

SOC.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 20 janvier 2021

Cassation partielle

M. SCHAMBER, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 98 F-D

Pourvoi n° Z 19-21.097

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 20 JANVIER 2021

Mme G... R..., domiciliée [...], a formé le pourvoi n° Z 19-21.097 contre l'arrêt rendu le 15 mai 2019 par la cour d'appel de Montpellier (4e A chambre sociale), dans le litige l'opposant au Groupement d'associations mutualisées d'économie sociale à Montpellier (Gammes), dont le siège est [...], venant aux droits de l'association Aide à la vie quotidienne (AVQ), défenderesse à la cassation.

Le Groupement d'associations mutualisées d'économie sociale à Montpellier (Gammes) a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

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

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au

présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Mariette, conseiller, les observations de la SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, avocat de Mme R..., de la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat du Groupement d'associations mutualisées d'économie sociale à Montpellier (Gammes), après débats en l'audience publique du 25 novembre 2020 où étaient présents M. Schamber, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Mariette, conseiller rapporteur, Mme Monge, conseiller, et Mme Lavigne, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 15 mai 2019), Mme R..., qui était par ailleurs conseiller prud'homme au sein du conseil de prud'hommes d'Epinal, a été engagée à compter du 4 décembre 2006 par l'association Aide à la vie quotidienne aux droits de laquelle vient le Groupement d'associations mutualisées d'économie sociale (l'association) en qualité de directrice de l'établissement, afin d'assurer la direction de cette structure et de quatre autres associations affiliées au groupement, d'abord à temps partiel puis à temps complet à compter du 5 mars 2007.

2. Après avoir été convoquée, par lettre du 19 octobre 2007, à un entretien préalable à un éventuel licenciement avec mise à pied à titre conservatoire, elle a, par lettre du 3 novembre 2007, pris acte de la rupture de son contrat de travail en imputant des manquements à son employeur et a saisi, en janvier 2012, la juridiction prud'homale de diverses demandes.

Examen des moyens

Sur les deuxième et troisième moyens du pourvoi principal de la salariée et les premier et second moyens du pourvoi incident de l'association, ci-après annexés

3. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen du pourvoi principal de la salariée, pris en sa seconde branche

Enoncé du moyen

4. La salariée fait grief à l'arrêt de dire qu'elle ne pouvait se prévaloir de rappels de salaire antérieurement au 9 janvier 2007, alors « qu'il résulte des articles L. 3245-1 et L. 3242-1 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, que le délai de prescription des salaires court à compter de la date à laquelle la créance salariale est devenue exigible ; que pour les salariés payés au mois, la date d'exigibilité du salaire correspond à la date habituelle du paiement des salaires en vigueur dans l'entreprise et concerne l'intégralité du salaire afférent au mois considéré ; que l'association Aide à la vie quotidienne réglant les salaires le 10 du mois suivant, l'action en paiement par Mme R... de son salaire du mois de décembre 2006, payable le 10 janvier 2007, n'était donc pas prescrite à la date du 3 janvier 2012 ; qu'en retenant néanmoins que la salariée ne pouvait se prévaloir de rappels de salaire antérieurement au 9 janvier 2007, la cour d'appel a violé les articles susvisés. »

Réponse de la Cour

5. Ce moyen, en ce qu'il se borne à critiquer des motifs de l'arrêt et non un chef de dispositif, est irrecevable.

Mais sur le quatrième moyen du pourvoi principal de la salariée

Enoncé du moyen

6. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande de rappels de salaire, alors « 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 ; que les juges du fond ne peuvent, pour rejeter une demande en paiement d'heures supplémentaires, se fonder exclusivement sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié et doivent examiner les éléments objectifs que l'employeur est tenu de leur fournir ; que la cour d'appel, bien que constatant qu'elle avait produit un procès-verbal établi par le directeur du Pôle départemental de la solidarité du Conseil général, indiquant, sur la base des déclarations de l'employeur lui-même, que la durée de travail hebdomadaire de la salariée était de quarante-six heures, a néanmoins retenu que l'intéressée n'étayait sa demande par aucun élément permettant à l'employeur d'y répondre ; qu'en statuant de la sorte, elle a fait peser la charge de la preuve sur la seule salariée, et a violé en conséquence l'article L. 3171-4 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 3171-4 du code du travail :

7. Aux termes de l'article L. 3171-2, alinéa 1er, du code du travail, lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés. Selon l'article L. 3171-3 du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'employeur tient à la disposition de l'inspecteur ou du contrôleur du travail les documents permettant de comptabiliser le temps de travail accompli par chaque salarié. La nature des documents et la durée pendant laquelle ils sont tenus à disposition sont déterminées par voie réglementaire.

