

SOC.

CH.B

## COUR DE CASSATION

---

Audience publique du **28 juin 2018**

Rejet

M. FROUIN, président

Arrêt n° 1069 FS-P+B sur  
le 3<sup>ème</sup> moyen

Pourvoi n° W 16-28.511

## RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par Mme Christiane C... domiciliée à ... exerçant sous l'enseigne Kryss Coiffure,

contre l'arrêt rendu le 26 octobre 2016 par la cour d'appel de Rennes (7<sup>ème</sup> chambre prud'homale), dans le litige l'opposant à Mme Cindy T... domiciliée à ...

défenderesse à la cassation ;

Mme T... a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

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

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 30 mai 2018, où étaient présents : M. Frouin, président, Mme Prieur-Leterme, conseiller référendaire rapporteur, Mme Goasguen, conseiller doyen, Mme Aubert-Monpeyssen, M. Schamber, Mmes Cavois, Monge, conseillers, Mmes Ducloz, Sabotier, Ala, conseillers référendaires, Mme Grivel, avocat général, Mme Becker, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Prieur-Leterme, conseiller référendaire, les observations de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de Mme Courcoux, de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de Mme T..., l'avis de Mme Grivel, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 26 octobre 2016), que Mme T... a été engagée le 15 mai 2007 par Mme C... en qualité de coiffeuse ; que le 7 août 2012, l'employeur lui a proposé une modification du contrat de travail de 35 à 30 heures hebdomadaires pour « baisse d'activité », refusée par la salariée ; que le 21 janvier 2013, la salariée a saisi la juridiction prud'homale de demandes en résiliation judiciaire du contrat de travail et en paiement de diverses sommes ; que le 18 février 2014 elle a été licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement ;

Sur les premier, deuxième et quatrième moyens du pourvoi principal de l'employeur :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le troisième moyen du pourvoi principal de l'employeur :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à verser à la salariée une certaine somme au titre de la prime d'ancienneté et les congés payés afférents, alors, selon le moyen, *que les absences pour maladie d'origine non professionnelle ne sont pas assimilés à du temps de travail effectif et ne peuvent être prises en compte pour la détermination des droits liés à l'ancienneté, sauf dispositions conventionnelles contraires ; que l'avenant n° 12 du 16 juillet 2008 à la convention collective nationale de la coiffure prévoit le versement d'une prime d'ancienneté à partir de cinq ans d'ancienneté dans l'entreprise, et précise seulement que « La prime*

*d'ancienneté doit faire l'objet d'une ligne distincte sur le bulletin de paie. A défaut, celle-ci sera considérée ne pas avoir été payée. La prime d'ancienneté est versée au prorata du temps de travail effectif (par rapport à la durée légale du travail) pour les salariés à temps partiel. L'ancienneté s'entend d'un nombre d'années entières et consécutives dans le même établissement » ; qu'en jugeant qu'en l'absence de disposition conventionnelle excluant les périodes de suspension du contrat de travail du décompte de l'ancienneté, Mme T. comptait cinq ans d'ancienneté au 15 mai 2012 nonobstant son arrêt de travail à compter de janvier 2012, pour juger qu'elle était en droit de prétendre à une prime d'ancienneté à compter de cette date, la cour d'appel a violé l'article L. 1226-7 du code du travail par fausse application, ensemble l'article 1-8 de l'avenant n° 12 du 16 juillet 2008 à la convention collective de la coiffure ;*

Mais attendu que l'article 1.8 de l'avenant n° 12 du 16 juillet 2008 à la convention collective nationale de la coiffure, qui instaure une prime à partir de cinq ans d'ancienneté dans l'entreprise, dispose que l'ancienneté s'entend d'un nombre d'années entières et consécutives dans le même établissement ; qu'il en résulte qu'il n'y a pas lieu de déduire les périodes de suspension du contrat de travail pour maladie ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen du pourvoi principal de l'employeur :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail, de dire que cette résiliation produit les effets d'un licenciement nul et de le condamner au paiement de sommes en conséquence, alors, selon le moyen :

*1°/ que la cassation à intervenir sur les premier, deuxième, troisième et/ou quatrième moyens entraînera par voie de conséquence la cassation de ce chef de dispositif en application de l'article 624 du code de procédure civile ;*

*2°/ que la discrimination en raison de l'état de santé n'est caractérisée que lorsqu'il est établi qu'un salarié fait l'objet d'une mesure défavorable du fait de son état de santé ; que ne constitue pas une telle mesure la proposition de modification du contrat de travail qui n'est pas suivie d'effet ; qu'en retenant en l'espèce que la proposition de modification de son contrat de travail présentée le 7 août 2012 à Mme T. prévoyant une diminution de son temps de travail motif pris d'une baisse d'activité, qui intervenait après deux arrêts maladie de quinze jours chacun prescrits dans le cadre de tentatives de FIV en janvier et mai 2012 et après que Mme T. avait annoncé en juin 2012 qu'elle serait de nouveau en arrêt pour les mêmes raisons en septembre, et qui devait s'accompagner de l'embauche à temps partiel d'une autre salariée dont le contrat de*

*professionnalisation prenait fin concomitamment, laissait présumer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé de Mme T1 sans cependant caractériser que cette modification avait été suivie d'effet, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail ;*

