

Le : 29/11/2017

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 8 novembre 2017**

**N° de pourvoi: 15-22758**

ECLI:FR:CCASS:2017:SO02405

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Frouin (président), président**

SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, 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..., engagée le 22 mars 2004 par la société Ernst & Young en qualité d'assistante, a obtenu le statut cadre le 1er octobre 2005 ; qu'ayant prêté le serment d'avocat fin 2007, elle est devenue avocat salarié ; qu'après avoir pris acte de la rupture de son contrat de travail le 23 juillet 2012, elle a saisi le bâtonnier de l'ordre des avocats de Lille de demandes en paiement de différentes sommes au titre de la rupture, d'une discrimination et d'un rappel d'heures supplémentaires ;

Sur les premier et deuxième moyens, réunis :

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt confirmatif de juger qu'elle n'avait été victime ni de discrimination, ni de différence de traitement injustifiée en matière de progression de carrière, de rémunération en général et de bénéfice de la prime de performance en particulier, et de la débouter de sa demande de rappel de rémunération alors, selon les moyens :

1°/ que s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe d'égalité de traitement de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une telle inégalité, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette

différence ; qu'après avoir relevé que Mme X... aurait dû être classée cadre dès son embauche en 2004 et qu'elle avait subi un fléchissement de sa rémunération de 2008 à 2011, la cour d'appel a, pour la débouter de ses demandes, affirmé qu'elle n'établissait pas que sa différence de traitement non explicitée lors de son embauche ait eu des répercussions sur sa rémunération à partir de 2007, que les écarts qui existent en sa faveur pour deux des trois salariés auxquels elle se compare, démentent; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'écart qu'elle a donc constaté en défaveur de Mme X... par rapport à un autre salarié était justifié par des éléments objectifs autres que la différence de classification au moment de l'embauche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe d'égalité de traitement, ensemble l'article 1315 du code civil ;

2°/ que les juges du fond doivent vérifier tous les faits avant de conclure à l'absence d'inégalité de traitement ; que dans ses conclusions d'appel, Mme X... insistait sur le fait qu'elle n'avait jamais entendu se comparer à la seule Mme Y..., mais aussi à Mme Z..., laquelle avait intégré l'équipe sept mois après elle, exercé les mêmes fonctions et perçu une rémunération supérieure à la sienne, alors même que ses notes étaient inférieures ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, affirmé que l'écart entre Mme X... et Mme Y... était justifié ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme cela lui était demandé, si l'écart avec Mme Z..., pourtant admis par la décision du bâtonnier, était également justifié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe d'égalité de traitement ;

3°/ que dans ses conclusions d'appel, Mme X... a soutenu qu'elle n'avait pas bénéficié d'augmentation de salaire suite à son retour de congé maternité le 1er avril 2008, qu'elle avait été écartée d'une promotion en raison de son état de grossesse ; que pour débouter Mme X... de ses demandes, la cour d'appel a affirmé que le creux dans la progression de sa carrière de 2007 à 2009 et le fléchissement de sa position au cours des années de 2008 à 2011 s'expliquent par son investissement consacré au diplôme d'avocat ; qu'en s'abstenant d'examiner ce moyen déterminant de Mme X... relativement à l'incidence de sa grossesse et de son congé de maternité sur l'évolution défavorable de sa rémunération et son exclusion du bénéfice des primes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de l'égalité de traitement ;

4°/ que, à la suite du congé maternité, la rémunération de la salariée est majorée des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise ; que pour débouter Mme X... de ses demandes de rappel de salaire, y compris au titre de la prime de performance, la cour d'appel a aussi affirmé, par motifs éventuellement adoptés, que Mme X... qui connaissait une absence pour maternité au cours de l'exercice se clôturant en juin 2008, était maintenue en raison de son faible niveau d'activité dans son grade de sénior 1 ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a, par motifs éventuellement adoptés, violé l'article L. 1225-26 du code du travail ;

5°/ que les différences de traitement résultant de l'attribution par l'employeur d'une prime sont possibles si tous les salariés placés dans une situation identique au regard de l'« avantage » en bénéficient et si les règles déterminant son octroi sont préalablement définies et contrôlables ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel s'est

contentée d'affirmer que le contrat de travail prévoit la possibilité d'une prime dont le montant et la fréquence sont appréciés par l'employeur suivant la performance de l'année écoulée ; qu'en se contentant de ses affirmations, alors que l'employeur lui-même affirmait que la prime est un bonus discrétionnaire, dont le montant est déterminé en fonction des résultats de chaque collaborateur sans qu'un barème spécifique ne soit établi, la cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement ;

6°/ que le caractère discrétionnaire de la décision d'octroyer une prime n'exonère pas l'employeur de respecter le principe d'égalité de traitement dans l'octroi de cette prime et donc de justifier la différence de traitement par des raisons objectives, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel a également affirmé que l'employeur reprend de façon détaillée les primes versées et indique les motifs au regard desquels la décision d'attribuer une prime a été prise, ces éléments établissant des critères objectifs et pertinents ; qu'en se contentant de motifs aussi généraux, sans préciser de quels critères il s'agit, et s'ils ont été appliqués objectivement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe d'égalité de traitement ;

7°/ que dans ses conclusions d'appel, Mme X... soutenait à de nombreuses reprises qu'elle n'avait pas bénéficié d'augmentation de salaire, ni de prime, suite à son congé de maternité, qu'elle avait été écartée d'une promotion au vu de son état de grossesse ; que pour débouter Mme X... de ses demandes, la cour d'appel a relevé que Mme X... affirme avoir été discriminée en matière de rémunération, mais elle n'expose pas en raison de quoi elle l'aurait été ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a dénaturé les conclusions de la salariée et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

8°/ que s'il appartient au salarié qui invoque une discrimination de traitement de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de la caractériser, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs la justifiant ; qu'après avoir relevé que Mme X... aurait dû être classée cadre dès son embauche en 2004 et qu'elle avait subi un fléchissement de sa rémunération de 2008 à 2011, la cour d'appel a, pour la débouter de ses demandes, affirmé qu'elle n'établit pas que sa différence de traitement non explicitée lors de son embauche ait eu des répercussions sur sa rémunération à partir de 2007, que les écarts qui existent en sa faveur pour deux des trois salariés auxquels elle se compare, démentent ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'écart qu'elle a donc constaté en défaveur de Mme X... par rapport à un autre salarié était justifié par des éléments objectifs autres que la différence de classification au moment de l'embauche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1132-1 du code du travail ;

