

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE LYON
CHAMBRE SOCIALE
ARRÊT DU 23 FÉVRIER 2018

AFFAIRE PRUD'HOMALE : COLLÉGIALE
R.G 16/04555

Z MOUGEOLE
C/
SAS MCO

APPEL D'UNE DÉCISION DU :
Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de LYON
du 19 Mai 2016
RG F 15/03699

APPELANTE

Nataly Z
née le à LYON (69427)
VOURLES
Comparante en personne, assistée de Me Alexandre FURNO de la SELARL LEXAVOCATS,
avocat au barreau de LYON

INTIMÉE

SAS MCO
285 Corniche Pdt J.F. Kennedy
MARSEILLE 07

Représentée par Me Pascale MAZEL, avocat au barreau de MARSEILLE

DÉBATS EN AUDIENCE PUBLIQUE DU : 21 Décembre 2017

COMPOSITION DE LA COUR LORS DES DÉBATS ET DU DÉLIBÉRÉ

Michel SORNAY, Président
Didier JOLY, Conseiller
Natacha LAVILLE, Conseiller
Assistés pendant les débats de Gaétan PILLIE, Greffier.

ARRÊT : CONTRADICTOIRE

Prononcé publiquement le 23 Février 2018, par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile ;

Signé par Didier JOLY, conseiller, par empêchement du Président et Gaétan PILLIE, Greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES :

La SAS MCO exploite une entreprise d'organisation de congrès professionnels scientifiques et médicaux et compte un effectif de 26 salariés.

Nataly Z a été embauchée par la SAS MCO par contrat à durée indéterminée, à effet du 20 novembre 2008, en qualité de chef de projet chargée de développement, coefficient 400, niveau 8.

Sa fonction principale était de développer l'enseigne MCO Congrès sur la place de Lyon et plus largement au niveau national et international et de développer les activités d'organisation de congrès et d'événements.

La convention collective nationale du personnel des agences de voyages et de tourisme du 12 mars 1993, s'appliquait à la relation de travail jusqu'au 31 décembre 2010. À compter du 1er janvier 2011, seule la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils (SYNTEC) du 15 décembre 1987 s'appliquait à la relation de travail.

Sa rémunération mensuelle de base pour 39 heures de travail hebdomadaire s'élève à 3400 euros bruts, outre une rémunération variable correspondant à 1% net du chiffre d'affaires hors taxe au-delà d'une franchise de 500 000 euros H.T.

Par lettre recommandée du 19 mai 2015, Nataly Z a dénoncé les graves manquements imputables à son employeur.

En réponse, par lettre du 27 mai 2015, la SAS MCO a contesté les accusations de Nataly Z.

Par lettre recommandée du 1er août 2015, Nataly Z a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de son employeur, rédigée ainsi :

' Il est désormais manifeste que vous n'entendez pas régulariser ma situation, ni même rechercher une solution amiable. Compte tenu de la grave violation de mes droits salariaux et sociaux (non-paiement de ma prime de développement, non-paiement de mes heures supplémentaires etc...) et de la privation d'une part importante de ma rémunération, je ne peux laisser perdurer cette situation sauf à mettre en danger ma santé (je suis en arrêt de travail de votre fait depuis le 11 juin 2015) et mon avenir professionnel. Ainsi, compte tenu de ce qui précède, je vous notifie par la présente, la rupture de mon contrat de travail à vos torts exclusifs. (...)

Je vous informe par ailleurs que je ne manquerais pas de saisir le Conseil de prud'hommes des demandes visées dans mon courrier recommandé du 19 mai 2015, outre la requalification de la prise d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec toutes ses conséquences'.

Par lettre recommandée du 4 août 2015, la SAS MCO a contesté le bien-fondé de la prise d'acte de rupture du contrat de travail par Nataly Z aux torts exclusifs de l'employeur.

Par lettre recommandée du 5 octobre 2015, Nataly Z a réclamé à son employeur le paiement du solde de ses droits.

Nataly Z a alors saisi le conseil de prud'hommes de Lyon le 5 octobre 2015, auquel elle demandait en dernier lieu de :

- écarter des débats les éléments relatifs à sa vie privée;
- dire et juger que la SAS MCO a exécuté de façon déloyale le contrat de travail de Nataly Z;
- dire et juger que la prise d'acte de rupture du contrat de travail de Nataly Z est justifiée et produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse;
- condamner la SAS MCO à verser à Nataly Z :
 - 24 617,88 euros nets à titre de rappel de commissions (prime de développement) au titre de l'année 2014;
 - 2 461,88 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
 - 3 560,01 euros nets à titre de rappel de commissions (prime de développement) au titre de l'année 2015;
 - 356,00 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
 - 16 630,28 euros à titre de rappel de salaire de 35 à 39 heures;
 - 1 663,03 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
 - 822,28 euros à titre de rappel de prime d'ancienneté;
 - 82,22 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
 - 54 485,88 euros à titre d'indemnité forfaitaire au titre du travail dissimulé;
 - 110 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse;
 - 25 508,37 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis;
 - 2 550,83 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
 - 19 675,45 euros à titre d'indemnité de licenciement;
 - 2 777,90 euros à titre d'indemnité de non concurrence au titre des mois d'août et septembre 2015;

- 277,79 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
- modification sous astreinte de 100 euros par jour, à compter du jugement à intervenir, de l'attestation Pôle Emploi;
- 10 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile;
- débouter la SAS MCO de l'intégralité de ses demandes reconventionnelles;
- réserver le paiement des droits à commissions au titre des exercices à venir;
- ordonner l'exécution provisoire de l'entier jugement à venir;
- assortir les condamnations prononcées des intérêts légaux;
- condamner la SAS MCO aux entiers dépens de l'instance;
- réserver le paiement des droits à commissions au titre des exercices à venir.

La SAS MCO a demandé au conseil de prud'hommes de Lyon :

- débouter Nataly Z de toutes ses demandes, fins et conclusions;
- juger que la prise d'acte de la salariée n'était en aucun cas justifiée;
- Reconventionnellement, condamner Nataly Z à lui verser :
 - 50 000 euros de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail;
- 18 252, 60 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis;
- 10 000 euros de dommages et intérêts pour destruction de données informatiques et restitution tardives de clés de parking;
- 4 752, 00 euros à titre de remboursement d'honoraires d'expert judiciaire;
- 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile;
- fixer le salaire mensuel moyen de Nataly Z à la somme de 6 804, 20 euros.

Par jugement du 19 mai 2016, le conseil de prud'hommes de Lyon a :

- dit et jugé que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail de Nataly Z était justifiée et produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse;
- condamné la SAS MCO à verser à Nataly Z :
 - 234, 22 euros à titre de rappel de prime d'ancienneté;
 - 23, 42 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
 - 41 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse;

- 20 410, 35 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis;
- 2 041, 03 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents; - 15 421, 15 euros à titre d'indemnité de licenciement;
- donné acte de l'engagement de la société MCO de verser à Nataly Z le montant des éventuelles commissions qui lui seraient dues au titre des exercices 2016 à 2019.
- reconventionnellement condamné Nataly Z au paiement de la somme de :
- 30 000 euros à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail;
- 1 000 euros à titre de dommages et intérêts pour effacement des données contenues dans l'ordinateur MAC remis par son employeur;
- fixé le salaire mensuel brut de référence à la somme de 6 803, 45 euros;
- dit n'y avoir lieu à exécution provisoire que de droit;
- débouté les parties de toutes leurs autres demandes, fins et prétentions;
- condamné la SAS MCO à rembourser aux organismes concernés la totalité des indemnités de chômage versées à Nataly Z du jour de son licenciement à celui du jugement dans la limite de trois mois d'indemnités.

Le 10 juin 2016, Nataly Z a régulièrement interjeté appel du jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Lyon. La SAS MCO a formé un appel incident à ce même jugement.

Par ses dernières conclusions, Nataly Z demande aujourd'hui à la cour d'appel de :

- Dire recevable et bien fondé l'appel interjeté par Nataly Z;
- Infirmer le jugement déferé en ce qu'il a partiellement fait droit aux demandes de Nataly Z et condamné cette dernière;

Statuant à nouveau,

- Déclarer nulle l'expertise versée aux débats par la société MCO et inopposables l'ensemble des pièces résultant de cette expertise;
- Écarter des débats les éléments relatifs à la vie privée de Nataly Z;
- Dire et juger que la SAS MCO a exécuté de façon déloyale le contrat de travail de Nataly Z;
- Dire et juger que la SAS MCO a violé la vie privée et le secret des correspondances de Nataly Z;
- Dire et juger que la prise d'acte de rupture de Nataly Z est justifiée et produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse;

- Condamner la SAS MCO à verser à Nataly Z :
- 24 617, 88 euros nets à titre de rappel de commissions (prime de développement) au titre de l'année 2014;
- 2 461, 88 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
- 3 560, 01 euros nets à titre de rappel de commissions (prime de développement) au titre de l'année 2015;
- 356, 00 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents; - 16 630, 28 euros à titre de rappel de salaire de 35 à 39 heures;
- 1 663, 03 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
- 822, 28 euros à titre de rappel de prime d'ancienneté;
- 82, 22 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
- 20 000 euros de dommages et intérêts pour violation de la vie privée et du secret des correspondances;
- 54 485, 88 euros à titre d'indemnité forfaitaire au titre du travail dissimulé;
- 110 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse;
- 25 508, 37 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis;
- 2 550, 83 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
- 19 675, 45 euros à titre d'indemnité de licenciement;
- 2 777, 90 euros à titre d'indemnité de non concurrence au titre des mois d'août et septembre 2015;
- 277, 79 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents;
- la modification sous astreinte de 100 euros par jour à compter du jugement de l'attestation Pôle Emploi;
- 10 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Par ses dernières conclusions, la SAS MCO demande aujourd'hui à la cour d'appel de :

-infirmer la décision de première instance en ce qu'elle a :

-dit et jugé que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail de Nataly Z était justifiée et produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse;

-condamné la SAS MCO à payer à Nataly Z :

- 41000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse;

- 20 410, 36 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis;

- 2 041, 03 euros de congés payés afférents;

- 15 421, 15 euros à titre d'indemnité de licenciement;

- 234, 22 euros à titre de rappel de prime d'ancienneté; - 23, 42 euros de congés payés afférents;

-confirmer la décision de première instance en ce qu'elle a dit et jugé que Nataly Z a exécuté de façon déloyale son contrat de travail, mais l'infirmier sur le montant des dommages et intérêts octroyés à la SAS MCO

Statuant de nouveau,

-prendre acte de l'appel incident de la SAS MCO

-débouter Nataly Z de toutes ses demandes fins et conclusions;

-dire irrecevable la demande de rejet des pièces de Nataly Z, car non reprise dans le 'Par ces Motifs' de ses conclusions;

-condamner Nataly Z à payer à la SAS MCO la somme de 222 750 euros à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail, correspondant au préjudice subi pour la perte du contrat SOFMER;

-juger que la prise d'acte de la salariée n'était en aucun cas justifiée et qu'elle a démissionné;

-condamner Nataly Z à payer à la SAS MCO la somme de 20 000 euros à titre de dommages et intérêts pour effacement des données contenues dans l'ordinateur MAC remis par son employeur et remise tardive de ses matériels informatiques;

-condamner Nataly Z à payer à la SAS MCO la somme de 5 000 euros à titre de dommages et intérêts pour non restitution des clés du parking;

-condamner Nataly Z à payer à la SAS MCO la somme de 18 252, 60 euros à titre de dommages et intérêts correspondant au préavis avec intérêts de droit au jour de l'audience devant le Conseil de prud'hommes, soit le 21 janvier 2016;

-fixer le salaire mensuel moyen de Nataly Z à la somme de 6 084, 20 euros;

À titre subsidiaire :

-fixer le préavis de Nataly Z à la somme de 18 252 euros;

-fixer l'indemnité de licenciement à la somme de 15 421, 15 euros;

-condamner Nataly Z au paiement de la somme de 4 752 euros TTC en remboursement des honoraires de M. ..., expert judiciaire;

-condamner Nataly Z au paiement de la somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure de première instance et 5 000 euros pour la procédure d'appel, ainsi qu'aux entiers dépens.

Conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, la Cour se réfère, pour un plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, à leurs conclusions écrites précitées, qu'elles ont fait viser par le greffier lors de l'audience de plaidoiries et qu'elles ont à cette occasion expressément maintenues et soutenues oralement en indiquant n'avoir rien à ajouter ou retrancher.

MOTIFS DE LA DÉCISION

1- Sur la violation de la vie privée et du secret des correspondances de la salariée :

Il résulte des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, 9 du code de procédure civile et L. 1121-1 du code du travail que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, laquelle implique en particulier le secret des correspondances, en sorte que l'employeur ne peut, sans violation de cette liberté fondamentale, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur.

Il est constant que les connexions, les courriels adressés et reçus par le salarié à l'aide de l'outils informatique mis à sa disposition pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme personnels. L'identification par le salarié d'un fichier comme personnel résulte alors de son intitulé et non de son contenu.

De même, il est constant que les courriels et fichiers figurant sur le disque dur de l'ordinateur mis à la disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils sont émis de ou vers la messagerie électronique personnelle du salarié.

Si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut ni les utiliser pour le sanctionner, ni les utiliser à son encontre dans une procédure judiciaire s'ils s'avèrent relever de sa vie privée.

En l'espèce, la SAS MCO indique avoir fait réaliser par Hugo ..., expert inscrit sur la liste de la cour d'Aix-en-Provence, une expertise des ordinateurs qu'elle avait confiés à Nataly Z dans le cadre de son activité professionnelle, à savoir :

- l'ordinateur portable Sony ... qu'elle a utilisé de novembre 2008 à mars 2012,
- l'ordinateur portable MacBook Air A1304, qu'elle a utilisé entre juin 2009 et juillet 2015,
- l'ordinateur portable MacBook Air A1466, qu'elle a utilisé entre le 10 décembre 2013 et son

départ de la société MCO.

Elle en produit le rapport (pièce 539 de l'employeur) et s'en prévaut à plusieurs titres dans le cadre du présent litige.

Pour sa part, Nataly Z souligne que l'expertise de ses ordinateurs ainsi réalisée à la demande de la SAS MCO n'a fait l'objet d'aucune autorisation judiciaire et n'est pas contradictoire. Par ailleurs, elle reproche à son employeur de ne pas l'avoir informée individuellement du contrôle de sa messagerie professionnelle et de ses connexions Internet, de ne pas avoir informé et consulté les représentants du personnel concernant la mise en oeuvre de ce dispositif de surveillance et de ne pas avoir procédé à une déclaration spécifique auprès de la CNIL. Invoquant une atteinte au secret des correspondances, cette salariée demande donc à la cour d'appel d'écartier des débats l'intégralité des courriels professionnels et personnels provenant des messageries qu'elle utilisait, ainsi que les fichiers personnels produits par l'employeur récupérés dans ce cadre par Hugo

Il convient toutefois de relever que la SAS MCO n'a pas consulté le contenu de ces ordinateurs à l'insu de Nataly Z à l'époque où elle travaillait encore pour la SAS MCO mais que c'est seulement après la rupture du contrat de travail intervenue le 4 août 2015, et faute par Nataly Z de lui avoir restitué ses dossiers informatiques professionnels, que la société a légitimement tenté de récupérer des informations professionnelles contenues dans l'ordinateur appartenant à la société et mis à la disposition de Nataly Z, par l'intermédiaire d'un spécialiste en informatique.

Il y a donc lieu d'en déduire que la SAS MCO n'avait pas besoin pour ce faire d'une autorisation judiciaire, ni d'informer individuellement Nataly Z du contrôle de sa messagerie professionnelle, ni d'informer ou consulter les représentants du personnel concernant la mise en place d'un système de surveillance, ni encore de déclarer ce dispositif à la CNIL.

Pour autant, ces opérations d'analyse des ordinateurs litigieux ont été effectuées unilatéralement par Hugo ... dans le cadre d'investigations auxquelles Nataly Z n'a jamais été associée et dont elle n'avait même pas été informée. Le rapport ici litigieux ne saurait donc être qualifié de rapport d'expertise au sens judiciaire du terme et n'est pas opposable à la salariée qui peut donc en contester les termes, tout comme elle peut contester la méthode de travail adopté par le technicien ainsi mandaté par l'employeur.

Pour autant, la cour constate que Nataly Z ne formule en réalité aucune critique motivée du contenu de ce rapport, mais seulement de l'usage que fait aujourd'hui son employeur des données informatiques recueillies dans ce cadre.

Nataly Z se plaint en effet de ce que la SAS MCO a violé sa vie privée et le secret de ses correspondances en versant aux débats des courriels reçus et envoyés depuis son adresse de messagerie personnelle (nataly.revel@orange.fr), protégée par un code et distincte de sa messagerie professionnelle, issue de des travaux d'investigations ainsi effectués par Hugo ... à la demande de Dario ..., directeur de la SAS MCO

Il résulte du rapport d'analyse des ordinateurs précités (pièce 539), en date du 15 novembre 2015 que Nataly Z n'y avait enregistré aucun fichier personnel.

Selon l'expert, l'ordinateur portable SONY VAIO arrêté pour la dernière fois le 27 mars 2012

semble avoir été nettoyé de toutes données professionnelles ou personnelles. Environ 170 messages provenant de la boîte de messagerie personnelle de Nataly REVEL (nataly.revel@orange.fr) ont toutefois pu être récupérés sur la période d'avril 2009 à juillet 2010.

Concernant l'ordinateur portable MacBook Air (A1304, n° de série W80220549A7) a été arrêté pour la dernière fois le 22 juillet 2015, des traces de navigation Internet sont présentes sur la période du 15 juillet 2014 au 4 mai 2015.

Concernant les traces de navigation Internet récupérées à partir de fichiers effacés, rien ne permet de déterminer les dates des visites de ces sites, ni leurs durées. L'annexe 3 ne porte que sur les mots-clés recherchés sur Internet de 2008 à 2010 par l'intermédiaire de l'ordinateur SONY.

S'appuyant sur ce rapport, la SAS MCO a donc versé aux débats des fichiers professionnels, des recherches effectuées par Nataly Z depuis ses ordinateurs professionnels ainsi que des courriels reçus et adressés depuis la messagerie personnelle de la salariée depuis l'ordinateur professionnel et émanant d'adresses privées non professionnelles, et s'en prévaut pour affirmer que la salariée a passé la majeure partie de son temps à des activités non professionnelles au lieu de les consacrer à travailler pour son employeur.

L'employeur affirme qu'il n'a pas violé la vie privée de Nataly Z puisqu'aucun dossier consulté ne portait la mention 'confidentiel' et/ou 'personnel', fait valoir que Nataly Z utilisait son adresse mail personnelle précitée pour les besoins de son activité professionnelle et que la société n'a jamais utilisé le contenu des ordinateurs de Nataly Z pour la sanctionner ou la licencier.

En ce qui concerne les documents présents sur les disques durs des ordinateurs, ils sont présumés avoir un caractère professionnel puisqu'ils figurent sur des outils informatiques mis à la disposition de la salariée par l'employeur pour les besoins de son travail.

Il incombe donc à Nataly Z, qui demande la cour de les écarter tous globalement des débats, de démontrer que ces documents étaient bien identifiés comme étant personnels. Or il résulte des constatations de Hugo ..., non contestées sur ce point, qu'aucune mention en ce sens ne figure sur les documents et que rien n'établit qu'il s'agit de fichiers, ou de pièces jointes à des courriels, identifiés comme personnels.

Dès lors, la demande de Nataly Z tendant à voir l'intégralité des pièces écartée des débats sera rejetée.

Toutefois, la SAS MCO verse aux débats de nombreux courriels (296 pièces) reçus et adressés pas Nataly Z sur son ordinateur professionnel sur sa messagerie personnelle (nataly.revel@orange.fr), ces messages provenant ou étant destiné à d'autres messageries également clairement identifiables comme privées. En outre, la cour constate que le contenu de ces courriels relève de la vie strictement privée de Nataly Z, de sorte qu'en les versant aux débats, la SAS MCO a incontestablement violé la vie privée de Nataly Z ainsi que le secret de ses correspondances.

Il y a donc lieu d'une part d'écarter du débat les courriels issus de la messagerie personnelle de Nataly REVEL (nataly.revel@orange.fr) envoyés ou reçus depuis une autre messagerie

personnelle et concernant strictement sa vie privée, et d'autre part de constater que cette atteinte à sa vie privée et au secret de ses correspondances a causé à Nataly Z un préjudice moral spécifique que la cour dispose d'éléments suffisants pour évaluer la somme de 2000 euros.

Dès lors, le jugement déféré sera infirmé sur ce point et la SAS MCO sera condamnée à payer à Nataly Z cette somme de 2000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation de ce préjudice.

2.- Sur le défaut de paiement de la partie fixe du salaire prévu contractuellement :

Nataly Z expose qu'à compter du 1er janvier 2010, elle a été rémunérée sur la base de 35 heures par semaine alors même que son contrat de travail, signé le 20 novembre 2008, prévoyait une rémunération sur la base hebdomadaire de 39 heures et qu'elle a continué à travailler sur la base de cette durée, accomplissant ainsi 4 heures supplémentaires par semaine qui ne lui ont pas été rémunérées.

