Cour de cassation

Chambre sociale

Audience publique du 25 janvier 2012

N° de pourvoi: 10-11.590

Publié au bulletin

Cassation partielle

Mme Mazars (conseiller doyen faisant fonction de président), président

SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... a été engagée le 1er novembre 2004 par la société Comimob faubourg de l'arche en qualité de négociatrice directrice du service transaction ; que son contrat de travail comportait une clause de non-concurrence prévoyant une minoration de la contrepartie financière en cas de démission ; que la salariée a pris acte de la rupture de son contrat de travail le 31 août 2006 et a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;
Sur les premier et deuxième moyens :
Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens qui ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;
Mais sur le troisième moyen :
Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 1121-1 du code du travail ;
Attendu que, pour diminuer la contrepartie financière de la clause de non-concurrence accordée à la salariée, l'arrêt énonce que la clause relative à l'indemnité de non-concurrence figurant dans le contrat de travail prévoit expressément qu'en cas de démission, l'indemnité sera réduite de moitié ;
Qu'en statuant ainsi, alors que, le salarié lié par une clause de non-concurrence devant bénéficier d'une contrepartie financière, les parties ne pouvaient dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation, la cour d'appel, qui devait en déduire que la stipulation minorant en cas de démission la contrepartie financière était réputée non écrite, a violé le principe et le texte susvisés ;

Sur le quatrième moyen :
Vu les articles L. 1234-19 et R. 1234-9 du code du travail ;
Attendu que, pour rejeter la demande de la salariée en paiement de dommages-intérêts pour résistance abusive compte tenu notamment de la tardiveté dans la remise des documents sociaux, la cour d'appel retient que celle-ci doit payer à l'employeur une

somme à titre d'indemnité compensatrice de préavis du fait de sa non-exécution et qu'il n'y a pas de preuve que ce dernier ait agi avec mauvaise foi ou intention de nuire ;
Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants tirés de la condamnation de Mme X... et du comportement de l'employeur, alors que la remise tardive à un salarié des documents ASSEDIC lui permettant de s'inscrire au chômage et du certificat de travail entraîne nécessairement un préjudice qui doit être réparé par les juges du fond, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
Et sur le cinquième moyen :
Vu l'article L. 3141-22 du code du travail ;
Attendu que, pour limiter le montant de l'indemnité de congés payés, l'arrêt énonce qu'il convient, selon le décompte préparé par l'employeur, de le condamner au paiement de la somme de 7 941, 66 euros ;
Qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier, ainsi qu'elle y était invitée par les conclusions de Mme X..., si cette somme n'était pas inférieure au montant de la rémunération revenant à la salariée si elle avait continué à travailler, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;
PAR CES MOTIFS :
CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Comimob faubourg de l'arche à payer à Mme X... une somme de 4 278, 15 euros au titre de l'indemnité de non-concurrence, une somme de 7 941, 66 euros au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés et déboute Mme X... de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour résistance abusive, l'arrêt rendu le 25 novembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;
Condamne la société Comimob faubourg de l'arche aux dépens ;
Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société Comimob faubourg de l'arche et la condamne à payer à Mme X... la somme de 2 500 euros ;
Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;
Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-cinq janvier deux mille douze.
MOYENS ANNEXES au présent arrêt
Moyens produits par la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat aux Conseils pour Mme X....
PREMIER MOYEN DE CASSATION :
Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré Madame X... irrecevable en sa demande de rappel de salaire pour la période antérieure au 1er novembre 2004.
AUX MOTIFS QUE Mme X... forme des demandes pour la période du 1er juillet 2002 ou 31 octobre 2004, alors qu'elle exerçait pour le compte de la société PARIME ; que la cour constate que la société PARIME est une société distincte de la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE et qu'elle se trouve en liquidation judiciaire depuis le 15 décembre 2005 ; que ses organes collectifs et représentatifs n'ayant pas été mis en cause dans la présente procédure et Mme X... n'étant devenue salariée de la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE qu'à compter du 1er novembre 2004, cette dernière société, personne morale distincte, ne saurait être rendue responsable d'éventuelles demandes salariales relatives à des périodes d'emploi ne la concernant pas ; qu'en effet seul un texte imposant le transfert des obligations d'un ancien employeur à un autre, où seul un engagement nécessairement explicite de reprise peut permettre le transfert des obligations de l'ancien employeur ; qu'en l'espèce la cour constate que la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE n'a pris lors de la « mutation » aucun engagement de la sorte et que par ailleurs le fait qu'elle est repris l'ancienneté de la salariée ne suffit