*3°/ qu'en retenant que le fait pour l'employeur de s'être étonné dans son courrier du 5 février 2013 de l'absence de délai de prévenance par Mme T1 ; de son arrêt maladie du 24 janvier 2013 justifié par des tentatives de FIV contrairement à celui observé par elle à l'occasion de ses précédents arrêts pour les mêmes motifs, et de craindre une absence de longue durée de sa part, la cour d'appel qui n'a pas caractérisé des éléments de fait laissant supposer une discrimination à raison de l'état de santé de Mme T1 a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail ;*

*4°/ que ne laisse pas supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé d'un salarié le fait pour l'employeur d'embaucher un autre salarié en contrat à durée déterminée pour assurer son remplacement pendant son arrêt maladie ; que Mme C faisait valoir qu'elle avait engagé Mme Ri en contrat à durée déterminée pour assurer le remplacement de Mme T1 absente pour congés puis maladie ; qu'en retenant que l'embauche en contrat à durée déterminée de Mme Ri pour une durée de quatre mois laissait présumer une discrimination à raison de l'état de santé de Mme T1 ; sans rechercher comme elle y était invitée, quel était le motif de recours de ce contrat à durée déterminée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail ;*

Mais attendu qu'ayant relevé que la proposition de modification du contrat de travail intervenait après deux arrêts de quinze jours chacun prescrits dans le cadre de tentatives de fécondation in vitro (FIV) en janvier et mai 2012 et après que la salariée eut annoncé en juin 2012 qu'elle serait de nouveau en arrêt pour les mêmes raisons en septembre, la cour d'appel, qui en a déduit que la chronologie de ces éléments, pris dans leur ensemble, laissait supposer l'existence d'une discrimination en raison de son état de santé, a légalement justifié sa décision ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident de la salariée, ci-après annexé :

Attendu que sous le couvert de griefs non fondés de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation par les juges du fond des éléments de fait et de preuve produits, qui, par une décision motivée, ont souverainement déterminé le nombre d'heures supplémentaires effectuées et la créance salariale s'y attachant ;

Et attendu que le moyen, qui en sa deuxième branche manque par le fait qui lui sert de base et en sa quatrième est privé de portée comme invoquant une cassation par voie de conséquence, n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Laisse à chacune des parties la charge des dépens afférents à son pourvoi ;

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

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits **AU POURVOI PRINCIPAL** par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour Mme C.

### PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné Mme C. à verser à Mme T la somme de 331,80 € bruts au titre des retenues sur salaires outre celle de 33,18 € bruts pour les congés payés afférents, outre une indemnité en application de l'article 700 du code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE « Le bulletin de paie de Mme T du mois de janvier 2011 laisse apparaître une retenue de 331,80 € pour « heures absences non rémunérées » du 11 au 17 janvier, dont elle demande paiement avec les congés payés afférents. La cour constate en revanche qu'elle ne présente aucune demande en paiement en ce qui concerne le mois d'août 2011, contrairement à ce que laisse penser l'intitulé du B en page 10 de ses écritures.

Mme T soutient que Mme C lui a imposé de ne pas venir travailler durant cette période en la privant de son salaire, pour pallier l'absence d'activité du salon, et que ce procédé est totalement illégal. Mme C réplique qu'il avait été convenu avec la salariée, qui avait épuisé ses droits à congés payés, de retenir des absences non rémunérées en janvier 2011 pour ne pas accentuer le compteur d'heures ou rendre négatif celui des congés payés ; elle ajoute que la demande est en toute hypothèse mal fondée dès lors que Mme T ne conteste pas qu'elle n'a pas travaillé ou qu'elle ne s'est pas tenue à disposition pendant la période litigieuse qui correspond à la fermeture annuelle du salon. Pendant une semaine à l'issue de sa période de congés payés d'une semaine début janvier 2011, Mme T s'est trouvée sans travail et n'a perçu aucune rémunération du fait de la retenue précitée.

L'employeur n'établissant pas que la non-exécution de la prestation de travail était le fait de Mme T, c'est à tort que la retenue a été opérée.

La salariée est en conséquence en droit de réclamer paiement de la somme de 331,80 € bruts outre celle de 33,18 € bruts pour les congés payés afférents. Le jugement sera, là encore, infirmé »

ALORS QU'en cas de fermeture d'un établissement pour mise en congé annuel des salariés, ceux qui ne remplissent pas les conditions requises pour bénéficier de la totalité de ce congé peuvent prétendre individuellement aux allocations pour privation partielle d'emploi, compte tenu des journées ou des indemnités compensatrices de congés payés dont ils auraient pu bénéficier pendant la période de référence ; que l'employeur n'est donc pas tenu de verser un salaire en cas de cessation collective du travail due à la fermeture de l'entreprise pour mise en congé annuel du personnel ; qu'il

résulte des propres constatations de l'arrêt qu'au mois de janvier 2011, le salon était fermé pour congés annuels ; qu'en condamnant Mme C à verser à Mme T ; un rappel de salaire afférent à cette période sans rechercher comme elle y était invitée si Mme T ; n'avait pas épuisé son droit à congés si bien que son employeur ne lui était redevable d'aucun salaire pendant cette période de fermeture annuelle, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article R 5122-10 du Code du travail.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné Mme C à verser à Mme T la somme de 500 € à titre de dommages-intérêts pour non-respect de la réglementation en matière de fixation de congés outre une indemnité en application de l'article 700 du code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE « Pour débouter Mme T , les premiers juges ont retenu que les dispositions légales ou conventionnelles avaient été respectées et que la salariée n'avait subi aucun préjudice, Mme T soutient que son employeur lui a imposé tout au long de la relation contractuelle de prendre des congés sans respecter le délai de prévenance en violation des dispositions de l'article D 3141-5 du code du travail.