8. Enfin, selon l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.

9. Il résulte de ces dispositions, qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

10. Pour débouter la salariée de sa demande de rappels de salaire au titre des heures supplémentaires, l'arrêt retient que si celle-ci soutient que son temps de travail réel était de quarante-quatre heures par semaine, elle appuie sa demande sur un procès-verbal de conformité établi par le directeur du pôle départemental de la solidarité à partir des déclarations faites par la direction du groupe Gammes aux fins d'obtenir des financements portant sur un temps de quarante-six heures ne correspondant ni au temps de travail prévu au contrat de travail ni même à sa demande.

11. Il ajoute que la salariée n'étaye enfin sa demande par aucun élément suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés dans la mesure où elle n'apporte aucune précision sur les horaires de début et de fin d'activité par journée travaillée, si bien qu'elle ne met pas l'employeur en mesure de répondre.

12. En statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses propres constatations, d'une part, que la salariée avait présenté à l'appui de sa demande des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'elle prétendait avoir accomplies afin de permettre à l'employeur d'y répondre, et d'autre part, que celui-ci n'avait fourni aucun élément de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par la salariée, la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve sur la seule salariée, a violé le texte susvisé.

Et sur le cinquième moyen du pourvoi principal de la salariée

Enoncé du moyen

13. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande d'indemnité forfaitaire de travail dissimulé, alors « que ces motifs seront censurés par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur le troisième et/ou le quatrième moyen, par application de l'article 625 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 624 du code de procédure civile :

14. La cassation des dispositions de l'arrêt déboutant la salariée de sa demande de rappel de salaire sur heures supplémentaires entraîne la cassation, par voie de conséquence, du chef de dispositif la déboutant de sa demande d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il qu'il déboute Mme R... de ses demandes de rappel de salaire sur heures supplémentaires et d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, l'arrêt rendu le 15 mai 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Nîmes ;

Condamne le Groupement d'associations mutualisées d'Economie sociale à Montpellier aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par le Groupement d'associations mutualisées d'Economie sociale à Montpellier et le condamne à payer à Mme R... la somme de 3 000 euros ;

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 janvier deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits AU POURVOI PRINCIPAL par la SCP Fabiani, Luc-Thaler et Pinatel, avocat aux Conseils, pour Mme R....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir dit que Mme R... ne pouvait se prévaloir de rappels de salaire antérieurement au 9 janvier 2007 ;

AUX MOTIFS QUE « sur la prescription, en application de l'article 2277 du code civil issu de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, les actions en paiement du salaire se prescrivaient par cinq ans dès avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 ;

Que jusqu'à la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, le salarié disposait d'un délai de 30 ans pour saisir le juge afin d'obtenir réparation d'un préjudice né d'un manquement de l'employeur à ses obligations ; Qu'il disposait en revanche, comme rappelé ci-avant, d'un délai de cinq ans pour introduire une action judiciaire portant sur le paiement de sommes à caractère de salaire ;

Que les dispositions de la loi du 14 juin 2013, réduisant à trois ans (salaires) ou deux ans (exécution et rupture du contrat de travail) les délais de prescription, s'appliquent aux prescriptions qui sont en cours à compter de la promulgation de la loi, soit le 17 juin 2013, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ;

Que toutefois, lorsqu'une instance a été introduite avant la promulgation de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne ;

Qu'à la date du 9 janvier 2012, la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 n'était pas promulguée, si bien que l'action doit être poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne ;

Que la saisine du conseil de prud'hommes le 9 janvier 2012 a interrompu la prescription ;

Qu'aussi, compte tenu de ce qui précède, convient-il de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit que Mme R... ne pouvait se prévaloir de rappels de salaire antérieurement au 9 janvier 2007, l'action étant recevable dans les limites précitées ».

