



RAPPORT DE M. FLORES, CONSEILLER

Arrêt n° 2127 du 29 novembre 2023 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-10.494

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles du 18 novembre 2021

Mme [F] [L] [R]

C/

Mme [V] [P] divorcée [B]

Avec une proposition de rejet non spécialement motivé du premier moyen, pris en ses première et troisième branches, du pourvoi principal et du second moyen du pourvoi incident en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [P] a été engagée en qualité de secrétaire réceptionniste par Mme [U], médecin ophtalmologiste, sans formalisation d'un contrat écrit.

Un contrat de travail à durée déterminée de remplacement à temps partiel a été conclu pour la période du 6 janvier au 9 juin 2015, à raison de trois jours par semaine, quarante semaines par an et dix heures par jour. Un avenant de renouvellement a été signé le 10 juin 2015 prévoyant pour terme la fermeture du cabinet prévue entre décembre 2015 et juillet 2016 et la cessation d'activité qui en découlait.

Mme [L] [R], médecin ophtalmologiste, a repris l'activité de Mme [U] avec les deux salariés en poste, à compter du 1^{er} juillet 2016.

La salariée a été licenciée le 25 septembre 2017.

Le 6 mars 2018, la salariée a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en requalification de ses contrats de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée, en contestation de la rupture du contrat de travail et en paiement de diverses sommes.

Par jugement du 29 octobre 2019, le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt a débouté la salariée de l'intégralité de ses demandes.

Par arrêt du 18 novembre 2021, la cour d'appel de Versailles a :

“Infirmé partiellement le jugement déféré,

*Déclaré Mme [P] irrecevable en sa demande de requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée et de sa demande en paiement de l'indemnité de requalification,
Annulé l'avertissement,*

Condamné Mme [L] [R] à verser à Mme [P] les sommes suivantes :

- 648 euros bruts à titre de rappel de salaire pour la période du 27 novembre 2014 au 5 janvier 2015, outre 64,80 euros au titre des congés payés afférents,*
- 18 712,10 euros bruts à titre de rappel de rémunération pour la période du 6 janvier 2015 au terme du préavis, outre 1 871,21 euros au titre des congés payés afférents,*
- 750 euros de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail,*

Dit que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse,

Débouté Mme [P] de sa demande de dommages et intérêts pour licenciement injustifié, de sa demande d'indemnité pour travail dissimulé, et du surplus de ses demandes,

Condamné Mme [L] [R] à verser à Mme [P] la somme de 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et à supporter les entiers dépens.”

L'employeur a formé un pourvoi en cassation le 14 janvier 2022. Le mémoire ampliatif a été déposé le 16 mai 2022. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 3 600 euros. Le mémoire en défense, contenant un pourvoi incident, a été déposé le 15 juillet 2022. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 5 400 euros.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1. - Pourvoi principal

2.1.1. - Moyen unique

Le moyen fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR condamné Madame [L] [R] à verser à Madame [B] les sommes de 648 euros bruts à titre de rappel de salaire pour la période du 27 novembre 2014 au 5 janvier 2015, outre 64,80 euros au titre des congés payés afférents, 18 712,10 euros bruts à titre de rappel de rémunération pour la période du 6 janvier 2015 au terme du préavis, outre 1 871,21 euros au titre des congés payés afférents, et 750 euros de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail ;

ALORS en premier lieu QUE la cour d'appel ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif des conclusions d'appel ; que l'inopposabilité d'une clause contractuelle, dès lors qu'elle implique d'être prononcée pour produire effet, doit être formalisée dans une disposition figurant au dispositif de la partie qui l'invoque ; que dans le dispositif de ses conclusions d'appel, Madame [B] ne demandait pas de lui voir déclarer inopposable la clause de son contrat de travail aux termes de laquelle sa rémunération serait de « 18 euros bruts de l'heure congés payés inclus » ; qu'en prononçant néanmoins cette inopposabilité, la cour d'appel a violé l'article 954, alinéa 3, du code de procédure civile ;

ALORS en deuxième lieu QUE page 54 de ses écritures d'appel, Madame [L] [R] rappelait que Madame [B] était rémunérée toute l'année, y compris durant les périodes où elle était en congés, et qu'elle « percevait ainsi un salaire mensuel constant de 1 800 € bruts », et que depuis son contrat de travail du 6 janvier 2015 jusqu'au licenciement intervenu en septembre 2017, il était précisé que cette rémunération correspondait à « 18 euros bruts de l'heure congés payés inclus sur une base de 30 heures par semaine, 40 semaines par an, soit 1200 heures par an, et 100 heures par mois » ; que Madame [B], de son côté, ne se plaignait pas d'une atteinte à son droit au repos mais demandait au contraire à la cour d'appel de constater « que le Docteur [F] [R] impose à Madame [V] [B] de prendre 12 semaines de congés payés au lieu des 5 semaines de congés payés légaux » (conclusions d'appel de Madame [B], p.39) ; qu'en jugeant qu'« alors que les congés payés ne sont pas de cinq semaines mais de douze semaines, la clause ci-avant reproduite prévoyant simplement l'inclusion de l'indemnité compensatrice de congés payés au taux horaire, sans détermination du taux horaire hors congés payés, ne répond pas aux exigences requises et sera déclarée inopposable à Mme [P] » (arrêt, p.9), bien que la clause litigieuse n'ait jamais empêché Madame [B] de prendre effectivement les congés qui lui étaient dus pendant les trois années concernées, bien que ces congés payés effectivement pris par Madame [B] aient été supérieurs aux congés payés imposés par la loi, bien qu'il n'ait jamais été contesté que la somme de 1800 € mensuelle aboutissait à un montant de rémunération supérieur aux minima exigés par la loi et par la convention collective du personnel des cabinets médicaux et bien que la fixité de la rémunération de 1800 € mensuels, y compris pendant les périodes de congés de Madame [B], n'ait jamais laissé le moindre doute possible à cette dernière sur la part correspondant à ses congés payés, de sorte que cette clause était transparente et compréhensible, la cour d'appel a violé les articles L. 3141-22 et L. 3141-26 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088

du 8 août 2016, interprétés à la lumière de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 ;

