

**COUR D'APPEL DE NOUMÉA**

**N° 06/00618**

---

Présidente : Mme FONTAINE

---

Greffier lors des débats: Cécile KNOCKAERT

---

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**Chambre sociale**

**Arrêt du 22 Mai 2008**

---

**PARTIES EN CAUSE DEVANT LA COUR**

**APPELANT**

Mme X  
Née le... à ...  
demeurant à NOUMEA

représentée par Me Patrick ARNON, avocat

**INTIMÉ**

La SOCIETE Y représentée par son dirigeant en exercice  
demeurant à NOUMEA

représentée par Me Denis MILLIARD, avocat

**PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE**

Par jugement du 17 novembre 2006 auquel il est référé pour le rappel de la procédure ainsi que l'exposé des faits, moyens et demandes, le tribunal du travail de Nouméa a :

- dit que Mme X avait été engagée par la SOCIETE Y à compter du 3 décembre 1990,
- condamné la SOCIÉTÉ Y à payer à Mme X les sommes de :
  - + 184.909 FCFP à titre de rappel sur prime d'ancienneté,
  - + 120.000 FCFP au titre des frais irrépétibles,

- fixé la moyenne des trois derniers mois de salaire à la somme de 164.451 FCFP,
- prononcé la résolution du contrat de travail de Mme X aux torts de cette dernière,
  
- a débouté celle-ci de toutes ses autres demandes.

### **PROCÉDURE D'APPEL**

Par requête déposée au greffe le 4 décembre 2006, Mme X a interjeté appel de cette décision notifiée le 17 novembre 2006.

Par mémoire ampliatif déposé le 6 février 2007, elle reprend expressément l'ensemble de ses argumentations et demandes de première instance.

Elle observe en sus que se trouvant en arrêt de travail pour une maladie en relation avec ses conditions de travail, la prise d'effet de la rupture du contrat de travail ne pourra intervenir qu'à la date où elle cessera de souffrir de l'altération de son état de santé.

Elle sollicite la somme de 400.000 FCFP en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

Par conclusions déposées le 5 avril 2007, La SOCIÉTÉ Y observe que l'appelant se contente de reprendre exactement ses moyens de première instance sans apporter d'éléments nouveaux. Elle conclut donc, reprenant elle-même le détail de son argumentation de première instance, à la confirmation et sollicite la somme de 150.000 FCFP en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

Par conclusions déposées le 27 juin 2007, Mme X réplique :

- sur sa qualification professionnelle, que c'est elle qui était perçue comme la patronne en raison de sa présence quasi-permanente et que la coupure de presse produite en est l'illustration ;
  
- sur l'assiette de sa rémunération, que la liberté d'organiser l'entreprise trouve sa limite dans l'atteinte à la rémunération du salarié et qu'en modifiant la procédure et en cessant de la commissionner au seul motif que la commande était passée chez Y, la SOCIÉTÉ Y a unilatéralement modifié le mode de rémunération ;
  
- sur les heures supplémentaires, que le caractère inexact de la plage horaire décrite par la SOCIÉTÉ Y résulte de l'ensemble des attestations produites en première instance et complétées par de nouvelles attestations.

Par conclusions déposées le 31 juillet 2007, la SOCIÉTÉ Y fait valoir :

- sur la demande de classification, que ni une croyance populaire ni un article de presse ne peuvent constituer un fondement d'une classification et qu'au surplus ce débat est sans incidence, Mme X percevant de toute façon un salaire supérieur au minimum conventionnel d'un AM2,

- sur les heures supplémentaires, que les nouveaux témoignages souffrent des mêmes imprécisions que les précédents et que même les anciens salariés de la société n'ont pas confirmé les dires de l'appelante,

- sur la demande d'expertise, qu'elle s'est déjà expliquée sur la correction purement technique apportée à la comptabilité mais qu'au demeurant, alors que Mme X a écrit le 17 janvier 2005 pour se plaindre d'une modification de l'assiette de ses rémunérations, il résulte de l'analyse des ces dernières que la moyenne des commissions de l'année 2003 a été de 123.625 FCFP contre 125.011 FCFP en 2004, ce qui ne caractérise en rien une spoliation.

