

R.G. : 15/00340

COUR D'APPEL DE ROUEN
CHAMBRE SOCIALE ET DES AFFAIRES DE
SECURITE SOCIALE
ARRET DU 23 FEVRIER 2016

DÉCISION DÉFÉRÉE :

Jugement du CONSEIL DE PRUD'HOMMES DU HAVRE du 13 Janvier 2015

APPELANTE :

Madame Laëtitia BERNARD

34 Rue Jean Borda

76620 LE HAVRE

représentée par Me Sophie PERIER, avocat au barreau de CAEN

INTIMEE :

Société PASSERELLE IMMOBILIERE

1 Chemin des Frênes

76930 OCTEVILLE SUR MER

représentée par Me Renaud COURBON, avocat au barreau du HAVRE

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 945-1 du Code de procédure civile, l'affaire a été plaidée et débattue à l'audience du 07 Janvier 2016 sans opposition des parties devant Madame LORPHELIN, Président, magistrat chargé d'instruire l'affaire,

Le magistrat rapporteur a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour composée de :

Madame LORPHELIN, Président

Madame ROGER-MINNE, Conseiller

Madame DE SURIREY, Conseiller

GREFFIER LORS DES DEBATS :

Madame HOURNON, Greffier

DEBATS :

A l'audience publique du 07 Janvier 2016, où l'affaire a été mise en délibéré au 23 Février 2016

ARRET :

CONTRADICTOIRE

Prononcé le 23 Février 2016, par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile,

signé par Madame LORPHELIN, Président et par Madame HOURNON, Greffier présent à cette audience.

EXPOSÉ DES FAITS, DE LA PROCÉDURE ET DES PRÉTENTIONS DES PARTIES

Mme Laetitia Bernard a été embauchée par la société Passerelle Immobilière, exerçant sous l'enseigne commerciale « Activa Immobilier », en qualité de conseillère en location, par un contrat de travail à durée indéterminée en date du 4 décembre 2012. Sa fonction relevait du statut VRP non cadre échelon E1 de la convention nationale de l'immobilier. Sa rémunération était constituée d'un salaire fixe équivalent au SMIG augmenté d'une commission sur honoraires et de primes de gérance. Un avenant au contrat de travail fixant, pour l'année 2014, les objectifs minimaux par trimestre correspondant à des honoraires de location hors taxes encaissées par l'agence à réaliser par la salariée et prévoyant une prime d'intéressement calculée sur le chiffre d'affaires a été signé par les parties le 28 janvier 2014.

Le 7 janvier 2014, Mme Bernard recevait un avertissement de son employeur, qui lui reprochait des retards matinaux réguliers et une attitude désinvolte et non respectueuse à l'égard de sa responsable, Mme Guenni. Par un courrier du 14 janvier 2014, Mme Bernard contestait cet avertissement, en faisant valoir, d'une part, qu'elle travaillait au-delà de la durée de son contrat de travail, d'autre part, qu'elle rencontrait des problèmes relationnels avec sa supérieure.

Le 28 février 2014, vers 16 heures, Mme Bernard était victime d'un accident de la circulation alors qu'elle se rendait à un état des lieux de sortie. Elle était placée en arrêt de travail, l'arrêt initial se trouvant prolongé, sans discontinuité, jusqu'au 14 juin 2014. Cet accident était pris en charge par la CPAM comme constituant un accident du travail.

Par un courrier en date du même jour, dont elle accusait réception le 1er mars 2014, son employeur lui adressait une convocation à un entretien préalable à une procédure de licenciement. En raison de l'arrêt de travail consécutif à l'accident, l'entretien, prévu initialement le 7 mars, était reporté au 13 mars 2014 par un courrier du 4 mars 2014 dont Mme Bernard accusait réception le 5 mars 2014.

A la suite de ce premier entretien préalable et par un courrier remis en mains propres le 17 mars 2014, à 11 heures 12, l'employeur dispensait Mme Bernard de venir travailler au sein du cabinet Activa Immobilier, à compter du lundi 17 mars 2014.

Par un courrier du 20 mars 2014, dont Mme Bernard accusait réception le 22 mars 2014, l'employeur procédait à une nouvelle convocation à un entretien préalable, le 31 mars 2014, « *en vue d'une éventuelle sanction compte tenu de nouveaux faits d'une particulière gravité* ».

Ces courriers ne mentionnent pas de mise à pied de la salariée à titre conservatoire ou disciplinaire.

Par un courrier du 3 avril 2014, dont elle accusait réception le 5 avril 2014, Mme Bernard se voyait notifier un licenciement pour faute grave aux motifs suivants :

Nous faisons suite aux entretiens préalables en date du 13 mars et du 31 mars 2014 auquel nous vous avons convoquée et auquel vous étiez assistée d'une conseillère inscrite sur les listes.

Nous avons le regret de vous notifier par la présente votre licenciement pour faute grave pour les faits suivants :

Griefs exposés lors de l'entretien du 13 mars 2014

1) Absence d'envoi de mandat location :

Le 24 février 2014, un message dans votre cahier des messages vous a été notifié par Madame JEMIN DOMBRET or vous n'avez rien fait ni ce jour ni le lendemain et n'avez commencé à vous occuper de ce dossier que le 26 février. Vous avez, indiqué en réponse que vous aviez des choses à faire et des dossiers qui étaient prioritaires. Toutefois, à l'examen de l'agenda commun, il n'apparaît rien de tel et vous n'avez pas été capable de préciser ce que vous aviez à faire et quels dossiers étaient prioritaires.

2) Absence de suivi de dossiers :

Le 25 février 2014, un client de gestion Monsieur DELAITRE a souhaité que vous le rappeliez au sujet d'un appartement loué à un dénommé N'DIANOR. Le message a été laissé sur votre cahier à 10h25 et aucune action n'a été menée alors que vous étiez présente au bureau entre 15h et 18h10. Vous vous êtes bornée à répondre sur ce terrain que vous aviez d'autres priorités sans détailler, encore une fois, lesquelles.

