

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 23 mai 2017**

**N° de pourvoi: 15-22223**

ECLI:FR:CCASS:2017:S000923

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Frouin (président), président**

Me Le Prado, 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...a été engagée par la société coopérative agricole les Vignerons de Vacqueyras producteurs de Gigondas le 2 janvier 2002, en qualité de « commerciale » ; que son contrat de travail a été transféré à la société Perfection du Rhône, devenue VDC distribution, et qu'elle occupait en dernier lieu le poste de « directrice des ventes Trad » ; que la salariée, qui a, le 22 février 2010, saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail et a été déclarée inapte à son poste le 11 octobre 2010 par le médecin du travail, a été, le 23 novembre 2010, licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu que sous le couvert de griefs non fondés de modification de l'objet du litige et de manque de base légale le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis et dont elle a pu déduire que la salariée n'avait pas fait l'objet d'une

rétrogradation ;

Sur le deuxième moyen, ci-après annexé :

Attendu, d'abord, que le rejet du premier moyen entraîne le rejet de la première branche du présent moyen ;

Attendu, ensuite, que sous le couvert de griefs non fondés de violation de la loi et de dénaturation, le moyen ne tend qu'à contester l'appréciation souveraine par la cour d'appel des éléments de preuve et de fait produits devant elle dont elle a, sans méconnaître les règles spécifiques de preuve et exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1154-1 du code du travail, déduit tant l'absence de matérialité de certains des faits allégués par la salariée que la justification par l'employeur, pour l'ensemble des autres faits, d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur les troisième et quatrième moyens, ci-après annexés :

Attendu que le rejet des premier et deuxième moyens prive de portée les troisième et quatrième moyens qui invoquent une cassation par voie de conséquence ;

Sur le sixième moyen :

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de dire qu'il confirmait le jugement en ce qu'il a condamné la société à lui payer la somme de 26 800 euros bruts à titre de dommages-intérêts en raison de la nullité de la clause de non concurrence figurant dans le contrat de travail, alors, selon le moyen :

1°/ que la contradiction entre les motifs et le dispositif équivaut à un défaut de motifs ; que la cour d'appel a, dans les motifs de l'arrêt, dit que « le jugement qui a alloué à Mme X... la somme de 26 800 euros nets à titre de dommages-intérêts sera confirmé », mais a mentionné dans le dispositif de l'arrêt qu'elle confirmait le jugement « en ce qu'il a condamné la SAS vices du consentement Distribution à payer à Mme X... la somme de 26 800 euros bruts » ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a entaché sa décision d'une contradiction entre les motifs et le dispositif en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que les sommes allouées à titre de dommages-intérêts en indemnisation du préjudice subi du fait de la nullité de la clause de non concurrence ne sont pas soumises aux cotisations sociales ; qu'en allouant à la salariée une somme « brute » sur laquelle l'employeur a prélevé les cotisations sociales, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil ;

Mais attendu, d'abord, que la contradiction existant entre les motifs et le dispositif, invoquée par le moyen pris en sa première branche, procède d'une erreur matérielle qui peut, selon l'article 462 du code de procédure civile, être réparée par la Cour de cassation à laquelle est déféré l'arrêt dont la rectification sera ci-après ordonnée ;

Attendu, ensuite, que la rectification ainsi ordonnée rend la seconde branche du moyen sans objet ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Mais sur le cinquième moyen, pris en sa seconde branche :

Vu les articles L. 1234-9 et R. 1234-4 du code du travail, ensemble l'article L. 1132-1 du code du travail dans sa rédaction applicable en la cause ;

Attendu que pour rejeter la demande de la salariée tendant à obtenir le paiement d'une somme à titre de reliquat d'indemnité de licenciement, l'arrêt retient qu'en l'absence de dispositions le prévoyant dans la convention collective, la salariée ne peut prétendre à ce que le montant de son indemnité soit calculé sur la base des salaires qu'elle aurait perçus si son contrat n'avait pas été suspendu ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le salaire de référence à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié, celui des douze ou des trois derniers mois précédant l'arrêt de travail pour maladie, 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 de reliquat d'indemnité de licenciement, l'arrêt rendu le 27 mai 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; 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'Aix-en-Provence ;

Rectifie le dispositif de l'arrêt attaqué en ce sens :

Confirme le jugement déféré en ce qu'il a condamné la société VDC distribution à payer à Mme X... la somme de 26 800 euros à titre de dommages-intérêts sauf à préciser que cette somme est allouée en raison de la nullité de clause de non concurrence figurant dans le contrat de travail initial de Mme X... en raison du défaut de contrepartie financière ;