ALORS en troisième lieu QU'en condamnant Madame [L] [R] à rémunérer une seconde fois les douze semaines de congés annuels déjà payés durant trois années à Madame [B] et intégralement pris par cette dernière, la cour d'appel a violé l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2.1.2. - Demande de renvoi préjudiciel

En cas de doute que les règles du droit de l'Union invoquées par lui, l'employeur suggère à la Cour de cassation de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, pour déterminer si la seule référence à un taux horaire congés inclus dans la formule de calcul d'une rémunération mensuelle fixe et donc payable durant les douze mois de l'année, y compris pendant les périodes de congés, le contrat prévoyant par ailleurs douze semaines de congés pour le salarié concerné, contrevient à l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003.

2.2. - Pourvoi incident

2.2.1. - Premier moyen

Mme [B] née [P] fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré Mme [P] irrecevable en sa demande de requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée et de sa demande en paiement de l'indemnité de requalification,

ALORS QUE le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée fondée sur le motif du recours au contrat à durée déterminée énoncé au contrat a pour point de départ le terme du contrat ou, en cas de succession de contrats à durée déterminée, le terme du dernier contrat ; qu'en l'espèce, la salariée sollicitait la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée notamment parce « le motif de recours au contrat de travail à durée déterminée n'existait plus à la date du renouvellement » ; que pour juger prescrite la demande de requalification présentée lors de la saisine du conseil de prud'hommes le 6 mars 2018, la cour d'appel a fixé le point de départ de la prescription au jour de la conclusion de l'avenant de renouvellement le 10 juin 2015 et non au terme de ce contrat survenu le 30 juin 2016 ; que la cour d'appel a, en conséquence, violé les articles L. 1471-1, L. 1245-1 et L. 1242-1 du code du travail.

2.2.2. - Deuxième moyen

Mme [B] née [P] fait grief à la décision attaquée d'AVOIR dit que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse et débouté Mme [P] de sa demande de dommages et intérêts pour licenciement injustifié et du surplus de ses demandes :

1) ALORS QUE les salariés concernés doivent être informés, préalablement à la mise en oeuvre d'un traitement de données à caractère personnel, de l'identité du responsable du traitement des données ou de son représentant, de la (ou les) finalité(s) poursuivie(s) par le traitement, des destinataires ou catégories de destinataires de données, de l'existence d'un droit d'accès aux données les concernant, d'un droit de rectification et d'un droit d'opposition pour motif légitime, ainsi que des modalités d'exercice de ces droits ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a admis que l'employeur « établit que régulièrement la salariée ne respectait pas ses horaires de travail en quittant son service avant 18 h 30 » (arrêt page 16, § 2) grâce à un relevé des heures de mise en route de l'alarme, dont l'employeur tirait que « Mme [V] [B] enclenchait très souvent l'alarme avant 18 h 30, ce qui correspondait donc à un départ prématuré de son poste. » (conclusion adverses page 12) ; que selon la cour d'appel, la salariée « n'est pas fondée à soutenir sur ce point le caractère illicite de la preuve invoquée par l'employeur qui ne consiste en aucune façon en un système de traitement des données personnelles de la salariée, mais simplement en un élément de preuve technique indéterminée objectivant simplement l'heure à laquelle la dernière personne présente dans les locaux, qui n'est pas nécessairement Mme [P], mais peut être le second salarié ou Mme [L] [R], actionne l'alarme » (arrêt page 16, § 2) ; qu'en statuant ainsi, bien qu'elle ait constaté que le relevé d'alarme avait permis d'établir les heures de départ de la salariée, ce qui impliquait que ce relevé avait été utilisé par l'employeur pour recueillir et exploiter des informations concernant personnellement la salariée, si bien que la salariée aurait dû être informée de l'utilisation de ce dispositif à cette fin, et qu'à défaut d'une telle information, le relevé d'alarme constituait un moyen de preuve illicite, la cour d'appel a violé les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales et la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dans sa version applicable au litige ;

2) ALORS QUE tenus de motiver leur décision, les juges du fond doivent examiner les éléments de preuve versés aux débats par les parties ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a affirmé que la salariée soutenait « sans fournir aucun élément probant en ce sens » que c'est conformément à la pratique antérieure du cabinet qu'elle ne répondait plus au téléphone à partir de 18 heures ; qu'en statuant ainsi sans viser ni analyser l'attestation de M. [X] (pièce d'appel n° 10.18) dont la salariée se prévalait pour établir que « les patients étaient parfaitement informés des horaires d'ouverture (8 h) et fermeture (18 h) du standard téléphonique du cabinet grâce au message laissé sur le répondeur : "le cabinet vous répond de 8 h à 13 h et de 14 h à 18 h" » (conclusions d'appel page 80), la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- Portée d'une clause incluant l'indemnité de congé payé dans la rémunération contractuelle
- Point de départ de la prescription en matière de requalification de CDD en CDI.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. - Pourvoi principal

4.1.1. - Première branche du moyen

La demande du salarié portait sur le paiement d'un rappel d'indemnité de congé payé et dans ce cadre, l'invalidité de la clause d'inclusion des congés payés dans la rémunération ne constituait qu'un moyen au soutien de la demande. La cour d'appel a donc, conformément à l'article 954 du code de procédure civile, examiné ce moyen présenté au soutien de la demande au titre du rappel d'indemnité de congé payé et n'a pas statué en dehors de sa saisine telle qu'elle résultait du dispositif des conclusions de la salariée.

