

SOC.

LG

COUR DE CASSATION

Audience publique du 16 juin 2021

Cassation partielle

M. SCHAMBER, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 785 F-D

Pourvoi n° U 19-19.390

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 16 JUIN 2021

Mme [I] [C], domiciliée [Adresse 1], a formé le pourvoi n° U 19-19.390 contre l'arrêt rendu le 20 mars 2019 par la cour d'appel de Bordeaux (5e chambre civile, section A), dans le litige l'opposant à la société Apave Sudeurope, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

La société Apave Sudeurope a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

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

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

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Thomas-Davost, conseiller référendaire, les observations de la SAS Cabinet Colin-Stoclet, avocat de Mme [C], de la SCP Rousseau et Tapie, avocat de la société Apave Sudeurope, après débats en l'audience publique du 5 mai 2021 où étaient présents M. Schamber, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Thomas-Davost, conseiller référendaire rapporteur, M. Rouchayrole, conseiller, et Mme Pontonnier, 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 (Bordeaux, 20 mars 2019), Mme [C] a été engagée le 9 mai 2000 par la société Apave Sud Ouest, aux droits de laquelle vient la société Apave Sudeurope, selon contrat à durée déterminée, puis par contrat à durée indéterminée à compter du mois de novembre 2001, afin d'exercer les fonctions de consultante qualité.
2. Suivant courrier du 9 décembre 2013, l'employeur a notifié à la salariée un avertissement.
3. La salariée a saisi la juridiction prud'homale, le 20 juin 2014, de diverses demandes.
4. Elle a été licenciée, le 27 novembre 2014, pour faute grave.

Examen des moyens

Sur les premier, quatrième et septième moyens du pourvoi principal de la salariée, ci-après annexés

2. 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 ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le cinquième moyen du pourvoi principal de la salariée, pris en sa troisième branche

Enoncé du moyen

3. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande tendant à dire qu'elle a été victime de harcèlement moral, et en conséquence, condamner l'employeur à lui verser une somme à titre d'indemnité, sous astreinte, alors « que pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner les éléments invoqués par le salarié individuellement, mais aussi dans leur ensemble ; qu'en se bornant à examiner successivement et de manière séparée les faits invoqués par la salariée, pour en déduire "qu'il ne résulte pas de l'ensemble de ces éléments des faits de harcèlement", sans rechercher si les faits matériellement établis, non pas seulement individuellement, mais pris dans leur ensemble, n'étaient pas de nature à laisser présumer l'existence d'un harcèlement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 1152-1, L. 1154-1, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, et L. 1152-3 du code du travail :

7. En application de ces textes, lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne

sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

8. Pour débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts pour harcèlement moral, l'arrêt retient que si l'intéressée fait valoir, outre des pièces médicales, l'attitude versatile de son employeur pour l'octroi de congés payés fin 2013, il a été vu qu'au contraire la salariée n'avait pas respecté la procédure en vigueur dans l'entreprise et s'était inscrite à un voyage organisé avant d'obtenir l'accord de son employeur.

9. Il poursuit en énonçant que l'avertissement du 9 décembre 2013 était justifié, que s'agissant de l'attribution de matériel informatique obsolète, il n'est pas établi que l'employeur ait cherché à nuire à la salariée en ne faisant pas droit à ses réclamations ou en n'y faisant droit que tardivement, que les reproches répétés sur l'exécution de son travail étaient justifiés, que si la salariée considère qu'il lui a été reproché sans preuve de ne pas respecter la confidentialité des échanges, il résulte des pièces versées aux débats que l'intéressée mettait en copie des clients ou donneurs d'ordre de ses échanges de mails avec sa hiérarchie. Il retient que s'agissant de la demande de validation mensuelle des comptes-rendus d'activité avec déclaration de temps de travail sur l'émission et des notes de frais avec notamment un reproche sur la journée du 18 mai 2014, l'employeur n'a fait qu'user de son pouvoir de direction dans le sens d'une bonne gestion de son entreprise, que si la salariée reproche à son employeur d'avoir été missionnée au dernier moment dans un dossier sans avoir été autorisée à prendre contact avec le client pour planifier la mission puis d'avoir annulé cette mission particulièrement motivante pour elle, il n'est pas établi d'intention de nuire de l'employeur dans l'organisation et la répartition du travail qui lui incombe à lui seul.

10. Il ajoute qu'il n'est pas établi que le recrutement d'un vacataire en septembre 2013 avait pour but d'écartier la salariée, d'autant qu'elle avait été maintenue dans son poste pendant plus d'un an, que les mails de la direction des ressources humaines lui rappelaient simplement le lien de subordination auquel elle était soumise et que le mail qui lui avait été adressé, après sa saisine d'un conseil le 8 octobre 2014 lui indiquant qu'elle souhaitait monnayer son départ, n'avait aucun caractère injurieux ou menaçant, qu'il ne résulte pas des pièces du dossier que l'employeur lui ait refusé le droit d'être entendue dans le cadre d'une enquête du CHSCT sur les risques psychosociaux, qu'il ne peut être fait grief à l'employeur d'avoir attendu la fin de l'arrêt maladie de la salariée pour la convoquer à un entretien préalable.

11. Il en déduit qu'il ne résulte pas de l'ensemble de ces éléments de faits de harcèlement moral de la part de l'employeur à l'encontre de la salariée.

12. En statuant ainsi, en procédant à une appréciation séparée de chaque élément invoqué par la salariée, alors qu'il lui appartenait de dire si, pris dans leur ensemble, les éléments matériellement établis laissaient présumer l'existence d'un harcèlement moral, et dans l'affirmative, d'apprécier les éléments de preuve fournis par l'employeur pour démontrer que les mesures en cause étaient étrangères à tout harcèlement moral, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Et sur le deuxième moyen du pourvoi incident de l'employeur, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

13. L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à la salariée diverses sommes à titre de rappel de salaire de juin 2011 à janvier 2014, outre congés payés afférents, alors « que les juges du fond ne peuvent modifier les termes du litige fixés par les conclusions des parties soutenues à l'audience ; qu'en l'espèce, Mme [C] a demandé la requalification de son contrat de travail à temps partiel en un "contrat-jours" (convention de forfait en jours) et seulement "en conséquence" de cette requalification, la condamnation de la société Apave à lui payer un rappel de salaires de juin 2011 à novembre 2014, les congés payés y afférents ; qu'elle a soutenu dans ses conclusions "sur la requalification du contrat de travail" que "sa demande de requalification en forfait-jours est pleinement justifiée", que "dans le cadre du forfait-jours, l'accord national du 22 décembre 2010 assure aux salariés concernés des minimas annuels", et réclamait "à ce titre 17 500 euros de rappels de salaires pour la période allant de juin 2011 (?) à novembre 2014" ; que la cour d'appel qui, après avoir débouté la salariée de sa demande de requalification du contrat de travail en convention de forfait en jours, a néanmoins alloué à la salariée un rappel de salaire, a méconnu les termes du litige dont elle était saisie et a violé

ainsi l'article 4 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 4 du code de procédure civile :

14. Selon ce texte, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

15. Pour condamner l'employeur à payer à la salariée diverses sommes à titre de rappel de salaire de juin 2011 à janvier 2014, outre congés payés afférents, l'arrêt retient, après avoir débouté la salariée de sa demande de requalification du contrat de travail en convention de forfait en jours, que l'employeur ne produit aucun contrôle de la durée du travail de la salariée, aucun relevé de ses horaires semaine après semaine, et ne justifie pas qu'elle ne devait pas se tenir à sa disposition permanente de sorte qu'il doit être fait droit à sa demande de rappel de salaire sur la base d'un temps complet.

16. Il ajoute que la salariée produit un récapitulatif intitulé « bilan des arriérés de salaires dans la limite de la prescription triennale », que ce décompte est calculé sur la base d'une majoration de 30 % par rapport à la rémunération de base. Il en déduit qu'il convient de recalculer le rappel de salaire sur la base d'un horaire de 151 heures 67 au lieu de 128 heures 27.

17. En statuant ainsi, alors que, dans ses conclusions d'appel, la salariée ne sollicitait pas la requalification de son contrat de travail à temps partiel en un contrat à temps plein, ni de rappels de salaire en découlant, la cour d'appel, qui a modifié l'objet du litige, a violé le texte susvisé.

Portée et conséquences de la cassation

18. En application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation des dispositions de l'arrêt ayant débouté la salariée de sa demande de dommages-intérêts pour harcèlement moral entraîne la cassation des chefs de dispositif l'ayant déboutée de sa demande tendant à faire juger que son licenciement était nul et ayant dit que son licenciement était justifié par une cause réelle et sérieuse, ayant condamné l'employeur à lui verser diverses sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre congés payés afférents, d'indemnité conventionnelle de licenciement, et ayant ordonné la remise par l'employeur à la salariée d'un bulletin de salaire rectificatif, qui s'y rattachent par un lien de dépendance nécessaire.