pas à démontrer une quelconque reprise des autres éléments de son contrat de travail ; que, dès lors il convient de déclarer irrecevables les demandes antérieures à novembre 2004 présentées par Mme X... à l'encontre de la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE ;
ALORS QU'aux termes de l'article 1-1 du contrat de travail conclu le 1er novembre 2004 entre la société COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE et Madame X..., il était « rappelé que ce contrat venait en remplacement des précédents et que, en conséquence, l'ancienneté et les congés payés de ce salarié sont cumulés (date d'entrée au sein du groupe COMIMOB le 01/ 07/ 2002) » ; qu'il s'évince des stipulations précitées que la société COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE s'était, lors de la conclusion du contrat de travail, engagée à reprendre les obligations contractées par le précédent employeur de Madame X..., qui appartenait au même groupe ; qu'en décidant du contraire, pour retenir que Madame X... était irrecevable en sa demande tendant à la condamnation de la société COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE au paiement des salaires dus par la société PARIME antérieurement au transfert intervenu le 1er novembre 2004, la Cour d'appel a dénaturé le sens clair et précis des stipulations susvisées, violant ainsi l'article 1134 du Code civil.
DEUXIEME MOYEN DE CASSATION :
Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la rupture du contrat de travail de Madame X... s'analysait en une démission, de l'AVOIR en conséquence déboutée de l'intégralité des demandes qu'elle formait au titre de la rupture de son contrat de travail et d'AVOIR enfin condamné Madame X... à verser à la société COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE une somme de 11. 854, 83 € à titre d'indemnité compensatrice du fait de la non exécution du préavis.
AUX MOTIFS QUE, sur la commission d'irrégularités (A), sur l'existence de commissions occultes, Mme X... fait valoir dans ses écritures que son attention a été attirée « à la lecture du chiffre d'affaires figurant sur les registres de l'agence, faisant apparaître selon elle des montants anormalement bas » ; qu'à l'appui de ses dires dans un premier temps elle produit aux débats des tableaux d'exploitation qui apparaissent être ceux d'une autre société, COMIMOB GARE, puis un tableau d'exploitation de l'année 2005/ début 2006 de la société appelante faisant état d'un chiffre d'affaires signées de seulement 30. 000 € HT contre 131. 000 € HT à la même période en 2005 ; que la cour constate toutefois qu'aucune véritable comparaison ne peut être effectuée entre la chiffre d'affaires de 2005 et celui de 2006 dans la mesure où le chiffre d'affaires réalisé fin 2004 a été enregistrés avec le décalage habituel, début 2005, date à laquelle l'effectif était de trois personnes en vente ; que l'effectif en 2005 était composé de deux salariés (Mme X... et Mme Y...), plus deux salariés en location, un employé de bureau, une personne à la réception, une assistante administrative (Mme Z... engagée le 27 septembre 2005) ; que par ailleurs Mme X... a été absente pour maladie pendant tout le premier trimestre 2006 (du 16 janvier au 29 mars à 2006), ce qui fait que Mme A... s'est retrouvée seule pour gérer l'agence dans son intégralité, assurer la poursuite du service transaction, ce qui a nécessairement eu un impact sur les rentrées de mandats et de chiffre d'affaires ; que sur le second trimestre, Mme X... a eu 27 jours d'absence (maladie du 23 mai au 18 juin) outre 4 jours de congés (du 13 au 18 avril 2006) ; que la comparaison fait apparaître :- CA au deuxième trimestre de 2006 : 139. 214, 03 € comparé au chiffre d'affaires du deuxième trimestre 2005 de 120. 401, 34 € ;- CA au premier trimestre de 2006 : 32. 346, 28 € comparé au chiffre d'affaires du premier trimestre de 2005 de 103. 678, 93 € ; que la Cour constate que ce chiffre d'affaires moindre au premier trimestre de 2006 peut s'expliquer notamment par l'absence de Mme X..., pendant la totalité de la période ; que cependant cette dernière fait état qu'une fois au fait de ces chiffres anormalement bas, elle a eu des éléments concernant plusieurs affaires laissant apparaître que des commissions en liquide étaient versées à l'agence sur demande de celle-ci, sans être inscrites sur aucun registre ou élément