Cette branche pourrait faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé conformément à l'article 1014 du code de procédure civile.

4.1.2. - Troisième branche

Le moyen invoque une violation de l'article 1er du premier Protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui dispose :

*« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens.
Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »*

Pour une illustration de la mise en oeuvre de ce texte par notre chambre :

Vu l'article 1er du Protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 8 de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 ;

Attendu que caractérise un bien, au sens du premier de ces textes, l'intérêt patrimonial qui constitue une "espérance légitime" de pouvoir obtenir le paiement de rappels de salaires pour les compléments différentiels de salaire prévus par un accord collectif en vue d'assurer aux salariés la garantie du maintien de leur rémunération mensuelle en vigueur à la date de la réduction collective du temps de travail ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, que Mme [X] et quatre autres salariées de l'association Saint-Martin, qui gère une maison d'enfants à caractère social et éducatif, ont saisi, entre décembre 2004 et janvier 2005 la juridiction prud'homale notamment d'une demande de rappels de salaires, pour la période du 1er janvier 2000 au 30 septembre 2001, en se prévalant de l'accord de branche sanitaire, sociale et médico-sociale visant à mettre en oeuvre la réduction du temps de travail conclu le 1er avril 1999 et en soutenant qu'elles avaient, depuis le 1er janvier 2000, un droit acquis à la perception de sommes consécutives aux modalités financières de la réduction du temps de travail ; que l'employeur s'est opposé à cette demande sur le fondement de l'article 8 de la loi du 17 mars 2003, qui dispose "dans les établissements mentionnés à l'article L. 314-6 du code de l'action sociale et des familles dont les accords collectifs de réduction de temps de travail ou les décisions

unilatérales prises en application de conventions collectives nationales ou d'accords collectifs nationaux sont soumis à la procédure d'agrément ministériel, le complément différentiel de salaire prévu par accord collectif en vue d'assurer aux salariés la garantie du maintien de la rémunération mensuelle en vigueur à la date de la réduction collective du temps de travail à trente-cinq heures ou en-deçà, n'est dû qu'à compter de la date d'entrée en vigueur des accords d'entreprise ou d'établissement ou des décisions unilatérales relatifs à la réduction collective du temps de travail. Cette entrée en vigueur est subordonnée à l'agrément ministériel prévu au même article. Ces dispositions s'appliquent sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée. Elles ne s'appliquent pas aux instances en cours à la date du 18 septembre 2002" ;

Attendu que pour déclarer irrecevables ces demandes les arrêts retiennent qu'en l'état des recours engagés par les salariés postérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 8 de la loi du 17 janvier 2003, aucune créance salariale relative au complément différentiel litigieux ne pouvait naître puisque le non-paiement de ce complément, découlant de l'application de cet article, était devenu licite en l'absence de rétroactivité de cette application ;

*Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les demandes de rappels de salaires invoquées portaient sur la période du 1er janvier 2000 au 30 septembre 2001, antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 17 janvier 2003, ce dont elle devait déduire l'existence d'une espérance légitime, **et qu'il lui appartenait de vérifier si l'application rétroactive de cette loi respectait un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 24 novembre 2010, pourvoi n° 08-44.181, 08-44.182, 08-44.184, 08-44.185, 08-44.186, Bull. 2010, V, n° 268)*

Il ne ressort ni de l'arrêt ni des pièces de la procédure que l'employeur ait invoqué devant les juges du fond le moyen tiré d'une atteinte au droit des biens protégé par l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des citoyens. Le moyen est donc nouveau.

Pour être mis en oeuvre, un tel moyen nécessite l'appréciation de la réalité et de la portée réelle de l'atteinte aux droits de propriété invoquée par l'employeur. Il implique également la mise en balance de cette atteinte au droit de propriété, si elle est avérée, avec les règles qui président à l'octroi de l'indemnité de congé payé au paiement de laquelle l'employeur a été condamné, vérifier s'il en existe justification, notamment, par des éléments relevant de l'intérêt général, ainsi qu'une disproportion qui caractériserait la violation du droit au respect des biens. Cette balance implique une pesée de la situation concrète de chacune des parties et des justifications apportées par elles.

Le moyen, qui est nouveau, est mélangé de fait et de droit et, partant, irrecevable.

Cette branche pourrait faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé conformément à l'article 1014 du code de procédure civile.

4.1.3. - Deuxième branche (clause d'inclusion des congés payés dans la rémunération)

Selon l'article L. 3141-22 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, le congé payé annuel ouvre droit à une indemnité égale au dixième de la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence. Toutefois, cette indemnité ne peut être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler. Ce texte a été repris par l'article L. 3121-24 à la suite de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

Aux termes des articles L. 3141-29 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, lorsqu'un établissement ferme pendant un nombre de jours dépassant la durée des congés légaux annuels, l'employeur verse aux salariés, pour chacun des jours ouvrables de fermeture excédant cette durée, une indemnité qui ne peut être inférieure à l'indemnité journalière de congés. Cette indemnité journalière ne se confond pas avec l'indemnité de congés. Ce texte a été repris par l'article L. 3141-31 du code du travail à la suite de la loi du 8 août 2016.

L'indemnité de congé payé est une concrétisation du droit aux congés payés. Il Elle fait également l'objet de l'attention du droit de l'Union. Ainsi, l'article 7 de la directive 2003/88 dispose que :

“ 1. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales.

2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière sauf en cas de fin de la relation de travail.”

