prendre les congés consécutivement, de sorte qu'il a perdu le bénéfice de 3 jours de congés d'ancienneté ; les dispositions de la

convention collective prévoient expressément que les congés d'ancienneté obéissent au même régime que les congés payés, à savoir un décompte en jours ouvrables (6 jours ouvrables = 1 semaine), et non en jours ouvrés ; par ailleurs, la date des congés relève du pouvoir de direction de l'employeur, dans le respect des dispositions légales ou conventionnelles, de sorte que la prise de ces congés peut être imposée de façon consécutive ; dès lors, le décompte des congés pour ancienneté de M. Y... est conforme aux règles légales et conventionnelles et la demande formée par ce dernier doit être rejetée ;

1° - ALORS QUE le premier jour ouvrable de congé est le premier jour où le salarié aurait dû travailler ; que le salarié a soutenu que l'employeur ne respectait pas cette règle dans la mesure où il décomptait les congés à partir du lundi et ce, même les semaines au cours desquelles le salarié n'aurait dû travailler qu'à compter du mercredi, ce qui avait pour effet de le priver de plusieurs jours de congés ; que la cour d'appel, qui a rejeté les demandes du salarié, sans rechercher si les congés étaient décomptés à compter du premier jour où il aurait dû travailler, a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article L 3141-3 du code du travail ;

2° - et ALORS QUE M. Y... a également reproché à l'employeur d'avoir modifié les dates de congés alors qu'il se trouvait déjà en congé ; que la cour d'appel ne s'est pas prononcée sur cette contestation ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans répondre aux conclusions du salarié qui reprochait à l'employeur d'avoir modifié ses dates de congés alors qu'il se trouvait déjà en congé, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de M. Y... au titre des congés trimestriels,

AUX MOTIFS QUE M. Y... travaille dans un établissement accueillant des handicapés mentaux profonds ou sévères et des autistes et relève de l'annexe 10 de la convention collective nationale relatives aux dispositions particulières au personnel des établissements et services pour personnes handicapées adultes, et non de l'annexe 5 relatives aux dispositions particulières au personnel des services généraux, qui prévoient le bénéfice de ces congés trimestriels ; l'annexe 10 ne prévoit pas l'octroi de congés trimestriels ; néanmoins, un accord collectif d'entreprise relatif à la réduction et à l'aménagement du temps de travail a étendu le bénéfice des congés trimestriels (6 jours ouvrables par trimestre à l'exclusion du 3ème trimestre), en prévoyant cependant des règles spécifiques de décompte, celui-ci devant s'effectuer comme en matière de congés annuels, soit en jours ouvrables ; M. Y... soutient ne pas avoir été rempli de ses droits au titre des congés trimestriels tels que prévus par les dispositions de l'article 6 de l'annexe 3 de la convention collective de 1966 ; celles-ci ne concernent toutefois que le personnel éducatif, pédagogique et social et ne sont pas applicables à M. Y... ; dès lors que les congés dit d'ancienneté prévus par l'accord collectif d'entreprise du 22 décembre 1999 ne résultent pas d'une application volontaire de l'annexe 5 de la convention collective mais d'un accord distinct, l'employeur n'est pas tenu d'appliquer les modalités prévues par l'annexe 5 ; en conséquence, l'ADAPEI est en droit de décompter les jours de congés d'ancienneté en jours ouvrables et d'imposer leur prise de manière consécutive ; il résulte des pièces versées aux débats que M. Y... a pu bénéficier de l'intégralité de ses congés trimestriels, du 29 décembre 2008 au 5 janvier 2009 inclus, de sorte qu'il a été rempli de l'intégralité de ses droits à ce titre ;

1° - ALORS QUE l'annexe n° 3 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 s'applique au personnel éducatif, pédagogique et social ; qu'alors que M. Y..., qui occupait un emploi d'aide médico-psychologique, revendiquait l'application de l'article 6 de l'annexe 3, la cour d'appel a retenu que « les dispositions de l'article 6 de l'annexe 3 de la convention collective de 1966 ne concernent que le personnel éducatif, pédagogique et social et ne sont pas applicables à M. Y... » ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand il était constant et non contesté que M. Y... occupait un emploi d'aide médico-psychologique et appartenait donc au personnel éducatif, pédagogique et social, la cour d'appel a violé les articles 1er et 6 de l'annexe 3 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 et l'article 1er de ladite convention ;

2° - ALORS encore QUE le salarié soutenait que l'octroi des congés résultait d'un engagement unilatéral de l'employeur ; qu'en ne recherchant pas si l'octroi des congés ne résultait pas d'un engagement unilatéral de l'employeur, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

3° - ALORS en outre QUE le salarié a fait valoir que l'accord d'entreprise du 22 décembre 1999 ne comportait pas les mêmes dispositions que celles de l'article 6 de l'annexe 3 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, et en tout cas comportait des dispositions moins favorables ; que la cour d'appel a retenu que les congés trimestriels étaient prévus par un accord d'entreprise du 22 décembre 1999 ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand le salarié était en droit de solliciter l'application des dispositions plus favorables de l'article 6 de l'annexe 3 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, la cour d'appel a méconnu ledit article et le principe de faveur ;