Mme C soutient pour sa part que la salariée connaissait en réalité ses dates de congés, qui ne variaient pas d'une année sur l'autre, en janvier, juin et novembre, et qu'au-delà de ces périodes de congés payés, elle se voyait accorder des jours de congés à sa demande pour convenance personnelle. Aux termes de l'article D 3141-5 du code du travail, l'employeur doit porter à la connaissance des salariés la période de prise des congés payés au moins deux mois avant l'ouverture de cette période. Or, force est de constater en l'espèce que Mme C , qui ne justifie pas de ce que les périodes annuelles de congés étaient chaque année les mêmes, ne démontre pas avoir respecté le délai de prévenance précité. Les pièces versées aux débats, y compris celles de l'employeur (cf pièce 16) laissent apparaître qu'à plusieurs reprises, Mme C a imposé à Mme T la prise de congés peu de temps avant leur commencement ; Mme T s'en est du reste plainte en septembre 2011 après que Mme C lui ait déduit deux semaines de congés non rémunérés ; il en a été de nouveau ainsi fin 2012, lorsque l'employeur, par courrier du 21 décembre 2012, lui a imposé de prendre des congés du 8 au 21 janvier 2013 suite à un manque d'activité.

Par voie d'infirmerie, il sera alloué à la salariée la somme de 500 € à titre de dommages-intérêts en réparation de son préjudice »

ALORS QUE les juges du fond ne peuvent accueillir ni rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont soumis par les parties au soutien de leurs prétentions ; que Mme C

faisait valoir que les congés payés étaient toujours pris à la même période en janvier après les fêtes, en juin après les communions et en novembre après la foire de Plaintel, ce qui résultait des bulletins de salaires de Mme T . qui faisaient effectivement état d'une prise de congés chaque année au cours de ces trois périodes, ce dont il résultait que la salariée était parfaitement informée de ces périodes (conclusions d'appel de l'exposante reprises oralement à l'audience p 9 et 13) ; qu'en affirmant que Mme C , qui ne justifie pas de ce que les périodes annuelles de congés étaient chaque année les mêmes, sans même examiner les bulletins de paie de la salariée, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné Mme C à verser à Mme T les sommes de 147,16 € brut au titre de la prime d'ancienneté, outre 14,71 € brut pour les congés payés afférents, outre une indemnité en application de l'article 700 du Code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE « L'avenant n° 12 du 16 juillet 2008 relatif aux rémunérations pour 2008 prévoit, pour les salariés ayant atteint au moins cinq ans d'ancienneté, le versement d'une prime qui s'ajoute au salaire minimum garanti conventionnel ou contractuel et qui doit faire l'objet d'une ligne distincte sur le bulletin de paie ; pour les salariés comptant une ancienneté comprise entre cinq et sept ans comme Mme T cette prime s'élève à 26,30 €. Il est également indiqué dans cet avenant que l'ancienneté s'entend d'un nombre d'années entières et consécutives dans le même établissement.

Mme C a versé cette prime à Mme T à compter du mois de mai 2012. En février 2014, lors du licenciement, Mme C , a déduit l'intégralité des primes versées jusqu'alors, d'un montant de 147,16 €, au motif qu'en réalité, Mme T n'avait pas acquis cinq ans d'ancienneté compte tenu de son arrêt de travail de janvier 2012 ayant suspendu le contrat de travail. En l'absence de disposition conventionnelle excluant les périodes de suspension du contrat de travail du décompte de l'ancienneté, Mme T , qui comptait cinq ans d'ancienneté au 15 mai 2012, était en droit de prétendre à une prime d'ancienneté, et c'est en vain que l'employeur se prévaut de l'article L 1234-11 du code du travail relatif à l'indemnité de licenciement. Mme C devra en conséquence verser à la salariée la somme de 147,16 € brut outre celle de 14,71 € brut pour les congés afférents »