comptable ; que sur l'affaires B... O..., Mme X... invoque que la commission prévue à l'acte de vente et déclarée aux organismes fiscaux n'est que de 8. 000 € et que la somme de 2. 000 € perçue en liquide par M. Y... n'apparaît pas dans le chiffre d'affaires encaissé par l'agence ; que cependant la cour constate que cette vente a été entrée après juillet 2006, date à laquelle Mme X... était en arrêt maladie, puis signé en octobre, à une date à laquelle elle ne faisait plus partie du personnel du fait de la prise d'acte ; qu'aussi Mme X... ne peut prétendre à aucune commission sur cette affaire ; que sur l'affaire R... S..., Mme X... fait valoir que l'employeur a choisi de demander une somme en liquide, comme en atteste l'acheteur et qu'en dépit de la clarté de l'attestation du client, la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE ne craint pas de donner une explication des plus fantaisiste pour dissimuler la perception d'une commission illégale ; que la cour relève cependant que le compromis concernant cette vente a été réalisé fin juillet 2006 alors que Mme X... était en maladie et qu'elle ne pouvait recevoir aucune commission, ni d'entrée dès lors qu'elle ne pouvait cumuler des indemnités journalières de sécurité sociale et un salaire et qu'elle était en arrêt de maladie en août, date à laquelle la commission a été réglée, ni de sortie, n'étant pas à l'initiative de la vente, laquelle a été faite par Mme Y... ; que par ailleurs à supposer qu'une commission ait été due à Mme X... celle-ci ne pouvait en prendre acte lors de la rupture de son contrat le 31 juillet 2006, dès lors que la vente étant intervenue à cette date ladite commission, compte tenu de la règle de décalage de paiement d'un mois, n'aurait pu figurer que sur le bulletin de paie du mois d'août 2006, lequel n'aurait été émis qu'au début septembre 2006, soit après la prise d'acte ; que Mme X... ne pouvait donc viser cette affaire dans sa décision de prise d'acte, les éléments postérieurs à la rupture ne pouvant être pris en compte pour en apprécier les causes ; que sur l'affaire P.../ Q..., Mme X... indique que si elle ne peut apporter la preuve d'un quelconque versement en espèces, l'acheteur a cependant été contraint de verser des fonds à la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE avant la rédaction de l'acte notarié, ce qui est illégal ; que la cour constate cependant que le mandat de recherche et la promesse-dû 19 mai et 2006, soit la veille du départ en maladie de Mme X..., prévoyait une commission de 15. 000 € et que tous les actes de vente ont été faits par Mme Y..., l'acte authentique ayant été régularisé le 17 novembre 2006, soit après que Mme X... ait pris acte de la rupture, avec mention que la rémunération revenant à l'agence avait été réglée par la comptabilité de l'office notarial le jour même ; que Mme X... ne peut donc solliciter une commission de sortie, puisque n'ayant pas fait la vente ; qu'au vu de l'ensemble de ces éléments la cour relève qu'il n'existe pas de commission occulte due à Mme X... le jour de la prise d'acte, susceptible de motiver et de justifier cette dernière ; que, sur l'exercice d'actes de négociation par une secrétaire en son absence, Mme X... conteste le fait qu'une assistante transaction de l'agence, Mme Z..., se serait vu confier des « actes de négociation », qu'elle aurait effectué des visites, sans avoir obtenu la carte de négociateur, ce qui aurait conduit l'employeur à un changement d'attitude à son égard, une privation de fonction et une « mise au placard » ; qu'il résulte des pièces versées aux débats que suite aux absences de Mme X..., Mme Z... qui avait été engagée initialement en qualité d'hôtesse d'accueil à compter du 27 septembre 2005, s'est vu confier à compter du 1er mars 2006 les fonctions d'assistante transaction, alors que Mme X... était toujours en arrêt ; que dès le 20 mars 2006 la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE adressait à la préfecture des dossiers de création et de renouvellement des cartes de négociateurs dont une pour Mme Z... ; qu'après divers allers et retours auprès de la préfecture Mme Z... a obtenu sa carte le 6 novembre 2006 et entre temps ses fonctions de négociation ont été mises en attente en attendant la réception de la carte, Mme Z..., ainsi qu'elle le confirme, ayant seulement exercé les fonctions d'assistante au service transaction ; que la cour relève que si dans son courrier du 10 juillet 2006 Mme X... indiquait que Mme Z... n'exerçait pas convenablement des fonctions de négociatrice en précisant : « dans ces conditions, il m'apparaît qu'elle ne remplit pas sa nouvelle fonction de négociatrice au sein du service

des ventes que je suis en charge d'encadrer ». elle produit de nouveau des pièces, dont une attestation établie par Mme C..., laquelle fait état de ce que Mme Y... lui aurait indiqué au cours d'un voyage Canada que Mme Z... avait « fait une belle vente » ; que par ailleurs si les documents 38- l à 38-11 sont relatifs à des bons de visite portant le nom de Mme Z... en tant qu'accompagnateur, ils concernent des périodes pendant lesquelles Mme X... était en arrêt de travail, ce qui ne lui causait aucun préjudice et contredit le grief d'éviction puisqu'en sept mois, de janvier à juillet 2006, Mme Z... n'a signé que quatre bons de visites dans des dossiers où, soit Mme X... a perçu la commission qui lui était due, soit était absente du fait de sa maladie, soit n'avait droit à aucune commission puisque le travail en amont et en aval n'avait pas été réalisé par elle ; qu'en conséquence Mme X... n'établit pas l'existence d'une faute à son égard de la S ARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE de ces griefs ne saurait être retenu ;
ALORS QU'aux termes du courrier par lequel elle a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts exclusifs de son employeur, Madame X... soutenait que « des frais d'agence étaient perçus en espèce pour des montants très élevés » et qu'elle ne pouvait « cautionner de telles irrégularités et de telles infractions qu'elle réprouv ait » ; que, dans ses écritures d'appel (p. 13), Madame X... rappelait qu'elle avait pris acte de la rupture de son contrat de travail, « ne voulant, ni être tenue pour responsable de ces actes illégaux du fait de sa qualité de Directrice Transaction, ni s'en rendre complice par son silence » ; qu'en déboutant dès lors Madame X... de ses demandes, aux motifs qu'elle ne pouvait prétendre à aucune commission sur les versements en liquide effectués par les clients de la société COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE, sans rechercher si, comme elle y était invitée par la salariée, l'illégalité des pratiques, dont elle a par ailleurs constaté la matérialité, n'était pas, compte-tenu des risques qu'elle faisait courir à la salariée, de nature à caractériser une faute d'une gravité suffisante pour justifier la rupture de la relation de travail aux torts exclusifs de l'employeur, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1, L. 1237-2 et L. 1232-1 du Code du travail ;
Et AUX MOTIFS QUE, sur le grief de harcèlement (B), Mme X... invoque devant la cour 1'existence d'un harcèlement moral de la part de la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE à travers trois éléments, à savoir : 1- une dégradation des conditions de travail, 2- une atteinte à ses droits, sa dignité, sa santé physique ou morale ou à son avenir professionnel, 3- des agissements répétés ; qu'elle précise que la chronologie suffit à démontrer le caractère répété de ces agissements qui ont débuté à compter des questions qu'elle a posées à son retour de congé maladie et sur les missions confiées à la secrétaire et le chiffre d'affaires réalisé par l'employeur durant son absence et qu'ils se sont caractérisés notamment par une mesure disciplinaire d'avertissement abusif, l'impossibilité dans laquelle elle s'est trouvée d'exercer sa mission, la décrédibilisation dont elle a fait l'objet de la part de l'employeur en n'étant en rien informée de ses décisions managériales, l'absence de transmission des appels de clients ou prospects, sa mise à l'écart, l'absence de versement de ses primes et commissions, le retrait de ses outils de travail pendant son congé maladie, le non versement de son maintien des salaires et de ses indemnités journalières ; qu'aux termes de l'article L. 1152-1 du Code du travail : « aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel » ; que, sur les faits de dégradation des conditions de travail, Mme X... invoque l'impossibilité d'exercer sa mission de directrice du service transaction du fait du refus opposé par la direction de lui indiquer le chiffre d'affaires des ventes effectuées par l'agence pendant son absence pour maladie, ainsi que de l'absence d'information à un son retour quant au fait que Mlle Z... avait été promue « assistante transaction » le 1er mars 2006, ni qu'il s'agissait en réalité d'un poste de négociatrice ; que Mme X... en conclut qu'elle a été mise à l'écart de façon manifeste ainsi qu'il ressort