1/ ALORS QU'aux termes de la convocation de l'association devant le bureau de conciliation (pièce n° 91), Mme R... avait saisi le conseil de prud'hommes le 3 janvier 2012 ; qu'en retenant que la saisine qui aurait interrompu la prescription datait du 9 janvier 2012, la cour d'appel a d'ores et déjà dénaturé ce document en violation de l'interdiction faite aux juges de dénaturer les documents de la cause ;

2/ ALORS QU'il résulte des articles L. 3245-1 et L. 3242-1 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, que le délai de prescription des salaires court à compter de la date à laquelle la créance salariale est devenue exigible ; que pour les salariés payés au mois, la date d'exigibilité du salaire correspond à la date habituelle du paiement des salaires en vigueur dans l'entreprise et concerne l'intégralité du salaire afférent au mois considéré ; que l'association Aide à la vie quotidienne réglant les salaires le 10 du mois suivant, l'action en paiement par Mme R... de son salaire du mois de décembre 2006, payable le 10 janvier 2007, n'était donc pas prescrite à la date du 3 janvier 2012 ; qu'en retenant néanmoins que Mme R... ne pouvait se prévaloir de rappels de salaire antérieurement au 9 janvier 2007, la cour d'appel a violé les articles susvisés.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme R... de sa demande de reclassification professionnelle et des rappels de salaire afférents ;

AUX MOTIFS QUE « sur la demande de reclassification, aux termes de son contrat de travail Mme R... relevait de la catégorie G, coefficient 642 de l'accord de branche du 29 mars 2002 ; qu'elle revendique avoir effectivement exercé des fonctions de catégorie H de la grille de l'accord de branche et revendique plus particulièrement sa reclassification en catégorie H 3, directeur(trice) d'entité ;

Que l'accord de branche définit les emplois de responsable d'entité de catégorie G selon les critères suivants :

Finalité : applique les directives et orientations déterminées par les organes dirigeants de l'entité pour assurer son bon fonctionnement.

Principales activités :

- évalue les besoins en matière de ressources humaines et de moyens techniques et financiers, et en propose la mise en oeuvre aux organes dirigeants ;
- mobilise, coordonne et met en oeuvre les moyens de l'entité pour atteindre les objectifs fixés.

Conditions particulières d'exercice de la fonction : exerce sous l'autorité de l'organe dirigeant de l'entité.

Conditions d'accès/compétences :

- les emplois nécessitent une maîtrise technique, une capacité d'analyse, de proposition, de prévision et d'organisation.
- les connaissances nécessaires acquises par la formation initiale, la formation professionnelle ou l'expérience professionnelle sont au moins déterminées au niveau II de l'Education nationale ;

Que l'accord de branche définit ensuite les emplois de catégorie H3, directeur(trice) d'entité selon les critères suivants :

Finalité : manage une entité dans le cadre de la politique générale définie par les organes dirigeants.

Principales activités :

- participe à la définition de la stratégie de l'entité, l'applique, en dirige la mise en oeuvre et s'assure de la réalisation des objectifs fixés ;
- optimise les ressources humaines et les moyens techniques et financiers ;
- rend compte de son action aux organes dirigeants ;
- peut assurer par délégation la représentation extérieure de la structure.

Conditions particulières d'exercice de la fonction : exerce sous l'autorité de l'organe dirigeant de l'entité.

Conditions d'accès/compétences :

Les emplois requièrent une maîtrise technique du domaine d'application, des capacités élevées d'analyse, d'anticipation, de prévision et d'organisation.

Les connaissances nécessaires sont acquises par la formation initiale, la formation professionnelle ou l'expérience professionnelle et sont au moins déterminées au niveau I ou II de l'Education nationale, tel que notamment :

- le diplôme CAFDES ou équivalent ;
- ou bien celles d'un responsable de service ayant au moins 10 ans d'ancienneté, et ayant une formation complémentaire d'adaptation au poste ;

Que Mme R... expose à cet égard que sa fiche de fonction démontre que les fonctions qu'elle exerçait relevaient de la classification revendiquée ; qu'or, tandis que la fiche de poste indique que le directeur d'établissement est garant du projet d'établissement et de son évolution dans le respect de la personne accueillie, les différentes fonctions listées sous cette rubrique ne caractérisent pas la participation à la définition de la stratégie de l'entité exigée par l'accord de branche pour bénéficier de la classification revendiquée ; que la salariée ne justifie ensuite par aucune pièce avoir effectivement participé à la définition de la stratégie de l'entité, si bien qu'elle ne démontre pas avoir réellement exercé des fonctions correspondant à un emploi de catégorie H ; que c'est pourquoi le fait d'avoir porté le titre de directrice qu'elle n'était pas seule à détenir au sein de la structure ne saurait davantage caractériser l'exercice effectif de fonctions catégorie H ; Que de plus l'accord de branche conditionne la classification, soit à l'obtention du CAFDES ou d'un diplôme équivalent, soit à la responsabilité d'un service pendant dix ans et à la réalisation d'une formation complémentaire ; qu'or, tandis que le CAFDES sanctionne une formation universitaire de niveau 1 (soit bac plus cinq et plus), Mme R... ne justifie pas de l'obtention d'un diplôme universitaire autre que DEUG ou DU (soit bac plus deux) ; qu'ensuite, si elle justifie d'une expérience professionnelle dans le secteur concerné, elle ne démontre pas avoir exercé directement la responsabilité d'un service pendant plus de quatre ans ;

Qu'aussi convient-il de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté Mme R... de sa demande de reclassification ».