9°/ que les juges du fond doivent vérifier tous les faits avant de conclure à l'absence de discrimination ; que dans ses conclusions d'appel, Mme X... insistait sur le fait qu'elle n'avait jamais entendu se comparer à la seule Mme Y..., mais aussi à Mme Z..., laquelle avait intégré l'équipe sept mois après elle, exercé les mêmes fonctions et perçu une rémunération supérieure à la sienne, alors même que ses notes étaient inférieures ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, affirmé que l'écart entre Mme X... et Mme Y... était justifié ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme cela lui était demandé, si l'écart avec Mme Z..., pourtant admis par la décision du bâtonnier, était également justifié, la cour d'appel a privé sa décision de base

légale au regard de l'article L. 1132-1 du code du travail ;

10°/ que dans ses conclusions d'appel, Mme X... a soutenu qu'elle n'avait pas bénéficié d'augmentation de salaire suite à son retour de congé maternité le 1er avril 2008, qu'elle avait été écartée d'une promotion en raison de son état de grossesse ; que pour débouter Mme X... de ses demandes, la cour d'appel a affirmé que le creux dans la progression de sa carrière de 2007 à 2009 et le fléchissement de sa position au cours des années de 2008 à 2011 s'expliquent par son investissement consacré au diplôme d'avocat; qu'en s'abstenant d'examiner ce moyen déterminant de Mme X... relativement à l'incidence de sa grossesse et de son congé de maternité sur l'évolution défavorable de sa rémunération et son exclusion du bénéfice des primes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1132-1 du code du travail ;

11°/ que, à la suite du congé maternité, la rémunération de la salariée est majorée des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise ; que pour débouter Mme X... de ses demandes de rappel de salaire, y compris au titre de la prime de performance, la cour d'appel a aussi affirmé, par motifs éventuellement adoptés, que Mme X... qui connaissait une absence pour maternité au cours de l'exercice se clôturant en juin 2008, était maintenue en raison de son faible niveau d'activité dans son grade de sénior 1 ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a, par motifs éventuellement adoptés, violé l'article L. 1225-26 du code du travail;

12°/ que les différences de traitement résultant de l'attribution par l'employeur d'une prime sont possibles si tous les salariés placés dans une situation identique au regard de l'« avantage » en bénéficient et si les règles déterminant son octroi sont préalablement définies et contrôlables ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel s'est contentée d'affirmer que le contrat de travail prévoit la possibilité d'une prime dont le montant et la fréquence sont appréciés par l'employeur suivant la performance de l'année écoulée ; qu'en se contentant de ses affirmations, alors que l'employeur lui-même affirmait que la prime est un bonus discrétionnaire, dont le montant est déterminé en fonction des résultats de chaque collaborateur sans qu'un barème spécifique ne soit établi, la cour d'appel a violé l'article L. 1132-1 du code du travail ;

13°/ que le caractère discrétionnaire de la décision d'octroyer une prime n'exonère pas l'employeur de respecter le principe d'égalité de traitement dans l'octroi de cette prime et donc de justifier la différence de traitement par des raisons objectives, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel a également affirmé que l'employeur reprend de façon détaillée les primes versées et indique les motifs au regard desquels la décision d'attribuer une prime a été prise, ces éléments établissant des critères objectifs et pertinents ; qu'en se contentant de motifs aussi généraux, sans préciser de quels critères il s'agit, et s'ils ont été appliqués objectivement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1132-1 du code du travail ;

14°/ qu'en ne recherchant pas si les différences qui auraient ainsi dû être constatées

n'étaient pas en lien avec l'état de grossesse et la maternité, la cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1132-1 du code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a constaté, sans méconnaître les termes du litige, que la salariée n'invoquait en réalité qu'une atteinte au principe d'égalité de traitement ;

Attendu, ensuite, que, se fondant sur les éléments de comparaison fournis par les parties, dont elle a souverainement apprécié la valeur, la cour d'appel a relevé, sans être tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, que la différence de traitement constatée lors de l'embauche n'avait pas eu de répercussion sur la rémunération de la salariée, supérieure à celle de deux des trois salariés auxquels elle se comparait, que le « creux » temporaire constaté entre 2007 et 2009 s'expliquait par l'investissement consacré à l'obtention du diplôme d'avocat, et que l'employeur justifiait pour l'attribution des primes avoir retenu des critères objectifs et pertinents liés à la performance de l'année écoulée ; qu'elle a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Et attendu que le rejet des premier et deuxième moyens prive de portée le quatrième moyen, pris d'une cassation par voie de conséquence ;

Mais sur le troisième moyen :

Vu l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail dans sa rédaction alors applicable, interprété à la lumière de l'article 17, §§ 1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des directives de l'Union européenne que les Etats membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ;

Attendu, enfin, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect de durées raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, l'arrêt retient que l'avenant du 26 octobre 2005 à son contrat de travail stipule une convention de forfait en jours, que les avocats salariés sont soumis à une convention collective dont un avenant prévoit le dispositif du forfait jour avec des garanties dont les parties conviennent qu'elles sont insuffisantes, que toutefois la société a conclu un accord d'entreprise le 14 mai 2007 qui précise les modalités d'organisation du temps de travail et son décompte, qu'il indique l'obligation d'un suivi de la durée individuelle du travail dans un cadre annuel et rappelle les règles applicables en matière de congés annuels ainsi que celles relatives aux repos, que ces éléments permettent de valider la convention de forfait jour et que la salariée n'apporte aucun élément de nature à établir un manquement de l'employeur aux dispositions conventionnelles ;

