

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL DE VERSAILLES
15ème chambre, 12 octobre 2011

R. G. No 10/ 05274

Décision déférée à la cour : Jugement rendu (e) le 27 Octobre 2010 par le Conseil de prud'hommes-Formation de départage de BOULOGNE BILLANCOURT
Section : Encadrement No RG : 09/ 00056

APPELANTES

Société TBWA PROD (ELSE)
50/ 54 Rue de Silly
92100 BOULOGNE BILLANCOURT
Représentée par Me Clara LARTIGUE, avocat au barreau de PARIS

Société TBWA PARIS
162/ 164 rue de Billancourt
92103 BOULOGNE BILLANCOURT CEDEX
Représentée par Me Clara LARTIGUE, avocat au barreau de PARIS

INTIMEE

Madame Françoise X... épouse Y...
xxx
75017 PARIS
Comparant en personne, assistée de Me Léon AZANCOT, avocat au barreau de PARIS

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions de l'article 945-1 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 05 Septembre 2011, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Marie-Paule DESCARD-MAZABRAUD, Présidente et monsieur hubert DE BECDELIEVRE conseiller chargés d'instruire l'affaire. Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composé (e) de :

Madame Marie-Paule DESCARD-MAZABRAUD, Présidente,
Madame Marie-Claude CALOT, Conseiller,
Monsieur Hubert DE BECDELIÈVRE, Conseiller,
Greffier, lors des débats : Monsieur Pierre-Louis LANE

Mme Françoise X... épouse Y... a été engagée par contrat à durée indéterminée en date du 23 mars 2001 par la société TBWA Paris, avec reprise d'ancienneté au 8 novembre 1989. Elle était directeur, classification cadre coefficient 500 et sur un temps partiel à savoir 35 semaines par an. Le 1er septembre 2003, elle devenait responsable de l'ensemble des services de production télévision dans l'entreprise. Le 23 mai 2007, son contrat de travail était transféré à la société PROD Else avec effet au 1er mai 2007. Le 3 octobre 2008, elle faisait l'objet d'un avertissement par son employeur et elle était licenciée pour cause réelle et sérieuse le 18 décembre 2008.

Mme Y... a saisi le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt le 16 janvier 2009 pour former les demandes suivantes contre la société TBWA France et la société Prod Else :

- 142 976 euros au titre des heures supplémentaires
- 14 297, 60 euros au titre des congés payés afférents et des compléments de congés payés
- une indemnité de 400 000 euros au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse
- une indemnité en raison du comportement vexatoire de l'employeur
- des dommages-intérêts liés à la perte de points de retraite, Mme Y... devant avoir le statut cadre depuis 1989 mais l'employeur n'ayant pas cotisé à ce titre de 1989 à 2001.

Par jugement en date du 27 octobre 2010, le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt statuant sous la présidence du juge départiteur, a condamné les deux sociétés, chacune pour ce qui les concernait à :

- 142 976 euros au titre des heures supplémentaires
- 14 297, 60 euros au titre des congés payés afférents
- 12 270, 64 euros au titre des compléments de congés payés sur solde de tout compte
- 5 631, 32 euros au titre du solde de congés payés d'avril 2004

Il a considéré que le licenciement de Mme Y... était dénué de cause réelle et sérieuse et il a condamné la société Prod Else à une somme de 115 000 euros de dommages-intérêts.

Enfin, il a estimé que la société TBWA Paris avait causé à Mme Y... un préjudice en ne versant pas les cotisations retraite pour le régime des cadres et il a ordonné avant dire droit une expertise sur ce point, les frais d'expertise devant être avancés par la société TBWA France.

Les sociétés TBWA Paris et la société TBWA Prod Else ont régulièrement relevé appel de la décision.

Par conclusions déposées le 10 août 2011, développées oralement et auxquelles il est expressément fait référence, elles concluent l'une et l'autre au rejet de toutes les demandes formulées contre elles.