Par conclusions déposées le 24 août 2007, Mme X reprend et précise son argumentation sur le problème de la qualification professionnelle, sur la modification de l'assiette de rémunération qui justifie la demande d'expertise, ainsi que sur les heures supplémentaires. Elle verse des attestations complémentaires à l'appui de ses affirmations.

Elle produit également des documents médicaux attestant de la réalité de son arrêt maladie.

S'agissant du harcèlement, elle observe que l'examen des bulletins de salaire permet de constater la diminution des primes exceptionnelles en 2004, la suppression unilatérale de la Mutuelle du commerce à compter de 2003 et le maintien d'un salaire plancher de 100.000 FCFP jusqu'en décembre 2004, le salaire étant porté à 126.540 FCFP en janvier 2005 grâce à l'intervention du syndicat Z.

Mme X a, par ailleurs, communiqué les 7 novembre et 10 décembre 2007 des certificats médicaux portant prolongation d'arrêt de travail jusqu'au 31 janvier 2008.

## **MOTIFS DE LA DÉCISION**

### **Sur la classification de Mme X :**

Attendu que les premiers juges, par une motivation détaillée et complète répondant à l'argumentation des parties et que la cour adopte, ont justement estimé que les fonctions de Mme X justifiaient d'une classification au Niveau II échelon 3 de l'accord professionnel ;

Qu'en appel, Mme X ne propose qu'un copier-coller de ses écritures de première instance sans expliquer en quoi l'analyse du tribunal du travail mériterait réformation ;

Que la décision déferée sera donc confirmée de ce chef ;

### **Sur l'ancienneté et la prime d'ancienneté**

Attendu que là également, les premiers juges ont tiré les conséquences logiques de la classification retenue et de l'admission par l'employeur d'une erreur de calcul de la prime d'ancienneté ;

Que la condamnation de la SOCIÉTÉ Y à payer la somme de 184.909 FCFP à titre de rappel sur prime d'ancienneté sera donc confirmée ;

**Sur les heures supplémentaires :**

Attendu qu'une fois le principe d'heures supplémentaires établi par le salarié, il incombe aux deux parties d'apporter à la juridiction les éléments permettant de calculer ces heures ;

Attendu que la SOCIÉTÉ Y soutient que sa salariée ne travaillait pas le samedi après-midi ;

Attendu que la cour considère que la preuve des heures supplémentaires résulte d'une part des attestations produites, d'autre part de l'aveu même de l'employeur ;

Qu'il ressort tout d'abord de l'analyse des très nombreuses attestations que Mme X travaillait régulièrement le samedi après-midi ;

Que les attestations émanant de personnes très diverses et dont la sincérité n'est pas mise en cause, ne font d'évidence pas référence à des périodes antérieures de cinq ans au départ de Mme X comme le soutient la SOCIÉTÉ Y ;

Qu'ainsi l'attestation de M. A "Je suis client régulier de la SOCIÉTÉ Y...Mme X a été la personne qui m'a servi 9 fois sur 10 tant en semaine...que le samedi après-midi", fait état d'une situation actuelle ;

Que Mme W, ancienne employée de la société Y et dont il n'apparaît pas qu'elle ait travaillé sur une période prescrite affirme " Nous savions tous que Mme X était la seule des employées à travailler du lundi matin au samedi soir" ;

Que la multiplicité des épisodes où Mme X a été vue travaillant le samedi après-midi, exclut qu'il se soit agi de situations exceptionnelles comme le laisse entendre l'employeur ;