Qu'en statuant ainsi, alors que ni les dispositions de l'avenant n° 7 du 7 avril 2000 relatif à la réduction du temps de travail, alors applicable, à la convention collective des avocats salariés (cabinets d'avocats) du 17 février 1995, qui, dans le cas de forfaits en jours, se limitaient à prévoir, en premier lieu, que le nombre de journées ou demi-journées de travail sera comptabilisé sur un document établi à la fin de l'année par l'avocat concerné et précisant le nombre de journées ou de demi-journées de repos pris, en second lieu, qu'il appartient aux salariés concernés de respecter les dispositions impératives ayant trait au repos quotidien et au repos hebdomadaire, le cabinet devant veiller au respect de ces obligations, ni les stipulations de l'accord d'entreprise relatif à l'organisation du temps de travail du 14 mai 2007 qui se bornent à prévoir qu'un suivi du temps de travail sera effectué pour tout collaborateur sur une base annuelle, que toutefois, autant que faire se peut, la direction cherchera à faire un point chaque trimestre et à attirer l'attention des collaborateurs dont le suivi présente un solde créditeur ou débiteur trop important afin qu'ils fassent en sorte de régulariser la situation au cours du trimestre suivant, ne sont, en ne permettant pas à l'employeur de remédier en temps utile à une charge de travail éventuellement incompatible avec une durée raisonnable, de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, ce dont elle aurait dû déduire que la convention de forfait en jours était nulle, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute Mme X... de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, l'arrêt rendu le 1er juin 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ; remet, en conséquence, sur ce point, 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 d'Amiens ;

Condamne la société Ernst & Young aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer la somme de 3 000 euros à Mme X... ;

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 huit novembre deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils, pour Mme X...

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR jugé que Mme X... n'avait pas été victime de différence de traitement injustifiée en matière de progression de carrière, de rémunération en général et de bénéfice de la prime de performance en particulier, et donc de l'avoir déboutée en conséquence de sa demande de rappel de rémunération pour un montant total de 11 800, 00 euros bruts, et les congés payés afférents.

AUX MOTIFS PROPRES QUE Sur l'inégalité de traitement : Il appartient à l'employeur d'établir qu'une différence de traitement, dont la démonstration incombe au salarié, entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale, est justifiée par des éléments objectifs et pertinents. Mme X... expose avoir été engagée en qualité d'assistant non cadre alors qu'elle était titulaire d'un diplôme de niveau Bac + 5 et que d'autres assistants ayant le même niveau de diplôme ont été recrutés au niveau cadre. Elle mentionne les noms de sept personnes recrutées au statut cadre alors même qu'ils présentaient le même niveau de formation qu'elle-même. L'employeur expose que 1 une de ces personnes était avocat et qu'une autre avait réussi l'examen d'entrée au centre de formation, ce qui n'était pas le cas de Mme X... qui, recrutée à effet du 22 mars 2004, a prêté le serment d'avocat le 21 novembre 2007. Il n'apporte aucune explication sur les cinq autres personnes citées. Mme X... soutient que cette rupture d'égalité de départ a eu des répercussions directes puisqu'elle a retardé de 18 mois son accession au statut cadre et a freiné sa progression de carrière. L'employeur communique un tableau mentionnant la rémunération fixe annuelle des collaborateurs du cabinet au cours des exercices 2006 (au 30 juin) à 2012, qui comporte de quatre (en 2012) à 11 (en 2007) personnes. Mme X... compare sa situation à celle de 3 personnes en 2006, 2011 et 2012, 5 en 2007 et en 2008, 4 en 2009, 2 en 2010. Au cours de l'exercice clôt au 30 juin 2006, elle se classe au deuxième rang des quatre personnes concernées, en 2007 au cinquième rang sur six, de même en 2008, en 2009 au cinquième rang sur cinq, en 2010 au deuxième rang sur trois, en 2011 au deuxième rang sur quatre et en 2012 au premier rang sur quatre. L'examen de ce tableau ne confirme donc pas l'affirmation suivant laquelle l'appelante aurait subi un retard de carrière du fait qu'elle n'a pas été recrutée au statut cadre, puisque sa situation en 2007 n'est pas moins favorable que celle de personnes l'ayant été. En revanche on constate un creux dans la progression au cours des exercices 2007 à 2009, indépendant du gel général des salaires décidé au terme de l'exercice 2008 qui n'a fait que figer une situation marquant un recul relatif de Mme X... aux cours des deux exercices précédents. Toutefois l'employeur affirme, sans être démenti, que l'intéressée a bénéficié d'une autorisation d'absence de 6 mois au cours de l'exercice clôt en 2007 pour préparer son

CAPA. Elle a en effet prêté serment le 21 novembre 2007. Mme X... compare plus spécialement sa situation à celle de Mme Y.... Elle fait valoir que sa rémunération a toujours été inférieure à celle de cette dernière, poursuivant une carrière comparable, mais recrutée en janvier 2006. Il convient de constater en effet que si Mme Y... perçoit une rémunération inférieure sur l'exercice clôt au juin 2006, celle-ci est supérieure à celle de l'appelante au cours des 6 exercices suivants avant de repasser en seconde position pour le dernier exercice. Il convient cependant de relever que l'écart, s'il existe effectivement, reste limité : plus 0,5% en faveur de Mme Y... en 2007, plus 2,7% en 2008 et 2009, plus 5,1% en 2010 et plus 4,4% en 2011, avant de s'inverser en 2012 (plus 4,3% en faveur de Mme X... en 2012). Le recrutement de Mme Y... deux ans après celui de Mme X... à un niveau proche de cette dernière s'explique par un élément objectif, puisque celle-là était déjà titulaire de son diplôme d'avocat alors que l'appelante l'a passé durant son activité au service de l'employeur. Par ailleurs le fléchissement de sa position relative au cours des années 2008 à 2011 s'explique par l'investissement consacré à l'acquisition de ce diplôme. Au surplus il est resté limité et s'est inversé en 2012. Ces observations permettent là encore d'écarter l'inégalité de traitement. Mme X... affirme avoir été exclue du dispositif des primes. Elle fait valoir n'avoir bénéficié que de trois primes de 2000 € en 8,5 années d'activité. Le contrat de travail prévoit en effet la possibilité du versement d'une prime dont le montant et la fréquence sont appréciés par l'employeur suivant la performance de l'année écoulée. Ce dernier fait valoir qu'aucun de ses collaborateurs ne reçoit systématiquement la prime annuelle. Il reprend de façon détaillée les primes versées et indique les motifs au regard desquels la décision d'attribuer une prime a été prise. Ces éléments, qui ne sont pas utilement combattus par la salariée, établissent les critères objectifs et pertinents retenus par l'employeur et excluent l'inégalité de traitement. Néanmoins, en ce qui concerne la différence à l'embauche, il existe une différence de traitement que l'employeur n'explique pas. Sur la demande en rappel de salaire au titre de l'inégalité de traitement : Mme X... fonde sa demande sur la comparaison avec le salaire reçu par Mme Y.... Mais il a été vu ci-dessus que l'écart entre ces deux salariées était justifié par des considérations objectives. Par ailleurs Mme X... n'établit pas que la différence de traitement non explicitée lors de son embauche ait eu des répercussions sur son niveau de rémunération à partir de 2007, que les écarts qui existent en sa faveur pour deux des trois salariés auxquels elle se compare, démentent. Il convient en conséquence de confirmer la décision déferée en ce qu'elle rejette la demande de ce chef.