19. La cassation des dispositions de l'arrêt ayant condamné l'employeur à verser à la salariée des rappels de salaire de juin 2010 à janvier 2014 entraîne, par ailleurs, la cassation des chefs de dispositif de l'arrêt l'ayant condamné à lui verser des indemnités pour travail dissimulé et de procédure au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens d'appel, qui s'y rattachent par un lien de dépendance nécessaire.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième, troisième et sixième moyens du pourvoi principal et les premier et troisième moyens du pourvoi incident ainsi que sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il déboute Mme [C] de sa demande tendant à assortir la remise d'un bulletin de salaire rectificatif du prononcé d'une astreinte, l'arrêt rendu le 20 mars 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ;

Remet, sauf sur ce point, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux autrement composée ;

Laisse à chacune des parties la charge de ses propres dépens ;

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

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du seize juin deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SAS Cabinet Colin-Stoclet, avocat aux Conseils, pour Mme [C], demanderesse au pourvoi principal

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme [C] de sa demande tendant à la requalification de son contrat de travail en forfait jours et à la condamnation de la société Apave au paiement de la somme de 17 500 euros à titre de rappels de salaires de juin 2011 à novembre 2014, 1 750 euros à titre de congés payés sur rappel de salaires et 23 880 euros à titre de dommages et intérêts pour travail dissimulé, sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider la dite astreinte ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE Mme [C] revendique l'existence d'un contrat forfait jours au motif qu'elle était cadre et autonome dans l'organisation de son temps de travail ; que la convention de forfait en jours sur l'année est un régime dérogatoire au droit commun ; que la conclusion d'une telle convention de forfait est subordonnée à plusieurs conditions cumulatives ; que selon les articles L. 3121-43, L. 3121-39 et L. 3121-40 du code du travail dans leur version applicable à la date de conclusion du contrat liant les parties peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail fixée par un accord collectif les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ; la conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche ; que cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions ; que la conclusion d'une convention individuelle de forfait requiert l'accord du salarié ; que la convention est établie par écrit ; que la charge de la preuve incombe à celui qui se prévaut de l'existence d'une telle convention ; qu'en l'espèce, le contrat de travail ne prévoit pas de forfait jours et Mme [C] ne produit aucune pièce justifiant d'un accord des parties sur la conclusion d'une telle convention dérogatoire au droit commun alors que les conditions de fait dans lesquelles s'est exercé le contrat de travail sont indifférentes ;

ET AUX MOTIFS À LES SUPPOSER ADOPTÉS QUE Mme [C] sollicite du conseil que son contrat de travail, basé sur un horaire forfaitaire fixé à 166 heures 84, soit requalifié en forfait jours en raison de l'autonomie dont elle bénéficiait dans le cadre de l'exercice de ses fonctions ; qu'aux termes de l'article L. 3121-43 du code du travail, « peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l'année, dans la limite de la durée annuelle de travail fixée par l'accord collectif prévu à l'article L. 3121-39 : 1° Les cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés ; 2° Les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées » ; que l'article L. 3121-39 du code du travail conditionne « la conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année (?) par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche. Cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle de travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions » ; que l'article L. 3121-40 du code du travail prévoit que « La conclusion d'une convention individuelle de forfait requiert l'accord du salarié. La convention est établie par écrit » ; qu'à la lecture de ces différents textes, que si le critère de l'autonomie est un élément conditionnant la conclusion d'une convention de forfait en jours, celle-ci est toutefois subordonnée, en amont, à la conclusion d'un accord collectif

d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche, ainsi que par la conclusion d'une convention écrite entre les parties au contrat de travail illustrant leur commune intention sur ce point ; que dans les faits soumis au conseil, il ne résulte d'aucune des parties au présent litige la fourniture aux débats d'une convention écrite de forfait en jours permettant d'illustrer l'accord réciproque des parties à la conclusion d'une telle convention ; que le conseil, à défaut d'une telle convention écrite, ne saurait reconnaître l'existence de fait d'une convention de forfait en jours ; qu'en conséquence, le conseil déboute la demanderesse de sa demande en ce sens ainsi que de l'ensemble de ses demandes afférentes ;

ALORS QUE les arrêts qui ne sont pas motivés sont déclarés nuls, et que le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motifs ; que la cour d'appel était saisie d'une demande de requalification du contrat de travail en forfait en jours ; qu'en retenant, pour débouter Mme [C] de sa demande, que le contrat de travail ne prévoyait pas de forfait jours et que celle-ci ne produisait aucune pièce justifiant d'un accord des parties sur la conclusion d'une telle convention dérogatoire au droit commun, sans répondre à ses conclusions faisant valoir que, notamment au regard de son contrat de travail qui précisait qu'il n'y aurait ni enregistrement du temps de travail, ni paiement d'heures supplémentaires, elle était de fait soumise à ce régime, avec son accord, et qu'à plusieurs reprises, elle avait en vain réclamé par écrit la régularisation de sa situation, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société Apave à payer à Mme [C] une indemnité de travail dissimulé limitée à 19 048,14 euros quand elle demandait à ce titre la somme de 23 880 euros, sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider la dite astreinte, la somme de 15 470,37 euros à titre de rappel de salaire de juin 2011 à janvier 2014, quand elle demandait à ce titre la somme de 17 500 euros sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider la dite astreinte, et la somme de 1 547,03 euros à titre de congés payés sur rappel de salaire, quand elle demandait à ce titre la somme de 1 750 euros sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider la dite astreinte ;

AUX MOTIFS QU'en premier lieu, les contrats de travail successifs (contrat de travail initial dont les dispositions non contraires ont été reprises par les avenants) prévoient dès le début de la relation contractuelle la possibilité de travailler au-delà de la durée contractuelle prévue (128H27) lorsque les missions le nécessitent y compris les samedis, dimanches et jours fériés ; qu'ils précisent qu'ils ne pourront donner lieu à paiement d'heures supplémentaires, car elles ne seront pas contrôlées, l'employeur faisant référence à « une certaine liberté dans l'organisation du travail qui présente des analogies avec l'exercice d'une profession libérale » ; qu'or, Mme [C] étant salariée, l'employeur devait contrôler son temps de travail ; que l'avenant du 26 janvier 2005 prévoit « La durée du travail sera répartie de la façon suivante : Travail les lundis, mardi, mercredi, jeudi. Rémunération pour 128H27 : salaire de base de 2171,47 euros plus 13e mois au prorata du temps travaillé. Toutefois, la journée du vendredi n'étant pas toujours systématiquement compatible avec certaines missions, elle sera éventuellement prise un autre jour. Ainsi, un planning sera établi en accord avec votre responsable hiérarchique le 15 de chaque mois pour le mois suivant. Ce planning devra être approuvé par chacune des deux parties avant sa mise en application. Le planning devra préciser en outre la nature et le contenu de chaque mission que vous serez amenée à effectuer pour votre compte personnel à l'extérieur de l'Apave durant la journée où vous n'êtes pas salariée Apave » ; que les avenants postérieurs ne modifient pas cette clause ; qu'or, l'employeur ne produit aux débats aucun de ces plannings ni aucun décompte des heures de travail de la salariée ; qu'en deuxième lieu, il est constant que lorsqu'elle se rendait en Guyane c'est-à-dire régulièrement entre décembre 2006 et juillet 2013, elle travaillait 5 jours par semaine, ceci alors même qu'elle était à temps partiel et qu'elle n'était pas censée travailler le vendredi ; qu'en troisième lieu, par mail du 30 janvier 2012, la salariée écrivait à son employeur : « j'ai bien reçu le nouvel avenant à mon contrat de travail à temps partiel applicable du 1er février 2012 au 30 janvier 2013. Celui-ci mentionne explicitement que je travaille les lundi, mardi, mercredi et jeudi et que je prends tous mes vendredis. Avant de le signer sans réserve, j'attire votre attention sur le fait que cette clause n'a jamais été appliquée depuis que je suis à temps partiel » ; qu'un précédent mail de la salariée du 17 février attirait déjà l'attention de l'employeur sur ce point ; qu'en quatrième lieu, l'inspection du travail s'est émue auprès de l'employeur le 26 octobre 2012 lui écrivant qu'il semblait que les

décomptes individuels soient très peu mis en oeuvre dans l'entreprise, ne permettant pas aux salariés de déclarer les horaires réellement pratiqués ; qu'en cinquième lieu, des documents émanant du syndicat CFE-CGC en décembre 2012 critiquent également l'absence de véritable contrôle de la durée du travail et font état de son souhait de permettre la réelle prise en compte des heures effectives de travail et de déplacement ; qu'au vu de l'ensemble de ces éléments, il apparaît que l'employeur avait expressément prévu la possibilité pour Mme [C] de faire des heures complémentaires, mais aussi qu'elle n'en serait pas rémunérée, et que d'autre part, des heures complémentaires ont été effectivement réalisées ; que l'employeur ne produisant aucun contrôle de la durée du travail de la salariée, aucun relevé de ses horaires semaine après semaine, ne justifie pas qu'elle ne devait pas se tenir à sa disposition permanente de sorte qu'il doit être fait droit à sa demande de rappel de salaire sur la base d'un temps complet ; que Mme [C] produit un récapitulatif intitulé « bilan des arriérés de salaires » dans la limite de la prescription triennale ; que ce décompte est calculé sur la base d'une majoration de 30 % par rapport à la rémunération de base ; qu'il convient de recalculer le rappel de salaire sur la base d'un horaire de 151H67 au lieu de 128H27, soit en fonction des augmentations régulières observées sur les bulletins de salaire, la somme totale de 15 470,37 euros à titre de rappel de salaires de juin 2011 à janvier 2014, outre celle de 1 547,03 euros à titre de congés payés afférents ; que sur la demande au titre de l'indemnité pour travail dissimulé, selon l'article L. 8221-5 du code du travail, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur soit de se soustraire intentionnellement à la formalité prévue à l'article L. 1221-10 du code du travail relative à la déclaration préalable à l'embauche, soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2 relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord conclu en application du Chapitre II du Titre 1er du Livre II du présent code, une dissimulation d'emploi salarié ; que l'article L. 8223-1 du code du travail prévoit qu'en cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur aurait eu recours en violation des dispositions de l'article L. 8221-3 du code du travail ou en commettant des faits prévus à l'article L. 8821-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à 6 mois de salaires ; que l'indemnité de travail dissimulé se cumule avec les autres indemnités de rupture ; que le montant de l'indemnité forfaitaire doit être calculé en tenant compte des heures supplémentaires accomplies par le salarié au cours des six mois précédant la rupture du contrat de travail ; qu'en l'espèce, le volume d'heures supplémentaires est important, l'employeur ne pouvait ignorer que lorsque la salariée effectuait des missions en Guyane, qui étaient régulières et fréquentes, elle dépassait son temps partiel, la salariée a fait observer à plusieurs reprises que son temps partiel n'était pas respecté, sans que pour autant l'employeur ne lui rémunère les heures supplémentaires effectuées, l'Inspection du Travail est intervenue auprès de l'employeur, en vain ; qu'au vu de l'ensemble de ces éléments, la preuve est rapportée par la salariée de ce que son employeur a volontairement dissimulé une partie de ses heures de travail ; qu'il sera donc alloué à Mme [C] de la somme de 19 048,14 euros sur la base d'un salaire de référence de 3 174,69 euros, dernier salaire versé ;