1/ ALORS QUE la qualification professionnelle d'un salarié se détermine au regard des fonctions réellement exercées ; qu'en retenant, pour débouter Mme R... de sa demande de classification au poste de directrice d'entité, catégorie H de l'accord de branche du 29 mars 2002, que la fiche de fonction remise par son employeur ne mentionnait pas de participation à la définition de la stratégie de l'entité exigée par l'accord de branche pour bénéficier de la classification revendiquée, quand ladite fiche prévoyait en son point IV que la salariée préparait les réunions statutaires avec le président de l'association et participait avec voix consultative aux réunions du conseil d'administration et aux assemblées générales, la cour d'appel a d'ores et déjà dénaturé ce document et violé l'interdiction faite aux juges de dénaturer les documents de la cause ;

2/ ALORS QU'aux termes de l'article 5 de l'accord de branche de l'aide à domicile du 29 mars 2002, relatif à la définition des emplois repères, les conditions d'accès pour un directeur d'entité H3 sont prévues en ces termes : « les connaissances nécessaires sont acquises par la formation initiale, la formation professionnelle ou l'expérience professionnelle et sont au moins déterminées au niveau I ou II de l'éducation nationale, tel que notamment : - le diplôme CAFDES ou équivalent ; - ou bien celles d'un responsable de service ayant au moins 10 ans d'ancienneté, et ayant une

formation complémentaire d'adaptation au poste » et, s'agissant d'un directeur de service par « les connaissances nécessaires acquises par la formation initiale, la formation professionnelle ou l'expérience professionnelle sont au moins déterminées au niveau I ou II de l'éducation nationale, tel que notamment : un DESS de ressources humaines ou de gestion du personnel » ; qu'en retenant, pour débouter Mme R... de sa demande de classification en catégorie H3, qu'elle ne remplissait pas les conditions de diplôme formulées par les dispositions conventionnelles, faute de justifier du CAFDES, diplôme de niveau I, quand lesdites dispositions admettait un diplôme de niveau II dont la salariée était précisément titulaire, la cour d'appel a violé l'article 5 de l'accord de branche du 29 mars 2002.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme R... de sa demande de requalification du contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet ;

AUX MOTIFS QUE « Mme R... a été engagée du 4 décembre 2006 au 4 mars 2007 selon contrat de travail à durée déterminée à temps partiel de 108 heures par mois par l'établissement Aide à la vie quotidienne de l'association AVQ ; Que ce contrat spécifie la durée mensuelle de travail prévue ;

Qu'il n'est pas discuté que l'activité relève du secteur des associations et entreprises d'aide à domicile, si bien que la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine et les semaines du mois n'avait pas à figurer dans le contrat ;

Qu'en l'espèce aucun élément ne laisse supposer que cette répartition ait pu varier d'une semaine à l'autre ce qui n'est au demeurant pas soutenu, si bien que la salariée pouvait connaître à l'avance ses heures de travail et s'organiser en conséquence sans être à la disposition permanente de son employeur ;

Que si elle fait valoir qu'elle était affectée sur le même poste qu'elle a occupé par la suite à temps complet, elle ne justifie cependant d'aucun élément de nature à 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 ; que c'est pourquoi, alors qu'elle ne justifie pas non plus d'un temps de travail excédant celui prévu au contrat, à la demande de l'employeur ou avec son accord implicite, elle ne peut valablement soutenir avoir été à la disposition permanente de celui-ci pendant la durée d'exécution du contrat de travail à durée déterminée à temps partiel ;

Qu'aussi convient-il de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté Mme R... de sa demande de requalification de contrat de travail à temps partiel en un contrat de travail à temps complet ».