Condamne la société VDC distribution aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société VDC distribution et condamne celle-ci à payer à Mme X... la somme de 3 000 euros ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-trois mai 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

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de Mme X... tendant à voir juger qu'elle avait été victime d'une rétrogradation en juillet 2009 ;

AUX MOTIFS QUE Madame X... soutient tout d'abord qu'en juillet 2009 Monsieur Z...a été promu Directeur Commercial de l'ensemble des activités France, qu'ainsi elle est passée sous la subordination de Monsieur Z..., dont elle était jusque-là l'égal hiérarchique ce qui constitue une rétrogradation ; l'employeur concède que le 21 juillet 2009, en vue du développement de la société et pour une meilleure organisation des différents services, la société VDC Distribution a mis en oeuvre une nouvelle organisation tirée de la prise de fonctions de Monsieur Mahdi Z... en qualité de Directeur du Secteur GMS (Grandes et Moyennes Surfaces), que Monsieur Pascal A...(Directeur Général), n'assumait plus directement la direction opérationnelle des différents services commerciaux « France » (dont celui confié à Madame X...- Direction des Ventes Trad France) qui était confiée à Monsieur Mahdi Z... à compter du mois de juillet 2009, lequel devenait à cette occasion le nouveau supérieur hiérarchique de Madame X... ; il n'est donc pas discuté qu'un nouvel échelon hiérarchique a été ainsi créé ; toutefois comme l'ont constaté les premiers juges, cette nouvelle organisation des services n'a eu aucune conséquence et n'a entraîné aucune modification des fonctions, de la qualification ou de la rémunération de Madame X... ; le seul fait qu'elle ait été jusqu'alors sur le même plan hiérarchique que Monsieur Z... ne saurait faire échec à toute promotion de ce dernier ; au demeurant, la réorganisation ainsi opérée a produit le même résultat dans d'autres services (cf. Monsieur B...qui devient le supérieur de Messieurs C..., J...et D...) ; en réalité, Madame X... ne dénonce rien d'autre que de se trouver sous la subordination de Monsieur Z..., ce qui est humainement compréhensible, mais pour autant elle n'allègue ni n'établit la moindre modification du contenu de ses attributions et responsabilités ; elle reconnaît avoir conservé sa qualification de cadre de direction mais soutien sans nullement l'étayer qu'elle n'était plus en mesure d'en assumer ses obligations dès lors qu'elle était contrainte de rendre compte à ce dernier ; ainsi, la nouvelle organisation mise en place n'a constitué qu'un simple changement des conditions de travail, relevant du pouvoir de direction de l'employeur que Madame X... ne peut utilement contester ; aucune disposition conventionnelle n'impose à un directeur de rapporter directement et si elle n'a pas été conviée à une réunion en novembre 2009, il lui a été répondu que le directeur général n'y avait convié que ceux qui lui rapportaient directement ;

Et AUX MOTIFS QUE Madame X... se plaint également d'une rétrogradation en janvier 2010 ; or, le courriel du 27 janvier 2010 consistait en une simple proposition de modification du contrat de travail laquelle faisait suite aux récriminations adressées par la salariée à l'encontre de Monsieur Z... et à son refus exprimé de travailler sous la subordination de ce dernier comme à son refus de se prêter à une médiation en vue d'apaiser le climat délétère dénoncé comme cela lui était proposé le 23 novembre 2009 à condition qu'elle étaye ses accusations ; cette

proposition n'a été suivie d'aucun effet en l'absence de réponse de la salariée ; Madame X... ne discute pas dans ses écritures qu'il s'agissait bien d'une simple proposition (... Monsieur A... proposait à Madame X... par mail du 27 janvier 2010...) ; Madame X... ajoute que par courriel du 15 février 2010, Monsieur A... annonçait à l'ensemble du personnel la modification de l'organigramme à compter du 1er janvier 2010 avec l'arrivée du nouveau directeur commercial et rappelait expressément que Madame X... resterait sous la subordination juridique de Monsieur Z..... lui-même rendant compte à Monsieur E..., lui-même rendant compte à monsieur A... ; ainsi, concernant Madame X..., aucune modification n'intervenait par rapport à la précédente organisation, elle était toujours placée sous la subordination de Monsieur Z..., situation qu'elle n'acceptait à l'évidence pas et conservait ses fonctions de " directrice des ventes Trad. France " ; au demeurant, Monsieur Z... lui-même se voyait placé sous la direction d'un nouveau directeur commercial lequel était placé sous la subordination directe de Monsieur A..., directeur général ; enfin, la diffusion effectuée par la société VDC Distribution pour recruter un responsable de marché France en mars 2010 portait précisément sur le poste proposé et refusé par Madame X... ; au demeurant cette publication en vue d'un recrutement intervenait pour pourvoir un emploi dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée ce qui ne pouvait concerner le poste occupé par Madame X... comme le souligne pertinemment l'employeur ; aussi, une simple proposition de modification du poste de travail ne saurait caractériser une faute suffisamment grave pour justifier la résiliation judiciaire du contrat de travail ;