Par conclusions, développées oralement et auxquelles il est expressément fait référence, Mme Y... demande la confirmation du jugement sur la condamnation aux heures supplémentaires, sur les rappels de congés payés et en ce qu'il a dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elle forme un appel incident sur le surplus de la décision et forme les réclamations suivantes :

- 400 000 euros au titre de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse
- 159 156 euros pour licenciement vexatoire
- 187 596 euros au titre de la perte des droits à retraite

Elle demande également une indemnité de l'article 700 du code de procédure civile ainsi que la remise des documents de rupture et des bulletins de paie rectifiés sous astreinte.

MOTIVATION

Sur le licenciement

La lettre de licenciement adressée le 18 décembre 2008 dont les termes fixent les limites du litige, est longuement motivée et fait état des éléments suivants :

- il était indiqué à Mme Y... que depuis la reprise de son contrat de travail par la société TBWA Prod, elle avait eu une attitude de défiance notamment envers M. Z... son supérieur hiérarchique.
- il lui était rappelé que par son attitude d'opposition, il lui avait été adressé un avertissement le 3 octobre 2008.
- il était noté que plusieurs clients refusaient de travailler avec Mme Y... du fait de son manque d'implication. Il était fait référence notamment aux organisateurs d'une campagne de publicité pour les produits Nana qui ne voulaient pas de l'intervention de Mme Y... dans le programme.

Pour décider que le licenciement de Mme Y... était dénué de cause réelle et sérieuse le premier juge a considéré que l'avertissement délivré le 8 octobre 2007 n'était pas justifié. Il estime qu'aucun agissement précis n'était caractérisé à l'égard de Mme Y... qui faisait le travail qui lui était demandé.

Au soutien de sa critique du jugement, la société TBWA estime que l'avertissement délivré le 8 octobre 2008 était justifié.

Pour le licenciement elle soutient le défaut de motivation et d'implication de Mme Y..., et elle fait valoir que sur son temps partiel, Mme Y... n'effectuait pas le travail qu'on aurait du normalement attendre d'elle.

Il ressort clairement des échanges de courriers entre Mme Y... et son employeur que Mme Y... a très mal perçu le transfert de son contrat de travail de la société TBWA France à la société TBWA Prod Else, transfert qui manifestement ne lui a pas été annoncé à l'avance et dont elle estime qu'il a coïncidé avec une diminution très nette de ses responsabilités.

Engagée le 23 mars 2001, avec une reprise d'ancienneté à partir de 1989, comme directrice de production, courant 2003, elle accédait à des responsabilités plus importantes, ce qui n'était pas concrétisé par un avenant au contrat de travail mais est établi par un certain nombre d'éléments produits par Mme Y.... Elle verse un courriel de félicitations pour sa promotion comme chef du service production. Elle verse également des documents de travail qui démontrent qu'elle avait des responsabilités au delà des productions dont elle avait la charge.

Sur la manière dont s'est organisée la transmission de son contrat de travail, Mme Y... par ses courriers a soutenu qu'elle n'avait appris qu'à la dernière minute que son contrat de travail allait être transférée dans une autre structure avec un changement de la convention collective.

La société TBWA France ne démontre pas que la salariée ait été informée très à l'avance de ce projet contrairement à ce qu'elle prétend. En effet le PV du comité d'entreprise qu'elle produit aux débats daté du 4 mai 2007 est ainsi rédigé sur le transfert des contrats de travail :

" 10 salariés sont concernés (par le transfert). Le transfert a lieu le 1er mai. Les contrats de travail sont repris à l'identique, les salariés bénéficieront de la participation de TBWA PROD.

Le comité d'entreprise approuve ce projet de transfert.

Isabelle A...a une réunion d'information auprès des salariés concernés après celle du comité d'entreprise pour leur réexpliquer les modalités de transfert.

Aucun élément ne permet de savoir si ce projet avait été soumis à l'avance aux salariés, en dehors des allégations.