1/ ALORS QUE si, aux termes de l'article L. 3123-14 du code du travail, dans les associations et entreprises d'aide à domicile, l'employeur n'est pas tenu de mentionner dans le contrat de travail à temps partiel la répartition de la durée du travail, il n'est pas en revanche dispensé de communiquer avant le début de chaque mois par écrit au salarié concerné ses horaires de travail ; qu'en l'absence de stipulations contractuelles relatives au jour du mois au cours duquel sont communiquées ces informations, l'emploi est présumé à temps complet et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part, de ce que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à sa disposition ; qu'en l'espèce, le contrat de travail à temps partiel du 4 décembre 2006 se bornait à indiquer qu'il était « conclu pour une durée déterminée, à temps partiel de 108 heures par mois » sans indiquer la date à laquelle seraient communiqués chaque mois à Mme R... ses horaires, de sorte qu'il était présumé à temps complet ; qu'en retenant néanmoins, pour débouter la salariée de ses demandes, qu'elle ne rapportait pas la preuve de ce que la répartition de la durée du travail aurait varié et de ce qu'elle aurait été tenue de demeurer à la disposition permanente de son employeur, quand c'est à ce dernier qu'il incombait de renverser la présomption de temps complet, la cour d'appel a violé l'article L. 3123-14 du code du travail ;

2/ ALORS (subsidièrement) QUE Mme R... avait souligné (conclusions p. 8 et s) d'une part, que son contrat « à temps partiel » du 4 décembre 2006, conclu officiellement pour 25 heures par semaine, lui attribuait exactement les mêmes fonctions et responsabilités que le contrat à temps complet ensuite conclu le 5 mars 2007 pour 38 heures hebdomadaires, la fiche de fonctions pour l'un et l'autre de ces contrats étant identiques, d'autre part, qu'elle avait assumé la direction des cinq associations ce qui correspondait à l'emploi de trois cadres travaillant à temps complet puisqu'elle remplaçait non seulement Mme H..., ancienne directrice d'AVQ, mais également Mme N..., ancienne responsable d'Ouverture, de Ressources et de la coordination Entour'âge, démissionnaire au 31 octobre 2006 et enfin

qu'elle avait fait face à la même charge de travail que ses prédécesseurs, tous employés à temps complet ; qu'en considérant néanmoins qu'elle n'aurait pas justifié d'un temps de travail excédant celui prévu au contrat, sans répondre au moyen de ses écritures tiré de ce que la nature de ses fonctions ainsi que l'ampleur de ses responsabilités, excluaient l'existence d'un temps partiel, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme R... de sa demande de rappels de salaire ;

AUX MOTIFS QUE « si Mme R... soutient ensuite que son temps de travail réel était de quarante-quatre heures par semaine, elle appuie sa demande sur un procès-verbal de conformité établi par le directeur du pôle départemental de la solidarité à partir des déclarations faites par la direction du groupe Gammes aux fins d'obtenir des financements portant sur un temps de quarante-six heures ne correspondant ni au temps de travail prévu au contrat de travail ni même à sa demande ; que Mme R... n'étaye enfin sa demande par aucun élément suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés dans la mesure où elle n'apporte aucune précision sur les horaires de début et de fin d'activité par journée travaillée, si bien qu'elle ne met pas l'employeur en mesure de répondre ; qu'il y a lieu en conséquence de la débouter de sa demande de rappel de salaire sur heures supplémentaires ».

ALORS 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 ; que les juges du fond ne peuvent, pour rejeter une demande en paiement d'heures supplémentaires, se fonder exclusivement sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié et doivent examiner les éléments objectifs que l'employeur est tenu de leur fournir ; que la cour d'appel, bien que constatant que Mme R... avait produit un procès-verbal établi par le directeur du Pôle départemental de la solidarité du Conseil général, indiquant, sur la base des déclarations de l'employeur lui-même, que la durée de travail hebdomadaire de la salariée était de 46 heures, a néanmoins retenu que l'intéressée n'étayait sa demande par aucun élément permettant à l'employeur d'y répondre ; qu'en statuant de la sorte, elle a fait peser la charge de la preuve sur la seule salariée, et a violé en conséquence l'article L. 3171-4 du code du travail.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme R... de sa demande d'indemnité forfaitaire de travail dissimulé ;

AUX MOTIFS QUE « Compte tenu de ce qui précède, la preuve d'une dissimulation d'activité n'est donc pas rapportée ; que le jugement sera par conséquent confirmé à cet égard ».