clairement des attestations produites par Mme C..., M. D... et M. et Mme E..., desquelles il résultait que l'atmosphère avait changé dans l'agence, Mme X... semblant mise à l'écart, sans que l'employeur tente de remédier à cette situation ; que la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE conteste ces affirmations et indique ne jamais lui avoir interdit de prendre connaissance du chiffre d'affaires réalisé pendant son arrêt de maladie, l'invitant même, pour ce faire, à consulter tous les registres existants, ayant à sa disposition un ordinateur en réseau et tous les livres librement accessibles dans le service transaction ; elle précise que bien plus, en sa qualité de directrice, il appartenait à Mme X... de faire l'analyse des chiffres et de transmettre, comme cela lui avait été demandé, son rapport d'activité du service transaction qu'elle était censée diriger ; que l'employeur précise que le 28 avril 2006 l'attitude de Mme X..., exigeant avec des cris que les éléments de vente intervenus pendant la période où elle était en arrêt maladie lui soient immédiatement communiqués, l'a conduit à lui notifier un avertissement faisant état de son comportement envers Mme Y... et à la prévenir que son attitude envers les autres salariés de l'agence avait été très mal reçue de leur part et qu'elle ne pourrait leur reprocher de prendre à son égard d'éventuelles distances si elle continuait à les traiter de la sorte ; que la Cour constate que si dans son courrier du 5 mai 2006 Mme X... s'est plainte de ne pas avoir certains éléments, elle écrivait dès le 1er juin suivant avoir constaté que durant son absence des ventes avaient été réalisées sur la base de mandats qu'elle avait obtenus avant son congé maladie, tout en faisant par ailleurs un comparatif des chiffres d'affaires des premiers trimestres 2005 et 2006 ; qu'au vu de ces éléments il apparaît qu'à cette date, soit trois mois avant la prise d'acte, Mme X... avait en sa possession tous les éléments nécessaires puisqu'elle était capable de connaître quel chiffre d'affaires avait été réalisé pendant son absence ; que par ailleurs la cour relève que ses écrits établissent qu'elle a eu connaissance dès son retour, de tout ce qui se passait dans l'agence, y compris de l'affectation de Mme Z... au service transaction, puisque dès le 1er juin 2006 elle avait déjà écrit que pour la contester ; que Mme X... ayant pu, avant comme après ses congés maladie, exercer normalement ses fonctions de négociatrice, recevoir la clientèle et procéder à des transactions, les faits de dégradation de ses conditions de travail n'apparaissent pas établis sur ce plan ; que l'appelante invoque « également l'absence de versement du maintien de salaire, des commissions et primes tant durant ses arrêts de travail pour maladie et que durant ses périodes d'activité » ; que durant ses arrêts de travail pour maladie Mme X... reproche à son employeur de ne pas lui avoir versé ses indemnités journalières en intégralité et elle demande la condamnation de ce dernier à lui payer les sommes de 8. 411, 82 € à titre de rappel de salaire pour les mois de janvier, février, mars 2006, outre 841, 18 € à titre de congés payés afférents, de 2. 011, 93 € à titre de rappel de salaire pour les mois de mai et juin 2005 outre 201, 19 € à titre de congés payés afférents ; que par ailleurs Mme X... fait valoir que la demande de compensation de l'employeur est infondée la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE ne pouvant se prévaloir d'un prétendu maintien de salaire auquel elle aurait gracieusement procédé les mois suivants ; que s'agissant de ses périodes d'activité Mme X... faisait grief à l'employeur dans son courrier de prise d'acte de rupture de ne pas lui avoir versé toutes ses commissions depuis sa reprise ;