1°) ALORS QUE le montant de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé doit être calculé en tenant compte des rémunérations de toute nature ; qu'en omettant la prime de 13e mois dont elle a pourtant constaté l'existence, la cour d'appel a violé l'article L. 8223-1 du code du travail ;

2°) ALORS QUE le montant du rappel de salaire sur la base d'un temps complet doit être calculé en tenant compte des rémunérations de toute nature ; qu'en omettant la prime de 13e mois dont elle a pourtant constaté l'existence, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa version antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, ensemble la convention collective des ingénieurs, cadres de la métallurgie, dans sa version applicable.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société Apave à payer à Mme [C] une indemnité compensatrice de préavis limitée à 19 048,14 euros, quand elle demandait à ce titre la somme de 23 880 euros sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider la dite astreinte, la somme de 1 904, 81 euros à titre de congés payés sur préavis, quand elle demandait à ce titre la somme de 2 388 euros, sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider la dite astreinte et une indemnité conventionnelle de licenciement limitée à 23 810,18 euros, quand elle demandait à ce titre la somme de 29 452 euros sous astreinte

provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider la dite astreinte ;

AUX MOTIFS QUE selon l'article 27 de la convention collective des ingénieurs, cadres de la métallurgie dans sa version applicable à la date du licenciement, Mme [C] pouvait prétendre à une indemnité compensatrice de préavis égale à 6 mois de salaires, étant âgée entre 50 et 55 ans (52 ans) et ayant au moins 5 ans de présence dans l'entreprise ; que sur la base du dernier salaire perçu soit 3 174 euros, elle pouvait prétendre à une indemnité compensatrice de préavis égale à 6 mois de salaires, étant âgée entre 50 et 55 ans (52 ans) et ayant au moins 5 ans de présence dans l'entreprise ; que sur la base du dernier salaire perçu soit 3 174 euros, elle pouvait prétendre à une indemnité compensatrice de préavis de 19 048,14 euros que la SAS Apave sera condamnée à lui payer outre les congés payés sur préavis soit 1904,81 euros ; que selon l'article 29 de cette même convention, dans sa rédaction applicable à la date du licenciement, l'indemnité de licenciement est fixée comme suit, en fonction de la durée de l'ancienneté de l'intéressé dans l'entreprise : - pour la tranche de 1 à 7 ans d'ancienneté : 1/5ème de mois par année d'ancienneté ; - pour la tranche au-delà de 7 ans : 3/5ème de mois par année d'ancienneté ; que pour le calcul de l'indemnité de licenciement, l'ancienneté et, le cas échéant, les conditions d'âge de l'ingénieur ou cadre sont appréciées à la date de fin du préavis, exécuté ou non ; que toutefois, la première année d'ancienneté, qui ouvre le droit à l'indemnité de licenciement, est appréciée à la date d'envoi de la lettre de notification du licenciement ; qu'en ce qui concerne l'ingénieur ou cadre âgé d'au moins 50 ans et de moins de 55 ans et ayant 5 ans d'ancienneté dans l'entreprise, le montant de l'indemnité de licenciement sera majoré de 20 % sans que le montant total de l'indemnité puisse être inférieur à 3 mois ; qu'en application de cette disposition, Mme [C] peut prétendre à une indemnité conventionnelle de licenciement égale à 23 810,18 euros ;

1°) ALORS QUE le montant de l'indemnité compensatrice de préavis doit être calculé en tenant compte des rémunérations de toute nature ; qu'en omettant la prime de 13e mois, dont elle a pourtant constaté l'existence, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, ensemble l'article L. 1234-5 du code du travail et l'article 27 de la convention collective des ingénieurs, cadres de la métallurgie, dans sa version applicable ;

2°) ALORS QUE le montant de l'indemnité de licenciement doit être calculé en tenant compte des rémunérations de toute nature ; qu'en omettant la prime de 13e mois, dont elle a pourtant constaté l'existence, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, ensemble l'article 29 de la convention collective des ingénieurs, cadres de la métallurgie, dans sa version applicable.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme [C] de sa demande d'annulation de l'avertissement du 9 décembre 2013 et de condamnation de la société Apave à lui payer la somme de 1 200 euros à titre d'indemnité, sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider la dite astreinte, de l'avoir déboutée de sa demande tendant à voir juger qu'elle a été victime de harcèlement moral, et en conséquence, condamner la société Apave à lui verser la somme de 6 000 euros à titre d'indemnité, sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider ladite astreinte ;

AUX MOTIFS PROPRES QU'en l'espèce, par cet avertissement, il est reproché à la salariée, après de précédents rappels sur ses comportements nuisant aux relations avec les partenaires et des clients de l'entreprise, le contenu incorrect de courriels échangés le 25 novembre 2013 avec M. [X] ; qu'il n'est pas contesté par la salariée que l'AFHOR est le donneur d'ordre de l'APAVE ; qu'il résulte de la pièce 11 communiquée par l'employeur que Mme [C] a résisté à la demande faite par le responsable Sud-Ouest de l'AFHOR de lui communiquer le compte-rendu de l'audit de Ch. [Q] en utilisant les termes suivants : « je reste responsable des constats et de leur évaluation », et à la demande de M. [X] « non, je veux le compte-rendu avant » elle répond « pour les constats, il faut être sur le site », à la phrase de M. [X] « le compte-rendu n'a pas à partir sans mon aval c'est tout », elle répond « désolée je n'avais pas cette info en termes d'exigences client sur le contrat signé entre l'APAVE et AFHOR, sinon ne change rien à mes deux réponses précédentes. (?) Mais pour moi, la seule solution pour que maîtrises entièrement un rapport de diagnostic c'est que ce soit toi qui le fasses. Sinon ça tourne à la

cour de récréation ! » M. [X] lui répond : « tu fais ton travail de consultante et moi le mien si cela ne te convient pas tiens-moi au courant j'aviserai avec mon client merci ». Elle répond « c'est bien ce que je disais : je fais mon travail de consultante : - je fais le diagnostic (ou l'audit) - je signe mes rapports. Après pour la trame j'utilise celle du donneur d'ordre, mais dans la mesure où tu n'en as pas fourni, j'ai "essayé" de me débrouiller. Il me semble que le plus important reste la satisfaction du client final sur la pertinence et la clarté du rapport : c'est pour cela que j'y suis jeudi matin. FIN DU DÉBAT » ; que la résistance de Mme [C], qui a communiqué le compte-rendu au donneur d'ordre avant de le communiquer au client, le ton employé, les termes utilisés : « ça tourne à la cour de récréation » et « fin du débat » signent pour le moins un manque de courtoisie dans les relations professionnelles ; que si Mme [C] n'était pas d'accord avec la demande du donneur d'ordre, comme elle l'explique dans son courrier de contestation du 20 décembre 2013, il lui était loisible de solliciter l'arbitrage de son supérieur hiérarchique plutôt que de procéder à des échanges dont le ton était susceptible de mettre en difficulté son employeur ; qu'au surplus, il résulte d'un précédent échange de mail de janvier 2013 entre Mme [C] et M. [X] que concernant une formation ISO 22 000, ce dernier l'avait déjà alerté sur la nécessité de tenir informé le premier en tant que responsable du projet, avant le client ; qu'il sera donc jugé que l'avertissement, proportionné aux faits reprochés, est justifié ;

ET AUX MOTIFS ADOPTÉS QU'au regard des éléments fournis aux débats, il apparaît bien que l'opération en cause concernait l'AFHOR, donneur d'ordre ayant mandaté l'APAVE SUR EUROPE SAS auprès de l'un de ses clients, laquelle avait effectivement missionné Mme [C] intervenant en tant que consultante ; qu'en conséquence, il apparaît légitime pour le conseil que la société AFHOR, représentée par M. [X], demande à Mme [C] de lui adresser préalablement son rapport de diagnostic avant envoi au client final ; que le conseil constate au regard des mails échangés suite à la demande de M. [X] de se voir transmettre ledit rapport, que Mme [C] n'a pas répondu favorablement à sa demande, et ce, en termes apparaissant pour le conseil comme inadapté à la situation et au rapport professionnel existant entre les personnes en cause ; qu'au regard des éléments fournis par les parties au présent litige à l'appui de leurs prétentions respectives, le conseil estime l'avertissement comme étant fondé tant par rapport à la réalité des faits en cause reprochés à Mme [C] qu'au regard de la proportionnalité de la sanction par rapport à ces mêmes faits ;

ALORS QU'en retenant, pour juger que l'avertissement était justifié et proportionné aux faits reprochés, que la résistance de Mme [C], le ton employé, les termes utilisés signaient un manque de courtoisie dans les relations professionnelles et qu'il était loisible à la salariée de solliciter l'arbitrage de son supérieur plutôt que de procéder à des échanges dont le ton était susceptible de mettre en difficulté son employeur et qu'au surplus il résultait d'un précédent échange de mails que ce dernier l'avait déjà alertée sur la nécessité de tenir informé M. [X] en tant que responsable du projet, avant le client, sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions, p. 26 à 31), si le ton vif employé par Mme [C], dans la défense des intérêts du client, n'était pas justifié par le ton incisif de M. [X], qui n'était ni un client ni son supérieur, mais un collègue, et qu'il n'était pas d'usage que le commercial adresse lui-même le rapport au client, ce dont il résultait que les propos tenus par Mme [C], resitués dans leur contexte, n'étaient pas fautifs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1331-1, L. 1333-1 et L. 1333-2 du code du travail.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme [C] de sa demande tendant à voir dire et juger qu'elle a été victime de harcèlement moral, et en conséquence, condamner la société Apave à lui verser la somme de 6 000 euros à titre d'indemnité, sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider ladite astreinte ;