ALORS QUE les absences pour maladie d'origine non professionnelle ne sont pas assimilés à du temps de travail effectif et ne peuvent être prises en compte pour la détermination des droits liés à l'ancienneté, sauf dispositions conventionnelles contraires ; que l'avenant n° 12 du 16 juillet 2008 à la

convention collective nationale de la coiffure prévoit le versement d'une prime d'ancienneté à partir de 5 ans d'ancienneté dans l'entreprise, et précise seulement que « La prime d'ancienneté doit faire l'objet d'une ligne distincte sur le bulletin de paie. A défaut, celle-ci sera considérée ne pas avoir été payée. La prime d'ancienneté est versée au prorata du temps de travail effectif (par rapport à la durée légale du travail) pour les salariés à temps partiel. L'ancienneté s'entend d'un nombre d'années entières et consécutives dans le même établissement » ; qu'en jugeant qu'en l'absence de disposition conventionnelle excluant les périodes de suspension du contrat de travail du décompte de l'ancienneté, Mme T comptait cinq ans d'ancienneté au 15 mai 2012 nonobstant son arrêt de travail à compter de janvier 2012, pour juger qu'elle était en droit de prétendre à une prime d'ancienneté à compter de cette date, la Cour d'appel a violé l'article L 1226-7 du Code du travail par fausse application, ensemble l'article 1-8 de l'avenant n° 12 du 16 juillet 2008 à la convention collective de la coiffure.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné Mme C à verser à Mme T diverses sommes au titre des congés de fractionnement pour les périodes courant du 1er juin 2007 au 31 mai 2013

AUX MOTIFS QUE « Il résulte des dispositions des articles L 3141-13 et suivants du code du travail, et plus particulièrement l'article L 3141-19, que lorsque la fraction des congés prise en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre, en une ou plusieurs fois, est au moins égale à six jours, le salarié bénéficie de deux jours ouvrables de congés supplémentaires ; lorsque cette fraction comprend trois, quatre ou cinq jours de congé, il bénéficie d'un jour supplémentaire.

La convention collective applicable dispose en son article 13-1 :

« Tout salarié qui, au cours de l'année de référence (1er juin au 31 mai), justifie avoir été employé chez le même employeur pendant un temps équivalent à 1 mois de travail effectif, a droit à un congé dont la durée est déterminée à raison de 2 jours et demi-ouvrables par mois de travail, sans que la durée totale du congé exigible puisse excéder 30 jours ouvrables. Sont assimilées à 1 mois de travail effectif pour la détermination de la durée du congé les périodes équivalentes à 4 semaines ou 24 jours de travail. Lorsque le nombre de jours ouvrables calculé conformément aux dispositions ci-dessus n'est pas un nombre entier, la durée du congé est portée au nombre entier immédiatement supérieur.

La durée des congés pouvant être pris en 1 seule fois ne peut excéder 24 jours ouvrables. Le congé principal, d'une durée au plus égale à 24 jours ouvrables, pourra être fractionné par l'employeur avec l'agrément du salarié, une des fractions, attribuée pendant la période allant du 1er mai au 31 octobre, devant être au minimum de 12 jours ouvrables.

Les jours de congé pris en dehors de la période allant du 1er mai au 31 octobre donnent lieu à l'attribution du ou des jours supplémentaires pour fractionnement, dans les conditions prévues à l'article L. 223-8 du code du travail :

2 jours ouvrables, lorsque le nombre de jours de congés pris en dehors de cette période est au moins égal à 6 ;

1 jour ouvrable, lorsque le nombre de jours de congés pris en dehors de cette période est compris entre 3 et 5.

Les jours de congé dus en sus de 24 jours ouvrables (5 e semaine) ne sont pas pris en compte pour l'ouverture du droit à ce supplément».

Mme T soutient n'avoir jamais bénéficié de jours de fractionnement, alors que Mme C prétend qu'elle a toujours eu ses 30 jours légaux de congés payés annuels outre deux jours de fractionnement, et que la prise de ces congés de fractionnement a été régularisée sur le bulletin de paie d'avril 2013.

Pour débouter Mme T de sa demande, les premiers juges ont considéré qu'elle avait été remplie de ses droits.

Il est constant que les bulletins de paie de Mme T ne mentionnent aucun jour de congé de fractionnement pendant toute la durée de la relation contractuelle. Si le bulletin de paie du mois d'avril 2013 mentionne une régularisation, aucune somme, pour autant, n'y est portée au crédit de la salariée.

Or, Mme T a pris des congés en dehors de la période visée ci-dessus :  
-7 jours sur les 11,5 jours de congés pris pendant la période du 1er juin 2007 au 31 mai 2008,

-13,5 jours sur les 19,5 jours de congés pris pendant la période du 1er juin 2008 au 31 mai 2009,

-24,5 jours sur les 44 jours de congés pris pendant la période du 1er juin 2009 au 31 mai 2010,

-14,5 jours sur les 34,5 jours de congés pris pendant la période du 1er juin 2010 au 31 mai 2011,

-13,75 jours sur les 29,25 jours de congés pris pendant la période du 1er juin 2011 au 31 mai 2012,

-14 jours sur les 26 jours de congés pris pendant la période du 1er juin 2012 au 31 mai 2013,

Le décompte des congés se faisant sur chacune des périodes de référence et non par année civile, et les bulletins de paie produits aux débats laissant, à l'issue de chacune de ces périodes, un reliquat de congés non pris, reporté avec l'accord de l'employeur, c'est à tort que celui-ci soutient que la salariée a été remplie de ses droits au titre des congés payés. Mme T est de ce fait fondée à réclamer paiement des sommes suivantes :