Elle sollicite en conséquence la condamnation de la SAS MCO à lui payer un rappel de salaires pour les heures contractuelles dues de 35 à 39 heures s'élevant à 16 630,28 euros au titre de la période de travail allant du mois d'octobre 2012 au mois de juillet 2015 inclusivement.

Il est constant que la diminution de la durée du travail, dans la mesure où elle conduit à une réduction du salaire, constitue une modification du contrat de travail, laquelle doit être proposée par l'employeur puis acceptée par le salarié.

En vertu de l'article L. 3121-22 du code du travail, applicable au moment des faits, 'Les heures accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire fixée par l'article L. 3121-10, ou de la durée considérée comme équivalente, donnent lieu à une majoration de salaire de 25% pour chacune des huit premières heures supplémentaires. Les heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50%. Une convention ou un accord de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir un taux de majoration différent. Ce taux ne peut être inférieur à 10%'.

Aux termes de l'article L. 3171-4, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient d'abord au salarié d'établir que les heures supplémentaires n'ont pas été payées au taux majoré. Il appartient ensuite à l'employeur de fournir au juge les éléments de nature à justifier effectivement les horaires réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Il est constant qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments.

En dernier lieu, il est constant que la qualité de cadre et l'existence d'un travail à domicile ne suffisent pas à exclure le droit au paiement d'heures supplémentaires, sauf à constater l'existence d'un salaire forfaitaire.

Aux termes de l'article 6 du contrat de travail de Nataly REVEL (pièce 1.4), celle-ci percevait un salaire mensuel brut de base fixé à 3 400 euros pour un horaire mensuel de travail fixé à 39 heures hebdomadaires. Les bulletins de paye de Nataly Z sur la période du 20 novembre 2008 au 31 décembre 2009 démontrent également que sa rémunération a été calculée sur la base mensuelle de 169 heures (pièce 1.5 de la salariée et pièces 2, 3 et 4 de l'employeur).

Cependant il s'avère qu'à compter du 1er janvier 2010, la SAS MCO a rémunéré Nataly Z sur la base de 151,67 heures mensuelles soit 35 heures hebdomadaires (pièce 1.5), comme en attestent les bulletins de salaire produits par la salariée à compter du 1er janvier 2010, alors même qu'aucun avenant n'a été signé par les parties.

En outre, l'attestation Pôle Emploi du 22 septembre 2015 (pièce 1.14) mentionne à l'article 4 une durée de travail de 39 heures hebdomadaires pour une rémunération calculée sur la base de 151, 67 heures mensuelles.

Enfin, Nataly Z verse aux débats une attestation de la gérante de la société qui hébergeait les locaux de la SAS MCO à Lyon, selon laquelle Nataly Z était présente tous les jours de la semaine, de 7h30 jusqu'à plus de 18 heures et prenait le plus souvent sa pause déjeuner à son bureau.

Dans ce contexte, il y a lieu de considérer que Nataly Z produit des éléments concordants laissant présumer qu'elle effectuait bien des 39 heures de travail par semaine auxquelles elle était contractuellement tenue en l'absence d'avenant à son contrat de travail réduisant sa durée hebdomadaire à 35 heures ou sa durée mensuelle de travail à 151,67 heures et que la société MCOa néanmoins décidé unilatéralement de ne plus la payer à compter du 1er janvier 2010 que sur la base de 151,67 h de travail par mois sans motif légitime, omettant ainsi de lui régler les heures supplémentaires dont elle lui était redevable.

En défense, la SAS MCO prétend en premier lieu avoir commis une erreur dans le contrat de travail signé par Nataly Z le 20 novembre 2008 concernant son temps de travail ainsi que dans l'attestation de Pôle emploi. La SAS MCO affirme alors que Nataly Z a en réalité été embauchée le 20 novembre 2008 sur une base de 151,67 heures, comme tous les salariés de la société MCO et fait valoir que Nataly Z n'a d'ailleurs pas contesté ses bulletins de salaire qui indiquaient, à compter du 1er janvier 2010, une rémunération calculée sur la base de 151,67 heures mensuelles.

L'allégation de cette prétendue 'erreur' apparaît toutefois particulièrement fantaisiste, en l'état d'une part de la mention claire du contrat du 20 novembre 2008 fixant à 39 heures la durée hebdomadaire de travail demandé à Nataly Z, et d'autre part et surtout du fait que cette salariée a bien été payée sur la base de 169 heures par mois, soit 39 heures par semaine, du 20 novembre 2008 au 31 décembre 2009.

Par ailleurs, le fait que cette salariée n'ait pas immédiatement réclamé à l'époque le paiement des heures supplémentaires litigieuses ne saurait laisser présumer ni l'inexistence de celles-ci, ni la renonciation de Nataly Z à en revendiquer le paiement.

En 2e lieu, la SAS MCO soutient qu'elle n'a jamais exigé que Nataly Z effectue des heures supplémentaires au-delà de 35 heures par semaine et/ou travaille 39 heures par semaine.

Toutefois, la salariée établit que par un courriel du 11 mai 2015 (pièce 2.1), à la suite d'une

question de Nathalie ... sur sa durée de travail exacte, Nathalie ..., comptable au sein de la SAS MCO a indiqué à celle-ci que son contrat de travail lui imposait 39 heures de travail par semaine lorsqu'elle a été embauchée et qu'ayant un statut cadre, elle ne bénéficiait ni de RTT ni d'une limite de son temps de travail.

Ainsi, ce courriel, par ailleurs totalement erroné en l'absence de toute convention de forfait régulièrement conclue entre les parties, confirme que quoi qu'il en dise, l'employeur attendait bien durant toute la période d'exécution du contrat de travail l'accomplissement par cette salariée au statut de cadre d'au moins 39 heures de travail par semaine.

En dernier lieu, la SAS MCO prétend que Nataly Z n'a jamais effectué 151,67 heures mensuelles de travail et encore moins 169 heures mensuelles sur le fondement du rapport d'expertise signée le 15 novembre 2015 (sa pièce 539) concernant l'analyse du contenu de deux ordinateurs utilisés par Nataly Z pendant l'exécution de son contrat de travail.

Par-delà le caractère non contradictoire de l'examen de ces ordinateurs effectués par le technicien en informatique mandaté unilatéralement par l'employeur, la cour constate que ce n'est que par pure extrapolation que la SAS MCO déduit du rapport établi par Hugo ... que Nataly Z consacrait une large partie de son temps de travail à des occupations personnelles et qu'elle n'effectuait donc pas des heures au-delà de 35 heures hebdomadaires.

Le technicien mandaté par l'employeur a en effet indiqué, en s'appuyant sur l'historique de navigation Internet de l'ordinateur portable Sony ... utilisé par Nataly Z de novembre 2008 à mars 2012, sur la période du 20 juillet 2009 au 25 août 2010, que son utilisateur accédait majoritairement à des sites immobiliers, d'actualités, marchands et de messageries. Il convient toutefois de relever que ce rapport ne précise à aucun moment les temps passés sur ces sites, en sorte que ce document ne permet aucunement à la SAS MCO d'affirmer aujourd'hui devant la cour que Nataly Z aurait consacré une large partie de son temps de travail à des occupations personnelles en consultant des sites sur Internet.

En outre, concernant l'ordinateur portable MacBook Air (A1 304), mis à la disposition de Nataly Z et utilisé entre juin 2009 et juillet 2015, le technicien en informatique a pu retrouver des traces de navigation sur Internet effectuées le 15 et le 31 juillet, le 3 septembre, le 13 octobre 2014 ainsi que le 23 janvier, les 2 et 17 avril, le 2 mai et le 4 mai 2015, soit un total de neuf journées, sans ici encore que soient précisés les durées des connexions à chacun des sites concernés.

Il apparaît ainsi que les quelques recherches effectuées sur l'ordinateur mis à la disposition de Nataly Z, insignifiantes dans leur contenu, sur un échantillon de seulement neuf jours entre le 15 juillet 2014 et le 4 mai 2015 ne sauraient établir que Nataly Z a détourné chaque semaine au moins 4 heures de son temps de travail durant toute la durée de son contrat de travail pour vaquer à ses occupations personnelles.

La cour constate également que la SAS MCO verse aux débats une 'liste des sites consultés par mots clés avec ordinateur MAC'(pièce 97) du 15 novembre 2011 au 23 janvier 2015. Cette liste ne fait qu'indiquer les quelques recherches que Nataly Z aurait effectué sur Internet sur son temps de travail, dépassant rarement le nombre de dix mots-clés dans une même journée n'ayant aucun lien avec sa fonction, ce qui est insignifiant pour démontrer un quelconque détournement du temps de travail de Nataly Z.

Aussi, de manière totalement exagérée, la SAS MCO affirme dans ses écritures que Nataly Z a utilisé un ordinateur portable MacBook Air A1466, mis à sa disposition par la société le 10 décembre 2013, pour ses occupations personnelles alors même qu'elle déclare, en se fondant sur le rapport de l'expert en informatique (pièce 540), que le contenu de cet ordinateur a été vidé en septembre 2015. La SAS MCO n'était donc pas en mesure d'affirmer que Nataly Z utilisait le matériel informatique de la société pour ses activités personnelles et détournait ainsi son temps de travail.

C'est donc bien au total de manière abusive que l'employeur soutient aujourd'hui devant la cour d'appel que Nataly Z n'aurait pas effectué en raison de ses connexions sur des sites marchands et de restauration, son temps de travail contractuellement prévu et ce de surcroît durant toute la durée l'exécution de son contrat de travail.

Il est également manifeste que les pièces versées aux débats par la SAS MCO concernant les courriels envoyés par la salariée ne permettent pas de caractériser un détournement du temps de travail par une utilisation abusive d'internet à des fins personnelles.

En effet, Nataly Z établit que les courriels produits par l'employeur ayant un objet professionnel sont nombreux, que les courriers versés aux débats couvrent une amplitude journalière de onze heures caractérisant ainsi une durée hebdomadaire de travail de 55 heures et non de 35h, et que les 300 courriels personnels couvrent la période du 16 juillet 2009 au 4 août 2015 ne représentent en réalité qu'un courriel personnel tous les quatre à cinq jours de travail, d'autant que la lecture de leur contenu permet de constater que pour la plupart il s'agissait de messages brefs qui n'étaient pas de nature à détourner de façon significative la salariée de son travail.