Il ressort clairement des termes de l'avertissement décerné à Mme Y... au mois d'octobre 2008 que celle ci avait perdu une partie de ses prérogatives puisqu'un dossier lui avait été distribué autoritairement par M. Z.

Il ressort des pièces jointes que Mme Y... devait reprendre son travail le 1er octobre il est exact qu'il lui a été envoyé un courriel le 26 septembre sur une date à laquelle elle se trouvait en congé. La réaction de Mme Y... qui a découvert à son retour de vacances un dossier à traiter sans que son avis soit demandé sur cette affectation, alors qu'elle avait une grande ancienneté dans l'entreprise et qu'elle avait eu des responsabilités plus importantes, ne peut être considérée comme fautive et l'avertissement n'était pas justifié.

Sur les motifs du licenciement, tels qu'exprimés dans la lettre de licenciement, le premier juge a à juste titre relevé que l'attitude de défiance de Mme Y... envers son nouvel employeur pouvait trouver son origine dans le défaut d'information et d'explication qui a présidé à ce changement d'employeur.

Les courriers adressés par Mme Y... s'ils font état d'une certaine incompréhension et s'ils expriment des doutes, ne sont nullement blessants ou discourtois et ne peuvent être considérés comme fautifs.

Sur la qualité et la quantité de travail de Mme Y..., il sera relevé que la société TBWA Prod ne produit que des attestations émanant soit des dirigeants de l'entreprise soit du supérieur hiérarchique de la salariée. Les allégations contenues dans la lettre de licenciement sur le fait que certains clients ne souhaiteraient plus travailler avec Mme Y... ne sont nullement démontrées.

En revanche, Mme Y... de son côté produit de nombreux courriels qui témoignent de la qualité de son travail et de la satisfaction de ses clients.

De même, l'employeur ne démontre pas qu'elle aurait du retard dans la prestation de travail demandée.

Le premier juge a exactement considéré que les éléments apportés par l'employeur étaient imprécis et ne démontraient aucun grief sérieux. De même, il a rappelé que Mme Y... ne pouvait se voir reprocher de faire moins de productions alors qu'on lui en demandait moins. Par d'exact motifs que la cour fait siens, le premier juge a considéré que le licenciement de Mme Y... était sans cause réelle et sérieuse mais en fixant à 115 000 euros l'indemnité due pour ce licenciement il a quelque peu sous évalué le préjudice subi par Mme Y... et il lui sera alloué la somme de 160 000 euros à ce titre.

Le jugement sera réformé sur ce point.

Sur la demande de dommages-intérêts pour licenciement vexatoire

Mme Y... demande que lui soient alloués des dommages-intérêts spécifiques en raison du comportement vexatoire de l'employeur à son égard qui l'aurait privée de ses responsabilités, ce qui aurait eu une incidence sur son état de santé.

Cependant, les éléments dont fait état Mme Y... pour justifier de cette demande, ont déjà été retenus pour estimer qu'elle avait été victime d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le premier juge a estimé qu'il n'était pas démontré qu'il y ait un lien entre le syndrome dépressif de Mme X... et le comportement de l'employeur et il a avec raison estimé qu'elle ne justifiait pas d'un préjudice spécifique qui ne soit pas déjà réparé par l'allocation de l'indemnité versée pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le jugement qui l'a déboutée de sa demande, sera confirmé sur ce point.

Sur les heures supplémentaires

Pour faire droit aux demandes de Mme Y..., le premier juge a retenu que la salariée présentait ses réclamations à partir des feuilles de temps qui étaient versées par elle chaque semaine et qui n'avaient jamais donné lieu à critique.

Il lui a alloué la somme de 142 976 euros en estimant qu'il n'y avait pas lieu à retenir les critiques des deux sociétés qui avaient été les employeurs successifs de Mme Y..., ces éléments ne pouvant mettre à néant les feuilles de temps. S'il résulte de l'article L. 3171-4 du code du travail que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties, il appartient toutefois au salarié de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande, l'employeur devant ensuite fournir les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.