AUX MOTIFS PROPRES QU'en l'espèce, la salariée fait valoir, outre des pièces médicales (ordonnance prescrivant des somnifères légers du 21 décembre 2013, arrêt de travail du 25 septembre 2014 jusqu'au 31 octobre pour « syndrome anxio-dépressif réactionnel à problème au travail ») les éléments suivants : l'attitude versatile de son employeur pour l'octroi de congés payés fin 2013 : il a été vu ci-dessus qu'au contraire Mme [C] n'a pas respecté la procédure en vigueur dans l'entreprise et s'est inscrite à un voyage organisé avant d'obtenir l'accord de son employeur, un avertissement injustifié le 9 décembre 2013 : il a été vu ci-dessus que cette sanction était justifiée, l'attribution de matériel informatique obsolète : il n'est pas établi que l'employeur ait cherché à nuire à la salariée en ne faisant pas droit à ses réclamations ou en n'y faisant droit que tardivement, des reproches répétés sur l'exécution de son travail : il a été vu ci-dessus que les

reproches étaient justifiés ; la salariée considère qu'il lui a été reproché sans preuve de ne pas respecter la confidentialité des échanges alors qu'il résulte des pièces versées aux débats que Mme [C] mettait en copie des clients ou donneurs d'ordre de ses échanges de mails avec sa hiérarchie ; la demande de validation mensuelle des comptes-rendus d'activité avec déclaration de temps de travail sur l'émission et des notes de frais avec notamment un reproche sur la journée du 18 mai 2014 : déclaration de 270 km et 250 km retenus sur le trajet, l'appelante indique qu'elle a préféré faire un léger détour en restant sur l'autoroute pour des raisons de sécurité ; en sollicitant ces comptes-rendus et en les contrôlant, l'employeur n'a fait qu'usage de son pouvoir de direction dans le sens d'une bonne gestion de son entreprise ; en septembre 2014, avoir été missionnée au dernier moment dans le dossier FEDA sans avoir été autorisée à prendre contact avec le client pour planifier la mission et l'annulation de cette mission particulièrement motivante pour elle ; il n'est pas établi d'intention de nuire à la salariée à l'occasion du choix de l'employeur dans l'organisation et la répartition du travail qui lui incombe à lui seul ; le recrutement d'un vacataire en septembre 2013 : il n'est pas établi que ce recrutement avait pour but d'écartier Mme [C] d'autant qu'elle a été maintenue dans son poste pendant encore plus d'un an après ; les mails de la DRH : ils lui rappellent simplement le lien de subordination auquel elle est soumise et le mail adressé après la saisine par la salariée d'un conseil le 8 octobre 2014 lui indiquant qu'elle « souhaite monnayer son départ » n'a aucun caractère injurieux ou menaçant ; l'employeur lui a refusé le droit d'être entendue dans le cadre d'une enquête du CHSCT sur les risques psychosociaux : il ne résulte pas des pièces au dossier (pièces 5-12 appelante) que l'employeur lui a refusé ce droit ; la convocation 3 jours après la fin de son arrêt maladie : il ne saurait être fait grief à l'employeur d'avoir attendu la fin de l'arrêt maladie de la salariée pour la convoquer à un entretien préalable ; qu'en outre, Mme [C] a été déclarée apte à reprendre le travail le 10 novembre 2014 ; qu'il ne résulte pas de l'ensemble de ces éléments des faits de harcèlement moral de la part de l'employeur à l'encontre de Mme [C] ; que le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a débouté Mme [C] de ce chef de demande ; que ce jugement déféré sera confirmé sur ce point ; qu'à défaut de preuve du harcèlement invoqué, la nullité du licenciement ne sera pas prononcée ;

ET AUX MOTIFS ADOPTÉS QU'à l'appui de ses dires, Mme [C] fait valoir à l'appui de sa demande une dégradation de ses conditions de travail en faisant état de situation de tension entre elle et son supérieur hiérarchique M. [Z] concernant une demande de congés payés dans un premier temps refusée, puis dans un second temps acceptée par ce dernier, ainsi que par l'avertissement qui lui a été notifié en décembre 2013 ; que Mme [C] soutient également avoir fait l'objet par la suite de reproches répétés sur l'exécution de son contrat de travail en vue de la déstabiliser ; que la société APAVE Sud Europe SAS estime que la demande de sa hiérarchie et l'avertissement prononcé à l'encontre de Mme [C] s'inscrivaient dans le cadre du pouvoir de direction de son manager ; que sur ce point, le conseil constate à l'examen des pièces fournies aux débats par les parties que les directives données à Mme [C] par sa hiérarchie s'inscrivaient effectivement dans le cadre de son pouvoir de direction et étaient destinées à rappeler à cette dernière les règles internes à respecter et mises en place dans le cadre du pouvoir d'organisation relevant de sa direction ; que le conseil estime que la société APAVE Sud Europe SAS n'a pas abusé de son pouvoir de direction au regard des faits reprochés à Mme [C] dont le comportement a conduit sa direction à lui adresser un avertissement, considéré comme justifié par le conseil dans le cadre de la présente instance, avant de prononcer à son encontre un licenciement pour faute grave dont le bien-fondé a été également reconnu par le conseil ; que Mme [C] fait également état d'une dégradation de ses outils de travail au travers de la mise à disposition d'un ordinateur défectueux remplacé après relances de sa part par un ordinateur non conforme ; que la société APAVE Sud Europe SAS soutient avoir fait preuve de diligence pour remplacer l'outil informatique réclamé par la salariée ; que sur ce point, et au regard des éléments développés lors des débats, le conseil ne saurait considérer la société APAVE Sud Europe SAS comme ayant commis des faits de harcèlement sur ce motif ; que Mme [C] a consulté son médecin traitant en décembre 2013 qui lui a prescrit des antidépresseurs et calmants, avant de faire l'objet d'un arrêt de travail lié à un « syndrome dépressif relatif à pbs au travail » en septembre 2014 ; que la société APAVE Sud Europe SAS fait valoir le fait d'une part, que la prescription d'antidépresseurs et de calmants est intervenue à une période concomitante avec celle à partir de laquelle Mme [C] estime avoir constaté sa situation se dégrader ; que d'autre part, l'arrêt du travail établi sur les seules déclarations de la salariée ne saurait avoir en conséquence valeur probante pour le conseil, nul ne pouvant se constituer de preuves à soi-même ; que Mme [C] fait valoir le fait que le 10 novembre 2014 elle a été déclarée « apte à revoir dans 3 mois » à la reprise par le médecin du travail, ce délai de trois mois exprimant, selon la demanderesse, une réserve quant à son aptitude à reprendre son activité ; que la société APAVE Sud Europe SAS précise le fait que le médecin du travail de la société n'a jamais fait état d'une situation de harcèlement moral au travail lors des visites médicales de la salariée ; que pour le conseil, l'arrêt de travail du mois de septembre 2014 établi sur les seules déclarations de la salariée sans que la société n'ait eu possibilité d'en contester le bien-fondé apparaît en conséquence pour le conseil comme dénué de tout caractère probant et vient

en outre en contradiction avec l'adage selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ; que l'avis du médecin du travail en date du 10 novembre 2014 mentionnant « apte à revoir dans 3 mois » ne saurait en aucun cas être interprété ? comme le fait abusivement la demanderesse ? comme valant implicitement une réserve sur son aptitude à travailler au sein de la société APAVE Sud Europe SAS ; que le conseil constate que Mme [C] ne produit aux débats aucun élément médical ?notamment issu du médecin du travail, et sous réserve de ne pas être rédigé sur la base des seuls dires de la salariée? permettant au conseil de faire le lien effectif et direct entre les prétendus faits de harcèlement dont elle estime avoir été victime et la dégradation de son état de santé en résultant ; que Mme [C] fait valoir le fait que le CHSCT a diligenté une enquête sur les risques psycho-sociaux au sein du département conseil de la société APAVE Sud Europe SAS débutant le 1er décembre 2014 sans que celle-ci soit en mesure d'en communiquer les raisons et les résultats auprès du conseil ; que le conseil estimant, dans le respect du cadre fourni par l'article L. 1154-1 du code du travail, ne pas avoir d'éléments suffisamment précis et concordants, matériellement établis, et pertinents permettant de présumer de faits de harcèlement moral, déboute en conséquence Mme [C] de sa demande relative au harcèlement moral ;

1°) ALORS QUE lorsque le salarié a établi des faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement, il appartient à l'employeur de prouver que ces agissements n'étaient pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en retenant « qu'il ne résulte pas de l'ensemble de ces éléments des faits de harcèlement moral de la part de l'employeur à l'encontre de Mme [C] », la cour d'appel, qui a attendu de la salariée des éléments de preuve du harcèlement, et non de présomption, a violé les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail ;

2°) ALORS QUE pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral au sens de l'article L. 1152-1 du code du travail ; que dans l'affirmative, il revient au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en l'espèce, Mme [C] invoquait notamment la fixation d'un entretien annuel pendant une période de congés, la privation d'autonomie, le défaut de réponse à une proposition de rencontre avec la responsable des ressources humaines dans le but d'améliorer ses conditions de travail, et l'intégralité des certificats médicaux ; qu'en statuant par les motifs précités, sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions, p. 61, 62, 63, 66 et 67), si les quatre faits susvisés n'étaient pas matériellement établis et ne permettaient pas de présumer l'existence d'un harcèlement moral, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail ;

3°) ALORS QUE pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner les éléments invoqués par le salarié individuellement, mais aussi dans leur ensemble ; qu'en se bornant à examiner successivement et de manière séparée les faits invoqués par la salariée, pour en déduire « qu'il ne résulte pas de l'ensemble de ces éléments des faits de harcèlement », sans rechercher si les faits matériellement établis, non pas seulement individuellement, mais pris dans leur ensemble, n'étaient pas de nature à laisser présumer l'existence d'un harcèlement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir dit que le licenciement de Mme [C] est justifié par une cause réelle et sérieuse et, en conséquence, de l'avoir déboutée de sa demande tendant à voir condamner la société Apave à lui payer la somme de 23 880 euros à titre d'indemnité de préavis, 2 388 euros à titre de congés payés sur le préavis, 29 452 euros à titre d'indemnité de licenciement et 71 640 euros à titre d'indemnité pour licenciement nul et à tout le moins sans cause réelle et sérieuse, ordonner la rectification des bulletins de salaire depuis le mois de juin 2011, ainsi que l'attestation Pôle Emploi, sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider la dite astreinte ;