-128,94 € brut pour la période du 1er juin 2007 au 31 mai 2008,

-130,06 € brut pour la période du 1er juin 2008 au 31 mai 2009,

-130,62 € brut pour la période du 1er juin 2009 au 31 mai 2010,

-130,62 € brut pour la période du 1er juin 2010 au 31 mai 2011,

-137,62 € brut pour la période du 1er juin 2011 au 31 mai 2012,

-137,62 € brut pour la période du 1er juin 2012 au 31 mai 2013.  
Le jugement entrepris sera en conséquence infirmé de ce chef »

1/ALORS QUE les juges du fond ne peuvent accueillir ni rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont soumis par les parties au soutien de leurs prétentions ; que pour établir que Mme T... avait été remplie de ses droits au titre des jours de fractionnement, Mme C... versait aux débats un récapitulatif des jours de congés pris par la salariée pour chacune des périodes de référence allant du 1er juin de l'année N au 31 mai de l'année suivante, faisant apparaître qu'elle avait pris au cours de chacune de ces périodes plus de 32 jours de congés payés à l'exception de la période du 1er juin 2011 au 31 mai 2012 ; qu'en retenant que le décompte des congés se fait sur chacune des périodes de référence et non par année civile, pour en déduire que c'est à tort que l'employeur soutient que la salariée a été remplie de ses droits au titre des congés payés, sans cependant examiner ni viser ce récapitulatif qui avait été établi pour chaque période de référence et non par année civile, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

2/ ALORS QUE lorsque la fraction des congés prise en dehors de la période du 1er mai au 31 octobre, en une ou plusieurs fois, est au moins égale à six jours, le salarié bénéficie de deux jours ouvrables de congés supplémentaires, qui porte son congé annuel à 32 jours ; qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que Mme T... avait pris 44 jours de congés pendant la période du 1er juin 2009 au 31 mai 2010, et 34,5 jours de congés pendant la période du 1er juin 2010 au 31 mai 2011, ce dont il résultait qu'elle avait été plus que remplie de ses droits en prenant ainsi un congé supérieur à ses 30 jours ouvrables de congés payés augmentés de deux jours de fractionnement ; qu'en lui accordant néanmoins un rappel au titre des congés de fractionnement pour la période du 1er juin 2009 au 31 mai 2010, et pour la période du 1er juin 2010 au 31 mai 2011, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation des articles L 3141-3 et L 3141-19 du Code du travail.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail de Mme T... ; aux torts de l'employeur à effet du 18 février 2014 et dit que cette résiliation produit les effets d'un licenciement nul et d'AVOIR en conséquence condamné Mme C... à verser à Mme T... les sommes de 3 037,46 € brut au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, outre 303,74 € brut pour les congés payés afférents, 12 000 € à titre d'indemnité pour licenciement nul, outre une indemnité en application de l'article 700 du Code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE « Il se déduit des dispositions de l'article L. 1231-1 du code du travail que le salarié peut demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail en cas de manquement de l'employeur à ses obligations. Si cette demande est justifiée, elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

C'est au salarié qui demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur de justifier des faits ou manquements invoqués à l'encontre de ce dernier et de ce qu'ils étaient d'une gravité suffisante pour empêcher la poursuite du contrat de travail.

Par ailleurs, lorsqu'un salarié a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation est justifiée.

Enfin, lorsque le salarié n'est plus au service de son employeur au jour où il est statué sur la demande de résiliation judiciaire, cette dernière prend effet, si le juge la prononce, au jour du licenciement.

Outre les manquements de l'employeur à ses obligations caractérisés par l'absence de paiement des majorations des heures supplémentaires, la mise en congés imposés sans solde et sans respecter les délais de prévenance, et la modulation irrégulière du temps de travail, Mme T invoque l'existence d'une discrimination en lien avec son état de santé, reprochant en effet à Mme C :

- de lui avoir proposé, en août 2012, une réduction de sa durée hebdomadaire de travail après qu'elle lui ait annoncé un nouvel arrêt de travail pour septembre en lien, comme les deux précédents de janvier et de mai, avec ses tentatives de fécondation in vitro,

- d'avoir fait pression pour qu'elle donne sa réponse et revienne ensuite sur son refus, situation l'ayant conduite à un nouvel arrêt de travail dès le 24 septembre,

- d'avoir, après sa reprise du travail à compter de décembre 2012, fait des commentaires déplacés sur ses arrêts et sur ses demandes d'autorisation d'absence en lien avec ses tentatives de fécondation in vitro.

Aux termes de l'article L. 1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

L'article L. 1134-1 du même code dispose qu'en cas de litige relatif à l'application du texte précédent, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, le juge formant sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

L'article L 2141-5 du même code dispose qu'il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail.

En l'espèce, sont versés aux débats :

1/une proposition de modification de son contrat de travail formulée présentée le 7 août 2012, prévoyant que celui-ci passerait de 35 heures à 30 heures par semaine, motif pris d'une baisse d'activité, proposition dont il n'est pas contesté :

- qu'elle intervenait après deux arrêts de quinze jours chacun prescrits dans le cadre de tentatives de FIV en janvier et mai 2012 et après que Mme T ait annoncé en juin 2012 qu'elle serait de nouveau en arrêt pour les mêmes raisons en septembre,

- qu'elle devait s'accompagner de l'embauche à temps partiel de Mlle R dont le contrat professionnalisation prenait fin concomitamment.