En outre, la cour constate que la SAS MCO ne démontre pas que l'utilisation abusive par Nataly Z à des fins personnelles d'internet et de sa boîte mail aurait perturbé l'activité de l'entreprise. Au contraire, dans sa lettre du 27 mai 2015, la SAS MCO indiquait à Nataly Z qu'elle n'avait pas l'intention de la voir quitter l'entreprise et faisait état des bonnes relations entretenues avec elle. La cour constate en ce sens que Nataly Z n'a jamais fait l'objet, durant l'exécution de son contrat de travail, d'une sanction disciplinaire ou d'une remarque défavorable de la part de son employeur concernant son travail et ses heures, la SAS MCO lui accordant d'ailleurs une grande latitude dans l'organisation de son temps de travail et de ses temps de repos (pièce 5.27).

La SAS MCO conteste également l'attestation précitée de la gérante de la société JOSEPHINE PRODUCTIONS qui hébergeait les locaux de la SAS MCO à Lyon, estimant que Nataly Z ne pouvait pas être présente à son bureau durant toutes les heures alléguées par le témoin dès lors que la salariée effectuait des déplacements professionnels. Toutefois, de manière contradictoire, la SAS MCO affirme un peu plus loin dans ses conclusions, que Nataly Z, bien qu'étant chargée du développement de l'agence, n'effectuait que très peu de déplacements, ce qui vide de sa substance la critique ainsi apportée à ce témoignage qui sera donc retenu comme pertinent.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il y a lieu de retenir que Nataly Z a bien accompli durant la période litigieuse les 39 heures de travail par semaine prévues, que la SAS MCO ne l'a toutefois pas rémunérée à hauteur de cette durée de 39 heures mais seulement de 35 heures par semaine.

En l'absence de contestation motivée sur le mode de calcul des sommes dues au titre des heures supplémentaires ici litigieuses, la SAS MCO sera condamnée à verser à Nataly Z la somme de 16 630,28 euros à titre de rappel de salaire de 35 h à 39 heures pour la période allant du mois d'octobre 2012 au mois de juillet 2015 inclusivement, outre 1 663,03 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents.

3. Sur le non-paiement de la prime d'ancienneté :

Nataly Z sollicite le versement de la somme de 822,28 euros à titre de rappel de prime d'ancienneté, outre 82,22 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents (pièce 2.5) pour la période allant d'octobre 2012 à juillet 2015.

La SAS MCO considère que cette prime n'est pas justifiée, sans ajouter de précisions.

Il ressort des bulletins de salaire versés par les parties que le taux de la prime d'ancienneté versée à Nataly Z était de 4% du salaire de base d'octobre 2012 à septembre 2013, 5% d'octobre 2013 à septembre 2014 et de 6% d'octobre 2014 à juillet 2015.

D'après les documents produits par la salariée, le salaire de base reconstitué, d'un montant de 3 923,96 euros en 2014, a été porté à 3 936,03 euros en 2015 (pièce 2.5).

Il en résulte que la demande de Nataly Z est fondée en son principe comme en son montant. La SAS MCO sera donc condamnée à verser à Nataly Z à ce titre la somme de 822,28 euros, outre 82,22 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents et le jugement déféré sera infirmé sur ce point.

4. Sur le non paiement des primes de développement pour les années 2014 et 2015 : Nataly Z sollicite la condamnation de la société MCO à lui payer :

la somme de 24 617,88 euros nets à titre de rappel de la prime de développement pour l'année 2014, outre 2 461,78 euros de congés payés y afférents,

la somme de 3 560,01 euros nets à titre de rappel de la prime de développement pour l'année 2015, outre 356,00 euros de congés payés afférents.

La SAS MCO ne conteste pas le principe du paiement d'une prime sur le développement du chiffre d'affaires de l'agence de Lyon mais remet en cause les modalités du calcul du chiffre d'affaires réalisé par Nataly Z sur ces deux années et donc le montant de sa prime contractuelle de développement.

Au titre de l'année 2014 :

L'article 6 du contrat de travail à durée indéterminée de Nataly Z du 20 novembre 2008 (pièce 1.4) stipule que celle-ci était rémunérée par un salaire fixe ainsi que par une prime sur le développement du chiffre d'affaires de l'agence de Lyon à hauteur de 1% net du chiffre d'affaires ramené à l'entreprise. Ce système de primes ne prenait effet qu'au-delà d'un seuil de développement d'un chiffre d'affaire de 500 000 hors taxes.

Ce même article prévoit la possibilité pour la SAS MCO de mettre en place un système d'avance sur prime sur chiffre d'affaires prévisionnel dès la première année sur les contrats

signés.

Nataly Z affirme aujourd'hui devant la cour d'appel, être à l'origine du développement d'un chiffre d'affaires d'un montant de 5 798 689,64 euros au titre de l'année 2014 (pièces 3.1 à 3.15) pour treize congrès qu'elle estime avoir organisé au cours de l'année 2014. Elle sollicite par conséquent la somme de 52 986,89 euros correspond à 1% du chiffre d'affaires réalisés par l'entreprise en 2014 après déduction de la franchise de 500 000 euros H.T. Cependant, de manière assez confuse elle indique aussi ailleurs dans ses écritures être à l'origine d'un chiffre d'affaires de 5 728 176,69 euros, correspondant à une prime de développement de 52 281,76 euros nets.

La SAS MCO conteste les modalités du calcul effectué par Nataly Z du chiffre d'affaires réalisé par l'agence de Lyon, sur la base duquel est calculé le montant de la prime de développement de cette salariée, faisant valoir d'une part qu'il convient de prendre en considération la participation seulement partielle de Nataly Z à l'organisation de certains congrès, et d'autre part de distinguer entre les différents types de contrats concernés, selon que la société MCO intervenait en qualité de prestataire de services ou de mandataire du client.

Au vu des pièces versées aux débats, il s'avère que par courriel du 10 avril 2013 (pièce 580), Nataly Z a indiqué à Marc ..., par l'intermédiaire de tableaux prévisionnels, que la part de chiffre d'affaires à prendre en compte pour la détermination de sa rémunération variable n'était pour certains événements que de 50% du chiffre d'affaires qu'elle développait, voire 30% pour un dossier spécifique. À la suite d'interrogations de Marc ... concernant cette participation, Nataly Z lui a indiqué expressément, par mail du 19 avril 2013 (pièce 581) que ses participations à 50%, mentionnées dans son tableau, s'appliquaient sur le chiffre d'affaires comme convenu ensemble pour les congrès récurrents ou développés avec le directeur général Dario ... et MCO. D'après son tableau prévisionnel pour l'année 2014, elle proposait ainsi un abattement de 50% sur le congrès EUROSPINE et sur les journées lyonnaises de chirurgie du genou et un abattement de 30% sur le congrès sur la main.

Par ailleurs, il ressort des pièces 580 et 581 de l'employeur que par courriel du 10 avril 2013, Nataly Z a proposé à Marc ... de mettre en place un règlement de la prime de développement 2013/2014 par le versement d'une prime par chèque ou virement et l'autre partie par l'intermédiaire d'une facture de traiteur pour le mariage de sa fille, plus avantageux fiscalement pour elle et pour l'entreprise. Ainsi, elle écrivait au dirigeant de la SAS MCO en ces termes : 'Si vous êtes d'accord sur le principe on pourrait s'entendre sur un montant d'environ 6000-7000 euros que je fais facturer directement à MCO sur le compte d'un congrès ou d'un événement interne'.

La SAS MCO a accepté cette répartition et le traiteur a fait une facture, le 14 juin 2013, au nom de la société d'un montant de 8 000 euros (déjeuner séminaire) (pièce 2.9), les parties étant convenues que cette facture faisait office d'avance sur les primes prospection à venir pour l'année 2014 (pièces 583 et 584). Puis, par courriel du 7 avril 2014, Nataly Z a demandé de nouveau à la SAS MCO de lui verser 7 000 euros d'avance sur la prime de l'année 2014, suivant un tableau prévisionnel, sous forme de frais de déplacement, 'et le reste en solde début 2015 après les comptes des congrès en cours' (pièce 584). Par ce même courriel, elle a fourni un tableau prévisionnel du chiffre d'affaire pour l'année 2014, correspondant à environ 20 000 euros de prime de développement. La SAS a de nouveau accepté de lui verser une avance de 7 170,39 euros au titre de l'année 2014, le 28 mai 2014, sous forme de remboursement de frais de déplacement (pièce 2.10).

Il ressort donc des pièces du dossier qu'à la date du 28 mai 2014, la SAS MCO avait réglé 15 170,39 euros à titre d'avance pour la prime de l'année 2014. Cette somme n'est pas contesté par Nataly Z qui souligne même dans sa pièce 3.1 que le solde qui lui restait dû par la SAS MCO au titre de la prime pour l'année 2014, s'élève à 37 817 euros au 2 février 2015, correspondant à la différence entre 52 986, 89 euros et le montant des avances ainsi déjà versées (15 170, 39 euros).

Par ailleurs, la SAS MCO conteste le chiffre d'affaires aujourd'hui revendiqué par la salariée comme base de calcul de sa rémunération variable, faisant valoir qu'il faut ici distinguer entre les contrats dans le cadre desquels la société intervenait en qualité de prestataire de services et ceux dans le cadre desquels elle intervenait en qualité de simple mandataire du client.

S'appuyant sur une attestation de son expert comptable Christian ADNET (pièce 586), elle expose que dans le cadre d'un contrat de prestations de services, la société organise le congrès pour le compte du client, en perçoit les recettes et en assume les charges. Dans cette hypothèse, Nataly Z était commissionnée sur l'intégralité du chiffre d'affaires réalisé par la SAS MCO. Au contraire, dans le cadre d'un contrat de mandat, la SAS MCO ne perçoit que des honoraires et Nataly

REVEL n'était commissionnée que sur le montant des honoraires facturés par la SAS MCO au client, et non comme le soutient la salariée, sur le coût total d'organisation de l'événement.

Ainsi, la SAS MCO établit que pour l'année 2014, le congrès de la Fédération Française de Rugby (rugby FRR) et le congrès de la CNAF ont fait l'objet d'un contrat de mandat (pièces 601 et 596), en sorte que le calcul de la prime de développement est différent de celui invoqué par Nataly Z pour ces deux congrès.

Il ressort des pièces du dossier que la SAS MCO a procédé, par lettre du 17 septembre 2015 (pièce 1.13), au solde des commissions qui étaient dues à Nataly Z au titre de l'année 2014 et dont les honoraires venaient d'être encaissés à la suite de la clôture définitive des dossiers sur la base d'un chiffre d'affaires de 2 449 532 euros, soit une prime s'élevant à un total de 24 495,32 euros bruts soit 19 103,76 euros nets selon la SAS MCO. Déduisant les acomptes précités déjà versés s'élevant à 8000 euros nets le 14 juin 2013 et 7170,39 euros nets le 28 mai 2014, la SAS MCO lui a versé la somme de 3 933,37 euros nets (pièce 12).