AUX MOTIFS QU'un licenciement doit reposer sur une cause réelle, exacte et objective ; qu'elle doit en outre être sérieuse

; que la charge de la preuve n'incombe pas spécialement à l'une ou l'autre des parties ; que si le licenciement est prononcé pour faute grave, celle-ci doit résulter du fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation caractérisée du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis et il incombe à l'employeur de démontrer qu'il ne pouvait conserver le salarié pendant la durée du préavis ; que le juge vérifie les faits allégués ; que si un doute subsiste, il doit profiter au salarié ; que lorsque l'employeur motive le licenciement par ou pour une faute grave, le juge ne peut retenir la cause réelle et sérieuse que si le fait allégué par l'employeur est un fait fautif ; qu'en l'espèce, il est reproché à Mme [C] par lettre du 27 novembre 2014, dont les motifs lient les débats, les fautes suivantes : 1-insubordination et non-respect récurrent des directives à l'origine du mécontentement des clients, partenaires et prescripteurs : envoi de courriels fleuves intégrant des considérations personnelles avec en copie des destinataires inappropriés malgré des rapports à l'ordre, comportement inapproprié avec l'AFHOR ou l'AFNOR qui a conduit ce pourvoyeur important de missions à ne plus vouloir collaborer avec elle, insolence dans les échanges avec l'employeur et non-respect des procédures concernant les congés payés et la gestion de l'emploi du temps, 2-comportement inacceptable et délibéré entravant toute possibilité de travail en équipe, positions dogmatiques et rigides, difficultés à la joindre au téléphone, dégradant les relations internes et externes et ayant un impact sur ses résultats commerciaux avec des objectifs non remplis, 3-mauvaise volonté délibérée et incapacité de remise en cause, tous les sujets sont prétexte à conflits de sa part, répétition d'attitudes et de comportements inadaptés et déplacés avec les partenaires et sa hiérarchie sans amélioration malgré l'avertissement entraînant une impossibilité d'une collaboration loyale et cordiale ; qu'il résulte des pièces versées aux débats que Mme [C] adresse le 29 octobre 2013 une demande de congés pour 28 jours qu'il lui reste à prendre en indiquant qu'elle souhaite faire un voyage du 12 janvier au 30 janvier, et demande une réponse dans les 48 heures ; qu'elle relance son employeur en ces termes « bonjour je sais qu'en arrêt maladie, rendez-vous client (ou congés ?) il n'est pas toujours facile de répondre » ; qu'elle demande une réponse et ajoute « ou alors est-ce que je dois considérer que l'absence de réponse vaut acceptation ? » ; que l'employeur lui répond le même jour qu'il peut faire droit à cette demande à condition de reporter un stage prévu en février ; que la salariée répond qu'elle va essayer de déplacer le stage, mais qu'il sera difficile de déplacer son voyage organisé ; que son N+1 lui indique le 12 novembre 2013 que sa demande de congés est refusée s'agissant d'une période de forte activité ; qu'elle répond le 13 novembre qu'elle a versé un acompte pour le paiement de son voyage non remboursable, qu'elle doit de toute façon prendre 28 jours de congés avant fin mai et demande une réponse le jour même ; que le 14 novembre, elle écrit un autre mail d'une page et demie rappelant l'historique de sa demande de congés, en se justifiant, en rappelant la procédure applicable, et en terminant « seul point sur lequel je ne peux pas argumenter, tu es bien sûr mon supérieur hiérarchique merci de me préciser PAR ECRIT et quand tu veux (je ne te mets pas la pression en termes de délais) LES DATES AUXQUELLES TU VEUX QUE JE PRENNE MES 28 JOURS DE CONGES ENTRE JANVIER ET AVRIL » ; que les congés lui sont accordés exceptionnellement selon sa demande le 29 novembre 2013 ; qu'en janvier 2014, elle écrit directement à son N+2 et à son client AFNOR concernant un contrat AFNOR avec en copie son N+1 ; que son N+2 lui demande de se coordonner avec son N+1 à ce sujet ; que de retour de congés en février 2014, elle écrit en réponse à son N+1 qui lui reprochait sa façon de communiquer et de ne pas l'avoir consulté sur les modalités à suivre pour son contrat, et lui rappelait son avertissement, elle répondait en se justifiant par un mail de deux pages en lui précisant : « je n'ai absolument pas voulu te court-circuiter, convaincue que tu avais pu échanger avec [S] (la N+2). (?) À ce stade je n'ai pas vu de valeur ajoutée à te contacter par mail pour te signaler qu'un contrat était signé » (?) ; que le 28 février 2014, elle écrit à la DRH pour se plaindre du rappel à l'ordre de son N+1 concernant le contrat AFHOR ou AFNOR et demande confirmation qu'aucun avertissement ne sera associé à cette affaire ; que par mail du 19 mars 2014, le DRH, faisant suite à un entretien avec elle, lui rappelle que les lettres d'objectifs prévoient la signature du manager et du managé, que le délai de prévenance pour les congés payés est d'un mois et que d'autre part si en tant que cadre, elle peut exprimer un désaccord avec la méthode qu'on lui demande d'appliquer, elle doit obtempérer à la décision finale de l'employeur ; qu'elle répond à la DRH le même jour par un mail d'une page entière : elle y prend acte que le message de son N+1 du 14 février n'est pas un avertissement « malgré les reproches qui y sont manifestement exprimés », elle y conteste le contrat d'objectifs et demande à la DRH de faire le nécessaire auprès de son N+1 pour qu'il soit plus en adéquation avec son contrat de travail, elle y indique qu'elle n'avait jamais respecté le délai d'un mois de prévenance pour poser les congés dont elle n'avait pas connaissance et s'engage à le respecter désormais, elle y revient sur le litige contrat AFHOR ou AFNOR avec son N+1 en indiquant « qu'en tant que cadre, consultante et auditrice de certification, elle est constamment amenée à prendre des décisions chez ses clients sans solliciter en permanence sa hiérarchie et qu'il y a manifestement une évolution du style de management au sein de son département depuis ces derniers mois au regard des 14 ans passés à l'APAVE, qu'elle comprend que le style de management évolue en fonction du contexte et qu'elle est à même de

s'adapter, mais qu'elle restera toujours vigilante sur l'impact que peuvent avoir certaines consignes sur les objectifs qui lui sont fixés » ; qu'en avril 2014, il est noté dans son compte-rendu d'entretien individuel d'évaluation comme faits marquants durant la période écoulée des soucis en raison de ses « comportements liés à la communication et la coopération : négociations incessantes, besoin de répéter, des pages de mails, des récriminations (discours contradictoires sur les horaires) une tendance procédurière et des remontées négatives » ; qu'en mai 2014, il lui est demandé la feuille d'émargement concernant son intervention à l'hôpital Ch. [Q] pour permettre sa facturation qu'elle ne remettra qu'un mois plus tard ; que dans ses échanges avec l'assistante commerciale puis avec son N+1 elle fait état de difficultés matérielles (absence de scanner, nombreux déplacements, puis finalement qu'elle l'a égarée et en réponse à son N+1 qui lui indique « merci d'envoyer en urgence le document. Trouve un scanner ou photo bonne résolution. En quatre semaines tu ne pouvais pas trouver cela ou une photocopieuse plus la poste ? Les déplacements font partie du métier, tu dois savoir gérer La facturation ne doit pas souffrir de ce genre de détail » ; qu'elle commence sa réponse par la phrase « ah si les choses étaient aussi simples » ; qu'en juillet 2014, dans un échange de mails avec la responsable pédagogique de l'AFHOR ou l'AFNOR, la salariée discute sans fin pour se justifier après que cette dernière lui ait reproché une adresse incorrecte sur le devis ce qui nécessite l'intervention de son N+1 ; qu'en septembre 2014, elle s'adresse directement à sa N+2 pour refuser un contrat FEDA au lieu de passer par son manager ; qu'en novembre 2014, le chef d'agence AFHOR ou AFNOR se plaint auprès de l'employeur de ce que Mme [C] s'obstine à ne pas informer M. [X], qui doit rester l'interlocuteur privilégié de son client ce qui crée de réels dysfonctionnements dans la relation avec le client ; qu'il précise que si un mode de fonctionnement fiable permettant à chacun de jouer son rôle et d'avoir avec le client une démarche commerciale efficace n'était pas trouvé, il serait contraint de trouver un autre intervenant pour finaliser la mission et demande de faire passer le message à Mme [C] ; que toujours en novembre 2014, la salariée insiste pour obtenir le changement de date d'entretien préalable à licenciement prévu le 24 novembre pour pouvoir se rendre chez des clients alors qu'elle a été déprogrammée par son employeur des missions prévues ; concernant la prescription, qu'en application de l'article L. 1332-4 du code du travail, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance ; qu'il est constant qu'il ne saurait y avoir prescription lorsque le comportement du salarié a perduré et que les dernières attitudes fautives datent de moins de deux mois avant l'engagement de la procédure disciplinaire ; que tel est le cas en l'espèce ; que l'ensemble de ces pièces démontre : une impossibilité chronique de respecter l'ordre hiérarchique, en contournant systématiquement son N+1, un ton inapproprié, déplacé, voire insolent lorsqu'elle s'adresse à lui, mais aussi à d'autres interlocuteurs externes à l'entreprise par exemple la responsable pédagogique de l'AFHOR ou AFNOR, l'incapacité de respecter les procédures mises en place par l'entreprise : refus de rendre compte au responsable régional du donneur d'ordre, malgré un avertissement un an avant, l'incapacité de se remettre en cause à la suite des remarques faites par la hiérarchie, une communication difficile avec ses interlocuteurs se traduisant par des mails « fleuve » dont il ressort qu'elle est hermétique aux remarques justifiées qui lui sont faites ; que c'est à tort que la salariée se prévaut de son autonomie de cadre qui ne la dispense pas de respecter les consignes de sa hiérarchie ; qu'en revanche, aucune pièce ne démontre que le comportement de la salariée a eu un impact sur ses résultats commerciaux ; que force est de constater que le comportement inadapté de Mme [C] s'est poursuivi pendant au moins un an et que si l'employeur a décidé de la licencier après la réaction du chef d'agence AFHOR ou AFNOR en novembre 2014, il n'y avait aucune urgence justifiant un licenciement sans préavis, ce dernier ayant exprimé le souhait de ne plus collaborer avec elle seulement si son attitude devait perdurer ; qu'au vu de ces éléments, la cour infirme le jugement du conseil de prud'hommes en ce qu'il a déclaré bien-fondé le licenciement pour faute grave et juge que le licenciement a une cause réelle et sérieuse ; que selon l'article 27 de la convention collective des ingénieurs, cadres de la métallurgie dans sa version applicable à la date du licenciement, Mme [C] pouvait prétendre à une indemnité compensatrice de préavis égale à 6 mois de salaires, étant âgée entre 50 et 55 ans (52 ans) et ayant au moins 5 ans de présence dans l'entreprise ; que sur la base du dernier salaire perçu soit 3 174,69 euros, elle pouvait prétendre à une indemnité compensatrice de préavis de 19 048,14 euros que la SAS APAVE sera condamnée à lui payer outre les congés payés sur préavis soit 1 904,81 euros ; que selon l'article 29 de cette même convention, dans sa rédaction applicable à la date du licenciement, l'indemnité de licenciement est fixée comme suit, en fonction de la durée de l'ancienneté de l'intéressé dans l'entreprise : pour la tranche de 1 à 7 ans d'ancienneté : 1/5e de mois par année d'ancienneté, pour la tranche au-delà de 7 ans : 3/5e de mois par année d'ancienneté. Pour le calcul de l'indemnité de licenciement, l'ancienneté et, le cas échéant, les conditions d'âge de l'ingénieur ou cadre sont appréciées à la date de fin du préavis, exécuté ou non. Toutefois, la première année d'ancienneté, qui ouvre le droit à l'indemnité de licenciement, est appréciée à la date d'envoi de la lettre de notification du licenciement. En ce qui concerne l'ingénieur ou cadre âgé d'au moins 50 ans et de moins de 55 ans et ayant 5 ans d'ancienneté dans l'entreprise, le montant de l'indemnité de licenciement sera majoré de 20 % sans que le montant total