AUX MOTIFS éventuellement ADOPTES QUE, 2.1 - Sur l'inégalité de traitement dont se plaint Madame X.... Madame X... s'estime tout d'abord victime d'une discrimination à l'embauche. Madame X... titulaire d'un diplôme de niveau bac +5 a été recrutée par le cabinet ERNST & YOUNG en qualité d'assistant non cadre (coefficient 350). Elle cite le nom de 5 assistants juristes embauchés par la Société ERNST & YOUNG au statut cadre. La société ERNST & YOUNG s'explique sur deux cas précis dans lesquels les intéressés étaient titulaires soit de l'examen d'entrée à l'école du barreau, soit du CAPA, mais n'apporte pas de précision sur les autres cas cités par Madame X.... Il en résulte qu'effectivement il n'apparaît pas que tous les assistants recrutés par le cabinet ERNST & YOUNG l'aient été avec le même statut. Toujours est-il que Madame X... a obtenu la classification d'assistant expérimenté dès l'issue de l'exercice 2005, qu'elle a bénéficié du statut cadre dès le 1<sup>er</sup> septembre 2005, sa rémunération évoluant bien entendu. Elle bénéficiait en 2005 d'une prime de performance. A l'issue de l'exercice se clôturant le 30 juin 2006, elle voyait son coefficient porté à 410 et son salaire monter de 9 %, une prime lui était également octroyée. Au cours de l'exercice 2007, Madame X... a, pendant 6 mois suivi une formation lui permettant de passer l'examen d'accès à la profession d'avocat et de prêter serment en cette qualité en décembre 2007. A l'issue de l'exercice se clôturant

le 30 juin 2007, elle obtenait une promotion au grade de senior 1 avec une augmentation de salaire de 8 %. Madame X..., qui connaissait une absence pour maternité au cours de l'exercice se clôturant en juin 2008, était maintenue en raison de son faible niveau d'activité dans son grade de senior 1. A l'issue de l'exercice se terminant en juin 2009, elle connaissait une progression de deux niveaux pour relever du grade de senior 3. A l'issue de l'exercice 2010, elle bénéficiait d'un passage au grade de manager avec toujours une augmentation de salaire et une prime de performance. A l'issue de l'exercice 2011, elle bénéficiait du grade de manager 2 avec augmentation de salaire et prime. A l'issue de l'exercice 2012, elle bénéficiait d'une nouvelle évolution passant au grade de manager 3 avec une augmentation de rémunération et c'est en juillet 2012 qu'elle prenait acte de la rupture de son contrat de travail. Force est de constater que Madame X..., comme elle le reconnaît d'ailleurs elle-même dans ses écritures, a « progressivement occupé une position de plus en plus importante au sein du bureau ERNST&YOUNG de Lille ». Elle estime toutefois avoir fait l'objet de discriminations dans la mesure où son accession aux différents niveaux et l'évolution de sa rémunération auraient été plus lentes que pour ses homologues. Elle cite à ce sujet les cas de Madame Laetitia Y... et de Madame Anne-Laure Z.... Les chiffres avancés par Madame X... permettent effectivement de constater certaines différences de rémunération (variables selon les exercices). On relèvera, comme n'a pas manqué de le faire la société ERNST & YOUNG, que le salaire de Madame X... a notablement évolué puisqu'il est passé de 25.805 euros lors de son embauche en 2004 à 45.000 euros en 2012, soit une augmentation de 74 % en 8 années. La société ERNST & YOUNG prétend que cette évolution devait se poursuivre au cours de l'exercice 2013 pour atteindre 51.000 euros brut annuel. Cette affirmation est contestée par Madame X... et n'est pas démontrée. Cependant, il n'apparaît pas des pièces versées aux débats que l'évolution de salaire des collaborateurs cités par Madame X... soit bien différente de celle qu'elle a connue, même si l'on note certaines distorsions. Il est difficile d'imaginer une l'évolution absolument parallèle de tous les collaborateurs du cabinet. En effet, la rémunération dépend également de l'appréciation du travail de chaque collaborateur qui fait l'objet d'une notation annuelle au cours de laquelle sont évalués le niveau de compétence et la « production » (heures facturables) de l'avocat. C'est ainsi que l'on constate qu'à l'exception de l'exercice 2009 au cours duquel le cabinet ERNST & YOUNG a décidé de procéder à un gel des salaires, Madame X... a vu son traitement augmenter chaque année, l'augmentation dépendant notamment du nombre d'heures facturables, ce critère générant des différences d'augmentation entre les salariés. Pour reprendre la comparaison faite par Madame X... avec Madame Y..., on relèvera que pour l'exercice 2012, année où elle a décidé de prendre acte de la rupture, son salaire avait augmenté de 13,3 % alors même que Madame Y... n'avait bénéficié que d'une augmentation de 4 %, ce qui aurait permis à Madame X... de percevoir au cours de l'exercice 2013 une rémunération plus importante que celle de Madame Y.... On relèvera également que Madame X..., étant devenue avocate le 31 décembre 2007, soit plus de deux ans après l'arrivée de Madame Y..., déjà avocate, il était difficile que leur deux salaires soient équivalents. Il aurait sans doute fallu des circonstances particulières pour que l'écart existant entre ces deux salaires puisse se combler, aucun élément ou événement particulier n'étant évoqué à ce sujet par Madame X.... En conclusion sur ce point, il n'apparaît pas que les différences de traitement qui peuvent être constatées entre certains collaborateurs du cabinet ERNST & YOUNG reposent sur une quelconque discrimination dans la mesure où les salaires des uns et des autres ne sont pas fixés en application d'une grille stricte et intangible mais résultent également de l'appréciation portée sur chaque collaborateur et est fonction de ses compétences, de la qualité de son travail, de sa production (nombre d'heures chargeables). Les pièces versées aux débats ne permettent pas de conclure que les appréciations et notations portées sur Madame X... témoignent d'une quelconque volonté de lui appliquer un traitement discriminatoire. Le