3) Défaut de renseignements au dossier et défaut de suivi :

Le 25 février 2014 à 14h58, Monsieur BOUCHRITI a téléphoné pour avoir des informations sur le logement 7 rue FONTENOY 76600 LE HAVRE, aucune information ne lui ayant été transmise, notre assistante n'a pas pu renseigner Monsieur BOUCHRITI. À 18h10, lors de votre départ, la demande de Monsieur BOUCHRITI n'avait pas été satisfaite. En réponse, vous avez prétexté avoir laissé un message vocal, mais le cahier des messages n'est absolument pas renseigné sur ce point.

4) Défaut de suivi et défaut de justification d'absence d'exécution d'une

À la sortie du locataire de l'appartement sis 22 rue des Gallions, vous avez récupéré les clés le 24 février 2014 après-midi, le gérant vous a demandé d'aller prendre des photos de ce logement. Le 25 février 2014 vous a rappelé que les clés étaient à votre disposition pour visiter l'appartement et vous lui avez répondu que vous n'aviez pas le temps ce jour et que vous verriez cela le lendemain.

Toutefois, nous vous avons indiqué que le 25 février 2014, selon l'agenda de l'agence, vous étiez arrivée à 15h00 et n'aviez apparemment rien de programmé. Nous vous avons demandé également de justifier de votre absence entre 14h00 et 15h00, nous vous avons demandé également de justifier de votre emploi du temps le 26 et 27, de même que le 28 février jusqu'à 16h00 ou nous vous avons demandé pourquoi cette mission n'avait pas été effectuée, de sorte que c'est le gérant lui-même qui s'est chargé de faire la visite.

Vous vous êtes contentée de répondre que les photos avaient été prises et que la publicité était prête mais en réalité, on ne trouve rien sur cette prétendue exécution au dossier. Vous n'avez pas plus justifié de votre emploi du temps pour le reste.

5) Défaut d'usage de l'agenda commun

Nous vous avons demandé à plusieurs reprises, en présence des collaborateurs de l'agence, d'utiliser et de renseigner convenablement l'agenda commun. Notre assistante vous y inscrit régulièrement des rendez-vous de manière régulière en fonction de votre activité telle que vous voulez bien la renseigner. Or précisément, vous ne renseignez l'agenda commun que de manière marginale, si vous détenez un agenda personnel celui-ci n'est pas consultable par les autres salariés ni par l'assistante et ne peut par conséquent constituer un document de travail utile. Ce manquement cause des sources de dysfonctionnement interne, ainsi que les précédents griefs peuvent illustrer et nous relevons notamment que le 28 février

2014, vous avez oublié de vous rendre à l'état des lieux à 11h00 que vous avez annulé au dernier moment pour le décaler à 16h30.

Outre le fait que cette désorganisation entraîne des dysfonctionnements dans l'entreprise en termes de transmission d'informations, elle nuit à l'image de l'agence du fait du peu de sérieux que les annulations de rendez-vous peuvent entraîner dans l'esprit de nos clients.

Sur ce point, vous avez reconnu ne pas utiliser suffisamment en tous cas trop peu l'agenda commun.

6) Défaut de tenue des dossiers

Nous vous avons demandé à plusieurs reprises de faire parapher l'ensemble des états des lieux d'entrée et de sortie, vous ne pouvez ignorer en effet, qu'à défaut de paraphes, les locataires peuvent tout à fait contester les mentions indiquées.

Le 20 février 2014, vous avez réalisé un état des lieux concernant un bien sis (indiquer l'adresse) en vous abstenant de recueillir le paraphe du locataire et en faisant des annotations au dos des feuilles sans marquer de renvoi sur ledit dos de ces feuilles.

Ce manquement entraîne un manquement évident d'opposabilité, il s'agit d'un non-respect des consignes. Par ailleurs, lorsque vous avez scanné l'état des lieux du 44 rue du général Faidherbe, vous n'avez pas scanné le verso auquel vous aviez porté des appréciations, bien entendu sans le paraphe du locataire, de sorte que la propriétaire s'en est plainte (vérifier si Madame Elodie MALLE est bien la propriétaire cliente).

Vous avez répondu que vous n'aviez pas cette information d'avoir à faire parapher les états des lieux ce qui, bien évidemment, est totalement inexact et nous ne pouvons pas accepter votre version des faits.

7) Communication d'informations confidentielles à une entreprise concurrente :

Madame BAVOUX nous a fait part le 7 février 2014, par mail, de son étonnement d'avoir été consultée par un agent immobilier de la société « ARTHUR LOYD » le lundi 27 janvier 2014, alors qu'elle ne connaissait en rien cette agence, aux fins de recueillir un mandat de vente sur son appartement situé au troisième étage de l'immeuble CLEMENCEAU sis 9 rue Auguste Constant Guerrier au HAVRE.

Madame BAVOUX a été surprise d'avoir été contactée cinq jours avant que la location ne prenne fin, par un agent immobilier qui lui était inconnu, alors même que sa décision de vendre n'était pas encore prise et surtout que nous sommes la seule agence à disposer de son numéro de téléphone portable. Or il s'agit d'un dossier que vous gérez, où vous avez fait l'état des lieux de sortie, et dont vous avez relaté à Madame BAVOUX qui vit (en région parisienne) un état très vétusté de l'appartement ce qui l'a encliné à prendre la décision de vendre.

Malgré vos dénégations, il est certain que vous avez transmis des informations à un concurrent qui ne pouvait disposer d'informations sur ce logement que par votre intermédiaire, de même que le numéro de téléphone portable, dont seule l'agence dispose.

Il s'agit d'une atteinte particulièrement grave à l'obligation de loyauté que vous devez respecter envers votre employeur durant toute l'exécution du contrat de travail.