La Cour de justice considère que :

“A cet égard il convient de rappeler que le droit au congé annuel payé de tout travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en oeuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectué que dans les limites expressément prévues par la directive elle-même (CJCE 26 juin 2021, BECTU, C-173/99).

Le paiement du congé annule prescrit à l'article 7 de la directive, paragraphe 1, de la directive vise à permettre au travailleur de prendre effectivement le congé auquel il a droit.

Le terme “congé annuel” payé figurant dans cette disposition signifie que, pour la durée du congé annuel au sens de la directive, la rémunération doit être maintenue. En d'autres termes, le travailleur doit percevoir la rémunération ordinaire pour cette période de repos.” (CJCE, 16 mars 2006, Robinson Steele, C-131/04).

C'est ainsi que cet arrêt a dit pour droit :

- l'article 7, paragraphe 1, de la Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, s'oppose à ce qu'une partie du salaire versé au travailleur au titre du travail effectué soit affectée au paiement du congé annuel sans que le travailleur perçoive, à ce titre, un paiement en sus de celui versé au titre du travail effectué, il ne saurait être dérogé à ce droit par un accord contractuel ;
- l'article 7 de la Directive 93/104 s'oppose à ce que le paiement du congé annuel minimal au sens de cette disposition fasse l'objet de versements partiels étalés sur la période annuelle de travail correspondante et payés ensemble avec la rémunération au titre du travail effectué, et non d'un versement au titre d'une période indéterminée au cours de laquelle le travailleur prend effectivement congé ;
- l'article 7 de la Directive 93/104 ne s'oppose pas, en principe, à ce que des sommes qui ont été payées, de manière transparente et compréhensible, au titre du congé annuel minimal au sens de cette disposition sous la forme de versements partiels étalés sur la période annuelle de travail correspondante et payés ensemble avec la rémunération au titre du travail effectué soient imputées sur le paiement d'un congé déterminé qui est effectivement pris par le travailleur ;

Il en résulte que la jurisprudence européenne n'admet pas de dérogation à la règle selon laquelle le salarié doit, pendant une période de congé qui doit être effectif, percevoir le maintien de sa rémunération ordinaire. Cette règle étant de nature à préserver l'effectivité du droit au congé. En revanche, elle admet que *“des sommes qui ont été payées, de manière transparente et compréhensible, au titre du congé annuel minimal au sens de cette disposition sous la forme de versements partiels étalés sur la période annuelle de travail correspondante et payés ensemble avec la rémunération au titre du travail effectué soient imputées sur le paiement d'un congé déterminé qui est effectivement pris par le travailleur”*.

Notre chambre en a tiré les conséquences pour ce qui concerne les clauses de forfait de rémunération, incluant les congés payés dans le forfait contractuel.

Ainsi, selon notre jurisprudence, qui met en oeuvre celle retenue par la Cour de justice de l'Union européenne, la validité d'une clause d'inclusion des congés payés dans rémunération d'un salarié est subordonnée à son caractère compréhensible et transparent :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 15 décembre 2011), que M. [Y] a été engagé le 1^{er} septembre 2006 par la société Fidal en qualité d'avocat salarié moyennant une rémunération incluant les congés payés ; qu'il a démissionné le 30 janvier 2009 ; qu'au terme de son préavis, l'intéressé a réclamé le paiement du reliquat de ses congés payés , ce que l'employeur a refusé, estimant que l'intéressé avait été rempli de ses droits en raison du mode de rémunération stipulé au contrat de travail ; que le salarié a saisi le bâtonnier de cet ordre pour obtenir le paiement d'une indemnité au titre de ce reliquat ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt d'accueillir les demandes du salarié, alors selon le moyen, qu'en application de l'article L. 3141-26 du code du travail, lorsque le contrat de travail est rompu avant que le salarié ait pu bénéficier de la totalité du congé auquel il avait droit, il reçoit, pour la fraction de congé dont il n'a pas bénéficié, une indemnité compensatrice de congé et ne peut prétendre à la prise effective des jours non pris ; que le salarié, qui bénéficie d'un salaire forfaitaire incluant l'indemnité de congés payés et qui se trouve, en cas de rupture du contrat de travail, rémunéré

de l'ensemble des jours de congés qu'il a acquis, est dans une situation identique à celle visée par l'article susvisé ; qu'en retenant, pour condamner Fidal à indemniser une seconde fois le salarié des congés acquis, que ce dernier était placé dans une situation moins favorable que celle résultant de l'application des dispositions légales, la cour d'appel a violé les articles L. 3141-22 et L. 3141-26 du code du travail ;

Mais attendu que dans son arrêt du 16 mars 2006, C-131/04 et C-257/04, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit :

- l'article 7, paragraphe 1, de la Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, s'oppose à ce qu'une partie du salaire versé au travailleur au titre du travail effectué soit affectée au paiement du congé annuel sans que le travailleur perçoive, à ce titre, un paiement en sus de celui versé au titre du travail effectué, il ne saurait être dérogé à ce droit par un accord contractuel ;

- l'article 7 de la Directive 93/104 s'oppose à ce que le paiement du congé annuel minimal au sens de cette disposition fasse l'objet de versements partiels étalés sur la période annuelle de travail correspondante et payés ensemble avec la rémunération au titre du travail effectué, et non d'un versement au titre d'une période indéterminée au cours de laquelle le travailleur prend effectivement congé ;

- l'article 7 de la Directive 93/104 ne s'oppose pas, en principe, à ce que des sommes qui ont été payées, de manière transparente et compréhensible, au titre du congé annuel minimal au sens de cette disposition sous la forme de versements partiels étalés sur la période annuelle de travail correspondante et payés ensemble avec la rémunération au titre du travail effectué soient imputées sur le paiement d'un congé déterminé qui est effectivement pris par le travailleur ;