même raisonnement peut être appliqué à l'octroi des primes annuelles de performance. Madame X... se comparant toujours à Madame Y... voit une discrimination dans le fait que celle-ci a touché des primes annuelles beaucoup plus souvent qu'elle. La société ERNST & YOUNG rappelle que chaque année au mois de juillet les collaborateurs sont reçus par leur supérieur et leurs performances sont évaluées et que c'est en fonction de cette évaluation et de la politique générale du cabinet qu'est décidée l'attribution ou non d'une prime. La société ERNST & YOUNG reprend dans ses écritures les décisions qui ont été prises à l'issue de chaque exercice et qui permettent de constater que Madame X... a bénéficié régulièrement de primes et notamment au cours des exercices 2010, 2011. Elle n'en a pas obtenu en 2012 à raison de la faiblesse de ses heures chargeables (Madame Y... n'en a pas davantage obtenu pour cet exercice). Là encore, il est difficile de déceler une quelconque discrimination dans l'attribution des primes de performance telles qu'attribuées par la société ERNST & YOUNG. Par principe, l'attribution d'une prime annuelle de performance est soumise à appréciation et même si l'on considère que cette appréciation doit être fondée sur des considérations objectives, il n'en demeure pas moins que la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer une prime annuelle générera des distorsions de rémunération entre les collaborateurs sans que cette distorsion puisse être assimilée à une discrimination. Il sera en conséquence conclu que Madame X... est mal fondée à prétendre avoir été victime d'un traitement discriminatoire de 2004 à 2012, années au cours desquelles elle a été salariée du cabinet ERNST & YOUNG, alors même qu'il n'apparaît pas qu'elle ait, durant toutes ces années, de quelque façon que ce soit manifesté son désaccord avec la situation qui lui était faite si ce n'est la lettre de rupture qu'elle a adressée à son employeur le 23 juillet 2012.

ALORS QUE s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe d'égalité de traitement de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une telle inégalité, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence ; qu'après avoir relevé que Mme X... aurait dû être classée cadre dès son embauche en 2004 et qu'elle avait subi un fléchissement de sa rémunération de 2008 à 2011, la cour d'appel a, pour la débouter de ses demandes, affirmé qu'elle n'établissait pas que sa différence de traitement non explicitée lors de son embauche ait eu des répercussions sur sa rémunération à partir de 2007, que les écarts qui existent en sa faveur pour deux des trois salariés auxquels elle se compare, démentent ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'écart qu'elle a donc constaté en défaveur de Mme X... par rapport à un autre salarié était justifié par des éléments objectifs autres que la différence de classification au moment de l'embauche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe d'égalité de traitement, ensemble l'article 1315 du code civil.

ALORS, AUSSI, QUE, les juges du fond doivent vérifier tous les faits avant de conclure à l'absence d'inégalité de traitement ; que dans ses conclusions d'appel, Mme X... insistait sur le fait qu'elle n'avait jamais entendu se comparer à la seule Mme Y..., mais aussi à Mme Z..., laquelle avait intégré l'équipe 7 mois après elle, exercé les mêmes fonctions et perçu une rémunération supérieure à la sienne, alors même que ses notes étaient inférieures ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, affirmé que l'écart entre Mme X... et Mme Y... était justifié ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme cela lui était demandé, si l'écart avec Mme Z..., pourtant admis par la décision du Bâtonnier, était également justifié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe d'égalité de traitement.

ALORS, AUSSI, QUE, dans ses conclusions d'appel, Mme X... a soutenu qu'elle n'avait pas bénéficié d'augmentation de salaire suite à son retour de congé maternité le 1er avril 2008, qu'elle avait été écartée d'une promotion en raison de son état de grossesse ; que pour débouter Mme X... de ses demandes, la cour d'appel a affirmé que le creux dans la progression de sa carrière de 2007 à 2009 et le fléchissement de sa position au cours des années de 2008 à 2011 s'expliquent par son investissement consacré au diplôme d'avocat ; qu'en s'abstenant d'examiner ce moyen déterminant de Mme X... relativement à l'incidence de sa grossesse et de son congé de maternité sur l'évolution défavorable de sa rémunération et son exclusion du bénéfice des primes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de l'égalité de traitement.

ALORS, EGALEMENT, QUE, à la suite du congé maternité, la rémunération de la salariée est majorée des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise ; que pour débouter Mme X... de ses demandes de rappel de salaire, y compris au titre de la prime de performance, la cour d'appel a aussi affirmé, par motifs éventuellement adoptés, que Mme X... qui connaissait une absence pour maternité au cours de l'exercice se clôturant en juin 2008, était maintenue en raison de son faible niveau d'activité dans son grade de sénior 1 ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a, par motifs éventuellement adoptés, violé l'article L. 1225-26 du code du travail.