ALORS QUE ces motifs seront censurés par voie de conséquence de la cassation à intervenir sur le troisième et/ou le quatrième moyen, par application de l'article 625 du code de procédure civile. Moyens produits AU POURVOI INCIDENT par la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat aux Conseils, pour le Groupement d'associations mutualisées d'économie sociale à Montpellier (Gammes).

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par Madame G... R... produit les effets d'un licenciement nul pour violation de statut protecteur, d'AVOIR en conséquence condamné l'association Gammes venant aux droits de l'association Aide à la Vie Quotidienne à payer à Madame G... R... les sommes de 89.934 euros à titre d'indemnité due en violation du statut protecteur, 13.269 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 1.326,90 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés sur préavis, 26.538 euros à titre de dommages et intérêts pour illicéité de la rupture et 1.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens et d'AVOIR ordonné la remise par l'association GAMMES à Madame G... R... des documents sociaux de fin de contrat rectifiés conformément au présent arrêt,

AUX MOTIFS QUE : "Sur la rupture de la relation de travail : Alors que la décision de refus d'autorisation de licenciement

de l'inspecteur du travail ne résulte pas de la prétendue éviction de la salariée de son poste mais de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par la salariée qui rendait sans objet la demande d'autorisation de licenciement, l'éviction invoquée par madame R... résultant du recrutement d'un directeur par contrat à durée déterminée de remplacement dès le 22 octobre 2007 ne constitue pas le soutien nécessaire de la décision de l'inspecteur du travail, si bien que nonobstant l'irrégularité de la mise à pied conservatoire de la salariée protégée résultant d'une absence de preuve de notification de la décision à l'inspection du travail dans les 48 heures suivant le 19 octobre 2007, date de sa prise d'effet, la nullité de la mise à pied n'affecte pas par elle-même la qualification de la rupture. En effet, lorsqu'un salarié titulaire d'un mandat électif ou de représentation prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit, soit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur lorsque les faits invoqués par le salarié la justifient, soit, dans le cas contraire, les effets d'une démission. Si madame R... à qui incombe la charge de la preuve des manquements de l'employeur succombe à établir le bien-fondé d'une reclassification et s'il résulte de ce qui précède qu'elle ne peut se prévaloir d'un non-paiement des heures de travail qu'elle a accomplies, qu'elle ne démontre pas davantage, sur la durée d'exécution du contrat, que son temps de travail ou que sa rémunération aient été diminués, ou même que son ancienneté n'ait pas été respectée dans la mesure où elle n'appuie sur aucune pièce sa revendication à une reprise d'ancienneté de vingt-deux ans, elle justifie cependant du refus par l'employeur de prendre en charge financièrement une journée de formation dans le cadre de la formation de conseillère prud'homale à laquelle elle avait droit le 17 octobre 2007, contrairement aux dispositions légales alors en vigueur qui prévoyaient qu'il s'agissait d'un temps de travail effectif, dès lors que l'employeur lui indiquait que compte tenu de la latitude dont elle disposait il ne pouvait s'opposer à sa participation 'sur son temps personnel'. Elle justifie ensuite s'être opposée par courrier du 4 octobre 2007 à l'organisation retenue par l'employeur qui se traduisait par la mise en place d'une gestion bicéphale de l'établissement prestataire Aide à la Vie Quotidienne dont le suivi budgétaire était confié à une directrice alors qu'il résultait de son contrat de travail et de sa fiche de fonction qu'elle était responsable devant l'association du fonctionnement financier de l'établissement ce dont il résultait une modification de ses conditions de travail. Elle démontre également par la production d'une note de l'employeur datée du 20 septembre 2007 une invalidation de la réunion de la délégation unique du personnel du 18 septembre 2007 qu'elle présidait, au motif que la présidente d'AVQ avait décidé que le directeur général de GAMMES présiderait les instances représentatives, et ce, alors que sa fiche de fonction prévoyait expressément que la mise en place et la présidence des instances représentatives lui revenait, et qu'elle a fait grief à l'employeur de cet état de fait le 15 octobre 2007 sans que celui-ci ne remette en cause cette pratique dont il résultait également une modification de ses conditions de travail. Enfin, l'employeur allègue de l'arrêt de l'activité d'intérim insertion, en accord avec la direction départementale du travail, sans produire le moindre élément à cet égard alors que la direction du service en revenait contractuellement à la salariée. Il résulte de ce qui précède que l'employeur a fait obstacle au droit à la formation de la salariée protégée, manquant ainsi aux exigences propres aux mandats dont elle était investie, qu'il a unilatéralement procédé à une modification de ses conditions de travail se traduisant par une réduction substantielle des responsabilités lui incombant, et que confronté au refus de celle-ci, il a maintenu sa position, si bien que l'ensemble des manquements de l'employeur à ses obligations était suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail et justifiait la prise d'acte par la salariée de la rupture de son contrat de travail. L'ensemble des faits ainsi établis, qui ont conduit le médecin traitant de la salariée à constater dès le 22 octobre 2007 une dégradation de l'état de santé de madame R... en lien avec son activité professionnelle, caractérise en outre les agissements répétés constitutifs d'un harcèlement moral, dès lors que ces faits, compte tenu de ce qui précède, ne pouvaient en tout état de cause être justifiés comme étrangers à tout harcèlement. > Sur les conséquences financières de la rupture La rupture produit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur, la salariée a donc droit à une indemnité pour violation du statut protecteur d'un montant égal à la rémunération qu'elle aurait perçue entre la date de la rupture et le terme de la période de protection, ce qui inclut la période de protection suivant le terme du mandat, soit du 3 novembre 2007 au 15 juillet 2009. Et, compte tenu de ce qui précède, une somme de 89 934 € due en violation du statut protecteur, une indemnité compensatrice de préavis correspondant à trois mois de salaire, soit 13 269 €, outre 1326,90 € à titre d'indemnité compensatrice de congés payés sur préavis ; seront alloués. L'indemnité due en violation du statut protecteur se cumule par ailleurs avec les dommages-intérêts résultant de l'illicéité de la rupture, soit en l'espèce une somme de 26 538 €. Sur les demandes accessoires et reconventionnelles : La remise des documents sociaux de fin de contrat rectifiés étant de droit il convient de l'ordonner sans pour autant qu'il y ait lieu au prononcé d'une astreinte. Compte tenu de la solution apportée au litige l'association GAMMES venant aux droits de l'association Aide à la Vie Quotidienne supportera la charge des dépens, sera déboutée de sa demande formée au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et sera condamnée à payer une somme de 1000 € à madame G... R... au titre des frais irrépétibles. »