Pour critiquer les dispositions du jugement, les sociétés TBWA France et TBWA Prod Else fait valoir que les éléments produits par Mme Y..., à savoir les horaires d'envoi de courriels ne peuvent servir de base à des demandes d'heures supplémentaires. Elle rappelle qu'elle n'était pas directrice de la Télé production et que si elle avait quelques responsabilités administratives comme tous les seniors, elle ne peut justifier de l'emploi du nombre d'heures " divers gestion services. "

Enfin, il lui est fait reproche d'avoir décompté des heures supplémentaires sur des périodes d'arrêt maladie notamment sur l'année 2004.

Le contrat de travail de Mme X... prévoyait un travail à temps partiel à raison de 123, 33 heures mensuelles correspondant à trente cinq semaines de travail effectif dans l'année plus les congés payés.

Comme le premier juge l'a exactement rappelé, Mme Y... produit pour chaque semaine, les courriers électroniques qu'elle a adressés à ses deux employeurs successifs dans lesquels elle détaille son temps de travail et ses activités. Il a relevé que sur le temps de la prescription,

aucune observation ne lui avait été faite par les sociétés en cause et il sera observé que notamment les heures déclarées comme Divers service TV n'ont fait l'objet d'aucune critique.

De même, les documents adressés sur des récapitulatifs de tournage qui font apparaître des dépassements d'horaires n'ont eux non plus jamais été contestés.

Il sera donc noté que d'une part, Mme Y... apporte des éléments pour étayer sa demande mais en outre qu'elle a permis à son employeur de faire éventuellement des observations sur ce qu'il pouvait estimer être des dérives ou correspondre à des tâches non demandées à la salariée. Force est de constater que sur la période sur laquelle Mme Y... forme des demandes, il ne justifie d'aucune demande d'explication et d'aucune critique.

Il est exact que le règlement intérieur des sociétés prévoyait que les heures supplémentaires ne pouvaient être effectuées qu'à la demande expresse de l'employeur mais Mme Y... n'a jamais reçu de mise en garde sur ce point.

Les parties ne produisent pas les bulletins de paie sur la période 2004-2009 mais il n'est pas discuté qu'aucune heure supplémentaire ou complémentaire n'a été réglée.

Les deux sociétés font valoir que ces feuilles de temps n'étaient pas destinées à contrôler le temps de travail mais à préparer les devis et les facturations pour les clients. Cependant, cette explication ne peut être retenue, dans la mesure où les clients potentiels sont en droit d'exiger que les heures de travail facturées correspondent à la réalité ;

Le guide de l'utilisateur versé par l'employeur ne donne pas de directive pour expliquer que le salarié n'aurait pas à mentionner le temps effectivement passé à telle ou telle activité et sur un certain nombre de feuilles de temps, Mme Y... indique des heures consacrées à des missions différentes, ainsi sur la semaine du 8 mars 2004, 4 heures pour Nissan, 4 heures pour Amora, 4 heures pour Mcdo et 12 heures pour divers services TV, sans détailler sur ces douze heures, le temps consacré à telle ou telle opération.

Ce type de présentation n'a jamais fait l'objet de critiques.

Les tableaux de calcul déposés par Mme Y... permettent de vérifier qu'ils correspondent aux feuilles de temps qu'elle a adressées et en outre qu'ils respectent les seuils de déclenchement des heures supplémentaires.

Par d'exact motifs que la Cour fait siens, le premier juge a fait droit aux demandes de Mme Y... et lui a alloué 142 976 euros, ainsi que 14 297, 60 euros au titre des congés payés afférents à charge pour les deux sociétés de régler les sommes dues avant et après le 1er mai 2007.

Le jugement sera confirmé sur ce point.