8) Non-respect des horaires de travail :

Vos horaires qui vous ont été a de multiples reprises indiqués, à savoir de 9h15 à 12h00 le matin et de 14h00 à 18h00 le soir du lundi au vendredi ne sont pas respectés.

Vous êtes venue travailler un samedi matin, à savoir précisément le 15 février 2014, pour faire des visites. Or d'une part, nous ne vous avons jamais demandé de venir travailler le samedi. Et d'autre part, vous avez indiqué à posteriori sur l'agenda commun ces visites du 15 février, et vous vous êtes permise, sans consultation avec votre hiérarchie de

récupérer ces deux heures du samedi matin sur la journée du 18 février où vous indiquez avoir terminé à 16h00 en mentionnant deux heures de récupération.

Vous n'avez pas contesté ces faits mais argué de la tenue d'un agenda personnel sur lequel nous vous avons déjà maintes fois exposé qu'il ne s'agit pas d'un document de travail puisque personne d'autre que vous n'y a accès.

Griefs exposés lors de l'entretien du 31 mars 2014 :

9) Effacement des données de location de l'ordinateur de la société mis à votre disposition :

Le mardi 18 mars, tentant d'accéder à l'ordinateur de la société dont vous aviez l'usage pour avoir accès aux dossiers dont vous étiez en charge, que vous avez bloqué par un code, ce qui a nécessité l'intervention d'un informaticien, nous avons eu la stupéfaction de découvrir que vous aviez effacé toutes les données relatives aux dossiers de location que vous aviez en charge.

Vous avez reconnu avoir effacé ces données en prétextant qu'il s'agissait de données personnelles !

L'ordinateur mis à votre disposition est celui de l'entreprise et les fichiers location qui s'y trouvaient avaient bien évidemment une nature professionnelle et étaient la propriété de l'entreprise.

Cet agissement témoigne d'une intention maligne et d'une volonté certaine de nuire à l'entreprise.

En effet, l'informaticien qui n'a pu récupérer qu'une partie des données effacées par vos soins, m'a confirmé que cette effacement ne pouvait être fortuit et ne pouvait résulter que de man'uvres intentionnelles.

Il s'agit d'un acte intolérable et d'une particulière gravité puisqu'il témoigne de votre intention de nuire à la société.

10) Intervention d'un tiers à l'entreprise dans l'établissement d'un état des lieux :

Nous avons découvert le 17 mars, lors de la vérification des éléments du dossier par notre service gestion en vue de la restitution du dépôt de garantie au locataire de l'appartement loué par Mlle Pauline GUILLARD au 5 rue de l'Atlas, 76600 LE HAVRE, que l'écriture figurant sur l'état des lieux de sortie n'était pas la vôtre. Interrogée la grand-mère de la locataire présente au moment de l'état des lieux le 19 février dernier, nous a appris que vous étiez présente accompagnée d'un jeune homme lequel a renseigné l'état des lieux.

Sur ce point., vous vous êtes bornée à contester les évidences mises sous vos yeux et avez prétendus que c'est vous-même qui aviez rédigé cet acte.

Il n'est bien évidemment pas admissible que vous puissiez faire faire un travail qui vous incombe par un tiers, à qui ipso facto des informations par nature confidentielles sont transmises, sans compter le risque que vous faites prendre à l'entreprise en laissant croire qu'il s'agissait d'un de nos salariés.

L'ensemble de ces faits témoignant d'un refus constant d'appliquer les consignes vous permettant de vous soustraire à vos obligations, la non tenue à jour des dossiers, l'omission de donner suite aux messages, la divulgation d'informations confidentielles à des tiers et l'effacement intentionnel des données professionnelles de location corrobore par le blocage par un mot de passe connue de vous seule de l'ordinateur le rendant inaccessible, rendent impossible votre présence au sein de l'entreprise même pendant l'exécution d'un préavis.

Ils constituent à tout le moins une faute grave.

Par la présente, il vous est donc notifié votre licenciement sans préavis, ni indemnité de rupture. Vous ne ferez plus partie du personnel de l'entreprise à réception de cette lettre.

Nous vous rappelons que votre droit à DIF est de 27 heures. Votre certificat de travail et votre attestation POLE EMPLOI

sont à votre disposition ainsi que les salaires et indemnités compensatrices de congés payés qui vous sont dus à ce jour.'

Le 6 mai 2014, Mme Bernard saisissait le conseil de prud'hommes du Havre de demandes au titre de l'indemnisation de son licenciement, qu'elle estimait sans cause réelle et sérieuse, de rappels de salaire correspondant à des heures supplémentaires restées impayées et à des primes de gérance, ainsi que d'une prime d'intéressement.

En l'absence de conciliation, les parties étaient convoquées à une audience afin qu'il soit statué au fond.

Par un jugement du 13 janvier 2015, le conseil de prud'hommes du Havre, au visa de la convention collective nationale de l'immobilier et des articles L 3171 - 4 et L 1232 ' 1 et suivants du code du travail, a :

- dit que le licenciement pour faute grave de Madame Bernard est justifié ;
- débouté Mme Bernard de ses demandes de remboursement de la mise à pied disciplinaire, congés payés afférents, indemnité de préavis et de congés payés, indemnité de licenciement, dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour manquement à l'obligation d'exécution du contrat de travail de bonne foi ;
- dit que Mme Bernard a effectué des heures supplémentaires et a droit à une prime d'intéressement ;
- condamné la société Passerelle Immobilière, prise en la personne de son représentant légal, à lui payer les sommes suivantes :
 - 3.720,27 € au titre du rappel de salaire correspondant aux heures supplémentaires,
 - 372 € au titre des congés payés afférents,
 - 400 € au titre de la prime d'intéressement ;
- dit que lesdites sommes seront assorties des intérêts au taux légal à compter de la demande introductive d'instance ;
- rappelé que l'exécution provisoire est de droit pour les salaires et accessoires de salaire ;
- condamné la société Passerelle Immobilière à verser à Mme Bernard la somme de 1.000 € par application de l'article 700 du code de procédure civile ;
- fixé, en application de l'article R 1454 ' 28 du code du travail, la moyenne des trois mois de salaire de Mme Bernard à la somme de 2.035 € ;
- débouté la société Passerelle Immobilière de ses demandes reconventionnelles ;
- condamné la société Passerelle Immobilière aux éventuels dépens et frais d'exécution du jugement.