Et AUX MOTIFS adoptés QUE la rétrogradation est une mesure disciplinaire consistant, pour un employeur, à faire régresser la position d'un salarié dans la grille de classification hiérarchique ou à réduire ses responsabilités et le salaire correspondant ; que Mme X... affirme avoir été victime d'une double rétrogradation le 21 juillet 009 puis le 19 mars 2010 ce qui suppose soit une baisse de salaire soit une baisse effective de ses responsabilités hiérarchiques ; qu'il n'est pas contesté qu'elle n'a subi aucune baisse de son salaire ; que l'article 4 de son contrat de travail dispose que dans le cadre de ses fonctions, Mme Marie X... est placée sous la subordination hiérarchique de la direction générale ou de toute autre personne qui lui serait substituée ; en sa qualité de commerciale elle est notamment chargée des missions suivantes : visite auprès des clients de la société ; recherche et développement d'une nouvelle clientèle ; elle sera chargée de la promotion et de la vente des produits fabriqués et commercialisés par la SCA Cave des vignerons en se conformant strictement à toutes les instructions qui pourront lui être données par la Direction ; que l'avenant de son contrat de travail du 01 mai 2007 dispose en son article 2 qu'elle est employée comme directrice commerciale du secteur traditionnel France et que les tâches qui lui sont confiés sont définies dans la fiche de poste laquelle n'est pas produite aux débats ; qu'en application de l'article 1184 du code civil la condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ; dans ce cas le contrat n'est point résolu de plein droit ; la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le

choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ; que la société VDC le 21 juillet 2009 a placé Mme X... sous la direction de M. Z... ; que ce faisant la société a créé un échelon intermédiaire mais n'a modifié aucune des prérogatives et fonctions de Mme X..., que cette première réorganisation ne peut pas s'analyser en une rétrogradation ;

ALORS QUE Mme X... a soutenu que les modifications intervenues en juillet 2009 affectaient notamment ses attributions et ses responsabilités ; que la cour d'appel a retenu que la salariée n'alléguait aucune modification du contenu de ses attributions et responsabilités ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand la salariée soutenait que les modifications intervenues en juillet 2009 affectaient ses attributions et ses responsabilités, la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

Et ALORS QUE la modification du contrat de travail s'apprécie au regard des fonctions, des attributions, des prérogatives et des responsabilités réellement exercées ; que la cour d'appel a retenu que la salariée, qui avait conservé sa qualification et sa rémunération, ne pouvait contester un simple changement des conditions de travail et qu'« aucune disposition conventionnelle n'impose à un directeur de rapporter directement » ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher concrètement, comme elle y était invitée, si la salariée, qui avait jusqu'alors deux salariés sous ses ordres, n'avait pas été privée de tout pouvoir de commandement, de toute initiative et de tout pouvoir de décision et si le fait qu'elle soit désormais obligée de rendre compte à un supérieur hiérarchique (autre que le directeur général) qui filtrait son travail, n'avait pas affecté son autonomie, ses pouvoirs de décision, la nature de ses attributions et le périmètre de ses responsabilités, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 1134 du code civil

ALORS surtout QUE Mme X... soutenait qu'aux termes de la convention collective applicable, un cadre de direction exerce ses fonctions sous l'autorité, le contrôle et la surveillance du conseil d'administration ou du directeur général ; qu'en obligeant Mme X... à rendre compte à un supérieur hiérarchique (autre que le directeur général) qui filtrait son travail, l'employeur la privait d'une prérogative attachée à sa position hiérarchique conventionnelle ; qu'en n'examinant pas ce moyen déterminant, la Cour d'appel a encore la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, et de l'annexe à l'avenant du 5 juin 2007 à la convention collective des avenant à la convention collective nationale concernant les caves coopératives vinicoles et leurs unions du 22 avril 1986

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de Mme X... tendant à voir juger qu'elle a été victime de mesures vexatoires et de harcèlement et tendant à obtenir la condamnation de l'employeur à lui remettre les quantités de vin relatives aux consommations familiales pour la période de février à novembre 2010 ;