ALORS, EN OUTRE, QUE, les différences de traitement résultant de l'attribution par l'employeur d'une prime sont possibles si tous les salariés placés dans une situation identique au regard de l'« avantage » en bénéficient et si les règles déterminant son octroi sont préalablement définies et contrôlables ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel s'est contentée d'affirmer que le contrat de travail prévoit la possibilité d'une prime dont le montant et la fréquence sont appréciés par l'employeur suivant la performance de l'année écoulée ; qu'en se contentant de ses affirmations, alors que l'employeur lui-même affirmait que la prime est un bonus discrétionnaire, dont le montant est déterminé en fonction des résultats de chaque collaborateur sans qu'un barème spécifique ne soit établi, la cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement.

ALORS, DE SURCROÎT, QUE, le caractère discrétionnaire de la décision d'octroyer une prime n'exonère pas l'employeur de respecter le principe d'égalité de traitement dans l'octroi de cette prime et donc de justifier la différence de traitement par des raisons objectives, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel a également affirmé que l'employeur reprend de façon détaillée les primes versées et indique les motifs au regard desquels la décision d'attribuer une prime a été prise, ces éléments établissant des critères objectifs et pertinents ; qu'en se contentant de motifs aussi généraux, sans préciser de quels critères il s'agit, et s'ils ont été appliqués objectivement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe d'égalité de traitement.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR jugé que Mme X... n'avait été victime ni

de discrimination, ni de différence de traitement injustifiée en matière de progression de carrière, de rémunération en général et de bénéfice de la prime de performance en particulier, et donc de l'avoir déboutée en conséquence de sa demande de rappel de rémunération pour un montant total de 11 800, 00 euros bruts, et les congés payés afférents.

AUX MOTIFS PROPRES QUE, Sur la discrimination : L'article L. 132-1 du code du travail dispose : « 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 (...) en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, 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 nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap. » Mme X... affirme avoir été discriminée en matière de rémunération, mais elle n'expose pas en raison de quoi elle l'aurait été. Cela ne se déduisant pas des faits allégués, la discrimination n'est pas établie.

ET AUX MOTIFS énoncés au premier moyen ALORS QUE dans ses conclusions d'appel, Mme X... soutenait à de nombreuses reprises qu'elle n'avait pas bénéficié d'augmentation de salaire, ni de prime, suite à son congé de maternité, qu'elle avait été écartée d'une promotion au vu de son état de grossesse ; que pour débouter Mme X... de ses demandes, la cour d'appel a relevé que Mme X... affirme avoir été discriminée en matière de rémunération, mais elle n'expose pas en raison de quoi elle l'aurait été ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a dénaturé les conclusions de la salariée et violé l'article 4 du code de procédure civile.

ALORS QUE s'il appartient au salarié qui invoque une discrimination de traitement de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de la caractériser, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs la justifiant; qu'après avoir relevé que Mme X... aurait dû être classée cadre dès son embauche en 2004 et qu'elle avait subi un fléchissement de sa rémunération de 2008 à 2011, la cour d'appel a, pour la débouter de ses demandes, affirmé qu'elle n'établissait pas que sa différence de traitement non explicitée lors de son embauche ait eu des répercussions sur sa rémunération à partir de 2007, que les écarts qui existent en sa faveur pour deux des trois salariés auxquels elle se compare, démentent ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'écart qu'elle a donc constaté en défaveur de Mme X... par rapport à un autre salarié était justifié par des éléments objectifs autres que la différence de classification au moment de l'embauche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 1132-1 du code du travail ALORS, AUSSI, QUE, les juges du fond doivent vérifier tous les faits avant de conclure à l'absence de discrimination ; que dans ses conclusions d'appel, Mme X... insistait sur le fait qu'elle n'avait jamais entendu se comparer à la seule Mme Y..., mais aussi à Mme Z..., laquelle avait intégré l'équipe 7 mois après elle, exercé les mêmes fonctions et perçu une rémunération supérieure à la sienne, alors même que ses notes étaient inférieures ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, affirmé que l'écart entre Mme X... et Mme Y... était justifié ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme cela lui était demandé, si l'écart avec Mme

Z..., pourtant admis par la décision du Bâtonnier, était également justifié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 1132-1 du code du travail.

ALORS, AUSSI, QUE, dans ses conclusions d'appel, Mme X... a soutenu qu'elle n'avait pas bénéficié d'augmentation de salaire suite à son retour de congé maternité le 1er avril 2008, qu'elle avait été écartée d'une promotion en raison de son état de grossesse ; que pour débouter Mme X... de ses demandes, la cour d'appel a affirmé que le creux dans la progression de sa carrière de 2007 à 2009 et le fléchissement de sa position au cours des années de 2008 à 2011 s'expliquent par son investissement consacré au diplôme d'avocat ; qu'en s'abstenant d'examiner ce moyen déterminant de Mme X... relativement à l'incidence de sa grossesse et de son congé de maternité sur l'évolution défavorable de sa rémunération et son exclusion du bénéfice des primes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 1132-1 du code du travail

ALORS, EGALEMENT, QUE, à la suite du congé maternité, la rémunération de la salariée est majorée des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise ; que pour débouter Mme X... de ses demandes de rappel de salaire, y compris au titre de la prime de performance, la cour d'appel a aussi affirmé, par motifs éventuellement adoptés, que Mme X... qui connaissait une absence pour maternité au cours de l'exercice se clôturant en juin 2008, était maintenue en raison de son faible niveau d'activité dans son grade de sénior 1 ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a, par motifs éventuellement adoptés, violé l'article L.1225-26 du code du travail.