Sur la base de calcul et les reliquats d'indemnité de congés payés au titre de l'année 2004 et sur le solde de tout compte

Par de justes motifs que la Cour fait siens, le premier juge a fait droit aux demandes de Mme Y... sur les modalités de calcul d'un reliquat de congés payés au titre de l'année 2004 et à la fin

de la relation de travail, ce calcul étant conforme aux dispositions de l'article L 3141-22 du code du travail.

Le dispositif du jugement qui a condamné les deux sociétés chacune pour ce qui les concerne à payer à Mme Y :

-12 270, 64 euros au titre des compléments de congés payés sur solde de tout compte
-5 631, 32 euros au titre du solde de congés payés d'avril 2004 sera confirmé.

Sur la demande de dommages-intérêts liés à la perte de points de retraite.

De 1989 à 2001, Mme Y... prétend avoir travaillé de manière quasi permanente au service de la société TBWA en qualité de cadre et elle forme des demandes pour compenser le fait que sur cette période, elle n'a pas été déclarée à la caisse des cadres.

Le premier juge a relevé que la prescription de cinq ans ne pouvait s'appliquer puisque Mme Y... ne formait pas de demandes de rappel de salaire ou de cotisations mais réclamait réparation d'un préjudice causé par la faute de son employeur.

Il a estimé qu'en reprenant son ancienneté et en signant un contrat de travail en 2001 avec Mme Y..., en qualité de cadre, la société TBWA avait reconnu implicitement qu'elle occupait bien des fonctions de cadre.

Enfin, estimant qu'il n'avait pas les éléments pour évaluer la réalité du préjudice causé à Mme Y..., il a ordonné une expertise.

En cause d'appel, la société TBWA France ne conteste pas que jusqu'en 2001, Mme Y... n'a pas été affiliée comme cadre auprès des caisses de retraite mais elle reprend les arguments développés en première instance à savoir que l'action est prescrite, que les fonctions exercées par Mme Y... étaient des fonctions d'agent de maîtrise, qu'il n'était pas l'employeur principal de la salariée sur cette période et qu'enfin, le contrat signé en 2001 a entraîné une novation de la relation contractuelle et que dès lors il ne peut être tiré argument de cette clause de reprise d'ancienneté.

Comme l'a justement retenu le premier juge, la prescription quinquennale ne peut être opposée à Mme Y... qui ne réclame pas de rappel de salaire ou de rappel de cotisations mais qui tend à obtenir la réparation d'une faute alléguée de son employeur.

Il en a à juste titre déduit que c'était bien la prescription trentenaire telle que précisée dans l'article 2262 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 17 juin 2008 qui devait s'appliquer.

Sur la réalité du statut de cadre de Mme Y..., il y a lieu de rechercher la réalité des fonctions exercées sur la période de 1989 à 2001 pour le compte de la société TBWA.

Cette dernière en dehors de ses allégations, ne produit aucun élément précis sur les fonctions exercées par Mme Y... entre 1989 et 2001 ; mais il ressort des documents contractuels que Mme Y... a effectué le même travail sur cette période et sur la période postérieure de 2001 à 2008 puisqu'il est mentionné dans le contrat de travail signé le 23 mars 2001 que :

" l'ancienneté précédemment acquise par Mme X...-Y... en qualité de directeur de production au sein de la société TBWA Paris est reprise à compter du 8 novembre 1989. "

En outre, le certificat de travail délivré à la fin de la relation contractuelle a également mentionné que Mme Y... avait été directrice de production depuis le 8 novembre 1989.

La société TBWA France ne peut donc sérieusement soutenir que Mme Y... n'aurait pas effectué les mêmes fonctions avant et après le 23 mars 2001 et la salariée avait donc le statut de cadre depuis 1989.

En outre, Mme Y... produit des attestations de collègues ayant travaillé avec elle sur cette période ainsi qu'un échange de courriels avec la direction qui confirment que son statut n'a pas été modifié.