AUX MOTIFS QUE Madame X... reproche en outre à son employeur le recours à des mesures vexatoires ; elle déplore que l'employeur ait réorganisé et réaménagé l'espace de travail en open-space, sauf son bureau positionné face à un mur aveugle derrière les étagères à côté d'un bureau servant au rangement des archives, or dans le courrier en réponse aux différentes récriminations que lui adressait la salariée, l'employeur répondait le 19 février 2010 que les rénovations étaient intervenues deux ans auparavant, que son bureau n'avait aucune vue directe sur les toilettes, ce qu'au demeurant la salariée n'établissait nullement, et que surtout, son bureau était installé dans une zone pouvant accueillir quatre bureaux alors que seuls deux étaient occupés et qu'elle pouvait ainsi aménager l'espace comme elle l'entendait ; les photos produites par la salariée ne sont en rien démonstrative d'un traitement dégradant ; Madame X... fait également valoir que durant son congé maladie elle a dû restituer son véhicule BMW pour un Renault Scenic, de catégorie inférieure, or il n'est pas discuté qu'en novembre 2010, le contrat de location du véhicule BMW était arrivé à expiration et que Madame X... a effectivement bénéficié d'un véhicule de fonction conformément à son contrat de travail, elle ne peut élever aucune critique fondée à ce titre ; il n'est pas non plus sans intérêt de constater que cet échange de véhicule est intervenu alors que Madame X... avait été déclarée inapte à tout emploi dans l'entreprise et qu'elle était en instance de reclassement, la saisine du conseil de prud'hommes aux fins de résiliation remontant déjà au 22 février 2010 ; les stipulations contenues dans l'avenant que l'employeur lui avait proposé sont dénuées de toute pertinence dès lors qu'il n'a pas été donné suite à cette proposition motivée par les accusations infondées de la salariée à l'encontre de son supérieur hiérarchique dont elle contestait l'autorité ; Madame X... fait également valoir que son employeur lui a refusé le bénéfice des consommations familiales dont elle bénéficiait selon un usage en vigueur dans l'entreprise et ce au motif inopérant que son contrat de travail était suspendu pendant son arrêt maladie ; l'employeur rétorque que l'exercice de cet usage était conditionné à la présence du salarié de l'entreprise ce que confirment Monsieur F...et Madame D...; même si une telle position de la part de l'employeur peut être discutée, ce seul motif ne pouvait constituer un motif de rupture alors que la discussion sur ce point n'est apparue, fort opportunément, qu'en octobre 2010 ; au demeurant, Madame X... ne justifie pas avoir, depuis février 2010, sollicité le bénéfice de cet avantage ; enfin, Madame X... reproche à son employeur d'avoir tardé pour saisir le régime de prévoyance obligatoire assurant le maintien de salaire en son lieu et place durant sa maladie ; la société VDC Distribution lui a répondu par courrier du 2 juillet 2010 que ce retard était exclusivement dû au fait que la Mutualité Sociale Agricole n'avait pas reçu, de sa part, l'avis de prolongation de son arrêt de travail pour maladie et au fait que l'intéressée n'avait pas complété le document relatif à la constatation médicale de sa situation (à remettre à l'organisme de prévoyance) ; Madame X... reconnaît dans ses écritures avoir " été pénalisée en raison d'une erreur de la MSA qui n'avait pas enregistré son dernier avis d'arrêt de travail " ; la MSA indiquait dans un courriel du 9 juillet 2010 avoir reçu le dossier dans ses services le 9 juin

2010 ce qui ne permet pas de déterminer la date d'envoi des pièces par l'employeur ; il ne peut être retenu l'existence d'une volonté maligne de la part de l'employeur ;

Et AUX MOTIFS QUE, Madame X... déplore avoir été victime du comportement de Monsieur Z... et de ne pas avoir obtenu l'écoute et l'aide de son employeur ; or, pour asseoir les accusations qu'elle porte à l'encontre de Monsieur Z... elle ne produit que ses propres écrits et courriels lesquels ne sauraient alimenter utilement une démonstration crédible ; l'affirmation selon laquelle ce problème aurait été débattu lors d'une réunion des délégués du personnel ne résulte que des termes d'un courriel que lui a adressé Monsieur G..., délégué du personnel, qui se borne à déclarer que " nous avons exposé avec Melle H... les propos qui m'avaient été rapportés par certains de nos collègues... " ce qui confine le contenu de ces échanges au stade de simples colportages ; d'ailleurs cet élu poursuivait " Nous n'avons pas affiché cette partie de l'entretien sur le panneau de communication, en raison du caractère plus personnel de ce sujet qui ne regarde en rien les autres employés de Vignerons de caractère. Concernant la copie que vous souhaitez recevoir de la note récapitulative des faits rapportés lors de cette réunion, je suis au regret de ne pouvoir accéder à cette requête. En effet, cela dépasse le cadre de mes fonctions de délégué du personnel, qui n'a pas compétence à établir des attestations sur des faits rapportés par des tiers. " ; en tout état de cause, la société VDC Distribution produit le registre des réunions des délégués du personnel qui confirme un échange sur les relations conflictuelles existant entre Madame X... et Monsieur Z... sans que les raisons ou les causes en soient précisées ; ainsi Madame X... ne rapporte aucun élément matériel précis, objectif et vérifiable de nature à laisser supposer l'existence d'un quelconque harcèlement moral autres que les certificats médicaux qui se font l'écho de ses doléances et qui font le constat d'une dégradation, certes réelle, de son état de santé mais qu'elle ne peut imputer à des agissements caractéristiques d'un harcèlement ; enfin, il ne peut sérieusement être reproché à l'employeur d'avoir violé son obligation de sécurité de résultat dès lors que les allégations de harcèlement moral de la part de la salariée ne reposaient sur aucun constat objectif et que, bien au contraire, l'employeur a proposé à celle-ci, en dépit de ses seules accusations, une mesure de médiation et une modification de ses conditions de travail afin d'éviter tout contact avec le prétendu harceleur ;