de l'indemnité puisse être inférieur à 3 mois ; qu'en application de cette disposition, Mme [C] peut prétendre à une indemnité conventionnelle de licenciement égale à 23 810,18 euros ; que le jugement déféré sera infirmé sur ces points ;

1°) ALORS QUE dans son courrier du 21 septembre 2014, après s'être enquis de la connaissance du dossier prud'homal en cours par son N+1 (« [Y] »), Mme [C] avait exprimé auprès de sa N+2 (Mme [A]) ses doutes quant à son affectation sur le contrat FEDA et avait précisé explicitement qu'« il va de soi que la décision t'appartient, et que, si tu me confirmes que je reste sur cette mission : - je la réaliserai avec plaisir car le sujet est particulièrement motivant, - et en essayant de gérer au mieux la relation client » ; qu'en retenant, qu'en septembre 2014, Mme [C] « s'adresse directement à sa N+2 pour refuser un contrat FEDA au lieu de passer par son manager », la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de ce courrier, en violation de l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ;

2°) ALORS QU'il résulte de l'article L. 1332-4 du code du travail qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance ; que cette disposition permet la prise en considération d'un fait antérieur à deux mois à la condition que le comportement du salarié ce soit poursuivi durant cette période ; qu'en retenant qu'en novembre 2014, le chef d'agence AFHOR s'était plaint auprès de l'employeur de ce que Mme [C] s'obstinait à ne pas informer M. [X] qui devait rester l'interlocuteur privilégié de son client, ce qui créait de réels dysfonctionnements dans la relation avec le client et que si un mode de fonctionnement fiable n'était pas trouvé, il serait contraint de trouver un autre intervenant pour finaliser la mission, sans constater ni l'imputation de faits précis à la salariée, ni que ces faits auraient été portés à la connaissance de l'employeur ou se seraient poursuivis dans les deux mois précédant l'engagement des poursuites disciplinaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte précité ;

3°) ALORS QU'en retenant, pour juger que les dernières attitudes fautives de la salariée dataient de moins de deux mois avant l'engagement de la procédure disciplinaire et que le licenciement avait une cause réelle et sérieuse, que, toujours en novembre 2014, la salariée insistait pour obtenir le changement de date d'entretien préalable à licenciement prévu le 24 novembre pour pouvoir se rendre chez des clients alors qu'elle avait été déprogrammée par son employeur des missions prévues, cependant que ces faits étaient nécessairement postérieurs à l'engagement de la procédure disciplinaire par l'employeur, la cour d'appel, qui s'est prononcée par des motifs radicalement inopérants, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1332-4 du code du travail.

SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme [C] de sa demande de condamnation de la société Apave à lui payer la somme de 6 000 euros au titre des conditions vexatoires du licenciement, sous astreinte provisoire de 50 euros par jour de retard à compter d'un mois après la notification du jugement, la cour se réservant le droit de liquider la dite astreinte ;

AUX MOTIFS QU'il est constant qu'un salarié peut demander réparation du préjudice résultant de procédés vexatoires dans la mise en oeuvre ou les circonstances de son licenciement, et ce quand bien même il a été licencié pour faute grave ; qu'en l'espèce, Mme [C] reproche à l'employeur d'avoir fixé l'entretien préalable au 24 novembre 2014 alors qu'elle avait un audit de certification avec l'AFNOR à Mâcon le même jour, ce qui la privait d'un apport d'affaires potentiel au-delà de son licenciement ; qu'elle reproche également à l'employeur de ne pas avoir levé la clause de non-concurrence dans la lettre de licenciement du 27 novembre ; que cependant, aucune faute n'a été commise par l'employeur consistant à annuler un rendez-vous du 24 novembre dans le cadre d'un audit en cours avec un de ses clients alors qu'il avait engagé la procédure de licenciement contre la salariée le 13 novembre, et il ne saurait lui être reproché de s'être prémuni contre l'éventuelle concurrence déloyale de la salariée après la fin des relations contractuelles ;

1°) ALORS QU'en affirmant qu'aucune faute n'a été commise par l'employeur consistant à annuler un rendez-vous du 24 novembre dans le cadre d'un audit en cours avec un de ses clients alors qu'il avait engagé la procédure de licenciement contre la salariée le 13 novembre, sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions, p. 71-72), si le licenciement n'était pas intervenu dans des conditions brutales et vexatoires du fait de la décision de l'employeur, nonobstant l'absence d'urgence, de fixer et maintenir l'entretien préalable au licenciement à une date où Mme [C], seule salariée

qualifiée disponible pour cette mission, devait intervenir pour le compte d'AFNOR Certification, ce dont il s'inférait que les conditions dans lesquelles était intervenu le licenciement risquaient d'entraîner la perte de certification du client et compromettaient l'avenir professionnel de Mme [C] au-delà de son licenciement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382, devenu 1240, du code civil ;

2°) ALORS QUE la cour d'appel a constaté qu'aucune urgence ne justifiait un licenciement sans préavis ; qu'en affirmant qu'il ne saurait être reproché à l'employeur de s'être prémuni contre l'éventuelle concurrence déloyale de la salariée après la fin des relations contractuelles, sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions, p. 71-72), si le refus de l'employeur de lever la clause de non-concurrence ne pouvait pas que nuire à la salariée, l'application de cette clause n'empêchant pas Mme [C] de travailler avec AFNOR Certification, mais faisant uniquement obstacle à l'accomplissement des missions prévues en décembre, qui avaient dû être annulées au dernier moment, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382, devenu 1240, du code civil.

Moyens produits par de la SCP Rousseau et Tapie, avocat aux Conseils, pour la société Apave Sudeurope, demanderesse au pourvoi incident

(Préalable au 3ème moyen du pourvoi principal)

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé le jugement qui avait dit bien fondé le licenciement notifié pour faute grave, d'avoir dit que le licenciement était justifié par une cause réelle et sérieuse et d'avoir en conséquence condamné la société Apave à payer à Mme [C] les sommes de 19 048,14 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, les congés payés y afférents et 23 810,18 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement ;

Aux motifs que si le licenciement est prononcé pour faute grave, celle-ci doit résulter du fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation caractérisée du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis et il incombe à l'employeur de démontrer qu'il ne pouvait conserver le salarié pendant la durée du préavis ; que le juge vérifie les faits allégués ; que si un doute subsiste, il doit profiter au salarié ; que lorsque l'employeur motive le licenciement par ou pour une faute grave, le juge ne peut retenir la cause réelle et sérieuse que si le fait allégué par l'employeur est un fait fautif ; qu'en l'espèce, il est reproché à Mme [C] par lettre du 27 novembre 2014, dont les motifs lient les débats, les fautes suivantes : 1-insubordination et non-respect récurrent des directives à l'origine du mécontentement des clients, partenaires et prescripteurs : envoi de courriels fleuves intégrant des considérations personnelles avec en copie des destinataires inappropriés malgré des rapports à l'ordre, comportement inapproprié avec l'AFHOR ou l'AFNOR qui a conduit ce pourvoyeur important de missions à ne plus vouloir collaborer avec elle, insolence dans les échanges avec l'employeur et non-respect des procédures concernant les congés payés et la gestion de l'emploi du temps, 2-comportement inacceptable et délibéré entravant toute possibilité de travail en équipe, positions dogmatiques et rigides, difficultés à la joindre au téléphone, dégradant les relations internes et externes et ayant un impact sur ses résultats commerciaux avec des objectifs non remplis, 3-mauvaise volonté délibérée et incapacité de remise en cause, tous les sujets sont prétexte à conflits de sa part, répétition d'attitudes et de comportements inadaptés et déplacés avec les partenaires et sa hiérarchie sans amélioration malgré l'avertissement entraînant une impossibilité d'une collaboration loyale et cordiale ; qu'il résulte des pièces versées aux débats que Mme [C] adresse le 29 octobre 2013 une demande de congés pour 28 jours qu'il lui reste à prendre en indiquant qu'elle souhaite faire un voyage du 12 janvier au 30 janvier, et demande une réponse dans les 48 heures ; qu'elle relance son employeur en ces termes « bonjour je sais qu'en arrêt maladie, rendez-vous client (ou congés ?) il n'est pas toujours facile de répondre » ; qu'elle demande une réponse et ajoute « ou alors est-ce que je dois considérer que l'absence de réponse vaut acceptation ? » ; que l'employeur lui répond le même jour qu'il peut faire droit à cette demande à condition de reporter un stage prévu en février ; que la salariée répond qu'elle va essayer de déplacer le stage, mais qu'il sera difficile de déplacer son voyage organisé ; que son N+1 lui indique le 12 novembre 2013 que sa demande de congés est refusée s'agissant d'une période de forte activité ; qu'elle répond le 13 novembre qu'elle a versé un acompte pour le paiement de son voyage non remboursable, qu'elle doit de toute façon prendre 28 jours de congés avant fin mai et demande une réponse le jour même ; que le 14 novembre, elle écrit un autre mail d'une page et demie rappelant l'historique de sa demande de