2/un courrier de l'employeur du 5 février 2013, complété le 19 mars 2013 :

- s'étonnant d'une demande d'autorisation d'absence présentée seulement le 22 janvier 2013 pour le 24 janvier alors qu'un rendez-vous chez un spécialiste se prenait en principe longtemps à l'avance et que Mme T lui avait indiqué ne reprendre ses démarches médicales qu'en mars 2013,
- rappelant que les rendez-vous de cette nature avaient depuis janvier donné lieu à des arrêts de travail de plusieurs semaines,

- craignant dans ces conditions et compte tenu du comportement de Mme T la veille du rendez-vous (récupération des papiers et de sa mallette de travail) qu'en réalité, la salariée anticipait une absence prolongée.

Mme C reconnaît par ailleurs avoir embauché en CDD Mlle R à l'issue de son contrat pour une durée de quatre mois.

Ces éléments et leur chronologie laissent supposer l'existence d'une discrimination en lien avec les démarches médicales entreprises par la salariée depuis le début de l'année 2012 et les arrêts de travail prescrits dans ce cadre.

Or, force est de constater que les problèmes d'organisation que ces démarches et arrêts pouvaient occasionner ne sont pas de nature à justifier objectivement la décision de proposer une diminution du temps de travail et de la rémunération de la salariée.

Les manquements précités de l'employeur à ses obligations concernant la durée du travail et les congés ainsi que la discrimination susvisée sont suffisamment graves pour justifier la résiliation du contrat de travail qui sera ainsi prononcée aux torts de l'employeur.

Compte tenu de la discrimination en lien avec l'état de santé de Mme T..., ladite résiliation produira les effets d'un licenciement nul par application des dispositions de l'article L 1132-4 du code du travail, à effet du 18 février 2014.

Mme T... est de ce fait en droit de prétendre :

-à une indemnité de préavis correspondant à deux mois de salaire en application de la convention collective, d'un montant de 3 037,46 € brut outre les congés payés afférents, de 303,74 E brut, -à une indemnité pour licenciement nul d'un montant de 12 000 €, sans préjudice des dispositions relatives aux cotisations sociales et à la CSG-CRDS »

1/ ALORS QUE la cassation à intervenir sur les premier, deuxième, troisième et/ou quatrième moyens entrainera par voie de conséquence la cassation de ce chef de dispositif en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

2/ALORS QUE la discrimination en raison de l'état de santé n'est caractérisée que lorsqu'il est établi qu'un salarié fait l'objet d'une mesure défavorable du fait de son état de santé ; que ne constitue pas une telle mesure la proposition de modification du contrat de travail qui n'est pas suivie d'effet ; qu'en retenant en l'espèce que la proposition de modification de son contrat de travail présentée le 7 août 2012 à Mme T... prévoyant une diminution de son temps de travail motif pris d'une baisse d'activité, qui intervenait après deux arrêts maladie de quinze jours chacun prescrits dans le cadre de tentatives de FIV en janvier et mai 2012 et après que Mme T... avait annoncé en juin 2012 qu'elle serait de nouveau en arrêt pour les mêmes raisons en septembre, et qui devait s'accompagner de l'embauche à temps partiel d'une autre salariée dont le contrat de professionnalisation prenait fin concomitamment, laissait présumer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé de Mme T... sans cependant caractériser que cette modification avait été suivie d'effet, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L 1132-1 et L 1134-1 du Code du travail ;

3/ ALORS QU'en retenant que le fait pour l'employeur de s'être étonné dans son courrier du 5 février 2013 de l'absence de délai de prévenance par Mme T... de son arrêt maladie du 24 janvier 2013 justifié par des tentatives de FIV contrairement à celui observé par elle à l'occasion de ses précédents arrêts pour les mêmes motifs, et de craindre une absence de longue durée de sa part, la Cour d'appel qui n'a pas caractérisé des éléments de fait laissant supposer une discrimination à raison de l'état de

santé de Mme T..., a privé sa décision de base légale au regard des articles L 1132-1 et L 11334-1 du Code du travail ;

4/ ALORS QUE ne laisse pas supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé d'un salarié le fait pour l'employeur d'embaucher un autre salarié en contrat à durée déterminée pour assurer son remplacement pendant son arrêt maladie ; que Mme C... faisait valoir qu'elle avait engagé Mme R... en contrat à durée déterminée pour assurer le remplacement de Mme T... absente pour congés puis maladie (conclusions d'appel de l'exposante p 18) ; qu'en retenant que l'embauche en contrat à durée déterminée de Mme R... pour une durée de quatre mois laissait présumer une discrimination à raison de l'état de santé de Mme T... sans rechercher comme elle y était invitée, quel était le motif de recours de ce contrat à durée déterminée, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L 1132-1 et L 1134-1 du Code du travail.