Et AUX MOTIFS adoptés QUE, sur les mesures vexatoires : la réorganisation du bureau : Mme X... fait valoir que son employeur a réaménagé l'espace de travail de sorte que les autres salariés étaient en open space alors que son bureau était positionné face à un mur aveugle derrière les étagères à côté d'un bureau servant au rangement des archives ; qu'à l'appui de cette demande elle produit des photos lesquelles ne permettent pas de déterminer en quoi l'emplacement et l'aménagement de son bureau étaient vexatoires voire particulièrement inconfortable en rapport de ceux de ses collègues ; qu'au surplus elle produit un courrier de son employeur daté du 19 février 2010 qui lui précise qu'elle est installée dans une zone prévue pour quatre bureaux dont deux sont



occupés et qu'elle a la possibilité d'aménager l'espace de manière différente » ; qu'en conséquence son argument n'est pas fondé ; le véhicule de fonction : Mme X... fait valoir que son employeur a exigé qu'elle restitue son véhicule BMW dont le contrat de location arrivait à expiration et qu'en lieu et place elle recevait une Renault Scénic ; qu'il est constant que les avantages en nature inhérents à la fonction sont maintenus au profit du salarié malade ; que l'article 16 de son contrat de travail mentionne que « pour permettre à Mme X... d'effectuer ses déplacements un véhicule de type Peugeot 307 est mis à sa disposition » ; que le courrier du 25 juillet 2006 évoque une voiture de fonction de type familiale Break (valeur 30000 euros) que l'avenant à son contrat de travail signé le 01 mai 2007 ne modifie pas cette clause ; qu'il est constant que Mme X... a été invité à restituer son véhicule de fonction au motif que le contrat de location venait à expiration et qu'elle a reçu un véhicule de remplacement moins « prestigieux » à savoir une Renault SCENIC ; que toutefois il remplit les caractéristiques du véhicule auquel Mme X... avait droit en application de son contrat de travail ; qu'en conséquence cet argument n'est pas fondé ; les consommations familiales : l'article 33 de la convention collective intitulé Avantages en nature et remboursement de frais évoque comme faisant partie de ces avantages, les produits élaborés dans la coopérative lesquels doivent être évalués selon le tarif TTC dont bénéficient les associés coopérateurs ; que Mme X... évoque qu'à ce titre l'employeur a mis en place un usage visant à la mise à disposition d'une certaine quantité de vin auprès de chaque salarié au titre de sa consommation familiale ; qu'il est constant que Mme X... ne l'a pas reçue, motif pris qu'elle était en congés maladie ; l'existence de cet usage d'entreprise n'est pas contestée par l'employeur qui indique toutefois qu'il est conditionné par la présence effective du salarié dans l'entreprise ; que la preuve de l'usage est à la charge de celui qui en demande l'application, cette preuve pouvant être apportée par tout moyen tel qu'affichage ou témoignage ; qu'en l'espèce Mme X... ne produit que les seuls courriers de son employeur en réponse à ses demandes d'être remplie de ce droit, lequel lui rappelle la condition de présence et d'activité effective pour en bénéficier ; que son employeur produit deux attestations de salariés Mme D...qui atteste n'avoir pas reçu de consommation familiale pendant son congé individuel de formation et M. F...qui déclare n'avoir pas pris sa consommation familiale durant son arrêt maladie ; que Mme X... ne rapporte pas la preuve contraire et en conséquence succombe en ses prétentions sur ce point tant d'avoir été victime de pratique discriminatoire à son égard que des prétentions indemnitaires subséquentes ; la prise en charge prévoyance : que Mme X... sur ce point ne rapporte pas la preuve de son argument de retard pris par l'employeur sciemment pour la pénaliser ; Et AUX MOTIFS adoptés QU'à l'appui de sa demande, Mme X... fait valoir qu'elle a porté à la connaissance de son employeur par mail dès le 18 novembre 2009 « qu'elle était victime d'un comportement agressif menaçant et dévalorisant de M. Z... » ; elle évoque dans ce même courrier « le comportement coléreux, disproportionné au regard de la situation, de ce dernier » ; toutefois ce courrier n'évoque en réalité aucun fait précis, pas même les