4° - ALORS par ailleurs QUE l'annexe 3 s'applique au personnel éducatif, pédagogique et social en renvoyant à l'article 1er de la convention collective, c'est à dire au champ d'application professionnelle de la convention collective des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, sans distinction ni exclusion ; qu'en rejetant la demande de M. Y... quand l'application de l'annexe 10, qui ne prévoit pas de congés trimestriels mais ne les exclut pas non plus, n'est pas exclusive de l'application de l'annexe 3, la cour d'appel a violé l'annexe 10, les articles 1er et 6 de l'annexe 3 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 et l'article 1er de ladite convention ;

5° - et ALORS en tout état de cause QUE la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ; que dès lors, en excluant le personnel des établissements et services pour personnes handicapées adultes du bénéfice des congés trimestriels dont les autres personnels bénéficient, sans constater l'existence de raisons objectives justifiant cette différence, la cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement garanti par la Constitution, par l'article 14 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de M. Y... au titre de la prime des dimanches et jours fériés ;

AUX MOTIFS QUE M. Y..., qui ne conteste pas avoir perçu la prime de dimanches et jours fériés prévue par l'article 10 de l'annexe 1 de la convention collective ci-dessus reproduit, réclame le doublement des primes de dimanche lorsqu'elle sont coïncidé avec des jours fériés ; le conseil de prud'hommes a, par de justes motifs que la cour adopte, considéré que le salarié ne pouvait pas bénéficier du doublement de la prime ;

Et AUX MOTIFS adoptés QUE l'article 23 de la Convention Collective 66 dispose que : « Le personnel bénéficiera du repos des jours fériés et fêtes légales : 1er janvier, lundi de Pâques, 1er et 8 mai, Ascension, lundi de Pentecôte, quatorze juillet, quinze août, Toussaint, onze novembre, Noël sans que ce repos entraîne une diminution de salaire. Le salarié dont le repos hebdomadaire n'est pas habituellement le dimanche, a droit, quand ces jours fériés légaux tombent un dimanche, à un repos compensateur d'égale durée : - quand il a effectivement assuré son service un jour férié légal, ou si ce jour coïncidait avec son repos hebdomadaire. Dans l'un et l'autre cas, ce repos compensateur est accordé sans préjudice du repos hebdomadaire normal. Le salarié dont le repos hebdomadaire est habituellement le dimanche n'a pas le droit au repos compensateur prévu ci-dessus. Avec l'accord de l'employeur et selon les nécessités du service, ces congés fériés pourront être bloqués et pris en un ou plusieurs congés continus au cours de l'année. Si après accord entre les parties, le personnel appelé à travailler un jour férié renonçait à la demande de l'organisme employeur, au repos compensateur, l'employeur devrait lui payer cette journée en plus de son salaire mensuel normal » ; que sur le travail des dimanches et jours fériés dans l'article 10 de l'annexe 1 de la Convention Collective 66 dispose que : « Les personnels salariés bénéficiaires de la présente convention lorsqu'ils sont appelés à assurer un travail effectif le dimanche ou les jours fériés, à l'exclusion de l'astreinte en chambre de veille, bénéficient d'une indemnité horaire pour travail du dimanche et de jours fériés. Le taux de l'indemnité horaire attribuée pour le travail du dimanche et des jours fériés est fixé à deux points CCNT par heure de travail effectif. Cette indemnité sera également versée aux salariés dont le travail est effectué pour partie

un dimanche ou un jour férié et pour partie un autre jour, au prorata du temps de travail effectué ce dimanche ou ce jour férié » ; qu'en l'espèce, contrairement à l'appréciation de Mr Y..., le travail effectif ne peut être comptabilisé 2 fois et de fait, ne peut déboucher sur le doublement de la prime ; en conséquence le bureau de jugement déboute Mr Y... Guy de ce chef de demande ;

ALORS QUE conformément à l'article 10 de l'annexe 1 de la convention collective, le personnel qui assure un travail effectif le dimanche ou les jours fériés « bénéficie d'une indemnité horaire pour travail du dimanche et des jours fériés » ; qu'il résulte de la conjonction de coordination « et » que la prime doit être payée pour les dimanches, mais également pour les jours fériés et que le salarié est donc en droit d'obtenir le paiement de deux primes lorsqu'un jour férié coïncide avec un dimanche ; qu'en en décidant autrement, la cour d'appel a violé l'article 10 de l'annexe 1 de la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de M. Y... au titre des heures de récupération (repos compensateurs) ;

AUX MOTIFS QU'il résulte de l'ensemble des observations qui précèdent que M. Y..., qui a été rempli de l'intégralité de ses droits à congés, n'est pas fondé à demander le bénéfice d'heures de récupération au titre de congés non pris ; il sera également débouté de sa demande en ce sens ;