1/ ALORS QUE le conseiller prud'homme salarié souhaitant participer à un stage de formation doit en aviser l'employeur par lettre avec accusé de réception au moins quinze jours à l'avance en cas de durée d'absence inférieure à trois journées de travail consécutives ; qu'en jugeant en l'espèce que Mme R... justifiait du refus par l'employeur de prendre en charge financièrement une journée de formation dans le cadre de sa formation de conseillère prud'homale à laquelle elle avait droit le 17 octobre 2007, l'employeur lui ayant indiqué qu'il ne pouvait s'opposer à sa participation « sur son temps personnel » quand il ressortait de l'email du 10 octobre 2007 contenant cette réponse de l'employeur que Mme R... avait informé ce dernier de la formation à laquelle elle entendait assister avec uniquement six jours d'anticipation si bien que l'employeur n'était aucunement tenu d'y faire droit, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1, L. 1231-1 du code du travail ainsi que l'article D. 514-4 du code du travail alors applicable, devenu article D. 1442-7 du code du travail,

2/ ALORS QU' interdiction est faite aux juges du fond de dénaturer les écrits soumis à leur appréciation ; qu'en l'espèce, par courrier du 4 octobre 2007, Mme R... évoquait des difficultés rencontrées au sujet de sa situation contractuelle et de sa rémunération ; qu'en jugeant qu'il ressortait de ce courrier que Mme R... s'était opposée à la mise en place d'une gestion bicéphale de l'établissement prestataire Aide à la Vie Quotidienne quand Mme R... ne faisait aucunement une telle critique dans ce courrier, la cour d'appel l'a dénaturé, en violation du principe susvisé,

3/ ALORS QUE l'employeur faisait valoir que l'organisation bicéphale de l'association était préexistante à l'embauche de Mme R... et qu'elle ne portait en rien atteinte à ses responsabilités en matière financière ; qu'il ressortait en effet de la fiche de fonctions de Mme R... qu'elle avait au titre de ses fonctions financières la responsabilité du budget de fonctionnement de l'établissement, laquelle n'était en rien amputée par les fonctions comptables et de facturation détenues par l'autre directrice ; qu'en affirmant que cette organisation bicéphale avait donné lieu à une modification des conditions de travail de Mme R... sans caractériser à quelle date elle était intervenue ni en quoi cette organisation bicéphale portait atteinte aux attributions de Mme R..., la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 1221-1 et L. 1231-1 du code du travail,