termes injurieux qu'elle prête à M. Z... ; que lors des autres courriers Mme X... ne fait pas plus état de faits précis utilisant pour se plaindre à l'égard de son employeur du comportement de son supérieur hiérarchique, une terminologie vague et très imprécise ; qu'ainsi elle écrit-le 10 février 2010 « je vous rappelle que j'ai été amenée à attirer votre attention sur les difficultés auxquelles j'étais confrontée (...) en terme d'organisation de l'activité et en terme de management lié au comportement de M. Z... » ; que le seul mail qu'elle produit daté du 12 novembre 2009 provenant de M. Z... évoque qu'il a demandé à Mme X... de ne plus l'apostropher en public et de ne plus le court-circuiter sur les dossiers ; qu'il lui rappelle fermement qu'il est son patron mais n'use à aucun moment à son égard de termes soit péjoratifs ou insultants soit humiliants ; que la seule attestation qu'elle produit à l'appui de ses allégations est celle de M. C...qui ne respecte pas les formes prescrites par l'article 202 du code civil, lesquelles ne sont toutefois pas prescrites à peine de nullité et peut être valablement retenue ; cette attestation affirme la dégradation de l'état de santé de Mme X..., dans la mesure où M. C...dit l'avoir entendu faire état d'intentions suicidaires sérieuses à plusieurs reprises et notamment lors de réunion avec Messieurs A... et Z... et lors d'échanges avec d'autres salariés ; que cette pièce n'atteste toutefois que de l'état psychique de Mme X... dont il est constant et plus qu'amplement démontré par les éléments médicaux, qu'il était précaire ; que M. C...ne fait état d'aucun fait qu'il ait directement constaté, qu'au surplus les termes qu'il utilise dans sa dernière phrase « suite à une altercation entre M. Z... et Mme X... à laquelle l'assistante de direction a assisté, cette dernière est venue m'informer à posteriori qu'elle s'était inquiétée du fait que M. Z... était susceptible de s'en prendre physiquement à Mme X... » sont à la fois indirects et putatifs ; qu'enfin le mail en date du 10 juin 2010 de M. G...ne fait état que de propos rapportés par certains de nos collègues, et du fait que cette partie de l'entretien n'a pas été affiché sur le panneau de communication en raison du caractère personnel du sujet », sans qu'il soit même permis de comprendre des propos de qui il était question ; qu'en l'état des explications et des pièces fournies, la matérialité d'éléments de fait précis et concordants laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral n'est en conséquent pas démontrée ; .../ ... sur l'altération de la santé : attendu que l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité et de résultat en matière de protection de la santé et la sécurité des travailleurs et à ce titre il doit prendre en compte les préconisations du médecin du travail ; qu'il est constant que Mme X... souffrait d'un état dépressif réactionnel mais qu'aucun élément ne permet d'établir le lien de causalité entre cet état dépressif et ses conditions de travail, le médecin indiquant en février 2010 que Mme X... avait besoin de prendre un peu de recul sans précision ;

ALORS QUE parmi les évènements dont elle s'est prévalu au soutien de sa demande tendant à voir juger qu'elle avait été victime de harcèlement moral, la salariée a fait état de la rétrogradation subie ; que dès lors, la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation emportera cassation de l'arrêt en ses dispositions relatives au harcèlement et ce, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