Toutefois, sur le fondement d'un nouveau calcul du chiffre d'affaires réalisés au titre de l'année 2014, validé par l'expert comptable de la société en janvier 2016, la SAS MCO a recalculé le chiffre d'affaires réalisé par Nataly Z, au titre de l'année 2014, qu'elle retient désormais comme s'élevant à 3 014 267 euros. Elle en déduit que la base de calcul de la rémunération variable litigieuse était donc de 2 514 267 euros après déduction de la franchise de 500 000 et que Nataly Z devait en fait percevoir au titre de l'année 2014 une prime de 25 142, 67 euros nets et non de 52 986,89 euros, comme la salariée le prétend.

La SAS MCO à compter du 7 janvier 2016, a donc décidé de procéder à une nouvelle régularisation de la prime de développement due à Nataly Z au titre de l'année 2014 et lui a réglé à ce titre la somme de 8 560,12 euros nets (pièce 588 b), ce qui n'est pas contesté par l'intéressée.

Il ressort ainsi des pièces du dossier qu'entre le 14 juin 2013 et le 7 janvier 2016, la

société MCO a versé à Nataly Z la somme de 27 663, 88 euros, au titre de sa prime pour l'année 2014. Cette somme n'est pas contestée par Nataly Z puisqu'elle considère, en prenant compte de cette somme déjà versée, que la SAS MCO doit encore lui verser 24 617, 88 euros, au titre de la prime de développement pour l'année 2014.

Au vu de ces éléments, faute par Nataly Z de rapporter la preuve du caractère erroné des calculs ici retenus par la société MCO sur la base des indications précitées de son expert-comptable, la cour estime que la rémunération variable due à Nataly Z au titre de l'exercice 2014 n'était donc que de 25'142,67 euros et que l'intéressée ayant perçu une somme de 27'663,88 euros à ce titre, sa demande en paiement d'un complément de rémunération variable pour 2014 s'avère mal fondée, l'intéressée ayant été remplie de ses droits.

Au titre de l'année 2015 :

Au titre de l'année 2015, Nataly Z fait valoir qu'elle n'a perçu aucune prime de développement ni même une avance au titre de l'année 2015 (pièces 1.5 et 1.12 bis) alors qu'elle a généré un chiffre d'affaires de 856 015,74 euros. Elle en déduit qu'après déduction de la franchise de 500 000 euros la base de calcul de sa rémunération variable est de 356'015,74 euros, ce qui lui ouvre droit à une prime de 3 560,01 euros nets (pièces 3.16 à 3.20 bis), pour l'organisation de six congrès en 2015.

La SAS MCO conteste le montant du chiffre d'affaires ainsi invoqué par Nataly Z, en se fondant ici encore sur la distinction entre les contrats de prestation de services et les contrats de mandat.

S'appuyant sur l'attestation précitée de son expert comptable (pièce 590), la société MCO expose que le chiffre d'affaires ramené à l'entreprise par Nataly Z s'est élevé à 333 768,28 euros (pièce 607) et non à 856 015,74 euros comme le prétend la salariée et que cette somme étant inférieure au seuil de 500 000 euros, aucune prime de développement n'est due à Nataly Z une prime pour l'année 2015.

En l'absence de contestation motivée par Nataly Z de ces chiffres établis par l'expert-comptable de la société MCO la cour ne peut que constater que cette salariée ne justifie pas en état de son droit à une prime de développement pour l'exercice 2015 et débouter Nataly Z de sa demande en paiement de ce chef.

5.'Sur la demande d'indemnité pour travail dissimulé :

Il résulte de l'article L. 8221-1 du code du travail qu'est prohibé le travail totalement ou partiellement dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

Aux termes de l'article L. 8221-5 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement soit de la déclaration préalable à l'embauche, soit de la délivrance du bulletin de paie, soit aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des cotisations ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales

L'article L. 8223-1 du même code énonce qu'en cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L. 8221-3, ou en

commettant les faits prévus à l'article L. 8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire. La dissimulation d'emploi salarié prévue par ces textes n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a agi de manière intentionnelle.

Il est constant que le montant de l'indemnité forfaitaire doit être calculé en tenant compte des heures supplémentaires accomplies par le salarié au cours des six mois précédant la rupture du contrat de travail.

En l'espèce, Nataly Z fait valoir à l'appui de sa demande en paiement d'une indemnité forfaitaire pour travail dissimulé, que la SAS MCO a mis en place un système frauduleux de dissimulation d'éléments de salaire, que sont les primes de développement, en note de frais.

Nataly Z prétend que cette pratique permettait à la SAS MCO de faire l'économie du paiement des cotisations salariales et patronales de sécurité sociale et avait pour effet de la priver de ses droits sociaux.

Nataly Z verse aux débats, pour démontrer qu'il s'agissait d'une pratique courante au sein de la SAS MCO un courriel de Nathalie ..., comptable de la SAS MCO du 23 mai 2011 (pièce 2.6) l'informant qu'il lui restait 750 euros au titre de sa prime de décembre. Nataly Z l'a alors questionné sur la possibilité de convertir cette prime en frais de déplacement. Nathalie ... a accepté que Nataly Z établisse plusieurs notes de frais ou fasse établir une facture au nom de la SAS MCO pour tout achat présentant un lien minimum avec l'activité de la société.

Nataly Z établit également, par des courriels échangés avec Marc ... les 10 et 19 avril 2013 (pièces 2.7 à 2.9), qu'elle avait évoqué avec Dario ..., directeur général de la SAS MCO la possibilité d'un règlement de la rémunération variable selon deux modes : 'une prime classique d'un montant à déterminer (par exemple 2 000 euros par chèque ou virement pour partir en vacances); une partie par l'intermédiaire d'une facture Traiteur (Serge Magner)' pour marier sa fille. Elle précisait ainsi à la SAS MCO que cette solution serait plus avantageuse fiscalement pour les deux parties. La SAS MCO a accepté cette pratique en précisant à Nataly Z, dans un courriel du 19 avril 2013, qu'elle devait leur communiquer ses notes de frais au titre de ses commissions de 2011 et en réceptionnant, par mail du 20 juin 2013, la facture traiteur demandée au traiteur d'un montant de 8 000 euros faisant office d'acompte sur les primes de prospection à venir pour 2014 (pièce 583).

La SAS MCO a tenté de régulariser la situation de Nataly Z après la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail, en assujettissant les sommes versées à Nataly Z, en juin 2013 et en mai 2014, à cotisations de sécurité sociale (bulletin de paie de septembre 2015, pièces 1.13 et 1.13 bis).

Pour sa part, la SAS MCO allègue que Nataly Z est à l'origine de la demande tendant à ce que la société lui octroie des avances de commissions, non encore exigibles, sur son activité de l'année 2014, sous forme de frais de déplacement ou sous forme de prêt. La SAS MCO prétend également que la salariée ne produit aucun mail de Dario ... lui proposant un tel mode de rémunération.

Toutefois, la SAS MCO détenant le pouvoir de direction, ne peut valablement se dégager de sa responsabilité en indiquant que c'est la salariée qui lui a proposé de mettre en place ce système frauduleux.

Pour tenter de justifier cette pratique, la SAS MCO affirme aujourd'hui dans ses écritures qu'elle a payé la facture du traiteur en juillet 2013 (pièce 200) aux lieu et place de Nataly Z, considérant qu'elle lui octroyait un prêt qui serait transformé en paiement de commissions, si des commissions étaient dues à Nataly Z, après l'encaissement des fonds de tous les congrès et après que ces congés aient été validés en comptabilité par l'expert-comptable de la société.

Il résulte toutefois des motifs qui précèdent, et en particulier des courriels précités de Natalie ... du 23 mai 2011 et de Nataly Z des 10 et 19 avril 2013 et 7 avril 2014, que ce mode de règlement de la rémunération variable due à Nataly Z avait été adopté par la direction de la société MCO non à titre de prêt régularisable a posteriori mais bien pour permettre en pleine connaissance de cause tant à l'employeur qu'à la salariée d'éviter des charges sociales et fiscales afférentes à cette partie de sa rémunération.

Certes, la société MCO a éprouvé en septembre 2015 le besoin soudain de déclarer et de soumettre à cotisations sociales les sommes ainsi indirectement versées à Nataly Z au titre de sa rémunération variable sous la forme de règlement direct de facture de fournisseurs. Il y a lieu toutefois de relever qu'il ne s'agissait là aucunement d'une régularisation normale consécutive au prêt allégué, puisque cette régularisation aurait alors dû intervenir à la clôture de l'exercice au moment du calcul définitif des commissions dues à Nataly Z pour l'année en cours. Or, tel n'a aucunement été le cas, puisque cette 'régularisation' n'a en réalité été que la conséquence de la prise d'acte de la rupture par la salariée intervenue en août 2015 et des reproches qu'elle y formulait à l'encontre de son employeur au titre d'un défaut de paiement de sa rémunération variable.

La mauvaise foi de l'employeur est donc parfaitement avérée en l'espèce et la société MCO encourt donc assurément la sanction prévue par l'article L. 8223-1 précité. Elle doit donc être condamnée par application de ce texte à payer à Nataly Z une indemnité égale à 6 mois de salaire, soit la somme de 36'505,20 euros, puisque le salaire moyen de Nataly Z s'élevait à la somme de 6084,20 euros bruts par mois selon l'employeur.

6- Sur la prise d'acte de la rupture du contrat de travail :

Il résulte de la combinaison des articles L. 1231-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du code du travail que la prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur qui empêche la poursuite du contrat de travail.

L'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige; le juge est tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans cet écrit. Il appartient au salarié d'établir les faits qu'il allègue à l'encontre de l'employeur.

En cas de prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié, cette rupture produit, soit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission.

En l'espèce, Nataly Z a pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur par le courrier précité du 1er août 2015.

Elle reproche à la société MCO d'avoir violé ses droits salariaux et sociaux en raison du non-

paiement de la part variable du salaire, du non paiement du salaire de base contractuel et par la substitution intentionnelle d'éléments de salaire par des remboursements de fausses notes de frais, caractérisant un travail dissimulé.

Il résulte des motifs qui précèdent que la société MCO s'est abstenue de régler à Nataly Z une somme de 16 630,28 euros à titre de rappel de salaire de 35 h à 39 heures pour la période allant du mois d'octobre 2012 au mois de juillet 2015 inclusivement.

Ce défaut de paiement d'une part importante du salaire constitue une exécution fautive par l'employeur d'un élément essentiel du contrat de travail rendant à lui seul impossible toute poursuite de l'exécution de ce dernier.