aussi elle sollicite la condamnation de la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE à lui payer la somme globale de 5. 267, 58 € à titre de rappel de commission, outre la somme de 526, 75 € à titre de congés payés afférents ; que s'agissant des primes mensuelles Mme X... conteste qu'elle soient calculées sur la base du chiffre d'affaires encaissées et non signées et elle sollicite la condamnation de l'employeur au paiement de la somme de 3. 000 € à titre de rappel de primes des mois d'avril et mai 2006, outre la somme de 300 € à titre de congés payés afférents ; que concernant le paiement du salaire la cour relève que la rémunération à maintenir en application de l'accord de mensualisation du 10

décembre 1977 est la rémunération que le salarié aurait gagnée s'il avait continué à travailler, le salaire de référence à prendre compte étant le salaire brut que le salarié aurait perçu s'il avait travaillé ; que par ailleurs le principe du maintien du salaire ne peut permettre à un salarié de percevoir une somme supérieure à ce qu'il aurait gagné s'il avait continué de travailler et selon les dispositions conventionnelles la durée du maintien des salaires est limitée, en ce qui concernait Mme X..., à 90 jours sur une période de 12 mois ; que la durée du maintien doit donc être examinée au regard de la période de 12 mois, soit à compter du dernier arrêt (25 mai 2005) et elle allait donc du 25 mai 2005 aux 25 mai 2006 ; qu'aussi il apparaît qu'à compter du 25 mai 2006 la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE n'avait plus aucune obligation de maintenir le salaire de Mme X... alors qu'elle a continué après cette date de lui verser ses salaires ; qu'au vu des pièces et tableau il apparaît que Mme X... a bien perçu ce qui lui était dû, au titre de ces 90 jours, (20. 252, 78 €), mais également des sommes supérieures (40. 695, 67 €) du fait que postérieurement à l'expiration du délai de garantie, COMIMOB a poursuivi des paiements ; que s'agissant de la demande en rappel de paiement de commissions la cour constate que d'après le contrat de travail de Mme X..., le taux de commission fixé est de « Sur toutes les affaires réalisées par son intermédiaire, le négociateur est rémunéré par un pourcentage sur le montant des honoraires hors taxes effectivement perçus par le cabinet par l'employeur, soit sur le montant des honoraires restant au cabinet ou à l'employeur après paiement des honoraires pouvant éventuellement être dus à un ou d'autres confrères ou intermédiaire, pourcentage fixé à 5 % des honoraires HT encaissés par l'agence sur l'entrée d'un bien et 5 % des honoraires HT encaissés par l'agence sur la sortie d'un bien » ; qu'il est précisé que l'ensemble du chiffre d'affaire des ventes réalisées et encaissées dans l'agence, au titre des affaires réalisées sur le secteur Faubourg de l'Arche, est réparti à titre égal aux trois négociateurs de ventes ; que la Cour relève que s'il est exact que depuis janvier 2005 il n'y avait plus que deux négociateurs, ce qui fait que le chiffre d'affaire avait été partagé non plus en 3 mai en sachant cependant que l'intervention du salarié dans la réalisation du chiffre d'affaires restait une condition essentielle au paiement d'une commission, ce fait ne permet pas à Mme X... de considérer que l'entreprise aurait renoncé aux termes du contrat de travail et est notamment à la condition d'une présence dans l'entreprise au titre de la participation à la réalisation d'un chiffre d'affaires ; que le décompte devant nécessairement tenir compte du chiffre d'affaires encaissé dans le mois et non pas seulement des mandats simplement signés, les tableaux récapitulatifs produits établissent que Mme X... a bien perçu des commissions à 7, 5 % lorsqu'elle était présente à l'agence, même si elle n'a pas participé à l'acte, qu'ne peut prétendre à un rappel de commission entrée et sortie comme si elle avait conclu seule l'affaire alors que tel n'est pas le cas et qu'elle ne peut revendiquer le paiement de commissions sur des affaires réalisées en son absence ; que, s'agissant de sa demande de rappel de primes Mme X... ne peut solliciter le versement d'une prime mensuelle sur chiffre d'affaires de 3. 000 € dès lors que cette prime était contractuellement assise sur son chiffre d'affaires personnel et non sur celui du service en son entier ; qu'aux mois d'avril et de mai 2006, période sollicitée, la cour relève que le chiffre d'affaires de Mme X... a été, en avril : aucun chiffre d'affaires encaissé, en mai : 14. 214, 04 € encaissés ; que dès lors les conditions d'acquisition n'étant pas réunies Mme X... ne peut donc prétendre à ces primes ; qu'il en a d'ailleurs été de même pour la prime de février 2006 dès lors que le chiffre d'affaires de Mme X... n'avait pas atteint l'objectif contractuellement prévu ; qu'au vu de l'ensemble de ces éléments la cour constate que Mme X... a été remplie de ses droits, qu'elle a perçu toute les commissions lui revenant et que dès lors, il n'existe pas de'faute, ni d'agissements répréhensibles de l'employeur susceptibles de lui rendre la rupture imputable en ce qui concerne le respect de ses conditions de travail ; que, sur le grief d'atteinte à ses droits, à sa dignité, à sa santé physique ou morale ou à son avenir professionnel, concernant l'atteinte à sa dignité Mme X... écrivait à son employeur dans