conгés, en se justifiant, en rappelant la procédure applicable, et en terminant « seul point sur lequel je ne peux pas argumenter, tu es bien sûr mon supérieur hiérarchique merci de me préciser PAR ECRIT et quand tu veux (je ne te mets pas la pression en termes de délais) LES DATES AUXQUELLES TU VEUX QUE JE PRENNE MES 28 JOURS DE CONGES ENTRE JANVIER ET AVRIL » ; que les congés lui sont accordés exceptionnellement selon sa demande le 29 novembre 2013 ; qu'en janvier 2014, elle écrit directement à son N+2 et à son client AFNOR concernant un contrat AFNOR avec en copie son N+1 ; que son N+2 lui demande de se coordonner avec son N+1 à ce sujet ; que de retour de congés en février 2014, elle écrit en réponse à son N+1 qui lui reprochait sa façon de communiquer et de ne pas l'avoir consulté sur les modalités à suivre pour son contrat, et lui rappelait son avertissement, elle répondait en se justifiant par un mail de deux pages en lui précisant : « je n'ai absolument pas voulu te court-circuiter, convaincue que tu avais pu échanger avec [S] (la N+2). (?) À ce stade je n'ai pas vu de valeur ajoutée à te contacter par mail pour te signaler qu'un contrat était signé » (?) ; que le 28 février 2014, elle écrit à la DRH pour se plaindre du rappel à l'ordre de son N+1 concernant le contrat AFHOR ou AFNOR et demande confirmation qu'aucun avertissement ne sera associé à cette affaire ; que par mail du 19 mars 2014, le DRH, faisant suite à un entretien avec elle, lui rappelle que les lettres d'objectifs prévoient la signature du manager et du managé, que le délai de prévenance pour les congés payés est d'un mois et que d'autre part si en tant que cadre, elle peut exprimer un désaccord avec la méthode qu'on lui demande d'appliquer, elle doit obtempérer à la décision finale de l'employeur ; qu'elle répond à la DRH le même jour par un mail d'une page entière : elle y prend acte que le message de son N+1 du 14 février n'est pas un avertissement « malgré les reproches qui y sont manifestement exprimés », elle y conteste le contrat d'objectifs et demande à la DRH de faire le nécessaire auprès de son N+1 pour qu'il soit plus en adéquation avec son contrat de travail, elle y indique qu'elle n'avait jamais respecté le délai d'un mois de prévenance pour poser les congés dont elle n'avait pas connaissance et s'engage à le respecter désormais, elle y revient sur le litige contrat AFHOR ou AFNOR avec son N+1 en indiquant « qu'en tant que cadre, consultante et auditrice de certification, elle est constamment amenée à prendre des décisions chez ses clients sans solliciter en permanence sa hiérarchie et qu'il y a manifestement une évolution du style de management au sein de son département depuis ces derniers mois au regard des 14 ans passés à l'APAVE, qu'elle comprend que le style de management évolue en fonction du contexte et qu'elle est à même de s'adapter, mais qu'elle restera toujours vigilante sur l'impact que peuvent avoir certaines consignes sur les objectifs qui lui sont fixés » ; qu'en avril 2014, il est noté dans son compte-rendu d'entretien individuel d'évaluation comme faits marquants durant la période écoulée des soucis en raison de ses « comportements liés à la communication et la coopération : négociations incessantes, besoin de répéter, des pages de mails, des récriminations (discours contradictoires sur les horaires) une tendance procédurière et des remontées négatives » ; qu'en mai 2014, il lui est demandé la feuille d'émargement concernant son intervention à l'hôpital Ch. [Q] pour permettre sa facturation qu'elle ne remettra qu'un mois plus tard ; que dans ses échanges avec l'assistante commerciale puis avec son N+1 elle fait état de difficultés matérielles (absence de scanner, nombreux déplacements, puis finalement qu'elle l'a égarée et en réponse à son N+1 qui lui indique « merci d'envoyer en urgence le document. Trouve un scanner ou photo bonne résolution. En quatre semaines tu ne pouvais pas trouver cela ou une photocopieuse plus la poste ? Les déplacements font partie du métier, tu dois savoir gérer La facturation ne doit pas souffrir de ce genre de détail » ; qu'elle commence sa réponse par la phrase « ah si les choses étaient aussi simples » ; qu'en juillet 2014, dans un échange de mails avec la responsable pédagogique de l'AFHOR ou l'AFNOR, la salariée discute sans fin pour se justifier après que cette dernière lui ait reproché une adresse incorrecte sur le devis ce qui nécessite l'intervention de son N+1 ; qu'en septembre 2014, elle s'adresse directement à sa N+2 pour refuser un contrat FEDA au lieu de passer par son manager ; qu'en novembre 2014, le chef d'agence AFHOR ou AFNOR se plaint auprès de l'employeur de ce que Mme [C] s'obstine à ne pas informer M. [X], qui doit rester l'interlocuteur privilégié de son client ce qui crée de réels dysfonctionnements dans la relation avec le client ; qu'il précise que si un mode de fonctionnement fiable permettant à chacun de jouer son rôle et d'avoir avec le client une démarche commerciale efficace n'était pas trouvé, il serait contraint de trouver un autre intervenant pour finaliser la mission et demande de faire passer le message à Mme [C] ; que toujours en novembre 2014, la salariée insiste pour obtenir le changement de date d'entretien préalable à licenciement prévu le 24 novembre pour pouvoir se rendre chez des clients alors qu'elle a été déprogrammée par son employeur des missions prévues ; concernant la prescription, qu'en application de l'article L. 1332-4 du code du travail, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance ; qu'il est constant qu'il ne saurait y avoir prescription lorsque le comportement du salarié a perduré et que les dernières attitudes fautives datent de moins de deux mois avant l'engagement de la procédure disciplinaire ; que tel est le cas en l'espèce ; que l'ensemble de ces pièces démontre : une impossibilité chronique de respecter l'ordre hiérarchique, en contournant systématiquement son N+1, un ton inapproprié, déplacé, voire insolent lorsqu'elle s'adresse à lui, mais aussi à d'autres interlocuteurs externes à l'entreprise par exemple la responsable pédagogique de l'AFHOR ou AFNOR,

l'incapacité de respecter les procédures mises en place par l'entreprise : refus de rendre compte au responsable régional du donneur d'ordre, malgré un avertissement un an avant, l'incapacité de se remettre en cause à la suite des remarques faites par la hiérarchie, une communication difficile avec ses interlocuteurs se traduisant par des mails « fleuve » dont il ressort qu'elle est hermétique aux remarques justifiées qui lui sont faites ; que c'est à tort que la salariée se prévaut de son autonomie de cadre qui ne la dispense pas de respecter les consignes de sa hiérarchie ; qu'en revanche, aucune pièce ne démontre que le comportement de la salariée a eu un impact sur ses résultats commerciaux ; que le comportement inadapté de Mme [C] s'est poursuivi pendant au moins un an et que si l'employeur a décidé de la licencier après la réaction du chef d'agence AFHOR ou AFNOR en novembre 2014, il n'y avait aucune urgence justifiant un licenciement sans préavis, ce dernier ayant exprimé le souhait de ne plus collaborer avec elle seulement si son attitude devait perdurer ; qu'au vu de ces éléments, la cour infirme le jugement du conseil de prud'hommes en ce qu'il a déclaré bien-fondé le licenciement pour faute grave et juge que le licenciement a une cause réelle et sérieuse ;

Alors 1°) que commet une faute grave le salarié qui ne respecte pas l'autorité hiérarchique, contourne son supérieur hiérarchique direct, ou s'adresse à lui en des termes inappropriés, déplacés voire insolents, refuse de rendre compte à un donneur d'ordre en dépit d'un avertissement, ne tient pas compte des remarques justifiées qui lui sont faites et ne respecte pas les consignes données ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que Mme [C] ne respectait pas l'ordre hiérarchique, contournait systématiquement son N+1, employait un ton inapproprié, déplacé, voire insolent lorsqu'elle s'adressait à lui mais aussi à d'autres interlocuteurs externes à l'entreprise, ne respectait pas les procédures mises en place par l'entreprise, refusait de rendre compte au responsable régional du donneur d'ordre, malgré un avertissement un an avant, ne se remettait pas en cause à la suite des remarques faites par la hiérarchie, était hermétique aux remarques justifiées qui lui étaient faites et se prévalait à tort de son autonomie de cadre pour ne pas respecter les consignes de sa hiérarchie ; qu'en ne tirant pas les conséquences légales de ses constatations dont il résultait que la salariée avait commis une faute grave, la cour d'appel a violé les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