Nataly Z était donc fondée à prendre acte le 5 août 2015 de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur, et cette prise d'acte doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

7- Sur les conséquences financières de la prise d'acte de la rupture du contrat

Il résulte des pièces versées aux débats qu'au jour de la rupture du contrat de travail, avait une ancienneté de 6 ans et 8 mois dans une entreprise employant habituellement 30 salariés.

Au terme de ses conclusions, l'employeur demande à la cour de fixer le salaire moyen perçu par Nataly Z à la somme de 6084,20 euros bruts par mois.

Pour sa part, Nataly Z sollicite la fixation de ce salaire brut moyen sur les 12 derniers mois à la somme de 8502,19 euros. Toutefois, ce montant ne saurait ici être retenu puisqu'il intègre à tort des sommes réclamées indûment par la salariée au titre de sa rémunération variable pour les années 2014 et 2015.

En l'état, la cour, vu les pièces versées aux débats, ne peut que constater que Nataly Z ne rapporte pas la preuve de ce qu'elle a perçu au cours de la période allant du mois d'août 2014 au mois de juillet 2015 une rémunération moyenne prime comprise supérieure à la somme de 6084,20 euros bruts par mois.

Ce salaire de référence sera donc ici retenu.

Dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse :

En vertu des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, si un licenciement intervient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, alors que le salarié a plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise occupant habituellement au moins onze salariés, et qu'il n'y a pas réintégration du salarié dans l'entreprise, il est octroyé à celui-ci, à la charge de l'employeur, une indemnité ne qui ne peut pas être inférieure aux salaires des six derniers mois.

En l'espèce, Nataly Z sollicite une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse de 110 000 euros.

Il ressort des pièces du dossier que Nataly Z n'a pas retrouvé d'emploi à la suite de sa prise d'acte le 1er août 2015 et n'a bénéficié d'une prise en charge par Pôle Emploi qu'à compter du mois de janvier 2016. Pendant cinq mois, Nataly Z n'a donc perçu aucune indemnité de

chômage (pièces 5.10 à 5.13).

Nataly Z établit également qu'à la suite du jugement déféré et alors que la prise d'acte a été considérée comme justifiée, la SAS MCO a refusé de lui transmettre une attestation Pôle Emploi rectifiée, empêchant ainsi la prise en charge par Pôle Emploi sur la base réelle de son salaire.

En considération de son ancienneté dans l'entreprise au jour de la prise d'acte (6 ans et 8 mois), de son âge au jour de la rupture du contrat de travail (51 ans), de son expérience professionnelle, de sa capacité à retrouver un nouvel emploi, du montant de sa rémunération au moment de la rupture et des circonstances précitées du licenciement, tels que ces divers éléments résultent des pièces du dossier, la cour dispose d'éléments suffisants pour évaluer à 61 000 euros le préjudice subi par Nataly Z en suite de ce licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il y a donc lieu d'infirmier le jugement déféré et de condamner la société MCO à lui payer cette somme à titre de dommages-intérêts de ce chef, cette somme portant intérêts au taux légal, par application de l'article 1153'1 du code civil dans sa rédaction applicable au litige, à compter du jugement du 19 mai 2016 sur la somme de 41'000 euros et à compter du présent arrêt pour le surplus.

L'indemnité compensatrice de préavis :

En application de l'article L. 1234-5 du code du travail, l'inobservation du délai-congé ouvre droit, sauf faute grave, à une indemnité compensatrice égale aux salaires et avantages, y compris l'indemnité de congés payés, que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail.

L'article 15 de la convention collective nationale SYNTEC prévoit, pour les ingénieurs et les cadres, un préavis d'une durée de trois mois, quelle que soit la partie qui dénonce le contrat, sauf accord entre les parties prévoyant une durée supérieure.

En l'espèce, Nataly Z sollicite donc l'octroi d'une indemnité compensatrice de préavis d'un montant de 25 508, 37 euros, équivalant selon elle à 3 mois de son salaire qu'elle évalue à 8502,79 euros bruts par mois.

Ce montant n'apparaît toutefois pas pertinent puisqu'il intègre les rappels de commissions précitées qui s'avèrent avoir été réclamées à tort par la salariée pour les années 2014 et 2015.

Il y a donc lieu de faire droit à la demande subsidiaire de la société MCO tendant à la fixation de l'indemnité compensatrice de préavis de Nataly Z à la somme de 18 252,60 euros, sur la base sur la base du salaire précité de 6084,20 euros bruts.

La société MCO sera donc condamnée à payer cette somme à Nataly Z, ainsi que la somme de 1825,26 euros au titre des congés payés y afférents, le tout avec intérêts au taux légal à compter, par application de l'article 1153 du Code civil dans sa rédaction applicable au litige, du 6 octobre 2015, date de la réception par l'employeur de sa convocation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, valant première mise en demeure de payer dont il soit justifié.

L'indemnité conventionnelle de licenciement :

L'article 19 de la convention collective nationale SYNTEC prévoit que l'indemnité de licenciement se calcule en mois de rémunération sur les bases suivantes : après deux ans d'ancienneté, un tiers de mois par année de présence de l'ingénieur ou du cadre, sans pouvoir excéder un plafond de douze mois. Le mois de rémunération s'entend dans le cas particulier comme le douzième de la rémunération des douze derniers mois précédant la notification de la rupture du contrat de travail, cette rémunération incluant les primes prévues par les contrats de travail individuels et excluant les majorations pour heures supplémentaires au-delà de l'horaire normal de l'entreprise et les majorations de salaire ou indemnités liées à un déplacement ou un détachement. Pour les années incomplètes, l'indemnité de licenciement est calculée proportionnellement au nombre de mois de présence (...).

En l'espèce, Nataly Z sollicite le versement de la somme de 19 675, 45 euros à titre d'indemnité de licenciement.

Nataly Z avait au jour de la rupture du contrat une ancienneté de 6 ans et 8 mois, soit 6,6666 ans.

L'indemnité conventionnelle de licenciement du Nataly Z s'établit donc ainsi : $6084,20 \text{ euros} \times 6,666 \text{ ans} \times 1/3 = 13'520,31 \text{ euros}$

La cour condamne en conséquence la société MCO à verser à Nataly Z la somme de 13'520,31 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, avec intérêts au taux légal à compter, par application de l'article 1153 du Code civil dans sa rédaction applicable au litige, du 6 octobre 2015, date de la réception par l'employeur de sa convocation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, valant première mise en demeure de payer dont il soit justifié.

Remboursement des prestations chômage Pôle Emploi :

S'agissant d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, il y a lieu d'ordonner d'office, par application des dispositions de l'article L. 1235-4 du code du travail, le remboursement par la SAS MCO à Pôle Emploi des indemnités de chômage payées à Nataly Z en suite de cette prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, dans la limite de trois mois d'indemnités.

8- Sur la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence :

Nataly Z sollicite la condamnation de l'employeur à lui verser la somme de 2 777, 90 euros à titre de contrepartie de sa clause contractuelle de non concurrence pour les mois d'août et septembre 2015, outre 277, 79 euros de congés payés afférents.

En application du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et des dispositions de l'article L. 1121-1 du code du travail, une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière sérieuse, ces conditions étant cumulatives.

Il est constant qu'il incombe à l'employeur se qui se prétend délivré de l'obligation de payer la

contrepartie financière d'une clause de non-concurrence de rapporter la preuve de la violation de cette clause par le salarié et qu'à défaut, la contrepartie est due; à l'inverse, si l'employeur ne verse pas l'indemnité prévue par le contrat de travail, l'ancien salarié est libéré de son obligation de non-concurrence.

En l'espèce, le contrat de travail de Nataly Z contient en son article 8 une clause de non-concurrence ainsi rédigée :

" Compte tenu de la nature de ses fonctions et des informations dont il dispose, Madame Nataly Z s'engage, en cas de cessation du contrat de travail pour quelque cause que ce soit et quelle que soit la partie qui en prend l'initiative, à ne pas louer ses services à un établissement similaire, ni à créer, gérer, ou administrer une entreprise directement ou indirectement concurrentes.

Pour tenir compte de la spécificité des activités de la société, l'étendue géographique de l'engagement de non-concurrence sera valable en tous lieux mais limité aux clients ou aux prospects pour les activités auxquelles Madame Nataly Z aura participé dans le cadre de projets, études, contrats qu'elle aura gérés, contrôlés, supervisés ou prospectés durant ses 2 dernières années de présence au sein de la société...

La durée de validité de cet engagement de non-concurrence est limitée à un an après la cessation du contrat de travail.

En contrepartie de cette obligation de non-concurrence Madame Nataly Z percevra après son départ effectif de la société et pendant la durée de l'interdiction, une indemnité mensuelle spéciale égale à 1/3 de la moyenne mensuelle du salaire de base perçu par elle au cours des 12 derniers mois de présence dans la société.

La société se réserve toutefois la faculté de libérer Madame Nataly Z de l'interdiction de concurrence. Dans ce cas elle préviendra l'intéressé, par écrit, dans les 8 jours qui suivent la notification de la rupture du contrat de travail et/ou au plus tard avant le terme du contrat.

L'indemnité mensuelle spéciale prévue ci-dessus étant la contrepartie du respect de la clause de non-concurrence, elle cesse d'être due en cas de non-respect de ses obligations par l'intéressé, sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent lui être réclamés. "

Il n'est pas contesté que la société MCO n'a pas usé de la faculté qui lui était ainsi ouverte de libérer Nataly Z de cette obligation de non-concurrence dans le délai de huit jours qui a suivi la notification de la rupture de son contrat de travail.

La salariée, ne se voyant pas verser par son ancien employeur la contrepartie financière qui lui était due en vertu de cette clause à la suite de la rupture le 4 août 2015 de son contrat de travail, a dénoncé par courrier du 5 octobre 2015 (pièce 1.16) son engagement de non-concurrence et à réclamé auprès de la SAS MCO le paiement de ses droits.

Pour se justifier du non paiement de la contrepartie financière à Nataly Z depuis la rupture du contrat de travail, la SAS MCO prétend dans ses écritures que celle-ci n'a jamais respecté son obligation contractuelle de non-concurrence.

En ce sens, la société MCO fait valoir que Nataly Z a déposé auprès de la Société Française

de Médecine Physique et de Réadaptation (SOFMER) une candidature spontanée pour occuper un poste de secrétariat de gestion (pièce 122).