Sur le temps de travail que Mme Y... aurait effectué pour la société TBWA France, sur la période de novembre 1989 à mars 2001, la salariée verse un récapitulatif des salaires perçus sur cette période de la part de la société. Cette dernière se borne à dire que ce tableau n'a pas de valeur probante car Mme Y... ne verse pas les contrats correspondants mais il lui aurait été facile de le critiquer utilement à partir de ses archives comptables, ce qu'elle ne fait pas. Sur ce tableau, il apparaît que Mme Y... a travaillé de manière très régulières pour la société TBWA France, certaines années correspondant à environ 2/ 3 du temps de travail qui lui sera contractuellement garanti par la suite.

Il est indéniable que la société TBWA France en ne cotisant pas pour un régime de retraite des cadres pour le compte de Mme Y... sur les salaires ainsi versés, a commis une faute contractuelle dont elle doit réparation.

Elle ne peut tirer argument du retard que Mme Y... aurait mis à faire valoir ses droits, le préjudice n'étant apparu clairement à la salariée que lorsqu'elle a voulu faire calculer ses droits à retraite.

Sur la réparation de ce préjudice, il n'apparaît pas utile d'avoir recours à une mesure d'expertise, Mme Y... produisant des éléments qui ne sont pas utilement critiqués par l'employeur.

Elle justifie tout d'abord de ce qu'elle a effectivement pris sa retraite.

Elle apporte des éléments pour calculer son manque à gagner du fait de l'absence de cette période de cotisation, étant observé cependant que la société TBWA France ne peut être tenue pour responsable de la diminution de ses cotisations sur ses périodes de chômage entre les divers contrats à durée déterminée, Mme Y... n'apportant aucun élément pour démontrer que la société l'aurait contrainte à accepter ces contrats à durée déterminée dont elle n'a jamais demandé la requalification.

L'employeur ayant commis une faute contractuelle en doit réparation et ne peut, sous le prétexte d'un moindre coût et au nom de l'intérêt général demander à la Cour d'ordonner la régularisation des cotisations, alors que les organismes sociaux qui ont eu connaissance de la difficulté puisqu'ils ont été consultés par Mme Y..., ne le réclame pas.

En fonction de la perte évaluée de retraite sur les seuls salaires perçus, de l'espérance de vie moyenne des femmes de la tranche d'âge de Mme Y..., en prenant en compte le fait qu'elle n'a pas été obligée de verser sur cette période, les cotisations salariales à la retraite des cadres, la Cour dispose des éléments suffisants pour évaluer à 100 000 euros le préjudice subi par Mme Y... de ce chef.

L'équité commande d'allouer à Mme Y... une indemnité de l'article 700 du code de procédure civile d'un montant de 1 200 euros.

PAR CES MOTIFS

Réforme partiellement le jugement déféré en ce qu'il a condamné la société TBWA Prod Else à verser à Mme Y..., la somme de 115 000 euros au titre de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et en ce qu'il a ordonné une expertise pour chiffrer le préjudice subi par Mme Y... du fait du non paiement des cotisations de cadre sur la période de 1989 à 2001.

Statuant à nouveau sur ces points,

Condamne la société TBWA France à verser à Mme Y..., la somme de 100 000 euros au titre de dommages-intérêts pour le préjudice causé par le défaut de cotisations cadre sur la période de 1989 à 2001.

Condamne la société TBWA Prod Else à verser à Mme Y..., la somme de 160 000 euros d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse
ces deux sommes avec intérêts de droit à compter du présent arrêt.

Confirme le jugement pour le surplus dans ses autres dispositions.

Y ajoutant, condamne solidairement les deux sociétés TBWA France et TBWA Prod Else à verser une indemnité de l'article 700 du code de procédure civile d'un montant de 1 200 euros à Mme Y....

Dit que les dépens de la procédure d'appel resteront à la charge des sociétés appelantes.

Arrêt-prononcé publiquement 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 Marie-Paule DESCARD-MAZABRAUD, Présidente et par Monsieur LANE, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

LE GREFFIER
LA PRÉSIDENTE