Mme Bernard a formé appel de ce jugement par une déclaration d'appel du 23 janvier 2015.

Aux termes de conclusions déposées le 9 juin 2015, soutenues oralement à l'audience, et auxquelles il est renvoyé pour l'exposé détaillé des moyens développés au soutien de ses prétentions, Mme Bernard demande à la cour, au visa de la convention collective nationale de l'immobilier et des articles L 1226 -9 et suivants du code du travail, de :

- confirmer le jugement en ce qu'il a condamné la société la Passerelle Immobilière au versement des sommes suivantes :

- 3.720,27 € au titre du rappel de salaire correspondant aux heures supplémentaires,
 - 372 € au titre des congés payés afférents,
 - 400 € au titre de la prime d'intéressement,
 - 1.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- le réformer pour le surplus ;
- condamner la société Passerelle Immobilière au versement des sommes suivantes :
- 686,58 € au titre du rappel de salaire sur primes de gérance
 - 12.201 € au titre de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé
 - 5.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- ordonner la nullité du licenciement en raison de la violation de son statut protecteur ;
- en toute hypothèse, dire et juger le licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- condamner en conséquence la société Passerelle Immobilière au paiement des sommes suivantes :
- 641,18 € au titre du remboursement de la « mise à pied disciplinaire »,
 - 64,11 € au titre de l'indemnité de congés payés y afférente,
 - 4.070 € au titre de l'indemnité de préavis,
 - 407 € au titre de l'indemnité de congés payés y afférente,
 - 529 € au titre de l'indemnité de licenciement,
 - 20.000 € à titre de dommages et intérêts au titre de la nullité du licenciement ou, subsidiairement, au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse,
 - 5.000 € à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation d'exécution du contrat de travail de bonne foi ;
- condamner la société Passerelle Immobilière au versement de la somme de 2.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- dire y avoir lieu à exécution provisoire pour tout le jugement à intervenir sur le fondement de l'article 515 du code de procédure civile.
- Aux termes de conclusions déposées le 1er juillet 2015, soutenues oralement à l'audience, et auxquelles il est renvoyé pour l'exposé détaillé des moyens développés au soutien de ses prétentions, la société Passerelle Immobilière demande à la Cour de confirmer le jugement en toutes ses dispositions, sauf en celles qui l'ont condamnée au principal à payer 3.720,27 € à titre de rappel de salaire sur heures supplémentaires outre les congés payés afférents, 400 € à titre de prime d'intéressement et 1.000 € au titre des frais irrépétibles, ainsi qu'en ses dispositions ayant rejeté sa demande reconventionnelle, et, statuant à nouveau, de :
- se déclarer incompétent au profit du tribunal de grande instance du Havre s'agissant de la demande de Mme Bernard au titre du droit à l'image,
 - débouter Mme Bernard de l'intégralité de ses demandes, fins et conclusions,
 - condamner Mme Bernard à lui payer la somme de 5.000 € à titre de dommages et intérêts en application de l'article 1134 du code civil,
 - condamner Mme Bernard à lui payer la somme de 4.000 € au titre des frais irrépétibles de première instance et d'appel,

- condamner Mme Bernard aux entiers dépens de première instance et d'appel.

MOTIFS DE LA DECISION

I - Sur les demandes relatives à la rupture du contrat de travail :

Pour contester la régularité du licenciement, Mme Bernard prétend, pour l'essentiel, que la société Passerelle Immobilière a mis plus d'un mois, à compter des faits litigieux, pour lui notifier le licenciement pour faute grave et que, de ce seul chef, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Elle invoque encore le caractère manifestement abusif du licenciement au regard de chacun des griefs énoncés à son encontre. Elle ajoute que la suspension du contrat de travail en raison de son arrêt de travail du 28 février au 14 juin 2014, lui conférait le statut de salarié protégé et imposait à la société Passerelle Immobilière de trouver un motif grave de licenciement, qu'en réalité, M. Coussegal, son employeur, souhaitait par tout moyen se séparer d'elle et que le licenciement est le dernier acte d'un acharnement totalement inadmissible dont elle a été victime de la part de son employeur.

S'agissant d'une éventuelle prescription des faits visés dans la lettre de licenciement, il convient de rappeler que l'article L 1332-4 du code du travail dispose qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.

Il convient de relever que, comme le soutient justement la société Passerelle Immobilière, les griefs énoncés dans la lettre de licenciement datent de moins de deux mois avant la date de la première convocation à l'entretien préalable du 28 février 2014, s'agissant de faits remontant pour le plus ancien au 7 février 2014, et de faits des 19 février et 17 mars 2014 pour la seconde convocation du 20 mars 2014.

Mme Bernard n'est donc pas fondée à soutenir que le licenciement serait dépourvu de cause réelle et sérieuse pour avoir été prononcé pour des faits anciens remontant à plus d'un mois.

L'article L 1226-9 du code du travail dispose qu'au cours des périodes de suspension du contrat de travail, l'employeur ne peut rompre ce dernier que s'il justifie soit d'une faute grave du salarié, soit de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie.

Mme Bernard, qui se trouvait en arrêt de travail depuis le 28 février 2014, est donc fondée à invoquer le bénéfice de ces dispositions, sans pour autant que cette situation lui confère le statut de « salarié protégé », terme improprement employé dans ses conclusions et correspondant à des catégories de salariés limitativement énumérées par la loi, auxquelles elle ne prétend pas et, à plus forte raison, n'établit pas appartenir.

Il convient donc de rechercher si l'employeur justifie d'une faute grave de la salariée.