Il résulte des pièces versées aux débats :

'que la SOFMER (pièce 121), société savante, a lancé un appel d'offre pour renouveler son 'PCO', c'est-à-dire le prestataire de services qu'elle mandatait pour l'organisation de ses congrès,

' que le conseil d'administration, réuni le 10 juin 2015, a décidé de pré-sélectionner trois candidats, dont la SAS MCO

'que lors de ce même conseil d'administration, il a également été discuté du projet de création d'une société commerciale distincte de l'entité scientifique SOFMER et d'un poste d'assistant de gestion administrative de cette société, en interface avec un PCO,

'que l'objectif de SOFMER était de se doter d'un secrétariat de gestion renforcé dans le cadre de la nouvelle organisation, opérationnelle au 1er janvier 2016, consistant à séparer les activités scientifiques de la SOFMER des activités commerciales avec création d'une filiale commerciale.

' que c'est pour ce poste d'assistant de gestion administrative de la nouvelle société en cours de création que Nataly Z a présenté sa candidature en mai 2015 et a été auditionnée par les responsables de la SOFMER le 29 mai 2015 puis le 2 juillet 2015, soit le même jour que l'audition relative aux appels d'offre, alors qu'elle travaillait encore pour la société MCO

' que c'est à la fin du mois de juillet 2015 que la SOFMER a décidé d'écarter au bénéfice d'une société concurrente l'offre de la société MCO portée par Nataly Z.

Nataly Z ne conteste pas avoir envisagé au mois de mai 2015 de quitter la SAS MCO pour la SOFMER, à l'égard de laquelle elle avait en charge un appel d'offre auquel répondait son employeur, et dont les activités n'étaient selon elle pas concurrentes de celles de la SAS MCO Nataly Z établit en effet que son poste éventuel devait au sein de la filiale commerciale de SOFMER servir d'interface entre SOFMER et les PCO, dont la société MCO (5.9).

La cour relève qu'effectivement, vu les pièces versées aux débats, rien n'établit en l'état que la structure au sein de laquelle devait être créé l'emploi pour lequel Nataly Z a postulé ait eu une quelconque activité concurrente de celle de la société MCO

En effet, l'objet social de la SOFMER était de ' 1°) discuter, diffuser, valoriser et initier la recherche dans la discipline de médecine physique et de réadaptation, à l'occasion des séances scientifiques, du congrès et par l'intermédiaire de sa revue; 2°) de développer les relations avec les organismes de recherche reconnus (...); 3°) de promouvoir la discipline; 4°) de participer à la formation des médecins, des paramédicaux et autres intervenants; 5°) d'être un interlocuteur reconnu par les organismes de tutelle'.

D'autre part, il ressort des pièces du dossier que le poste d'assistant de gestion administrative auprès de la filiale commerciale de la SOFMER devait servir d'interface entre SOFMER et les prestataires, dont MCO, qui est donc particulièrement mal venu à soutenir aujourd'hui que

cette filiale commerciale était susceptible de lui faire concurrence.

En tout état de cause et à supposer même que la SOFMER ou sa filiale aient exercé une telle activité concurrente de MCO, Nataly Z fait à juste titre valoir qu'elle n'a finalement pas été embauchée par la SOFMER à la suite de la rupture de son contrat de travail chez MCO et verse aux débats une attestation de la secrétaire générale de la SOFMER, le Docteur Patricia ... (pièce 5.9) qui atteste par courrier du 23 décembre 2015 qu' 'il n'a été donné aucune suite à ce projet de collaboration' et que Nataly Z 'n'entretient à ce jour aucun rapport professionnel avec la SOFMER, que ce soit en qualité de salariée ou en qualité de freelance'.

Ainsi, la cour constate qu'en l'espèce, il n'a existé entre Nataly Z et la SOFMER que des actes préparatoires, sans engagement définitif, qui n'étaient donc aucunement susceptibles de constituer une violation de l'obligation de non-concurrence ici litigieuse.

Dès lors et en l'absence de toute démonstration par l'employeur d'une violation par Nataly Z de ses obligations contractuelles, celle-ci est fondée à solliciter de son ancien employeur le paiement de l'indemnité prévue par sa clause de non-concurrence, soit pour la période d'août et septembre 2015 la somme de $1/3 \times 6084,20 \text{ euros} \times 2 \text{ mois} = 4056,13 \text{ euros}$

La cour constate toutefois que Nataly Z sollicite la condamnation de son employeur à lui payer à ce titre la somme de 2777,90 euros, outre 277,79 euros de congés payés y afférents.

La cour ne pouvant statuer au-delà des demandes présentées par les parties, il y a lieu d'infirmer le jugement déféré sur ce point et de condamner la société MCO à payer à Nataly Z cette somme de 2777,90 euros en contrepartie de son obligation de non-concurrence pour les mois d'août et septembre 2015, outre la somme de 277,79 euros au titre des congés payés y afférents, le tout avec intérêts au taux légal à compter, par application de l'article 1153 du Code civil dans sa rédaction applicable au litige, du 6 octobre 2015, date de la réception par l'employeur de sa convocation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, valant première mise en demeure de payer dont il soit justifié.

9 - Sur les demandes reconventionnelles de la SAS MCO :

9.1' Sur la demande en paiement par Nataly Z d'une indemnité de préavis :

La SAS MCO sollicite la condamnation de Nataly Z à lui payer la somme de 18 252, 60euros à titre de dommages et intérêts correspondant au préavis, avec intérêts de droit au jour de l'audience devant le Conseil de prud'hommes, soit le 21 janvier 2016.

Il convient toutefois de rappeler que la rupture du contrat de travail n'est pas imputable à une démission de Nataly Z mais à sa prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur, qui s'avère fondée et produit en conséquence les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Cette demande l'employeur sera donc rejetée comme mal fondée.

9.2' sur la demande de dommages-intérêts pour comportement déloyal de Nataly Z :

Il résulte des dispositions de l'article 1135 du code civil et L.1222-1 du code du travail que le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi. L'obligation de loyauté, inhérente au contrat de travail, impose au salarié de ne pas nuire à la réputation ou au bon fonctionnement de la société durant l'exécution du contrat de travail, notamment par des actes de dénigrement ou de concurrence contraires à l'intérêt de l'entreprise.

Il appartient donc à la société MCO au soutien de sa demande en paiement par Nataly Z de la somme de 222 750 euros à titre de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail, correspondant au préjudice subi pour la perte du contrat SOFMER, de rapporter la preuve du caractère déloyal de l'exécution faite par la salariée de son contrat de travail, et en particulier de son intention de nuire à son employeur.

En l'espèce, la SAS MCO soutient en ce sens que ce comportement déloyal de Nataly Z à son égard est constitué par le fait qu'elle a proposé ses services à une société concurrente, la SOFMER, afin de se voir confier une partie des prestations concernées par l'appel d'offre auquel la SAS MCO avait répondu avec sa collaboration, le 25 mars 2015 (pièce 123).

Il résulte toutefois des motifs qui précèdent :

' que ni la SOFMER, ni sa filiale commerciale alors en cours de création n'avait a priori d'activité concurrente de la société MCO puisque précisément la création de cette filiale commerciale avait pour objet de faciliter les relations entre SOFMER et les organisateurs d'événements tels que MCO,

' qu'en tout état de cause et à supposer même qu'une telle activité concurrente ait pu être envisagée, il est amplement démontré que Nataly Z n'a jamais travaillé pour le compte de la société SOFMER que ce soit directement ou indirectement,

'et qu'il ne saurait lui être sérieusement reproché d'avoir simplement pris des contacts avec cette entreprise en vue d'un recrutement sur un emploi qui ne concurrençait en rien l'activité de la société MCO

Par ailleurs et surtout, le fait que Nataly Z ait été reçue en entretien en vue de son éventuelle embauche dans ce cadre à deux reprises les 29 mai et 2 juillet 2015 alors qu'elle portait par ailleurs la candidature de MCO auprès de la SOFMER ne saurait à soi seul démontrer ni l'intention de cette salariée de nuire à son employeur, ni l'imputabilité aux agissements de l'intéressée du fait que la société MCO n'est pas été retenue par la SOFMER au terme de son appel d'offres de PCO.

Sur ce dernier point, la cour constate en particulier que contrairement à ce que soutient aujourd'hui MCO, rien ne démontre que celle-ci se soit fait évincer de l'appel d'offres au profit de Nataly Z, que ce soit directement ou indirectement, l'employeur procédant ici par pures allégations sans produire le moindre document de nature à étayer cette thèse.

Au contraire, Nataly Z souligne pertinemment que, par courrier du 23 décembre 2015 (pièce 5.9), la secrétaire générale au sein de la SOFMER, a attesté que la SAS MCO n'a pas été retenue 'en raison de plusieurs critères étrangers à l'intervention de Madame ...' et que 'la SOFMER n'assure pas l'organisation de son prochain congrès puisque seule la société R3 Organisation (société en constitution), filiale de la société savante, sera chargée de cette mission. La décision quant aux choix des partenaires ne reviendra qu'à cette seule structure, la SOFMER ne peut être considérée comme engagée dans le processus de détermination de choix du prestataire'.

Ainsi, il s'avère que les accusations ici portées par la société MCO contre Nataly Z s'avèrent aussi fantaisistes que révélatrices de la mauvaise foi de cet employeur qui sera donc débouté

de sa demande de dommages-intérêts présentée de ce chef.

Le jugement déferé sera donc sur ce point infirmé.

9.3- Sur le détournement de l'ordinateur portable à des fins personnelles :

En l'espèce, la SAS MCO sollicite la condamnation de Nataly Z à lui verser la somme de 20 000 euros à titre de dommages et intérêts pour effacement des données contenues dans l'ordinateur MAC remis par son employeur et remise tardive de ses matériels informatiques.

La SAS MCO reproche en effet à Nataly Z d'avoir conservé son ordinateur professionnel MacBook Air A 1466 à la suite de la prise d'acte de rupture du contrat de travail, jusqu'au 17 novembre 2015, soutenant que cet ordinateur n'a pas été remis à la SAS MCO lorsque l'un de ses salariés s'est rendu le 8 septembre 2015 dans les locaux lyonnais de JOSÉPHINE PRODUCTIONS, le bailleur, pour récupérer le matériel de la société (542).

L'employeur verse au débat une mise en demeure, adressée au conseil de Nataly Z le 16 novembre 2015, de restituer l'ordinateur appartenant à la société (543 à 546) . La société MCO soutient que par courrier du même jour, son directeur général Dario ... a contacté la secrétaire du centre d'affaires où était situé le bureau de la société à Lyon, laquelle indiquait que le centre ne détenait aucun matériel ou autre mobilier qui appartenait à la SAS MCO Aucune preuve n'est toutefois rapportée de la réalité de cette réponse.

La SAS MCO a finalement récupéré l'ordinateur professionnel le 17 novembre 2015 (pièce 540).