Et ALORS QUE les juges doivent se prononcer sur l'intégralité des éléments invoqués par le salarié et les prendre en compte dans leur ensemble, y compris les documents médicaux, pour dire si ces éléments laissent présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que la situation est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; que la cour d'appel a constaté qu'en juillet 2009, un nouvel échelon hiérarchique avait été créé, que Mme X... avait été placée sous la subordination de M. Z... alors qu'elle était antérieurement sur le même plan hiérarchique que ce dernier, qu'elle devait désormais lui rendre compte et qu'elle n'avait pas été invitée à une réunion d'encadrement, qu'en janvier 2010, l'employeur lui avait proposé une rétrogradation, que durant son congé maladie, la salariée avait dû restituer son véhicule pour un autre de catégorie inférieure et que l'employeur lui avait refusé le bénéfice des consommations familiales dont elle bénéficiait selon un usage en vigueur dans l'entreprise, que M. Z... lui avait rappelé fermement qu'il était son « patron », que les relations entre Mme X... et M. Z... étaient conflictuelles, qu'à plusieurs reprises, elle avait dénoncé auprès de l'employeur le comportement abusif de M. Z..., que Mme X... avait des idées suicidaires et que son état de santé s'était gravement détérioré, qu'elle avait fait l'objet d'arrêt de travail pendant 10 mois et avait été déclarée par le médecin du travail inapte à tout emploi dans l'entreprise mais apte dans une autre entreprise ; qu'en examinant ces éléments séparément et en ne recherchant pas si, pris dans leur ensemble, y compris les documents médicaux, ils laissent présumer l'existence d'un harcèlement moral, la cour d'appel a violé les articles L 1152-1 et L1154-1 du code du travail

ET ALORS enfin QU'en relevant que les certificats médicaux produits par Mme X... se font l'écho de ses doléances et font le constat d'une dégradation, certes réelle, de son état de santé mais qu'elle ne peut imputer à des agissements caractéristiques d'un harcèlement, quand il était produit non pas seulement des certificats de son médecin traitant, mais un constat du médecin du travail, constatant la grande souffrance au travail de la salariée, ce dont il résultait que ce médecin, apte à la constater dans l'entreprise, avait attesté de la souffrance au travail, la cour d'appel a dénaturé ce document et violé l'article 1134 du code civil.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de Mme X... tendant à voir prononcer la résiliation judiciaire de son contrat de travail et obtenir le paiement d'une indemnité de préavis, d'une indemnité de congés payés sur préavis, et des dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS tels que visés dans les précédents moyens ;

Et AUX MOTIFS QU'il résulte de tout ce qui précède que ne peut être retenu à l'encontre de l'employeur l'existence de manquements graves de nature à justifier le prononcé de la résiliation à ses torts du contrat de travail liant les parties ;

ALORS QUE la cassation à intervenir sur l'un des précédents moyens emportera cassation de l'arrêt en ce qu'il a rejeté la demande de la salariée tendant à voir prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail et ce, en application de l'article 624 du code de procédure civile.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de la salariée tendant à voir juger que son licenciement était nul et subsidiairement dénué de cause réelle et sérieuse et obtenir le paiement d'une indemnité de préavis, d'une indemnité de congés payés sur préavis, et de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS QUE compte tenu de ce qui précède, l'inaptitude de Madame X... ne peut être imputée à son employeur ; le 11 octobre 2010, le médecin du travail déclarait que l'état de santé de Madame X... justifiait une inaptitude totale et définitive à tout emploi dans l'entreprise. Peut être reclassé dans une autre entreprise ; Madame X... expose qu'en dépit de l'avis du médecin du travail, l'employeur a persisté à lui proposer un reclassement sur le poste de directeur du développement rattaché à la direction commerciale ce qui ne pouvait que raviver la dégradation de son état de santé ; il est démontré que la société VDC Distribution a procédé, de concert avec le médecin du travail, à des recherches en vue de reclasser la salariée ; ainsi, le 12 octobre 2012, la société informait le médecin du travail que le seul poste disponible était celui de directeur de développement, certes rattaché à la direction commerciale ; le 21 octobre 2010 le médecin du travail émettait un avis défavorable ; le médecin du travail était à nouveau interrogé le 26 octobre 2010 sur une possible transformation de poste par voie de mutation ou aménagement du temps de travail ; le 27 octobre 2010, le médecin du travail répondait qu'une telle possibilité de reclassement ne pouvait être envisagée que dans une entreprise ne dépendant pas du groupe ; les recherches effectuées au sein des entités du groupe constitué en réalité de la société Vignerons de Vacqueyras Producteurs de Gigondas (ancien employeur de Madame X...) et de la société Oenocaractère qui exploite un restaurant sous l'enseigne L'Eloge étaient infructueuses, aucun poste n'était disponible au sein de ces sociétés comme l'avait rappelé l'employeur au médecin du travail le 12 octobre 2010 et ce que ne discute pas Madame X... ; l'employeur sollicitait une nouvelle fois le médecin du travail le 2 novembre 2010 en vue d'un aménagement du temps de travail de Madame X... et ce praticien répondait le 3 novembre 2010 qu'un aménagement du temps de travail n'est pas de nature à faciliter le reclassement de Madame X... ; ainsi, il ne peut être sérieusement reproché à l'employeur de ne pas avoir procédé à des recherches loyales, sérieuses et exhaustives en vue de procéder au reclassement de Madame X... laquelle se plaint précisément de l'insistance de ce dernier auprès du service de santé au travail pour précisément trouver une solution de reclassement ;