son courrier de prise d'acte de rupture : « vous m ' avez repris la totalité de mes moyens de travail, clefs de l'agence, voiture avec clefs et bip, téléphone portable » ; qu'elle précise qu'il n'y avait ni urgence, ni utilité à la remise de ces éléments, aucune négociatrice n ayant été engagée à cette date pour la remplacer ; que s'agissant des brimades elle produit des attestations émanant principalement de clients de l'agence ; que Mme F... indique : « je me suis donc rendu à la société COMIMOB, j'ai trouvé une ambiance terriblement dégradée entre Mme Y... et Mme X... qui était pour sa part déprimée et démontée par l'agressivité de Mme Y... à son égard » ; que Mlle G... précise : « je ne me souviens être passée à l'agence dans la première semaine de mai et m'être étonnée du ton sur lequel Mme Y... parlait à mon amie Saleha, et de la façon dont elle la traitait avec mépris » ; que M. H... atteste : « enfin, le 20 juin, lors de la visite d'un appartement au33 avenue de l'arche avec Mme X..., j'ai pu remarquer que le climat était tendu au sein de l'agence » ; que M. I... indique : « après son hospitalisation j'ai remarqué un changement de comportement dans l'agence » ; que, concernant l'atteinte à sa santé morale, Mme X... produit un certificat médical émanant de son médecin généraliste attestant : « certifie avoir examiné le 4 mai 2006 Mme X... Saleha née le 20. 10. 60 qui avait repris le travail le 3 avril 2006, mais elle présentait à cette époque là un état de santé moral défectueux-elle me disait avoir des problèmes avec son employeur. En septembre 2006 au cours d'une autre consultation son état de santé morale s'était amélioré et on peut considérer que depuis janvier 2007 il n'y a plus de problèmes » ; que la Cour constate que le médecin du travail la déclarait inapte temporairement le 4 juillet 2006 et indiquait le 6 juillet 2006 : « je pense que ses douleurs non calmées par le traitement actuel, sont aggravées par sa situation professionnelle actuelle » et il prolongeait son arrêt de travail d'un mois ; que Mlle G... précise : « début mars 2006, je suis passée (Mme X...) la voir chez elle, l'inactivité lui pesait, elle avait envie de reprendre le travail. C'est pourquoi, j'étais très étonnée quand je l'ai revue le 1er mai, de la trouver déprimée et angoissée au sujet de son travail et j'ai senti chez elle une peur grandissante » ; que, concernant le caractère répété de ces agissements Mme X... souligne que ces faits de harcèlement ont eu lieu peu de temps après son retour de congé maladie et concomitamment à son accident du travail, l'employeur ayant eu parfaitement conscience qu'elle était particulièrement fragile à cette époque ; que la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE conteste l'existence de tout harcèlement et que du fait de son statut de cadre directrice du service transaction Mme X... avait la plus grande autonomie dans son emploi du temps lui permettant d'assurer ses fonctions en mettant en oeuvre les mesures nécessaires pour les exercer, ce qu'elle n'a pas fait, préférant adopter une attitude passive qu'elle ne peut maintenant reprocher à son employeur dans le cadre de sa prise d'acte ; que l'employeur précise que Mme X... ne saurait prétendre que le fait d'avoir prétendument ignoré que Mme Z... avait été nommée « assistante » du service, aurait conduit cette dernière à lui refuser d'exercer des tâches de secrétariat, ce qui aurait porté atteinte à son autorité, alors qu'en sa qualité d'assistante, Mme Z... conservait ses tâches de secrétariat administratif des transactions, ce qui a permis à Mme X... ne lui demandait régulièrement d'effectuer certains enregistrements au vu et au su de tous ; que c'est ainsi que Mme Z... atteste clairement avoir régulièrement travaillé pour elle pendant cette période, ajoutant avoir été victime de ses mauvais traitements constants et de ses multiples remarques agressives, comme les autres salariés d'ailleurs, ainsi que des remontrances injustifiées qu'elle lui faisait en l'interrompant grossièrement dans son travail ; que la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE fait valoir que cela peut expliquer qu'effectivement Mme Z... a été contrainte de lui refuser, fin avril 2006, une tâche qu'elle exigeait d'elle immédiatement, sans considération du travail que Mme Y... lui avait dans le même temps confié ; que par ailleurs dans le même temps Mme X... adoptait dans l'entreprise un comportement négatif en provoquant des altercations, y compris devant la clientèle, critiquant tout un chacun, donnant des ordres à tout le monde, y compris parfois à ses supérieurs, ces faits étant