1° - ALORS QUE la cour d'appel, considérant que M. Y... avait été rempli de l'intégralité de ses droits à congés, a également considéré qu'il « n'est pas fondé à demander le bénéfice d'heures de récupération au titre de congés non pris » ; que dès lors, la cassation à intervenir sur les deuxième et/ou troisième moyens de cassation relatif aux congés emportera cassation de l'arrêt en ses dispositions relatives aux heures de récupération et ce, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2° - et ALORS QUE, conformément à l'article 23 de la convention collective, « le salarié dont le repos hebdomadaire n'est pas habituellement le dimanche, a droit, quand ces jours fériés légaux tombent un dimanche, à un repos compensateur d'égale durée : - quand il a effectivement assuré son service un jour férié légal, ou - si ce jour coïncidait avec son repos hebdomadaire. Dans l'un et l'autre cas, ce repos compensateur est accordé sans préjudice du repos hebdomadaire normal » ; que M. Y..., pour lequel le dimanche n'est pas le jour de repos habituel, a sollicité le paiement des repos compensateurs dont il n'avait pas bénéficié ; que la cour d'appel, qui a rejeté ses demandes sans rechercher si le salarié avait bénéficié de tous les repos compensateurs auxquels il avait droit en application de l'article 23 de la convention collective, a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard dudit article ;

Et AUX MOTIFS adoptés QUE Mr Y... Guy fait une demande au titre des récupérations non prises ; que l'article 23 de la Convention Collective 66 dispose que :

« Le personnel bénéficiera du repos des jours fériés et fêtes légales : 1er janvier, lundi de Pâques, 1er et 8 mai, Ascension, lundi de Pentecôte, 14 juillet, 15 août, Toussaint, 11 novembre, Noël, sans que ce repos entraîne aucune diminution de salaire. Le salarié dont le repos hebdomadaire n'est pas habituellement le dimanche, a droit, quand ces jours fériés légaux tombent un dimanche, à un repos compensateur d'égale durée : - quand il a effectivement assuré son service un jour férié légal, ou - si ce jour coïncidait avec son repos hebdomadaire. Dans l'un et l'autre cas, ce repos compensateur est accordé sans préjudice du repos hebdomadaire normal. Le salarié dont le repos hebdomadaire est habituellement le dimanche n'a pas droit au repos compensateur prévu ci-dessus. Avec l'accord de l'employeur et selon les nécessités du service, ces congés fériés pourront être bloqués et pris en un ou plusieurs congés continus au cours de l'année. Si après accord entre les parties, le personnel appelé à travailler un jour férié renonçait, à la demande de l'organisme employeur, au repos compensateur, l'employeur devrait lui payer cette journée en plus de son salaire mensuel normal » ; qu'en l'espèce, au regard des écritures de Mr Y.. Guy, il faut entendre par sa demande de récupération qu'il lui soit accordé « un repos compensateur sans préjudice du repos hebdomadaire » comme prévu dans

l'article 23 de la Convention Collective 66 ; que toute heure réellement effectuée de 0 heure à 24 heures correspondant à un jour férié ouvre droit à un repos compensateur d'égale durée ; que si le jour férié coïncide avec son repos hebdomadaire, il doit lui être restitué un jour de repos compensateur ; qu'il faut également tenir compte de la période de prescription ; que c'est donc à partir d'avril 2003 que les récupérations doivent lui être étudiées ; que lors de la réouverture de débats, des précisions sur l'emploi du temps effectivement réalisé par le salarié ont été demandé aux parties ; que Mr Y... Guy ne communique pas son emploi du temps, mais uniquement des tableaux récapitulant ses demandes, mais ne correspondant en rien à l'emploi du temps et feuille de présence communiqués par l'ADAPEI 31 ; que par ailleurs, Mr Y... Guy ne s'inscrit pas en faux dans les éléments communiqués par l'ADAPEI 31 ; en conséquence le bureau de jugement déboute Mr Y... Guy de ce chef de demande ;

3° - ALORS QUE la preuve est libre en sorte que le conseil de prud'hommes ne pouvait rejeter la demande du salarié aux motifs qu'il ne communiquait pas son emploi du temps ; qu'en rejetant la demande du salarié en adoptant les motifs des premiers juges, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil ;

4° - et ALORS QUE le salarié contestait l'argumentation de l'employeur et produisait des pièces pour justifier de ses demandes, et notamment des pièces nouvelles produites devant la cour d'appel ; qu'en rejetant la demande du salarié quand il appartenait à la cour d'appel de répondre à ses conclusions en examinant l'intégralité des pièces produites par le salarié au soutien de ses demandes, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de M. Y... tendant à obtenir le paiement de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS QU'aucun comportement fautif de l'employeur, qui pourrait avoir occasionné un préjudice au salarié, n'étant retenu par la cour, M. Y... sera débouté de sa demande de dommages et intérêts ;

ALORS QUE la cassation à intervenir sur l'un des précédents moyens de cassation emportera cassation de l'arrêt en ce qu'il a rejeté la demande du salarié tendant à obtenir le paiement de dommages et intérêts et ce, en application de l'article 624 du code de procédure civile.