ALORS, EN OUTRE, QUE, les différences de traitement résultant de l'attribution par l'employeur d'une prime sont possibles si tous les salariés placés dans une situation identique au regard de l'« avantage » en bénéficient et si les règles déterminant son octroi sont préalablement définies et contrôlables ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel s'est contentée d'affirmer que le contrat de travail prévoit la possibilité d'une prime dont le montant et la fréquence sont appréciées par l'employeur suivant la performance de l'année écoulée ; qu'en se contentant de ses affirmations, alors que l'employeur lui-même affirmait que la prime est un bonus discrétionnaire, dont le montant est déterminé en fonction des résultats de chaque collaborateur sans qu'un barème spécifique ne soit établi, la cour d'appel a violé l'article L 1132-1 du code du travail

ALORS, DE SURCROÎT, QUE, le caractère discrétionnaire de la décision d'octroyer une prime n'exonère pas l'employeur de respecter le principe d'égalité de traitement dans l'octroi de cette prime et donc de justifier la différence de traitement par des raisons objectives, dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ; que pour débouter Mme X... de sa demande, la cour d'appel a également affirmé que l'employeur reprend de façon détaillée les primes versées et indique les motifs au regard desquels la décision d'attribuer une prime a été prise, ces éléments établissant des critères objectifs et pertinents ; qu'en se contentant de motifs aussi généraux, sans préciser de quels critères il s'agit, et s'ils ont été appliqués objectivement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 1132-1 du code du travail

ET ALORS en conséquence QU'en ne recherchant pas si les différences qui auraient ainsi dû être constatées n'étaient pas en lien avec l'état de grossesse et la maternité, la Cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard de l'article L 1132-1 du code du travail

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR jugé que la convention de forfait en jours de Mme X... était valable et de l'avoir en conséquence déboutée de sa demande de paiement d'heures supplémentaires.

AUX MOTIFS PROPRES QUE, Sur la demande en rappel de salaire pour heures supplémentaires : L'avenant du 26 octobre 2005 au contrat de travail du 9 mars 2004 de Mme X... stipule 218 jours travaillés pour une année complète. Sa rémunération est mentionnée comme étant la contrepartie forfaitaire de cette activité. Pour être valable, la convention de forfait jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales du travail ainsi que les repos journaliers et hebdomadaires. Les avocats salariés sont soumis à une convention collective dont un avenant prévoit le dispositif du forfait jour, avec des garanties dont les parties conviennent qu'elles sont insuffisantes. Toutefois la société Ernst & Young a conclu un accord d'entreprise avec une organisation syndicale représentative le 14 mai 2007, qui précise les modalités d'organisation du temps de travail et son décompte. Il indique l'obligation d'un suivi de la durée individuelle du travail dans un cadre annuel et rappelle les règles applicables en matière de congés annuels ainsi que celles relatives aux repos. Ces éléments permettent de valider la convention de forfait jour et Mme X... n'apporte aucun élément de nature à établir un manquement de l'employeur aux dispositions conventionnelles. La décision sera donc confirmée également en ce qu'elle rejette la demande au titre des heures supplémentaires.

AUX MOTIFS éventuellement ADOPTES QUE, 2.3 - Sur le rappel de rémunération au titre de la mise en cause du forfait jours. Madame X... considère que la convention de forfait jours qui figure à son contrat de travail est nulle au regard de la jurisprudence de la Cour de Cassation qui impose que l'accord collectif autorisant les forfaits jours apporte toutes garanties permettant le contrôle de son application. Elle estime que tel n'était pas le cas au sein du cabinet ERNST & YOUNG et qu'en conséquence elle peut bénéficier du paiement d'heures supplémentaires. Il convient donc de s'interroger sur la validité de la convention de forfait jours appliquée à Madame X... Il résulte tout d'abord de l'article 3 du contrat de travail de Madame X... que celle-ci dispose d'une « autonomie d'organisation exclusive de toute durée de travail déterminée ». Qu'il lui est demandé pour exécuter les missions qui lui sont confiées un temps de travail fixé à 218 jours maximum pour une année complète d'activité. Madame X... reconnaît être soumise à une convention de forfait jours qui implique l'absence de références horaires. Pour être valable, cette convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires » (Cass. Soc. 13-11-2014 n° 13-14.206). Les avocats salariés sont soumis à la convention collective des avocats salariés dont un avenant relatif à la réduction du temps de travail prévoit que le temps de travail des avocats est décompté en jours dans la limite de 217 jours par an. Les garanties prévues par cet avenant étant insuffisantes,

celui-ci a été complété au sein de la société ERNST & YOUNG par un accord d'entreprise signé le 14 mai 2007 qui a été communiqué aux débats. Cet accord d'entreprise précise les modalités d'organisation, de décompte et de suivi du temps de travail. Il répond aux exigences posées par la jurisprudence eu égard aux spécificités du métier d'avocat. Il sera en conséquence conclu que la convention de forfait jours appliquée à Madame X... n'est pas nulle. Il sera surabondamment fait observer qu'en toute hypothèse Madame X... ne rapporte pas aux débats les éléments de nature à se convaincre de l'effectivité des heures supplémentaires dont elle demande le paiement. Madame X... sera en conséquence déboutée de ses demandes de ce chef.

ALORS, D'UNE PART, QUE si un accord d'entreprise peut compléter l'accord de branche sur le forfait en jours, celui-ci n'est valable que si les dispositions conventionnelles sont de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail du salarié, de sorte à assurer la protection de sa sécurité et de sa santé ; que pour juger que la convention de forfait en jours de Mme X... était valable, la cour d'appel a relevé, tant par motifs propres qu'adoptés, que la convention de branche ne présente pas de garantie suffisante, mais que l'accord d'entreprise du 14 mai 2007 précise les modalités d'organisation du temps de travail et de son décompte, l'obligation d'un suivi de la durée individuelle et rappelle les règles applicables en matière de congés annuels ainsi que celles relatives au repos ; qu'en statuant ainsi, alors que de telles dispositions ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé, la cour d'appel a violé l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'accord d'entreprise relatif à l'organisation du temps de travail au sein d'Ernst & Young société d'avocats du 14 mai 2007.