attestés par témoins, notamment par M. Eric J... et M. K..., ainsi que par Mme L..., employée de l'agence, laquelle s'est plainte auprès de l'employeur du comportement particulièrement détestable de Mme X... à son égard (remarques sur un ton désobligeant, critiques, remontrances injustifiées devant les clients, ton vexatoire, ordres désagréables allant même parfois à rencontre de ceux de Mme Y..., leur supérieure) ; que la Cour constate que ces faits de 2005 sont à rapprocher de ceux ayant conduit la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE le 28 avril 2006 a notifier à Mme X... un avertissement face à la persistance de son comportement puisque ce jour-là elle s'est vivement emportée, criant dans toute l'agence, faisant violemment des reproches à Mme Z..., avant de s'en prendre à Mme Y..., reprochant à cette assistante son refus d'enregistrer un acte une alors que cette dernière avait été chargée par l'employeur d'une tâche tout aussi urgente ; que par ailleurs le fait que Mme X... puisse produire une carte, non datée, « de prompt rétablissement » émanant de deux collaboratrices de l'agence, ne contredit pas leur témoignage précis sur son comportement à leur égard et cette volonté de Mme X... d'aller audelà de ses prérogatives est conforté par l'attestation d'un client, M. M..., lequel s'est plaint auprès de COMIMOB du fait que bien que Mme X... lui ait trouvé un logement à louer parmi les propriétaires de l'agence, la collaboratrice en charge du secteur locatif avait, ignorant sa présence, fait rentrer dans les lieux un autre locataire ; qu'or, il apparaît que Mme X... n'avait informé personne de sa démarche, des promesses qu'elle faisait sur un secteur qui n'était pas le sien, outrepassant ainsi ses fonctions au détriment de la responsable du secteur locatif ; qu'au vu de l'ensemble de ces éléments la cour constate que le comportement adopté par Mme X... a conduit à indisposer ses collègues en ne tenant pas compte de leurs tâches et responsabilités et des liens hiérarchiques qui étaient pourtant les siens ; que dès lors ces faits rapportés par l'employeur établissent qu'ils sont étrangers à tout harcèlement dans la mesure où il apparaît que l'attitude de Mme X... est à l'origine de la mauvaise ambiance régnant dans l'agence, telle qu'elle a par ailleurs été relevée, sans être explicitée, dans les attestations produites par l'appelante ; que par ailleurs la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE explique avoir retiré, le temps de l'arrêt maladie, les moyens de travail exclusivement professionnel qui avaient été mis à la disposition
de Mme X..., notamment en ce qui concerne le véhicule qui avait été prêté par une autre société (COMIMOB GARE) ; que ces moyens de travail n'ayant pas été restitués à la salariée compte tenu que cette dernière n'est jamais revenue dans l'entreprise après le 4 juillet, Mme X... ayant pris acte de la rupture du contrat fin août, il n'apparaît pas que ces faits soient constitutifs d'un harcèlement ; que s'agissant de l'atteinte à sa santé morale Mme X... produit un certificat du docteur N... du 6 mai 2009, soit trois ans après les faits, celle-ci lui ayant dit « avoir des problèmes avec son employeur », ainsi qu'une lettre du médecin du travail en date du 6 juillet 2006 faisant état de ses « douleurs non calmées » par ses médicaments, lesquelles auraient été aggravées par « sa situation professionnelle actuelle » ; que compte tenu du caractère non circonstancié de ces considérations liées à la persistance de douleurs physiques non traitées par les médicaments ainsi que des problèmes de santé endogènes rencontrés par Mme X... (opération du 30 janvier 2006, chute du 5 avril 2006, nouvelle opération en septembre 2006, hernie discale persistant encore en novembre 2006), la cour constate qu'il n'est pas établi l'existence d'un harcèlement imputable à l'employeur ayant porté atteinte à la santé physique ou morale de Mme X... ; que dès lors il convient de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a jugé qu'aucun manquement fautif suffisamment grave ne pouvait être imputé à la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE et que la rupture du contrat devait s'analyser en une démission, privative de toutes indemnités de licenciement, compensatrice de préavis et de congés payés y afférents, au bénéfice de Mme X... ; qu'il y a lieu, sur la demande reconventionnelle présentée par la société intimée, de condamner Mme X... à verser à la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE la somme de 11. 854, 83 € à titre

d'indemnité compensatrice du fait de la non exécution du préavis ;
ALORS QUE selon l'article 24. 2 de la convention collective nationale de l'immobilier, les salariés ayant trois ans d'ancienneté dans l'entreprise bénéficient d'un maintien de leur rémunération pendant 90 jours, en cas d'indisponibilité dûment justifiée étant précisé que « les périodes d'arrêt consécutives à un accident du travail n'entrent pas en ligne de compte pour l'appréciation des droits aux indemnités complémentaires de maladie » ; qu'en l'espèce, il s'évince des énonciations de l'arrêt attaqué que Madame X... avait été arrêtée pour accident du travail entre le 23 mai et le 18 juin 2006 ; qu'en retenant dès lors que la société COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE n'était plus tenue de maintenir le salaire de Madame X... à compter du 25 mai 2006, alors qu'à cette date, l'absence de celle-ci était consécutive à un accident du travail, de sorte que la période d'absence la Cour d'appel a violé les dispositions susvisées.
TROISIEME MOYEN DE CASSATION :
Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité le montant de l'indemnité de non-concurrence versée à M adame X... à la somme de 4. 278, 15 €.
AUX MOTIFS QUE le contrat de Mme X... prévoyait en son article 1-4 une clause de non-concurrence pour une durée d'un an à compter de la date de cessation d'activité dans un rayon de 5 km autour du lieu d'établissement de l'employeur ; qu'en contrepartie il était prévu que le cadre percevrait, chaque mois et pendant toute la durée de cette interdiction, une indemnité spéciale forfaitaire égale à 1/ 10 la première année et 2/ 10 la deuxième année de la moyenne mensuelle du salaire perçu par lui au cours des 12 derniers mois de présence dans l'entreprise ; Mme X... fait valoir que le montant ainsi fixé dans le contrat de travail à titre d'indemnité spéciale forfaitaire est inférieur au montant prévu à l'avenant numéro 31 du 15 juin 2006 relatif au nouveau statut de négociateur immobilier de la convention collective de l'immobilier qui prévoit la perception, chaque mois et pendant toute la durée de l'interdiction, d'une indemnité spéciale forfaitaire égale à 15 % de la moyenne mensuelle du salaire brut perçu par l'intéressé au cours des trois derniers mois d'activité passés dans l'entreprise ; que sur cette dernière base Mme X... réclame le paiement de la somme de 8. 556, 30 € ; que cependant la Cour constate que la clause relative à l'indemnité non-concurrence figurant dans le contrat de cette dernière prévoit expressément qu'en cas de démission l'indemnité sera réduit de moitié ; qu'en application de ces dispositions il convient d'allouer à Mme X... la somme de 4. 278, 15 € à ce titre et le jugement entrepris sera réformé sur ce point ;
ALORS, d'une part, QUE la cassation à intervenir sur le deuxième moyen de cassation s'étendra au chef du dispositif relatif au montant de l'indemnité de nonconcurrence versée à Madame X..., dont la rupture du contrat de travail s'analyse, non en une démission, mais en un licenciement dénué de cause réelle et sérieuse, en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;
ALORS, d'autre part, QUE le salarié lié par une clause de non-concurrence devant bénéficier d'une contrepartie financière, les parties ne peuvent dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation ; qu'il s'en évince que le montant de l'indemnité versée en contrepartie de l'obligation de non-concurrence dont le salarié n'a pas été libéré par son employeur, ne peut être réduit du fait du mode de rupture de la relation de travail ou des causes de celle-ci ; qu'en jugeant néanmoins du contraire, pour réduire de moitié le montant de l'indemnité de non-concurrence versée à Madame X..., au motif que la rupture de son contrat de travail s'analysait en une démission, la Cour d'appel a violé le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 1121-1 du Code du travail ;
Et ALORS, en tout état de cause, QU'en application de l'article L. 2254-1 du Code du travail, lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ; que l'article 9 de l'avenant n° 31 du 15 juin 2006 à la convention