ALORS QUE lorsqu'une situation de harcèlement moral a été constatée et que le salarié, licenciée pour inaptitude, a été déclaré par le médecin du travail inapte à tout poste dans l'entreprise mais apte dans un environnement différent, le lien entre le harcèlement moral et le licenciement du salarié est caractérisé, ce qui entraîne la

nullité du licenciement ; que Mme X... a fait valoir que le licenciement pour inaptitude était dénué de tout fondement légal dans la mesure où elle avait été victime de harcèlement et que le médecin du travail l'avait inapte à tout poste dans l'entreprise, tout en précisant qu'elle pouvait être reclassée dans une autre entreprise ; que dès lors, la cassation à intervenir sur le moyen relatif au harcèlement emportera cassation par voie de conséquence de l'arrêt en ses dispositions relatives au licenciement, et ce, en application de l'article 624 du code de procédure civile.

#### CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de Mme X... tendant à obtenir le paiement de la somme de 5635, 16 euros à titre de reliquat d'indemnité de licenciement ;

AUX MOTIFS QUE concernant le calcul de l'indemnité de licenciement, en l'absence de dispositions le prévoyant dans la convention collective, la salariée ne peut prétendre à ce que le montant de son indemnité soit calculé sur la base des salaires qu'elle aurait perçus si son contrat n'avait pas été suspendu ;

ALORS QUE les indemnités consécutives à la rupture du contrat de travail doivent être calculées sur la base de la rémunération que le salarié aurait dû percevoir et non sur celle de la rémunération qu'il a effectivement perçue du fait des manquements de l'employeur à ses obligations ; que la cour d'appel a rejeté la demande de la salariée tendant à voir calculer l'indemnité de licenciement sur la base de la rémunération perçue avant son arrêt de travail tandis qu'elle soutenait qu'elle avait été placée en arrêt de travail en raison du harcèlement subi et du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat ; que dès lors, la cassation à intervenir sur le moyen de cassation relatif au harcèlement emportera cassation de l'arrêt en ses dispositions relatives à l'indemnité de licenciement et ce, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

Et ALORS QU'aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire en raison de son état de santé ; que la cour d'appel a rejeté la demande de la salariée tendant à voir calculer l'indemnité de licenciement sur la base de la rémunération perçue avant son arrêt de travail ; qu'en statuant comme elle l'a fait quand le calcul de l'indemnité sur la base du salaire réduit perçu par la salariée au cours de son arrêt de travail constituait une mesure discriminatoire en raison de son état de santé, la cour d'appel a violé les articles L1132-1, L1121-1 du code du travail, 47 de la convention collective nationale concernant les caves coopératives vinicoles et leurs unions du 22 avril 1986 et l'article 18 de l'annexe III de ladite convention.

#### SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit qu'il confirmait le jugement en ce qu'il a condamné la SAS VDC Distribution à payer à Mme X... la somme de 26800 euros bruts à titre de dommages et intérêts en raison de la nullité de la clause de non concurrence figurant dans le contrat de travail ;

AUX MOTIFS QUE le jugement qui a alloué à Madame X... la somme de 26 800 euros nets à titre de dommages et

intérêts sera confirmé sauf à préciser que cette somme vient réparer le préjudice que cause à la salariée l'insertion dans son contrat de travail d'une clause de non concurrence nulle pour défaut de contrepartie financière et non, comme l'ont estimé à torts les premiers juges, pour violation de la clause de non-concurrence ;

ALORS QUE la contradiction entre les motifs et le dispositif équivaut à un défaut de motifs ; que la cour d'appel a, dans les motifs de l'arrêt, dit que « le jugement qui a alloué à Madame X... la somme de 26 800 euros nets à titre de dommages et intérêts sera confirmé », mais a mentionné dans le dispositif de l'arrêt qu'elle confirmait le jugement « en ce qu'il a condamné la SAS VDC Distribution à payer à Mme X... la somme de 26800 euros bruts » ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a entaché sa décision d'une contradiction entre les motifs et le dispositif en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

Et ALORS QUE les sommes allouées à titre de dommages et intérêts en indemnisation du préjudice subi du fait de la nullité de la clause de non concurrence ne sont pas soumises aux cotisations sociales ; qu'en allouant à la salariée une somme « brute » sur laquelle l'employeur a prélevé les cotisations sociales, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Nîmes , du 27 mai 2015