La société Passerelle Immobilière reproche notamment à Mme Bernard d'avoir effacé les données enregistrées sur l'ordinateur mis à sa disposition par l'entreprise sur lequel se trouvaient les fichiers « location » qui ont une nature professionnelle et sont la propriété de l'entreprise.

Mme Bernard ne conteste pas être l'auteur de l'effacement des fichiers enregistrés sur son poste informatique de travail, qu'elle précise avoir réalisé le lundi 17 mars 2014, mais soutient qu'elle a effacé les seules données qui lui étaient personnelles, qu'il n'existait aucune interaction entre son ordinateur de bureau et le réseau commun de l'agence et qu'elle ne collectait aucune donnée commune à l'agence.

Cependant, il ressort de l'attestation de la société OAK Consult, spécialisée dans la maintenance informatique, que M. Marc Hauguel, informaticien, est intervenu, une première fois à une date non précisée mais que le contexte factuel permet de situer postérieurement au 28 février 2014, date de l'accident dont la salariée a été victime et de l'arrêt de travail consécutif, pour supprimer le mot de passe de la session Windows afin de permettre à l'employeur d'accéder aux fichiers clients enregistrés sur le poste informatique de Mme Bernard. Ce technicien précise avoir alors personnellement constaté « la présence de toute une arborescence de dossiers et de documents liés à la location présents sur le bureau Windows ». A l'occasion d'une seconde intervention sur le même poste informatique, le 18 mars 2014, M. Hauguel rapporte avoir personnellement constaté que « le PC avait été à nouveau verrouillé par un mot de passe » et que « les dossiers qui étaient précédemment présents sur le bureau Windows n'y étaient plus ». Il précise que « d'après les indications du programme de récupération utilisé, les fichiers ont été tout d'abord supprimés, donc envoyés dans la corbeille Windows, puis la corbeille Windows a été elle-même vidée » et qu'il peut « conclure à une action délibérée de l'utilisateur ».

Il est donc établi que l'effacement de tous les fichiers de son ordinateur par Mme Bernard et la mise en place d'un nouveau mot de passe en interdisant l'accès et requérant l'intervention d'un informaticien, le jour de la remise par l'employeur d'un courrier la dispensant de venir travailler à l'agence dans l'attente de la décision à prendre sur le licenciement, est un acte intentionnel et que, contrairement à ce qu'elle affirme, les données effacées ne lui étaient pas toutes personnelles et appartenaient à l'entreprise. Mme Bernard n'apparaît pas davantage fondée à soutenir que les fichiers clients se seraient trouvés enregistrés sur le réseau commun de l'agence, alors que l'intervention d'un informaticien extérieur à l'entreprise pour rechercher les dossiers effacés suffit à établir que, comme le soutient l'employeur, l'agence n'était pas équipée d'un tel mode de sauvegarde.

Ce manquement, visé au point n° 9 de la lettre de licenciement, est donc établi.

La société la Passerelle Immobilière reproche encore à Mme Bernard d'avoir confié à une personne étrangère à l'agence le travail qui lui incombait, lors d'un état des lieux de sortie de bail, et d'avoir ainsi divulgué des informations confidentielles à un tiers.

La lecture de l'état des lieux de sortie dressé le 19 février 2014 par Mme Bernard lors de remise par Mme Guillard du logement situé au Havre, 5 rue de l'Atlas, fait ressortir que ce document comporte deux écritures totalement différentes. Après avoir contesté ces faits, Mme Bernard reconnaît avoir été assistée, lors de l'accomplissement de cette mission relevant de l'exécution de son contrat de travail, par M. Maxime Matringhend, personne totalement étrangère à la société la Passerelle Immobilière, et qu'elle présente comme étant un ami.

Or, un tel comportement constitue un manquement grave à son obligation de confidentialité dans l'exercice de ses fonctions, rappelée en ces termes à l'article 5-1 son contrat de travail : « le conseiller en location s'engage à conserver la discrétion la plus absolue sur tout ce qui a trait à l'activité de son employeur dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions et dans tous les domaines ». Ce manquement est d'autant plus grave que les investigations menées par l'employeur, postérieurement à l'envoi de la lettre de licenciement, ont permis d'établir qu'à la date des faits visés dans la lettre de licenciement, M. Maxime Matringhend venait d'immatriculer, le 4 février 2014, sa propre agence immobilière, l'agence Albert 1er, située 122 boulevard Albert 1er au Havre, comme l'établit l'extrait du registre du commerce et des sociétés du tribunal de commerce du Havre du 27 octobre 2014, produit aux débats. Il convient de considérer que, indépendamment de l'activité effectivement déployée par M. Matringhend au sein de son agence immobilière, sa présence aux côtés de Mme Bernard dans l'exercice de ses fonctions au service de la société Passerelle Immobilière constituait, à tout le moins, une atteinte à la confidentialité et a fait courir des risques à l'entreprise, selon les termes employés dans la lettre de licenciement.

Ce manquement, visé au point n°10 de la lettre de licenciement, apparaît donc établi.

Il convient de constater que ces seuls manquements professionnels suffisent à caractériser une faute grave justifiant la rupture immédiate du contrat de travail sans préavis, ni indemnités de licenciement, dans les conditions prévues à l'article L 1226-9 du code du travail dont les dispositions ont été rappelées ci dessus.

En conséquence, le jugement déféré à la cour doit être confirmé en ce qu'il a dit justifié le licenciement pour faute grave de Mme Bernard et débouté celle-ci de ses demandes au titre du remboursement de la mise à pied conservatoire, des congés payés y afférents, de l'indemnité de préavis, de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation d'exécution du contrat de travail de bonne foi.

II - Sur les demandes relatives à l'exécution du contrat de travail :

1- Les heures supplémentaires :

Le jugement a alloué à Mme Bernard de ce chef la somme de 3.720,27 €, outre la somme de 372 € au titre des congés payés y afférents, au vu des rendez vous fixés dans ses agendas personnels.