Alors 2°) qu'en se fondant sur les circonstances qu'aucune pièce ne démontrait que le comportement de la salariée avait eu un impact sur ses résultats commerciaux, que le comportement inadapté de Mme [C] s'était poursuivi pendant au moins un an et que si l'employeur l'avait licencié après la réaction du chef d'agence AFHOR ou AFNOR en novembre 2014, il n'y avait aucune urgence justifiant un licenciement sans préavis, ce dernier ayant exprimé le souhait de ne plus collaborer avec elle seulement si son attitude devait perdurer, circonstances inopérantes pour exclure la faute grave dès lors que le licenciement était prononcé en raison de l'insubordination persistante de la salariée et des propos déplacés qu'elle tenait tant envers sa hiérarchie que des personnes extérieures à l'entreprise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

(Préalable au deuxième moyen du pourvoi principal)

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société Apave à payer à Mme [C] la somme de 15 470,37 euros à titre de rappel de salaire de juin 2011 à janvier 2014, outre 1 547,03 euros au titre des congés payés y afférents ;

Aux motifs que les contrats de travail successifs (contrat de travail initial dont les dispositions non contraires ont été reprises par les avenants) prévoient dès le début de la relation contractuelle la possibilité de travailler au-delà de la durée contractuelle prévue (128H27) lorsque les missions le nécessitent y compris les samedis, dimanches et jours fériés ; qu'ils précisent qu'ils ne pourront donner lieu à paiement d'heures supplémentaires, car elles ne seront pas contrôlées, l'employeur faisant référence à « une certaine liberté dans l'organisation du travail qui présente des analogies avec l'exercice d'une profession libérale » ; qu'or, Mme [C] étant salariée, l'employeur devait contrôler son temps de travail ; que l'avenant du 26 janvier 2005 prévoit « La durée du travail sera répartie de la façon suivante : Travail les lundis, mardi, mercredi, jeudi. Rémunération pour 128H27 : salaire de base de 2171,47 euros plus 13e mois au prorata du temps travaillé. Toutefois, la journée du vendredi n'étant pas toujours systématiquement compatible avec certaines missions, elle sera éventuellement prise un autre jour. Ainsi, un planning sera établi en accord avec votre responsable hiérarchique le 15 de chaque mois pour le mois suivant. Ce planning devra être approuvé par chacune des deux parties avant sa mise

en application. Le planning devra préciser en outre la nature et le contenu de chaque mission que vous serez amenée à effectuer pour votre compte personnel à l'extérieur de l'Apave durant la journée où vous n'êtes pas salariée Apave » ; que les avenants postérieurs ne modifient pas cette clause ; qu'or, l'employeur ne produit aux débats aucun de ces plannings ni aucun décompte des heures de travail de la salariée ; qu'en deuxième lieu, il est constant que lorsqu'elle se rendait en Guyane c'est-à-dire régulièrement entre décembre 2006 et juillet 2013, elle travaillait 5 jours par semaine, ceci alors même qu'elle était à temps partiel et qu'elle n'était pas censée travailler le vendredi ; qu'en troisième lieu, par mail du 30 janvier 2012, la salariée écrivait à son employeur : « j'ai bien reçu le nouvel avenant à mon contrat de travail à temps partiel applicable du 1er février 2012 au 30 janvier 2013. Celui-ci mentionne explicitement que je travaille les lundi, mardi, mercredi et jeudi et que je prends tous mes vendredis. Avant de le signer sans réserve, j'attire votre attention sur le fait que cette clause n'a jamais été appliquée depuis que je suis à temps partiel » ; qu'un précédent mail de la salariée du 17 février attirait déjà l'attention de l'employeur sur ce point ; qu'en quatrième lieu, l'inspection du travail s'est émue auprès de l'employeur le 26 octobre 2012 lui écrivant qu'il semblait que les décomptes individuels soient très peu mis en oeuvre dans l'entreprise, ne permettant pas aux salariés de déclarer les horaires réellement pratiqués ; qu'en cinquième lieu, des documents émanant du syndicat CFE-CGC en décembre 2012 critiquent également l'absence de véritable contrôle de la durée du travail et font état de son souhait de permettre la réelle prise en compte des heures effectives de travail et de déplacement ; qu'au vu de l'ensemble de ces éléments, il apparaît que l'employeur avait expressément prévu la possibilité pour Mme [C] de faire des heures complémentaires, mais aussi qu'elle n'en serait pas rémunérée, et que d'autre part, des heures complémentaires ont été effectivement réalisées ; que l'employeur ne produisant aucun contrôle de la durée du travail de la salariée, aucun relevé de ses horaires semaine après semaine, ne justifie pas qu'elle ne devait pas se tenir à sa disposition permanente de sorte qu'il doit être fait droit à sa demande de rappel de salaire sur la base d'un temps complet ; que Mme [C] produit un récapitulatif intitulé « bilan des arriérés de salaires » dans la limite de la prescription triennale ; que ce décompte est calculé sur la base d'une majoration de 30 % par rapport à la rémunération de base ; qu'il convient de recalculer le rappel de salaire sur la base d'un horaire de 151H67 au lieu de 128H27, soit en fonction des augmentations régulières observées sur les bulletins de salaire, la somme totale de 15 470,37 euros à titre de rappel de salaires de juin 2011 à janvier 2014, outre celle de 1 547,03 euros à titre de congés payés afférents ;

Alors 1°) que les juges du fond ne peuvent modifier les termes du litige fixés par les conclusions des parties soutenues à l'audience ; qu'en l'espèce, Mme [C] a demandé la requalification de son contrat de travail à temps partiel en un « contrat-jours » (convention de forfait en jours) et seulement « en conséquence » de cette requalification, la condamnation de la société Apave à lui payer un rappel de salaires de juin 2011 à novembre 2014, les congés payés y afférents (conclusions d'appel p. 77) ; qu'elle a soutenu dans ses conclusions « sur la requalification du contrat de travail » (p. 10 et s.) que « sa demande de requalification en forfait-jours est pleinement justifiée » (p. 19), que « dans le cadre du forfait-jours, l'accord national du 22 décembre 2010 assure aux salariés concernés des minimas annuels », et réclamait « à ce titre 17 500 euros de rappels de salaires pour la période allant de juin 2011 (?) à novembre 2014 » (conclusions de Mme [C] p. 19) ; que la cour d'appel qui, après avoir débouté la salariée de sa demande de requalification du contrat de travail en convention de forfait en jours, a néanmoins alloué à la salariée un rappel de salaire, a méconnu les termes du litige dont elle était saisie et a violé ainsi l'article 4 du code de procédure civile ;

Alors 2°) que le juge doit, en toutes circonstances, observer le principe de la contradiction et ne peut fonder sa décision sur des moyens relevés d'office, sans avoir préalablement invité les parties à présenter leurs explications ; qu'en l'espèce, Mme [C] a demandé la requalification de son contrat de travail à temps partiel en « contrat-jours » et « en conséquence » de cette requalification, la condamnation de la société Apave à lui payer un rappel de salaires de juin 2011 à novembre 2014 sur la base d'un temps complet ; que la cour d'appel qui, après avoir débouté la salariée de sa demande de requalification, a soulevé d'office le moyen tiré de ce que l'employeur ne justifiait pas que la salariée ne devait pas se tenir à sa disposition permanente, de sorte qu'il devait être fait droit à sa demande de rappel de salaires sur la base d'un temps complet, sans avoir préalablement invité les parties à présenter leurs observations, a violé l'article 16 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

(Préalable au deuxième moyen du pourvoi principal)

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société Apave à payer à Mme [C] une indemnité pour travail dissimulé de 19 048,14 euros ;

Aux motifs que sur la demande au titre de l'indemnité pour travail dissimulé, selon l'article L. 8221-5 du code du travail, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur soit de se soustraire intentionnellement à la formalité prévue à l'article L. 1221-10 du code du travail relative à la déclaration préalable à l'embauche, soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 32432 relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord conclu en application du Chapitre II du Titre 1er du Livre II du présent code, une dissimulation d'emploi salarié ; que l'article L. 8223-1 du code du travail prévoit qu'en cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur aurait eu recours en violation des dispositions de l'article L. 8221-3 du code du travail ou en commettant des faits prévus à l'article L. 8821-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à 6 mois de salaires ; que l'indemnité de travail dissimulé se cumule avec les autres indemnités de rupture ; que le montant de l'indemnité forfaitaire doit être calculé en tenant compte des heures supplémentaires accomplies par le salarié au cours des six mois précédant la rupture du contrat de travail ; qu'en l'espèce, le volume d'heures supplémentaires est important, l'employeur ne pouvait ignorer que lorsque la salariée effectuait des missions en Guyane, qui étaient régulières et fréquentes, elle dépassait son temps partiel, la salariée a fait observer à plusieurs reprises que son temps partiel n'était pas respecté, sans que pour autant l'employeur ne lui rémunère les heures supplémentaires effectuées, l'Inspection du Travail est intervenue auprès de l'employeur, en vain ; qu'au vu de l'ensemble de ces éléments, la preuve est rapportée par la salariée de ce que son employeur a volontairement dissimulé une partie de ses heures de travail ; qu'il sera donc alloué à Mme [C] de la somme de 19 euros sur la base d'un salaire de référence de 3 174,69 euros, dernier salaire versé ;

Alors que les juges du fond ne peuvent modifier les termes du litige fixés par les conclusions des parties soutenues à l'audience ; qu'en l'espèce, Mme [C] a demandé la requalification de son contrat de travail à temps partiel en un « contrat-jours » (convention de forfait en jours) et seulement « en conséquence » de cette requalification, la condamnation de la société Apave à lui payer des dommages-intérêts pour travail dissimulé (conclusions d'appel p. 77) ; qu'elle a ainsi soutenu que « L'APAVE n'a pas respecté la convention collective ni l'accord d'entreprise du 26 octobre 2000 concernant les forfaits jours, applicables à l'APAVE et donc à Madame [C] », « que cette décision de l'employeur relève indéniablement d'une volonté délibérée de ne pas appliquer la majoration conventionnelle de 30 % prévue pour ce type de contrat », « qu'il y a donc par conséquent une volonté de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires » (p. 22) ; que la cour d'appel qui, après avoir débouté la salariée de sa demande de requalification, a néanmoins alloué à la salariée une indemnité de travail dissimulé, a méconnu les termes du litige dont elle était saisie et a ainsi violé l'article 4 du code de procédure civile.