Et attendu que la cour d'appel **ayant constaté, d'une part, que le contrat de travail se bornait à stipuler que la rémunération globale du salarié incluait les congés payés , ce dont il résultait que cette clause du contrat n'était ni transparente ni compréhensible, et, d'autre part, que, lors de la rupture, le salarié n'avait pas pris effectivement un reliquat de jours de congés payés , a décidé à bon droit de condamner l'employeur au paiement d'une indemnité compensatrice** ; (Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-14.070, Bull. 2013, V, n° 272)

A défaut, le salarié peut donc prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice de congé payé, la clause de forfaitisation des congés payés dans la rémunération n'étant pas efficace et ne libérant donc pas l'employeur de son obligation. Pour une illustration plus récente, précisant qu'une telle clause ne pouvait être utilisée que si des conditions particulières le justifiaient :

Vu les articles L. 3141-22 et L. 3141-26 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, interprétés à la lumière de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 ;

Attendu que **s'il est possible d'inclure l'indemnité de congés payés dans la rémunération forfaitaire lorsque des conditions particulières le justifient, cette inclusion doit résulter d'une clause contractuelle transparente et compréhensible, ce qui suppose que soit clairement distinguée la part de rémunération qui correspond au travail, de celle qui correspond aux congés, et que soit précisée l'imputation de ces sommes sur un congé déterminé, devant être effectivement pris** ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande d'indemnité compensatrice de congés payés, l'arrêt retient qu'aux termes de l'article 5 des conditions générales du

contrat liant les parties, la rémunération a un caractère global et inclut la rémunération de la totalité des congés payés afférents à la période de référence légale, qu'aux termes de l'article 1 des conditions particulières du contrat, la rémunération annuelle est composée d'une partie fixe d'un montant annuel de 70 200 euros bruts, indemnité de congés payés de la période de référence incluse, qu'à défaut d'une clause plus favorable au salarié, l'indemnité de congés payés est égale, en vertu de l'article L. 3141-24 du code du travail, au dixième de la rémunération perçue par le salarié au cours de la période de référence qui est en l'espèce l'exercice 2013-2014 jusqu'au départ du salarié, que les dispositions du contrat de travail liant les parties concernant les congés payés sont claires, expresses et compréhensibles par le salarié, que les clauses susvisées concernant les congés payés apparaissent donc valables, que l'employeur produit le guide du calcul des congés payés en cas de départ en cours d'exercice, que dans le bulletin de salaire du 1er mars 2014 au 17 mars 2014, date à laquelle le salarié a quitté l'entreprise, figure une indemnité compensatrice de congés payés acquis de 3 600 euros et une rémunération brute de 7 453,33 euros, que dans le décompte de rémunération pour l'exercice 2013/2014, la rémunération brute est de 34 981 euros, que le salarié, qui conteste pas que les sommes susvisées ont été portées sur les documents cités, n'apporte pas non plus de preuve qu'elles seraient erronées, que le montant de l'indemnité de congés payés est supérieur à 10 % de la rémunération brute ;

Qu'en statuant ainsi, **alors, d'une part, qu'elle avait constaté que le contrat de travail, en ses conditions générales et particulières, se bornait à stipuler que la rémunération globale du salarié incluait les congés payés , ce dont il résultait que cette clause du contrat n'était ni transparente ni compréhensible, d'autre part, qu'il n'était pas contesté que, lors de la rupture, le salarié n'avait pas pris effectivement un reliquat de jours de congés payés , la cour d'appel a violé les textes susvisés ;** (Soc., 22 mai 2019, pourvoi n° 17-31.517, B).

Ou encore :

8. Il résulte des articles L. 3141-22 et L. 3141-26 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, interprétés à la lumière de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, que s'il est possible d'inclure l'indemnité de congés payés dans la rémunération forfaitaire lorsque des conditions particulières le justifient, cette inclusion doit résulter d'une clause contractuelle transparente et compréhensible, ce qui suppose que soit clairement distinguée la part de rémunération qui correspond au travail, de celle qui correspond aux congés, et que soit précisée l'imputation de ces sommes sur un congé déterminé, devant être effectivement pris.

9. **Ayant constaté que la clause du contrat de travail se bornait à mentionner que la rémunération variable s'entendait congés payés inclus, sans préciser la répartition entre la rémunération et les congés payés, la cour d'appel en a exactement déduit que cette clause n'était ni transparente ni compréhensible, et ne pouvait donc être opposée au salarié.**

10. Le moyen, qui en sa seconde branche se trouve privé de portée en raison du rejet de la première, n'est donc pas fondé. (Soc., 13 octobre 2021, pourvoi n° 19-19.407, B)

Le commentaire de ce dernier arrêt par M. Morand (JCP S 2021, 1307) était le suivant :

“(…)

L'évolution annoncée allait se poursuivre et la Cour de cassation finissait par considérer que l'inclusion des congés payés dans le salaire n'était possible que lorsque des conditions particulières le justifiaient et que cette inclusion devait résulter d'une clause contractuelle transparente et compréhensible (Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070 : JurisData n° 2013-025548 ; JCP S 2014, 1111, note G. Vachet ; RJS 2014, n° 142). Cette jurisprudence était confirmée par une nouvelle décision dans laquelle la Cour de cassation devait à nouveau se prononcer sur la clause d'un contrat qui prévoyait que la rémunération globale du salarié incluait les congés payés. La Haute Juridiction précise au visa de l'article 7 de la directive précitée que " s'il est possible d'inclure l'indemnité de congés payés dans la rémunération forfaitaire lorsque des conditions particulières le justifient, cette inclusion doit résulter d'une clause contractuelle transparente et compréhensible, ce qui suppose que soit clairement distinguée la part de rémunération qui correspond au travail de celle qui correspond aux congés, et que soit précisée l'imputation de ces sommes sur un congé déterminé, devant être effectivement pris " (Cass. soc., 22 mai 2019, n° 17-31.517 : JurisData n° 2019-008411).