Mme Bernard demande la confirmation du jugement de ce chef.

La société Passerelle Immobilière poursuit l'infirmité de ces dispositions du jugement et le débouté des demandes formées par Mme Bernard, en faisant valoir pour l'essentiel que :

- cette dernière ne démontre ni qu'elle aurait sollicité des heures supplémentaires de sa part, ni de son accord implicite,
- Mme Bernard s'est intentionnellement soustraite au contrôle de ses horaires en s'abstenant de renseigner l'agenda commun tenu par la secrétaire de l'agence,
- le décompte établi repose uniquement sur les notes contenues dans les agendas personnels de la salariée et non corroborées par des attestations d'autres salariés de l'agence,
- dans sa réponse à l'avertissement qui lui a été délivré en janvier 2014 concernant le non respect de ses horaires de travail, Mme Bernard a elle-même fait l'aveu de procéder unilatéralement à des récupérations,
- les heures supplémentaires dont la salariée demande le paiement, ont été accomplies en dehors de l'entreprise et de toute directive de l'employeur.

La cour relève que la spécificité du travail confié à Mme Bernard impliquait une certaine souplesse dans la gestion par la salariée de son planning, notamment la fixation de rendez-vous avec les clients en dehors de l'agence et à des moments où ceux-ci sont disponibles. En effet, l'article 4 du contrat de travail prévoit en ce qui concerne ses fonctions et attributions qu'elle était chargée de :

- faire visiter les biens et accueillir les clients de l'agence en vue de louer des biens objets d'un mandat ;
- procéder à la prospection de tous types de clientèles susceptibles d'acheter ou de vendre des biens immobiliers et lui rendre visite en vue de prendre et de transmettre les offres ou mandats ;
- la relance téléphonique et la saisie informatique ;
- l'estimation des affaires à louer, la constitution d'un dossier complet et se faire remettre les pièces nécessaires à la réalisation de ces affaires ;

- l'établissement d'un rapport sur chaque affaire et la transmission d'un mandat écrit en faveur de la société ;
- la négociation proprement dite des affaires par baux de location suivant les directives de l'employeur.

La pratique d'un agenda commun est établie par MM. Franck Tellier et Philippe Ly, salariés de l'agence, qui attestent l'utiliser pour l'ensemble de leurs rendez-vous à la demande de M. Coussegal depuis le 1er août 2012, date de la signature de leur contrat de travail. Par ailleurs, la circonstance que Mme Bernard ne renseignait pas l'agenda commun de l'agence, ce que celle-ci ne conteste pas, est corroborée par le témoignage de Mme Céline Jemin-Dombret, secrétaire de l'agence, qui rapporte, dans une attestation du 27 octobre 2014, qu' « il existait un agenda commun, où chaque personne remplissait ses rendez-vous dessus et Mademoiselle Lætitia Bernard n'en faisait qu'à sa tête et ne le remplissait pas ».

Cependant, la société Passerelle Immobilière n'établit pas avoir demandé expressément à Mme Bernard de respecter cet usage, étant souligné que l'avertissement qu'elle lui a adressé, par un courrier du 7 janvier 2014, ne mentionnait nullement un tel manquement à ses obligations professionnelles, puisque l'employeur lui reprochait exclusivement des retards matinaux réguliers et une attitude désinvolte et non respectueuse à l'égard de sa responsable hiérarchique, Mme Guenni.

Les notes figurant dans les agendas personnels tenus du 7 décembre 2012 au 28 février 2014 font ressortir que Mme Bernard fixait des rendez-vous professionnels après 18 heures en semaine, soit à l'agence, soit en dehors de l'agence, ainsi que le samedi, ce que corroborent les attestations des clients de l'agence, notamment, celles établies par Mme Martine Quertier : « j'ai visité plusieurs appartements avec Mme Bernard le samedi après-midi », M. Moussa Sao : « Mme Bernard m'a fait visiter des appartements après 18 h 30 puisque c'était mes seules disponibilités », Mme Gabrielle Toutain : « le rendez-vous a eu lieu le 6 janvier à 18 h 30 pour une seconde visite et le 20 janvier 2014 à 18 h 30 pour la signature du bail à l'agence Activa » et M. Simon Pontdemé : « Mme Bernard ...a été tout au long de ma recherche, disponible, réactive et très professionnelle... lors de mes recherches, nous effectuons des visites entre 18.00 et 20.00, seul temps libre personnel pour ma part ».

La réalité des heures supplémentaires dont le paiement est réclamé étant établie et les premiers juges ayant fait une juste appréciation de leur décompte au vu des pièces produites aux débats, le jugement doit être confirmé en ce qu'il a condamné la société Passerelle Immobilière à payer à Mme Bernard la somme de 3.720,27 € au titre du rappel d'heures supplémentaires et la somme de 372 € au titre des congés payés y afférents, et dit que ces sommes porteront intérêts à compter de la date de l'acte introductif d'instance, soit du 6 mai 2014.

2 ' L'indemnité pour travail dissimulé :

Mme Bernard conteste les dispositions du jugement la déboutant de cette demande en faisant valoir que le fait pour son employeur d'avoir systématiquement et de manière habituelle limité le nombre d'heures de travail mensuel, suffit à établir le caractère intentionnel de cette dissimulation.

Cependant et ainsi que le lui oppose à juste titre la société Passerelle Immobilière, le fait que la salariée notait ses rendez vous dans des agendas personnels sans renseigner l'agenda commun tenu par la secrétaire de l'agence, ne permettait pas à l'employeur de vérifier ses horaires effectifs de travail. Or, Mme Bernard n'établit pas avoir formé auprès de son employeur de réclamation concernant des heures supplémentaires avant le courrier du 14 janvier 2014, où, en réponse à l'avertissement du 7 janvier 2014 sur ses retards matinaux, elle lui rappelait : « J'ai un contrat de travail de 35 heures par semaine et suivant copie de mon agenda vous constaterez que bien des semaines je suis au delà de ce quota. De ce fait, les quelques minutes perdues le matin se rattrapent

largement . De plus, vous semblez oublier que lors des dix derniers mois, vous me demandiez de rester à l'agence jusqu'à 19 h 00... ».