4/ ALORS QUE l'objet du litige est fixé par les prétentions respectives des parties et ne peut être modifié par le juge ; qu'en l'espèce, il était acquis aux débats et non contesté que l'activité d'intérim insertion dont Mme R... assurait la direction avait été arrêtée (conclusions d'appel de Mme R... p. 20 §1 et conclusions d'appel de l'exposante p. 28 §2), la salariée se prévalant d'une modification de ses conditions de travail de ce fait ; qu'en exigeant de l'employeur qu'il établisse l'arrêt de l'activité d'intérim insertion quand cet arrêt n'était pas contesté, la cour d'appel a méconnu les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile,

5/ ALORS subsidiairement QUE la prise d'acte de la rupture n'est justifiée qu'en cas de manquement de l'employeur suffisamment grave qui empêche la poursuite du contrat de travail ; que, pour dire la prise d'acte de la rupture justifiée, la cour d'appel s'est fondée sur le refus de l'employeur d'imputer une journée de formation sur le temps de travail de la salariée, sur de prétendus changements des conditions de travail du contrat de travail tirés du fonctionnement bicéphale de l'établissement ou de la remise en cause de la présidence par Mme R... des instances représentatives du personnel et enfin sur la rupture des relations contractuelles avec la société intérim insertion dont la direction du service revenait à Mme R... ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel qui n'a pas caractérisé l'existence de manquements empêchant la poursuite du contrat de travail a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1231-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du code du travail,

6/ ALORS QUE les certificats médicaux, établis sur la base des seules déclarations du salarié, ne peuvent permettre de rattacher l'état de santé du salarié à l'attitude de l'employeur et à une dégradation de ses conditions de travail ; qu'en jugeant en l'espèce que le médecin traitant avait constaté une dégradation de l'état de santé de Mme R... en lien avec son activité professionnelle pour en tirer l'existence de faits non étrangers à une situation de harcèlement moral, la cour d'appel a violé l'article L. 1152-1 du code du travail,

7/ ALORS QUE lorsque les juges du fond estiment que le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral, ils doivent vérifier si l'employeur établit que ces agissements étaient justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en affirmant que les faits dont Mme R... faisait état ne pouvaient être justifiés comme étrangers à tout harcèlement, la cour d'appel qui a refusé de se prononcer sur les éléments de preuve et justifications apportés par l'employeur, a violé l'article L. 1154-1 du code du

travail.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'association Gammes venant aux droits de l'association Aide à la Vie Quotidienne à payer à Madame G... R... les sommes de 89.934 euros à titre d'indemnité due en violation du statut protecteur et 1.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens et d'AVOIR ordonné la remise par l'association GAMMES à Madame G... R... des documents sociaux de fin de contrat rectifiés conformément au présent arrêt,

AUX MOTIFS QUE « Sur les conséquences financières de la rupture La rupture produit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur, la salariée a donc droit à une indemnité pour violation du statut protecteur d'un montant égal à la rémunération qu'elle aurait perçue entre la date de la rupture et le terme de la période de protection, ce qui inclut la période de protection suivant le terme du mandat, soit du 3 novembre 2007 au 15 juillet 2009. Et, compte tenu de ce qui précède, une somme de 89 934 € due en violation du statut protecteur »

ALORS QUE l'indemnité pour violation du statut protecteur due au conseiller prud'homme en cas de rupture du contrat aux torts de l'employeur est égale à la rémunération qu'il aurait dû percevoir jusqu'au terme de la période de protection, soit six mois après l'expiration du mandat, la date d'expiration du mandat étant fixée au jour de la première assemblée générale du nouveau conseil de prud'hommes ; qu'en l'espèce, la société faisait valoir qu'en sollicitant une indemnité correspondant aux salaires qu'elle aurait perçus entre le 4 novembre 2007 et le 15 juillet 2009, Mme R... avait pris à tort pour date d'expiration de son mandat la date de l'audience solennelle de la rentrée du Conseil de prud'hommes qui s'était tenue le 15 janvier 2009, soit une date postérieure à l'entrée en fonction des nouveaux conseillers (conclusions d'appel de l'exposante p 14) ; qu'en fixant au 15 juillet 2009 la date de fin de la période de protection de Mme R..., sans rechercher comme elle y était invitée à quelle date avait eu lieu la première assemblée générale du Conseil de prud'hommes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1442-3, L. 2411-22 et D. 1442-14 et du code du travail.