collective nationale de l'immobilier, relatif au statut du négociateur immobilier, dispose qu'en contrepartie de la clause de non-concurrence éventuellement prévue par le contrat de travail, « le négociateur percevra, chaque mois, à compter de la cessation effective de son activité, et pendant toute la durée de l'interdiction, dans la mesure où celle-ci est respectée, une indemnité spéciale forfaitaire égale à 15 % de la moyenne mensuelle du salaire brut perçu par lui au cours des 3 derniers mois d'activité passés dans l'entreprise » ; qu'en se fondant dès lors, après avoir jugé que la rupture de la relation de travail s'analysait en une démission, sur les stipulations du contrat de travail de Madame X... pour réduire de moitié le montant de l'indemnité de non-concurrence qui lui était allouée, alors que les dispositions conventionnelles applicables au contrat de travail ne prévoyaient pas une telle possibilité, la Cour d'appel a violé les dispositions susvisées.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION :

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Madame X... de sa demande de dommages et intérêts pour résistance abusive.

AUX MOTIFS QU'eu égard à la tardiveté de la remise des documents sociaux et du paiement de l'indemnité compensatrice de congés payés, Mme X... sollicite la condamnation de la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE à lui payer la somme de 2. 500 € à titre de dommages-intérêts pour résistance abusive ; que la Cour constate toutefois que Mme X... est elle-même débitrice envers la SARL COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE de l'indemnité compensatrice de préavis mise à sa charge du fait de sa non-exécution et en l'absence de preuve rapportée que la société intimée ait agi avec mauvaise foi ou intention de nuire, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de dommages-intérêts formée par l'appelante ;

ALORS QUE la remise tardive à un salarié des documents de rupture cause nécessairement à celui-ci un préjudice qu'il appartient aux juges du fond de réparer par l'allocation de dommages et intérêts ; qu'en déboutant dès lors Madame X... de sa demande de dommages et intérêts, aux motifs que la salariée n'avait pas exécuté son préavis et ne rapportait pas la preuve de la mauvaise foi ou de l'intention de nuire de l'employeur, la Cour d'appel, qui a par ailleurs constaté que la société COMIMOB FAUBOURG DE L'ARCHE n'avait toujours pas, à la date de sa décision, remis à Madame X... ses documents de rupture, et notamment son attestation lui permettant de s'inscrire au Pôle Emploi, a violé les articles L. 1234-19 et R. 1234-9 du Code du travail, ensemble l'article 1147 du Code civil.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION :

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR réduit à 7 941, 66 euros la somme allouée à Madame X... à titre d'indemnité de congés payés

AUX MOTIFS QUE la SARL Comimob Faubourg de l'Arche ne s'est pas acquittée du paiement de l'indemnité compensatrice de congés payés due à Mme X... selon le décompte préparé par l'employeur qui a retenu 35 jours acquis de juin 2004 à mai 2006 et 7. 5 jours acquis de juin à août 2006 ; en conséquence, il convient de le condamner au paiement de la somme de 7941, 66 € à ce titre

ALORS QUE Mme X... contestait le montant de l'indemnité proposée par l'employeur selon la règle du 10ème, la règle du maintien du salaire étant plus favorable ; qu'en se contentant de reprendre le calcul moins favorable de l'employeur, la Cour d'appel a violé l'article L. 3141-22 du Code du travail

QU'en tout cas, en ne motivant pas sa décision sur ce point, elle a privé sa décision de base légale au regard dudit article L. 3141-22 du Code du travail

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles du 25 novembre 2009