ALORS, D'AUTRE PART et en tout état de cause, QUE lorsque l'employeur viole les dispositions de l'accord collectif dont le respect est de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au forfait en jours, la convention de forfait en jours est privée d'effet et s'agissant de dispositions censées garantir la santé et la sécurité du salarié, il incombe à l'employeur de prouver qu'il les a respectées ; que dans ses conclusions d'appel, Mme X... soutenait que même s'il a signé un accord d'entreprise relatif au forfait en jours, son employeur n'a pas tenu d'entretien annuel individuel portant sur la charge de travail et il ne verse aucune pièce permettant de justifier du respect des obligations mises à sa charge ; que pour débouter Mme X... de ses demandes, la cour d'appel a affirmé que Mme X... n'apporte aucun élément de nature à établir un manquement de l'employeur aux dispositions conventionnelles ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé les articles L.3121-31, L.3121-34 et L.3121-35 du code du travail et 1315 du code civil

ALORS, ENFIN QUE le salarié qui a été soumis à tort à un forfait annuel en jours peut

prétendre au paiement d'heures supplémentaires dont le juge doit vérifier l'existence et le nombre conformément aux dispositions de l'article L.3171-4 du code du travail ; que pour débouter Mme X... de ses demandes de rappel de salaire pour heures supplémentaires, la cour d'appel a affirmé, par motifs éventuellement adoptés, qu'en toute hypothèse Mme X... ne rapporte pas aux débats les éléments de nature à se convaincre de l'effectivité des heures supplémentaires dont elle demande le paiement ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a de toute façon méconnu les règles relatives à la charge de la preuve en matière d'heures supplémentaires et violé les articles L. 3121-22 et L. 3171-4 du code du travail

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR jugé que la prise d'acte de Mme X... produisait les effets d'une démission et donc de l'avoir déboutée de ses demandes d'indemnité conventionnelle de licenciement, d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

AUX MOTIFS PROPRES QUE, Sur la prise d'acte de la rupture : Il découle de ce qui précède que la salariée invoque à juste titre une inégalité de traitement à l'embauche. Toutefois c'est à raison que la décision déférée retient que ce fait, ancien et qui n'a pas causé durablement de conséquences dommageables, n'est pas d'une gravité de nature à justifier la prise d'acte de la rupture de la relation de travail. La décision sera donc également confirmée en ce qu'elle déboute Mme X..., dont la prise d'acte produit les effets d'une démission, de ses demandes.

AUX MOTIFS ADOPTES QUE, 2.2 - Sur la prise d'acte de la rupture du contrat de travail Par lettre remise en mains propres à son employeur le 23 juillet 2012, Madame Sabrina X... estimait que l'inégalité de traitement qu'elle avait subie dès son embauche et durant toute la relation de travail, sans raisons objectives, lui avait occasionné un préjudice certain qui l'amenait à démissionner de ses fonctions. Elle soulignait à cette occasion que son employeur avait refusé une rupture conventionnelle de son contrat de travail qu'elle avait sollicitée. Madame X... considère que cette prise d'acte doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse justifiant sa demande de dommages et intérêts. De son côté, la société ERNST & YOUNG soutient que la prise d'acte sollicitée par Madame X... doit s'analyser comme une simple démission. Dans le dernier état de sa jurisprudence, la Chambre sociale de la Cour de Cassation rappelle « que la prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail ». La Cour de Cassation ajoutant dans le cas d'espèce qu'elle examinait « que la Cour d'Appel qui a retenu que les manquements de l'employeur étaient pour la plupart anciens, faisant ainsi ressortir qu'ils n'avaient pas empêché la poursuite du contrat de travail, a légalement justifié sa décision » (Cass., Soc., 26 mars 2014, \I° 12-23634). Il convient donc de rechercher si les manquements reprochés par Madame X... sont d'une gravité telle qu'ils n'ont pas permis la poursuite du contrat de travail. Force est de constater que tel n'est pas le cas, Madame X... ayant connu pendant toutes ses années de collaboration une évolution de son statut et de son traitement tout à fait conforme aux évolutions de carrières au sein du cabinet ERNST & YOUNG. Elle ne peut, comme le souligne la Cour de Cassation, faire état d'un manquement particulièrement ancien puisque remontant à son embauche en 2004 alors même qu'elle n'était pas encore avocate. Cette discrimination à l'embauche même si elle

était avérée, ne pourrait en toute hypothèse être considérée comme un manquement suffisamment grave ayant empêché la poursuite du contrat de travail, permettant à Madame X... de prendre acte de la rupture de celui-ci. Il doit être ajouté qu'il ressort des éléments du dossier que Madame X... a trouvé en 2012 une nouvelle opportunité professionnelle, qu'elle a souhaité en conséquence quitter son emploi au sein de la société ERNST & YOUNG, et que n'ayant pas obtenu de son employeur la possibilité de mettre en oeuvre une rupture conventionnelle de son contrat de travail, elle a pris la décision de prendre acte de la rupture de son contrat en soutenant avoir été victime d'un traitement discriminatoire depuis l'origine de son embauche au sein du cabinet ERNST & YOUNG. En conséquence, cette prise d'acte sera analysée comme constituant une démission pure et simple n'ouvrant droit pour Madame X... au paiement d'aucune indemnité ou dommages et intérêts.

ALORS, D'UNE PART, QUE Mme X... a soutenu au premier moyen qu'elle avait subi une différence de traitement injustifiée, voire même illicite, en matière de rémunération depuis son embauche et, ensuite, avec son départ en congé de maternité, et ceci pendant toute la durée de sa relation de travail ; que pour juger que la prise d'acte de Mme X... produisait les effets d'une démission, la cour d'appel a affirmé, tant par motifs propres qu'adoptés, que l'inégalité de traitement à l'embauche constituait un fait ancien et qui n'a pas causé durablement de conséquences dommageables, n'est pas d'une gravité de nature à justifier la prise d'acte ; que la cassation à intervenir sur le premier moyen entraînera donc, par voie de conséquence, celle du chef de dispositif ici critiqué, en application de l'article 624 du code de procédure civile.

ALORS, D'AUTRE PART, QUE Mme X... a soutenu au deuxième moyen que son forfait en jours n'était pas valable car il ne garantissait pas le respect des règles de santé et de sécurité ; que pour juger que la prise d'acte de Mme X... produisait les effets d'une démission, la cour d'appel a affirmé, tant par motifs propres qu'adoptés, que l'inégalité de traitement à l'embauche, constituait un fait ancien qui n'a pas causé durablement de conséquences dommageables, n'est pas d'une gravité de nature à justifier la prise d'acte ; que la cassation à intervenir sur le deuxième moyen entraînera donc, par voie de conséquence, celle du chef de dispositif ici critiqué en application de l'article 624 du code de procédure civile. **Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Douai , du 1 juin 2015