Cependant, Nataly Z verse aux débats un courrier de la gérante du centre d'affaire hébergeant les locaux de la SAS MCO à Lyon, Patricia ..., en date du 16 novembre 2015 (pièce 5.6) établissant que cet ordinateur était depuis le mois d'août 2015 à la disposition de la société MCO mais que celle-ci ne l'avait pas récupéré lors du déménagement puisqu'il a été retrouvé au fond d'un placard lorsque les bureaux ont été reloués à une autre société. La gérante a alors proposé à la SAS MCO par cette même lettre, de venir récupérer l'ordinateur. Quoi qu'en dise ici encore l'employeur, rien ne permet de mettre en cause la bonne foi de ce témoin et le bien fondé de ses déclarations.

En outre, Nataly Z établit par sa pièce 5.16 que Nathalie ..., comptable de la SAS MCO a été destinataire en copie d'un mail du 21 août 2015, adressé à Nataly Z par une employée de JOSEPHINE PRODUCTION, société bailleuse des locaux lyonnais de MCO, ainsi rédigé :

" ... Nathalie,

je te confirme avoir bien récupéré tes clés bureau et parking.

Il reste dans le bureau ordi, écran, tel portable et dossiers société.

Nathalie ..., la comptable de MCO, doit les faire récupérer dès que possible.

Concernant le mobilier, il faut aussi que NC au récupéré de table en verre avec descente, les deux fauteuils la lampe allogène

bises

Gaëlle CRETINON "

La cour constate donc que la SAS MCO était, dès le mois d'août 2015, en mesure de récupérer cet ordinateur et de vérifier si tout matériel était bien présent dans le local précédemment occupé par Nataly Z.

Par ailleurs et quoi qu'en dise aujourd'hui l'employeur, Nataly Z n'a pas manqué à ses obligations professionnelles en ne se rendant pas au siège social situé à Marseille afin de remettre elle-même le matériel appartenant à la SAS MCO dès lors qu'il n'est aucunement établi que celle-ci le lui a demandé.

La SAS MCO considère également que l'attestation de Patricia ... est mensongère, affirmant l'ordinateur ne pouvait s'être trouvé dans ses locaux lyonnais dès le mois d'août 2015 puisque Hugo ..., spécialiste en informatique, a attesté, par courrier du 18 novembre 2015 (pièce 540), que l'ordinateur a été 'réinstallé' le jeudi 10 septembre 2015, que cette opération a été terminée le lendemain, et qu'en l'absence de compte utilisateur, il y avait selon lui lieu d'en déduire que l'ordinateur a été reformaté 'd'usine', en sorte que les fichiers effacés ne pouvaient pas être récupérés, comme s'il n'avait jamais été utilisé.

Toutefois, rien n'établit en l'état l'imputabilité à Nataly Z de ce formatage du disque dur effectué le 10 septembre 2015, d'autant qu'il est établi que la société MCO a été informée, via sa comptable dès le 21 août 2015 de ce que cet ordinateur était à sa disposition dans ses locaux lyonnais.

Enfin, concernant le préjudice allégué par la société MCO que celle-ci soutient avoir subi du fait de ce formatage de l'ordinateur ayant effacé toutes les traces des prospections effectuées à Lyon, des démarches commerciales, de tous les messages échangés avec les clients et/ou les prospects de MCO, force est de constater qu'ici encore l'employeur procède par pure affirmation et ne rapporte aucunement la preuve du bien-fondé de cette allégation, d'autant que Nataly Z ne devait pas manquer lorsqu'elle travaillait d'être connectée fréquemment au réseau de l'entreprise et de procéder à des sauvegardes informatiques de nature à permettre à MCO de ne pas perdre ces données en cas d'incident ou de panne.

Ainsi, la cour constate que la société MCO ne rapporte la preuve ni de la faute ici reprochée à la salariée, ni du préjudice qui en serait résulté pour l'employeur. Il y a donc lieu d'infirmier le jugement déféré et de débouter la société MCO de sa demande de dommages-intérêts de ce chef.

9.4- Sur la demande en remboursement par Nataly Z des honoraires de Hugo ... :

La société MCO sollicite la condamnation de Nataly Z au paiement de la somme de 4 752 euros TTC en remboursement des honoraires de Hugo ..., expert judiciaire.

En l'absence cependant de toute faute avérée de Nataly Z en lien avec l'utilisation des ordinateurs examinés par ce technicien et en l'état de surcroît de la décision unilatérale de l'employeur de recourir à cet examen technique de ces appareils réalisé de façon non contradictoire, cette demande s'avère totalement mal fondée et doit être rejetée.

9.5- Sur la non-restitution des clés du parking :

En l'espèce, la SAS MCO sollicite la condamnation de Nataly Z à lui verser la somme de 5 000 euros pour non-restitution des clés du parking.

La SAS MCO prétend avoir subi un préjudice résultant de la non-restitution par Nataly Z dès la rupture de son contrat de travail le 1er août 2015 des clés du parking que son employeur lui avait loué. Par une lettre du 22 décembre 2015, la SAS MCO soutient que Nataly Z a gardé les clés du parking et qu'elle a continué d'y garer son véhicule, ce qui a contraint la société à payer le loyer jusqu'au 31 décembre 2015, lui causant ainsi un préjudice financier.

En ce sens, elle verse aux débats une attestation de M. ..., gestionnaire du parking, en date du 28 décembre 2015 (pièce 559).

Ce dernier atteste que la SAS MCO lui a régulièrement signifié la résiliation du bail pour le 30 septembre 2015 mais que les clés d'accès au parking ne lui ont pas été restituées. Il affirme qu'"un véhicule a continué à s'y garer" selon leurs constatations occasionnelles, sans précision supplémentaire sur la description du véhicule. Le gestionnaire a donc continué à prélever sur le compte de la société MCO le montant du loyer s'élevant à 363, 38 euros au titre du quatrième trimestre 2015. À la demande de la SAS MCO M. ... a récupéré les clés du parking le 24 décembre 2015 auprès de la société JOSÉPHINE PRODUCTIONSbailleresse des locaux de la MCO à Lyon.

La SAS MCO affirme alors que Nataly Z a volontairement manqué à ses obligations professionnelles en ne restituant pas elle-même les clés du parking à son ancien employeur, afin de lui nuire.

Toutefois, Nataly Z établit que la SAS MCO a été clairement informée par le courriel précité du 21 août 2015 (pièce 5.16) adressé en copie à sa comptable Nathalie ..., de ce que les clés de son bureau et du parking avaient été remises par elle à la société JOSÉPHINE PRODUCTION de sorte qu'elles étaient désormais à la disposition de l'employeur.

Elle verse également aux débats un courriel du 23 décembre 2015 de la société JOSÉPHINE PRODUCTION adressé à cette même Nathalie ..., lui confirmant que les clés du parking se trouvait à la disposition de la SAS MCO et qu'elle les avait gardées, d'un commun accord avec la SAS MCO dans l'attente d'une réponse de la régie pour relouer la place de parking.

Au vu de ces éléments, il y a lieu de constater que Nataly Z n'a ici commis aucune faute, n'étant pas, quoi qu'en dise aujourd'hui l'employeur, contractuellement tenue de remettre en main propre à ce dernier les clés du parking, faute de demande expresse de la société MCO en ce sens.

La société MCO sera donc également déboutée de cette demande, qui s'avère mal fondée.

10- Sur les demandes accessoires :

Partie perdante, la SAS MCO sera condamnée aux dépens de première instance et d'appel.

Nataly Z a dû pour la présente instance exposer tant en première instance qu'en appel des frais de procédure et honoraires non compris dans les dépens qu'il serait les données du litige,

particulièrement inéquitable de laisser intégralement à sa charge.

La SAS MCO sera donc condamnée à payer à Nataly Z la somme globale de 5 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais par elle exposés tant en première instance qu'en cause d'appel.

PAR CES MOTIFS, La Cour,

ÉCARTE des débats les courriels issus de la messagerie personnelle de Nataly REVEL (nataly.revel@orange.fr) envoyés ou reçus depuis une autre messagerie personnelle et concernant strictement sa vie privée ;

CONFIRME le jugement déferé en ce qu'il a :

- dit et jugé que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail de Nataly Z est justifiée et produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse;
- débouté la SAS MCO de sa demande de condamnation de Nataly Z au paiement de la somme de 4 752 euros TTC en remboursement des honoraires de M. ..., expert judiciaire;
- condamné la SAS MCO à rembourser aux organismes concernés les indemnités de chômage versées à Nataly Z du jour de son licenciement à celui du jugement, dans la limite de trois mois d'indemnités;
- débouté Nataly Z de sa demande de rappel de commissions pour 2014, outre les congés payés afférents;
- débouté Nataly Z de sa demande de rappel de commissions pour 2015, outre les congés payés afférents;

INFIRME le jugement déferé en toutes ses autres dispositions et, STATUANT à nouveau et y AJOUTANT,

CONDAMNE la SAS MCO à verser à Nataly Z les sommes de

- 16 630, 30 euros à titre de rappel de salaire de 35 heures à 39 heures pour la période allant du mois d'octobre 2012 au mois de juillet 2015 inclusivement, outre 1 663, 03 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés y afférents, le tout avec intérêts au taux légal à compter du 6 octobre 2015 ;
- 822,28 euros à titre de rappel de prime d'ancienneté, outre 82, 22 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents, le tout avec intérêts au taux légal à compter du 6 octobre 2015 ;
- 2 000 euros de dommages et intérêts pour violation de la vie privée et du secret des correspondances, avec intérêts légaux à compter du présent arrêt ;
- 36'505,20 euros à titre d'indemnité forfaitaire au titre du travail dissimulé, avec intérêts au taux légal à compter du jugement du 19 mai 2016 sur la somme de 41 000 euros, et du présent arrêt pour le surplus;

- 61 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avec intérêts au taux légal à compter du 19 mai 2016 sur la somme de 41'000 euros et à compter du présent arrêt pour le surplus ;

- 18 252,60 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 1825,26 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés y afférents, le tout avec intérêts au taux légal à compter du 6 octobre 2015 ;

- 14 071, 76 euros à titre d'indemnité de licenciement, avec intérêts au taux légal à compter du 6 octobre 2015 ;

- 2 777, 90 euros à titre d'indemnité de non concurrence au titre des mois d'août et septembre 2015, outre 277, 79 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés afférents, avec intérêts au taux légal à compter du présent arrêt ;

CONDAMNE la SAS MCO aux dépens de première instance et d'appel;

CONDAMNE la SAS MCO à payer à Nataly Z la somme globale de 5 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile;

DÉBOUTE les parties de leurs demandes plus amples ou contraires.

Le Greffier
Le Conseiller