C'est donc en conformité avec cette évolution jurisprudentielle que dans l'arrêt commenté la Cour de cassation adopte une motivation strictement identique pour rejeter le pourvoi de l'employeur. De ce point de vue la solution n'est pas originale puisqu'elle reprend celle déjà adoptée. Toutefois la question nouvelle posée à la Haute Juridiction était de savoir si ces principes devaient recevoir application lorsque l'inclusion des congés payés concerne uniquement la rémunération variable et non la rémunération globale du salarié. L'employeur soutenait qu'il convenait d'opérer une distinction entre les deux situations (en l'espèce l'intégration des congés payés ne concernait que la part variable de rémunération). La Cour de cassation n'a pas été sensible à l'argumentaire de l'employeur considérant que ce principe devant distinguer salaire d'activité et indemnité de congés payés devait aussi s'appliquer quand est seulement concernée par l'inclusion, la seule partie variable de la rémunération.

Toutefois, cette possibilité conditionnelle admise par la jurisprudence n'est pas sans entraîner un certain nombre de restrictions qui peuvent permettre de douter de l'intérêt d'une telle pratique.

2. Un intérêt pratique limité

Plusieurs observations peuvent être faites permettant de douter de l'efficacité et de la facilité recherchée dans cette méthode de paiement des congés payés.

Tout d'abord, il ne semble pas qu'il soit possible d'en généraliser la pratique quel que soit le mode de calcul de la rémunération du salarié puisque la Cour de cassation en subordonne la possibilité " lorsque les conditions particulières le justifient ". Autrement dit, c'est une tolérance qui revêt un caractère exceptionnel et qui semble devoir être réservée plutôt à des situations dans lesquelles la rémunération du salarié est variable (fonction du chiffre d'affaires, d'objectifs...) et non pas uniquement composée d'un salaire fixe et forfaitaire.

Ensuite, il sera nécessaire mais insuffisant de faire apparaître le mode de calcul des congés payés sur le seul bulletin de salaire. Il est exigé une clause spécifique du

contrat de travail répondant aux conditions de transparence et de compréhension qui doit permettre de distinguer rémunération du travail et indemnité de congés payés, mais bien plus encore il faut que cette clause indique que la somme versée mensuellement sera imputée sur l'indemnité compensatrice correspondant à une période de congés déterminée. Ici la situation se complique notamment si le salarié peut prendre des congés par anticipation puisque par définition l'indemnité correspondante est à verser.

L'application même du double calcul de l'indemnité de congés payés telle qu'imposée par l'article L. 3141-24 du Code du travail (règle du 1/10e ou du maintien du salaire) peut devenir inextricable si le salarié concerné à temps partiel a repris une activité à temps complet avant une période de vacances (l'indemnité mensuelle sera alors insuffisante) ou si le salarié a connu dans la période de référence des absences assimilées ou non à du travail effectif (indemnité calculée sur le salaire complet en cas de période assimilée à du travail effectif et suppression de cette indemnité dans le cas contraire).

Quant à la présentation du bulletin de paie, les difficultés vont surgir pour respecter le 12° de l'article R. 3243-1 du Code du travail qui suppose que ce document fasse apparaître " les dates de congés et le montant de l'indemnité correspondant " puisque, lorsque le salarié prendra ses congés, l'indemnité aura déjà été payée par anticipation.

Enfin, d'autres difficultés sont inhérentes à l'appréciation de ce " complément " mensuel de rémunération au regard de la déclinaison d'un certain nombre de principes en matière de rémunération. Ainsi, il est évident que l'indemnité de congés payés versée mensuellement ne pourra pas servir à vérifier si le salarié a bien perçu le SMIC ou le salaire conventionnel. Nécessairement lorsque le salarié a une rémunération variable cela ne dispense pas l'employeur de respecter ces deux seuils quantitatifs de rémunération si bien que l'indemnité de congés payés devra s'ajouter à ces montants. Quant à la définition des taux horaires servant au calcul de la majoration de salaire en cas d'heures supplémentaires ou à la réduction de la rémunération en cas d'absence, le montant de l'indemnité de congés payés devrait en être exclu.

Finalement les obstacles ou difficultés en matière de paie telles qu'évoqués ci-dessus (et la liste n'est pas exhaustive) ajoutées à celles exigées quant à la rédaction de la clause du contrat semblent suffisamment dissuasives dans l'appréciation du " bénéfice-risque " selon la formulation, souvent utilisée, pour limiter cette " injection " des congés payés dans le salaire mensuel."

En l'espèce, la cour d'appel a constaté que *"le contrat de travail à durée déterminée qui énonçait que 'la durée de travail était fixée à 30 heures' selon la répartition suivante 'les mardi, mercredi et jeudi de 7h30 à 12h et de 13h à 18h30", et qu'en contrepartie elle percevra une 'rémunération horaire de 18 euros congés payés inclus, sur une base de 30 heures par semaine, 40 semaines par an, soit 1200 heures par an, et 100 heures par mois'".*

Dans ses conclusions, la salariée expliquait que son horaire de travail hebdomadaire était de 30 heures, or elle n'a été rémunérée tout au long de l'année que sur la base de 23 heures hebdomadaires. Elle ajoute que son employeur a lissé la rémunération sur les douze mois, sans verser l'indemnité de congés payés pour les semaines de

congés payés, ni l'indemnité journalière pour la période excédentaire de sept semaines, pendant laquelle elle ne travaillait pas. Elle a donc demandé un rappel de salaire pour ces douze semaines.