Moyen produit **AU POURVOI INCIDENT** par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour Mme T

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR partiellement débouté la salariée de sa demande de rappel de salaires au titre des heures supplémentaires réalisées et, en conséquence de l'AVOIR débouté de sa demande d'indemnisation au titre du travail dissimulé,

AUX MOTIFS QUE, Comme indiqué ci-dessus, le contrat de travail précisait que la durée hebdomadaire était de 35 heures « avec possibilité d'horaire flexible afin de répondre aux fluctuations de l'activité. En période dite creuse de janvier à mai et de mi-septembre à mi-décembre, l'horaire pourra être inférieur à 35 heures avec rattrapage des heures non travaillées sur la période de sur activité » ; il y était également indiqué que « toute heure effectuée en sus de la durée légale de 35 heures sera rémunérée en heures supplémentaires ». Pour débouter Madame T de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, les premiers juges ont retenu que le système mis en place au sein du salon, s'apparentant à une combinaison de jours de repos et de modulation du temps de travail, avait recueilli l'accord exprès de la salariée, qui tout au long de ces années, avait pu vaquer librement à ses occupations pendant les heures creuses et s'était, au final, trouvée bénéficiaire de 100 heures payées et non travaillées au 31 décembre 2012. Madame T soutient que Madame C lui demandait de venir travailler selon un planning aléatoire, l'obligeant certaines semaines à accomplir des heures supplémentaires puis, les semaines suivantes, à travailler en deçà de 35 heures ; elle maintient également n'avoir jamais été payée des heures supplémentaires accomplies, malgré les termes du contrat de travail. Selon elle, le système mis en place par l'employeur, consistant à compenser les périodes de faible activité avec les périodes de forte activité, est un système de modulation « sauvage » du temps de travail, totalement irrégulier dès lors que : le recours au dispositif de modulation devait être prévu par une convention ou un accord collectif étendu ou encore un accord d'entreprise ou d'établissement, Madame C ne se trouvait dans aucune des hypothèses pour lesquelles la convention collective de la coiffure permettait de recourir à la modulation, ladite convention, au surplus, ne fixait pas le programme indicatif de la répartition de la durée du travail. Madame C fait pour sa part valoir que le contrat a force de loi entre les parties ; que le système mis en place avait reçu l'accord de la salariée ; qu'à défaut d'accord de branche ou d'entreprise, elle s'était de bonne foi inspirée de la convention collective de la coiffure ; qu'en toute hypothèse, Madame T n'a subi aucun préjudice puisque l'intégralité des heures travaillées ont été rémunérées, que les heures supplémentaires effectuées au-delà de 35 heures ont été majorées et qu'au final, la salariée a bénéficié d'un crédit de 100 heures payées et non travaillées arrêtées au 31 décembre 2012 ; elle observe par ailleurs que les décompte d'heures supplémentaires présenté par Madame T est

erroné. Le système mis en place par Madame C empruntait à la modulation en ce qu'il instituait un temps de travail variant notamment selon les périodes de l'année, tout en considérant que les heures supplémentaires étaient dues au-delà de 35 heures par semaine, alors qu'en cas de modulation, les heures travaillées au-delà de la durée de 35 heures chaque semaine au cours du cycle ne sont pas des heures supplémentaires (à la condition d'être compensées par des semaines basses au cours du cycle). Aux termes de l'article L 3122-9 ancien du code du travail (applicable avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant réforme du temps de travail), le recours au dispositif de modulation du temps de travail était rendu possible par une convention ou un accord collectif étendu, ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement. En l'absence d'un tel accord, tout dispositif de modulation est inopposable au salarié. En l'espèce, la convention collective nationale de la coiffure et des professions connexes du 10 juillet 2006, étendue le 3 avril 2007, dont les dispositions sur les modes de réduction du temps de travail sont applicables aux seules entreprises ayant réduit de manière effective le temps de travail de leurs salariés en application des lois dites Aubry I et Aubry II (cf article 8-2), prévoit la modulation du temps de travail et permet de faire varier la durée du travail sur tout ou partie de l'année de façon à atteindre une moyenne hebdomadaire de 35 heures ou une durée annuelle de 1582 heures. En « période haute », l'horaire hebdomadaire ne peut dépasser 42 heures de travail effectif dans la limite de douze semaines, et 44 heures dans la limite de quatre semaines dans l'année. En « période basse », la durée hebdomadaire ne peut descendre en deçà de 16 heures réparties sur deux ou trois jours maximum. Les « périodes basses » ne peuvent concerner que quatre semaines maximum dans l'année. Un programme indicatif annuel définissant les "périodes hautes" et les "périodes basses" ainsi que des horaires de travail correspondant à ces périodes est en outre porté à la connaissance des salariés par affichage au plus tard le 1er octobre de chaque année pour l'année suivante. Tout changement doit être notifié au salarié avec un délai de prévenance d'au moins 7 jours, sauf cas exceptionnels (maladie, accident, absence injustifiée) ou accord des salariés concernés. Par ailleurs, pendant la période de modulation, un document individuel d'information doit être annexé au moins une fois par mois au bulletin de paye afin de préciser le décompte intermédiaire des heures de travail effectives accomplies. Dans les trente jours suivant cette information, le salarié peut faire connaître ses observations sur la conformité du décompte enregistré par l'employeur. A supposer que l'entreprise gérée par Madame C se trouvait dans le champ d'application de l'article 8-2 de la convention, force est de constater que ladite convention, qui ne fixe qu'une amplitude maximale de variation des horaires modulés (44 heures sans pouvoir dépasser 42 heures sur 12 semaines consécutives), ne peut permettre à elle seule la mise en oeuvre de la modulation du temps de travail, faute de préciser, ainsi que l'imposait l'article L. 3122-11 ancien du code du travail, le programme indicatif de la répartition de la durée du travail,