Dans ces circonstances, il n'apparaît pas établi que l'employeur a volontairement dissimulé les heures supplémentaires dont Mme Bernard a obtenu le paiement dans le cadre de la présente instance.

En conséquence, le jugement doit être confirmé en ce qu'il la déboute de sa demande en paiement de l'indemnité pour travail dissimulé prévue à l'article L 8221-5 du code du travail.

3 ' Le rappel des primes de gérance :

L'article 5.2 du contrat de travail prévoit une prime de 50 € par gérance apportée à l'agence.

Mme Bernard poursuit l'infirmité du jugement en ce qu'il la déboute de cette demande et présente un tableau récapitulatif de ses demandes au titre d'un rappel de primes pour les mois de mars, avril et septembre 2013.

Cependant, elle ne produit aux débats devant la cour aucun élément nouveau permettant de vérifier le bien fondé de ses demandes, notamment le nom des nouveaux clients apportés à l'agence les références et la date de ces nouveaux mandats.

En conséquence, cette preuve n'étant pas rapportée en appel, le jugement déféré à la cour doit être confirmé en ce qu'il déboute Mme Bernard de cette demande à défaut pour elle de produire un décompte suffisamment précis.

4 ' La prime d'intéressement :

Mme Bernard demande la confirmation du jugement en ce que, retenant qu'au regard du chiffre réalisé au titre des services de location, gestion et transaction, le premier palier fut atteint en 2013, il lui a alloué la somme de 400 € au titre de la prime d'intéressement.

La société Passerelle Immobilière poursuit l'infirmité du jugement de ce chef en faisant valoir que cette demande est sans fondement à défaut de clause du contrat de travail prévoyant le paiement d'une telle prime.

La cour relève que le contrat de travail signé par les parties le 4 décembre 2012 ne prévoit pas de prime d'intéressement, la rémunération de la salariée étant constituée d'un salaire fixe équivalant au Smic pour 35 heures de travail hebdomadaire, d'une commission calculée en pourcentage sur le chiffre d'affaire encaissé mensuellement et d'une prime de 50 € par gérance apportée à l'agence. Cependant, cette gratification apparaît dans l'avenant au contrat de travail signé par les parties le 28 janvier 2014 qui prévoit la clause suivante :

- dans le cadre du développement et d'émulation du service de gestion / location, une prime trimestrielle sera accordée sur la production (chiffre d'affaires « encaissés » du service) à la fin du trimestre civil :

chiffre d'affaires supérieur ou égal à 26.000 € ht : 200 € brut

chiffre d'affaires supérieur ou égal à 28.000 € ht : 400 € brut

chiffre d'affaires supérieur ou égal à 30.000 € ht : 600 € brut.

Il convient de constater que cette prime trimestrielle ayant été mise en place pour l'année 2014, le jugement doit être réformé en ce qu'il accorde à Mme Bernard la somme de 400 € en retenant que le

pallier fut atteint en 2013 au regard du chiffre réalisé au titre des services de location, gestion et transaction.

La société Passerelle Immobilière est donc fondée à demander l'infirmité du jugement et le débouté de Mme Bernard de sa demande de ce chef, étant relevé que, si celle-ci a réclaté à l'intimée la production du chiffre d'affaires pour le premier trimestre 2014, elle ne forme aucune demande d'indemnisation de ce chef devant la cour.

5 ' L'épargne salariale :

Cette disposition n'étant pas contestée en appel, le jugement sera confirmé en ce qu'il a constaté que Mme Bernard a été remplie de ses droits au titre de l'épargne salariale et l'a déboutée de sa demande de ce chef.

III - Sur la demande de dommages et intérêts pour atteinte à l'image :

Le conseil de prud'hommes a écarté cette demande, sans se prononcer sur sa compétence à connaître de ce litige.

La société Passerelle Immobilière demande à la cour de se déclarer incompétente au profit du tribunal de grande instance du Havre pour statuer sur cette demande de nature délictuelle, s'agissant de faits postérieurs à la cessation du contrat de travail de la salariée. Elle fait valoir, au fond, que Mme Bernard était d'accord pour tourner ce petit film publicitaire et qu'elle a attendu le 20 octobre 2014 pour lui faire savoir qu'elle n'était plus d'accord.

Mme Bernard soutient que cette demande, qui repose sur l'obligation pour l'employeur d'exécuter le contrat de travail de bonne foi, relève de la compétence du conseil de prud'hommes. Elle prétend n'avoir jamais donné son consentement pour que son image soit utilisée par la société après son licenciement et que cette diffusion lui a été préjudiciable dans l'exercice de son métier.

Sur la compétence :

La société Passerelle Immobilière est bien fondée à soulever l'incompétence du conseil des prud'hommes au profit du tribunal de grande instance pour statuer sur ce point du litige, s'agissant d'une atteinte à la vie privée commise postérieurement à la rupture du contrat de travail à une date où l'ancien employeur ne se trouvait plus tenu à l'égard de Mme Bernard d'une obligation d'exécuter le contrat de travail de bonne foi, mais pouvait engager sa responsabilité pour toute atteinte à sa vie privée, étant relevé que l'appelante invoque également une violation des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 9 du code civil.

Le jugement doit donc être infirmé en ce que le conseil de prud'hommes a retenu implicitement sa compétence matérielle pour statuer sur cette demande.

Au fond, sur la demande de dommages et intérêts :

L'article 79 du code de procédure civile dispose que, lorsque la cour infirme du chef de la compétence, elle statue néanmoins sur le fond du litige si la décision attaquée est susceptible d'appel dans l'ensemble de ses dispositions et si la cour est juridiction d'appel relativement à la juridiction qu'elle estime compétente.