De son côté l'employeur indiquait que la rémunération de la salariée était lissée sur l'année, puisqu'elle devait effectuer 1200 heures sur l'année. Ainsi, la salariée était rémunérée pendant les périodes de fermeture du cabinet. Elle soutient que ce lissage n'est pas une annualisation de la durée du travail. L'employeur ajoute que la salariée bénéficiait, non seulement des cinq semaines de congés payés mais de sept semaines de congés supplémentaires. L'employeur soutient que la clause d'inclusion des congés payés dans la rémunération est licite, puisque la salariée a bien bénéficié de ses congés de cinq semaines, outre sept semaines supplémentaires et que du fait du lissage de la rémunération elle était effectivement payée pour ces périodes.

La cour d'appel a énoncé :

En revanche, Mme [P] critique de manière pertinente l'imprécision de la clause prévoyant l'inclusion des congés payés au taux horaire.

Il résulte des articles L. 3141-22 et L. 3141-26 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, interprétés à la lumière de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, que s'il est possible d'inclure l'indemnité de congés payés dans la rémunération forfaitaire lorsque des conditions particulières le justifient, cette inclusion doit résulter d'une clause contractuelle transparente et compréhensible, ce qui suppose que soit clairement distinguée la part de rémunération qui correspond au travail, de celle qui correspond aux congés, et que soit précisée l'imputation de ces sommes sur un congé déterminé, devant être effectivement pris.

Or, alors que les congés payés ne sont pas de cinq semaines mais de douze semaines, la clause ci-avant reproduite prévoyant simplement l'inclusion de l'indemnité compensatrice de congés payés au taux horaire, sans détermination du taux horaire hors congés payés, ne répond pas aux exigences requises et sera déclarée inopposable à Mme [P].

En outre, en application de l'article L. 3141-31 du code du travail, « lorsqu'un établissement ferme pendant un nombre de jours dépassant la durée des congés légaux annuels, l'employeur verse aux salariés, pour chacun des jours ouvrables de fermeture excédant cette durée, une indemnité qui ne peut être inférieure à l'indemnité journalière de congés. Cette indemnité journalière ne se confond pas avec l'indemnité de congés ».

Ce principe est repris par la convention collective applicable, dont l'article 15 énonce notamment que 'la durée hebdomadaire du travail est fixée par les dispositions légales ou conventionnelles. [...] Si un cabinet ferme en dehors de la période légale des congés, le personnel, qu'il soit ou non astreint à une présence au cabinet, percevra son salaire normal, sans retenue. Les heures de travail non effectuées pourront cependant être récupérées ultérieurement, sans que la durée du travail de la semaine ne dépasse la durée légale maximale de travail dans la limite totale annuelle de 40 heures. [...]'

Conformément à ces dispositions, Mme [L] [R] devait assurer un maintien de la rémunération à Mme [P] durant toutes les périodes de congés payés sur les sept semaines excédentaires annuelles de congés payés (les semaines légales, et les 7

semaines excédentaires), sur la base de 30 heures par semaine x 12 semaines x 18 euros.

Dès lors que la clause incluant les congés payés au taux horaire est inopposable à la salariée, en vertu de ces dispositions légales et conventionnelles, lesquelles sont parfaitement applicables à l'organisation du travail décidée par l'employeur, le salaire servi à Mme [P] n'a rémunéré ni les congés excédant les cinq semaines de congés légaux ni même ces derniers. Aussi, l'appelante est bien fondée en sa demande de rappel de salaire sur la base de douze semaines de 30 heures, soit 6 480 euros bruts annuels (12 semaines x 30 h x 18 euros = 6480 euros).

La créance salariale de Mme [P] au titre de cette période sera accueillie à hauteur de 18 712,10 euros bruts

- au titre de l'année 2015 : 6 391,23 euros (du 6 janvier au 31 décembre),

- au titre de l'année 2016 : 6 480 euros,

- au titre de l'année 2017 (du 1er janvier au 25 novembre) : 5 840,87 euros.

Le jugement sera infirmé en ce qu'il l'a déboutée de ce chef et Mme [L] [R] condamnée à payer à la salariée ce rappel de rémunération outre 1 871,21 euros au titre des congés payés afférents.

L'employeur soutient que la clause et sa pratique sont conformes aux exigences du droit de l'Union européenne et qu'en cas de doute il conviendrait alors de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union pour déterminer si la seule référence à un taux horaire congés inclus dans la formule de calcul d'une rémunération mensuelle fixe et donc payable durant les douze mois de l'année, y compris pendant les périodes de congés, le contrat prévoyant par ailleurs douze semaines de congés pour le salarié concerné, contrevient à l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003.

4.2. - Pourvoi incident

4.2.1. - Premier moyen (prescription)

Avant l'intervention de la loi du 14 juin 2013, l'action ne requalification d'un contrat à durée déterminé en contrat à durée indéterminée relevait de la prescription quinquennale prévue par l'article 2224, dans sa rédaction issue de la loi du 17 juin 2008.

Ce délai a été réduit à deux ans par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 qui a introduit o l'article L. 1471-1 dans le code du travail : Toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit.

Pour ce qui concerne le point de départ du délai de prescription, notre chambre a opéré une distinction selon que le litige porte sur un problème sur un vice de forme du contrat de travail ou sur une des conditions de recours au contrat de travail à durée déterminée.