et c'est en vain que Madame C se prévaut à ce titre du contrat de travail. L'irrégularité du système mis en place par Madame C rend inapplicable à Madame T le décompte de la durée du travail dans un cadre autre qu'hebdomadaire. Pour autant, Madame T dont les bulletins de salaire mentionnent un salaire calculé sur un temps plein de 152 heures mensuelles, qu'elle ne conteste pas avoir effectivement perçu alors qu'il lui arrivait très régulièrement de travailler moins de 35 heures par semaine civile et moins de 152 heures par mois, ne peut pas prétendre au paiement d'un nombre d'heures supérieur à celui qui lui a été payé. En revanche, elle est fondée à réclamer paiement des majorations légales applicables aux heures supplémentaires effectuées au-delà de 35 heures par semaine civile. Madame T verse aux débats un décompte récapitulatif hebdomadaire des heures travaillées du 1er janvier 2008 au 31 décembre 2012, laissant apparaître l'existence, certaines semaines, d'heures réalisées au-delà des 35 heures. Les jours fériés ou de congés payés, en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, ne pouvant toutefois être assimilés à du temps de travail effectif, c'est à tort que la salariée les retient dans son décompte. En l'état des éléments de la cause, des heures supplémentaires accomplies par la salariée et des taux horaires applicables, Madame T est en droit de prétendre aux sommes suivantes : 54,64 € bruts, outre 5,46 € bruts pour les congés payés afférents, pour 2008, 84,68 € bruts outre 8,47 € bruts pour les congés payés afférents, pour 2009, 51,83 € bruts outre 5,18 € bruts pour les congés payés afférents, pour 2010, 72 € bruts outre 7,20 € bruts pour les congés payés afférents, pour 2011, 23,37 € bruts outre 2,34 € bruts pour les congés payés afférents, pour 2012. Il y a lieu, par voie d'infirmité, de condamner l'employeur au versement de ces sommes ; que dès lors que Mme C a bien mentionné la totalité des heures accomplies par la salariée sur les bulletins de paie, en omettant simplement d'avoir appliqué les majorations légales pour les heures supplémentaires effectuées au-delà des 35 heures par semaine civile, Mme T doit être déboutée de sa demande en paiement d'une indemnité pour travail dissimulé sur le fondement de l'article L 8223-1 du code du travail ;

1° ALORS QUE, en cas d'irrégularité d'un accord de modulation ou de sa mise en oeuvre, le salarié engagé à temps complet doit être rémunéré sur la base de la durée légale du temps de travail de 35 heures hebdomadaires, sauf à l'employeur de prouver que le salarié ne se serait pas tenu à sa disposition pour les semaines où il a travaillé moins de 35 heures ; qu'en affirmant qu'il arrivait régulièrement à la salariée de travailler moins de 35 heures par semaine civile et moins de 152 heures par mois, qu'elle ne peut donc pas prétendre au paiement d'un nombre d'heures supérieur à celui qui lui a été payé, sans jamais constaté que l'employeur apportait la preuve de ce que la salariée ne se serait pas tenue à la disposition de son employeur, la cour d'appel a violé les articles L. 3121-1, L. 3122-9, L. 3122-11 et L. 3122-13 dans leurs versions applicables ;

2° ALORS QUE, dans ses écritures, la salariée faisait valoir que « les jours fériés ou doivent être pris en compte dans le décompte des heures à rémunérer au salarié sur la semaine en question puisque le chômage d'un jour férié ne peut être une cause de réduction de salaire en application des articles L 3133-3 et L 3133-5 du code du travail, qu'aussi, elle est recevable à revendiquer le paiement des heures de travail réalisées au-delà de 28 heures durant les semaines comprenant un jour férié, qu'il en est de même pour les semaines durant lesquelles elle a pris une journée de congé payé, la journée de congé payé devant en effet être rémunérée par l'employeur » ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3° ALORS QUE n'est pas motivée la décision qui procède par de simples affirmations non étayées en fait, et qui n'analyse pas, même sommairement, les pièces qui fondent de telles affirmations ; qu'en affirmant que « la salariée est en droit de prétendre aux sommes suivantes 54,64 € bruts, outre 5,46 € bruts pour les congés payés afférents, pour 2008, 84,68 € bruts outre 8,47 € bruts pour les congés payés afférents, pour 2009, 51,83 € bruts outre 5,18 € bruts pour les congés payés afférents, pour 2010, 72 € bruts outre 7,20 € bruts pour les congés payés afférents, pour 2011, 23,37 € bruts outre 2,34 € bruts pour les congés payés afférents, pour 2012 », sans donner la moindre précision sur la manière dont elle était parvenue à de telles sommes, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4° ALORS QUE la cassation du chef ayant partiellement débouté la salariée de sa demande de rappel de salaires au titre des heures supplémentaires réalisées entrainera par voie de conséquence l'annulation du chef l'ayant déboutée de sa demande d'indemnisation au titre du travail dissimulé en application de l'article 624 du code de procédure civile.