En conséquence, la société Passerelle Immobilière n'est pas fondée à demander le renvoi de l'affaire devant le tribunal de grande instance du Havre et, les conditions d'application de l'article 79 du code de procédure civile étant réunies au cas d'espèce, il convient de statuer sur cette demande maintenue

en appel par Mme Bernard qui sollicite la condamnation de la société Passerelle Immobilière à lui verser la somme de 5.000 € au titre de l'atteinte à son image.

Il est acquis aux débats qu'une vidéo faisant apparaître Mme Bernard dans l'exercice de ses fonctions au sein de la société Passerelle Immobilière a été diffusée à des fins publicitaires sur les sites « Youtube » et « Facebook », administrés par M. Coussegal, gérant de la société Passerelle Immobilière, postérieurement à la rupture du contrat de travail.

C'est vainement que, pour s'opposer à la demande de dommages et intérêts formée par Mme Bernard, la société Passerelle Immobilière prétend que Mme Bernard était d'accord pour tourner ce petit film publicitaire de deux minutes dans lequel elle n'est à l'image que quelques secondes, que l'agence ignorait que la société de diffusion Baby films avait mis cette vidéo en ligne pour les v'ux de fin d'année au profit de la clientèle et qu'elle a fait immédiatement cesser cette diffusion qui est restée des plus restreintes, puisqu'elle a été visionnée moins de trois cents fois.

La cour relève que ces faits étant établis, Mme Bernard est fondée à invoquer une atteinte à sa vie privée et à son image telle que prévue aux articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 9 du code civil.

Il convient de constater que la diffusion de ce film, jusqu'au 27 octobre 2014, était de nature à entraver la recherche par Mme Bernard d'un nouvel emploi dans le secteur de la gestion immobilière. En revanche, il ne peut être retenu, contrairement à ce que soutient l'appelante, que cette diffusion lui aurait fait perdre toute crédibilité auprès de clients potentiels dans le cadre de sa nouvelle activité, alors que le relevé du Pôle emploi du Havre du 15 octobre 2014, produit en cause d'appel, démontre qu'au 30 septembre 2014, elle percevait encore l'allocation d'aide au retour à l'emploi à hauteur de 1.050 € par mois.

En considération de ces éléments, il convient de faire droit à sa demande de dommages et intérêts à hauteur de 500 €.

IV ' Sur la demande de dommages et intérêts :

La société Passerelle immobilière forme appel incident du jugement déféré à la cour en ce qu'il l'a déboutée de sa demande de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant, selon les termes employés dans ses conclusions d'appel, de la collusion, soigneusement dissimulée, avec un concurrent, jusque dans la production de l'attestation de M. Maxime Matringhend versée en pièce n°32 et dont le caractère mensonger ne peut être ignoré par Mme Bernard. Elle estime que Mme Bernard a bafoué le principe de loyauté et totalement ignoré celui de l'exécution de bonne foi du contrat. Elle prétend que ces agissements lui ont causé un tort considérable.

Mme Bernard a conclu à la confirmation du jugement.

La cour relève que la dissimulation par Mme Bernard de ses liens avec M. Maxime Matringhend, agent immobilier concurrent, et de l'intervention de celui-ci à l'occasion de l'établissement de l'état des lieux de sortie du 19 février 2014, constitue une violation grave par la salariée de l'exécution de bonne foi de son contrat de travail.

Cependant, la réalité du préjudice économique pouvant résulter de cet agissement concurrentiel n'est pas établie.

En conséquence, le jugement doit être confirmé en ce qu'il a débouté la société Passerelle Immobilière de sa demande de dommages et intérêts.

V ' Sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile :

Le jugement doit être confirmé en ce qu'il condamne la société Passerelle Immobilière à supporter les éventuels dépens.

Mme Bernard succombant, pour l'essentiel, en ses prétentions devant la cour, il convient de la condamner aux dépens d'appel et de la débouter de sa demande d'indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

La société Passerelle Immobilière ayant dû recourir à l'avis de Mme Sandrine Lefranc-Loisel, expert en écritures, pour démontrer que l'attestation de M. Maxime Matringhend du 10 mars 2014, produite en justice, et l'état des lieux de sortie du 19 février 2014 ont été rédigés par cette même personne, l'équité commande de faire droit à sa demande d'indemnité formée sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

LA COUR

Statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort,

Confirme le jugement rendu le 13 janvier 2015 par le conseil de prud'hommes du Havre, sauf en ses dispositions retenant sa compétence pour statuer sur la demande de dommages et intérêts pour atteinte à l'image et condamnant la société Passerelle Immobilière à payer à Mme Lætitia Bernard la somme de 400 € au titre d'une prime d'intéressement pour l'année 2013 ;

L'infirmes de ces chefs ;

Statuant à nouveau des chefs infirmés, faisant application de l'article 79 du code de procédure civile et y ajoutant,

Déclare le conseil de prud'hommes matériellement incompétent pour statuer sur la demande de dommages et intérêts résultant d'une atteinte à l'image ;

Dit n'y avoir lieu à renvoyer l'affaire devant le tribunal de grande instance du Havre pour statuer sur cette demande ;

Condamne la société Passerelle Immobilière à verser à Mme Lætitia Bernard la somme de **500 €** en réparation du préjudice résultant de l'atteinte à son image commise par voie de diffusion d'un film publicitaire sur internet entre le 3 avril 2014 et le 27 octobre 2014 ;

Déboute Mme Lætitia Bernard de sa demande de prime d'intéressement au titre de l'exercice comptable de l'année 2013 ;

Condamne Mme Lætitia Bernard à payer à la société Passerelle Immobilière une somme de **2.000 €** par application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Déboute les parties du surplus de leurs demandes ;

Condamne Mme Lætitia Bernard aux dépens d'appel.

Le greffier Le président