Ainsi, en cas de vice de forme, le délai court à compter de la conclusion du contrat irrégulier :

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 1471-1 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige, toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ; **qu'il en résulte que le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée , fondée sur l'absence d'une mention au contrat susceptible d'entraîner sa requalification, court à compter de la conclusion de ce contrat ;**

Et attendu que le salarié fondait sa demande en requalification du contrat de travail à durée déterminée conclu le 12 juillet 2004 sur le défaut d'indication, dans le contrat, du motif du recours à ce type de contrat ; que la cour d'appel en a déduit à bon droit que la prescription de cette demande courait à compter de la date de conclusion du contrat et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ; (Soc., 3 mai 2018, pourvoi n° 16-26.437, Bull. 2018, V, n° 68)

En revanche, en cas de contestation portant sur le motif de recours au CDD, le délai court à compter du terme de contrat, ou, en cas de contrats successifs, au terme du dernier d'entre-eux :

Vu les articles L. 1471-1 et L. 1245-1 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et l'article L. 1242-1 du code du travail ;

Attendu que selon le premier de ces textes, toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ; qu'en application du deuxième, par l'effet de la requalification des contrats à durée déterminée, le salarié est réputé avoir occupé un emploi à durée indéterminée depuis le jour de son engagement par un contrat à durée déterminée irrégulier ; qu'il en résulte que le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée fondée sur le motif du recours au contrat à durée déterminée énoncé au contrat a pour point de départ le terme du contrat ou, en cas de succession de contrats à durée déterminée, le terme du dernier contrat et que le salarié est en droit, lorsque la demande en requalification est reconnue fondée, de se prévaloir d'une ancienneté remontant au premier contrat irrégulier ;

Attendu que pour dire prescrite la demande en requalification des contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée jusqu'au 6 juillet 2012 et rejeter les demandes en découlant, l'arrêt retient que la loi du 14 juin 2013 institue un délai de deux ans, pour toutes les demandes indemnitaires relatives à l'exécution ou la rupture des contrats de travail, qu'en l'espèce, le terme du dernier contrat date du 4 octobre 2013 et la saisine du conseil de prud'hommes du 7 juillet 2014, que le salarié ne peut donc solliciter la requalification des contrats conclus à une date antérieure au 7 juillet 2012 ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que le salarié soutenait avoir été engagé pour occuper un emploi participant de l'activité normale de la société, ce dont elle aurait dû déduire que l'action en requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée n'était pas prescrite et que le salarié pouvait demander que la requalification produise ses effets à la date du premier engagement irrégulier, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-15.359, B)

Vu les articles L. 1471-1 et L. 1245-1 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, et l'article L. 1242-1 du code du travail :

6. Selon le premier de ces textes, toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit. En application du deuxième de ces textes, par l'effet de la requalification des contrats à durée déterminée, le salarié est réputé avoir occupé un emploi à durée indéterminée depuis le jour de son engagement par un contrat à durée déterminée irrégulier. Il en résulte que le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée fondée sur le motif du recours au contrat à durée déterminée énoncé au contrat a pour point de départ le terme du contrat ou, en cas de succession de contrats à durée déterminée, le terme du dernier contrat et que le salarié est en droit, lorsque la demande en requalification est reconnue fondée, de se prévaloir d'une ancienneté remontant au premier contrat irrégulier.

7. Pour retenir la prescription de la demande en requalification des contrats conclus avant le 20 juillet 2015, l'arrêt retient que la salariée fonde sa demande en requalification sur les conditions de forme des contrats des 23 juin 2009, 1er juin 2010, 1er juin 2011, 31 juillet 2012, 15 mai 2015 et 20 septembre 2014 au regard de l'absence de définition précise du motif de leur recours au visa de l'article L. 1232-12 du code du travail, en sorte que c'est à leur date respective de conclusion qu'il convient de se placer pour apprécier l'éventuelle prescription de son action. Ayant relevé que la joueuse avait saisi la juridiction prud'homale le 21 juillet 2017, l'arrêt en déduit que l'action est prescrite pour ce qui concerne les contrats souscrits avant le 21 juillet 2015.

8. En statuant ainsi, **alors qu'elle avait relevé que la joueuse soutenait avoir été engagée pour occuper un emploi participant de l'activité normale de l'association, ce dont elle aurait dû déduire que l'action en requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée n'était pas prescrite** et que la salariée pouvait demander que la requalification produise ses effets à la date du premier engagement irrégulier, la cour d'appel a violé les textes susvisés. (Soc., 4 novembre 2021, pourvoi n° 19-24.378)

4.2.2. Second moyen

La cour d'appel a énoncé :

En l'espèce, Mme [P] établit que régulièrement la salariée ne respectait pas ses horaires de travail en quittant son service avant 18H30, ce qu'elle avait concédé en minimisant la portée lors de l'entretien préalable à un éventuel licenciement. Mme [P] n'est pas fondée à soutenir sur ce point le caractère illicite de la preuve invoquée par l'employeur qui ne consiste en aucune façon en un système de traitement des données personnelles de la salariée, mais simplement en un élément de preuve technique indéterminée objectivant simplement l'heure à laquelle la dernière personne présente dans les locaux, qui n'est pas nécessairement Mme [P] mais peut être le second salarié ou Mme [L] [R], actionne l'alarme.

La cour d'appel n'a pas constaté que le système d'alarme constituait un système de traitement des données personnelles de sorte que la première branche manque en fait.

La cour d'appel a constaté que lors de l'entretien préalable la salariée avait concédé qu'elle quittait son service avant 18h30. Sous le couvert d'un grief non fondé de vice de la motivation, le moyen ne tend qu'à remettre en cause le pouvoir souverain des juges du fond qui après avoir apprécié la portée probante des éléments qui leur étaient soumis, sans être tenu de s'expliquer sur les pièces qu'ils écartaient, ont estimé que le fait reproché était établi.

Le second moyen du pourvoi incident pourrait faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé en application de l'article 1014 du code de procédure civile.