Que l'on doit au demeurant relever que l'employeur soutenant que Mme X n'a jamais travaillé le samedi après-midi et ne faisant pas état d'un changement d'horaires sur toute la durée d'emploi, la démonstration par la salariée d'un travail régulier sur ce créneau horaire même pour une période prescrite conforte son affirmation pour la période postérieure ;

Attendu par ailleurs qu'en répondant au syndicat Z, par lettre du 9 novembre 2004, "Sur les heures supplémentaires, le rappel opéré par la société correspond à la période sur laquelle ces données sont disponibles..." constitue un aveu de la réalité de la réalisation desdites heures et de leur non paiement ;

Que dans ces conditions, la cour retient que Mme X justifie avoir effectué des heures supplémentaires les samedis après-midi et que la SOCIÉTÉ Y n'ayant pas apporté d'éléments contraires sur leur calcul, il sera fait droit à la demande de la salariée ;

Que cette régularisation se fera dans la limite des cinq ans précédant la requête introductive d'instance du 28 juin 2005 soit pour la somme de 701.503 FCFP avec intérêts à compter de ladite requête ;

**Sur la journée du 10 janvier 2005 :**

Attendu que l'appelante se contente là également de reprendre sa demande sans justifier de ce qu'elle a travaillé ce jour là ;

Que la décision déferée sera confirmée de ce chef ;

### **Sur la modification du contrat de travail liée à l'assiette des commissions :**

Attendu qu'il convient en préambule de constater qu'aucun document écrit n'a jamais fixé les bases de calcul des commissions et notamment la nature des opérations devant rentrer en ligne de compte ;

Attendu que les demandes de Mme X sont floues et contradictoires puisqu'elle se plaint dans sa lettre du 17 janvier 2005 d'une modification de l'assiette de rémunération qui vient d'intervenir mais sollicite en même temps une expertise des comptes depuis septembre 1999 ;

Attendu qu'il résulte des bulletins de salaire 2003, 2004 et janvier 2005 un maintien de la moyenne mensuelle des commissions ce qui dément les assertions de l'appelante ;

Qu'il n'y a pas lieu d'ordonner une expertise alors qu'aucun commencement de preuve du non paiement ou d'une baisse des commissions avant 2005 n'est produit et qu'il n'appartient pas au juge de pallier la carence des parties ;

Qu'au demeurant Mme X n'est pas fondée à se prévaloir d'une erreur de l'employeur l'ayant fait bénéficier, pour le calcul des commissions, des ventes réalisées par Y magasin du groupe traitant de la vente aux collectivités, ventes dans la réalisation desquelles elle n'intervenait pas ;

Que la cour confirmera en conséquence la décision des premiers juges déboutant Mme X de ses demandes à ce titre ;

### **Sur la rupture du contrat de travail :**

Attendu qu'il convient de constater au préalable qu'aucun élément du dossier ne permet de considérer comme le soutient Mme X que son arrêt-maladie découlant d'un état dépressif serait imputable à l'employeur ; que toutes ses demandes découlant de ce postulat seront rejetées ;

Attendu que le tribunal du travail a exactement constaté que la requête introductive d'instance du 28 juin 2005 signait la volonté de rupture de la salariée et qu'à défaut de lettre de licenciement pour absence ou à défaut de lettre de démission par la salariée, il restait à la juridiction à constater la rupture du contrat de travail aux torts de l'une ou l'autre des parties ;

Attendu que le premier juge a pu considérer à juste titre que le grief lié au paiement de la prime d'ancienneté ne justifiait pas, compte tenu de son caractère d'erreur, de la modicité de la somme due, enfin de la durée de la relation contractuelle, une requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu par contre que le non paiement des heures supplémentaires pour un montant non négligeable, que l'employeur s'est refusé à régulariser en dépit des demandes renouvelées de Mme X relayées par son syndicat, constitue une faute de l'employeur rendant légitime la prise d'acte par la salariée d'une rupture du fait de l'employeur ;

Qu'en conséquence, la cour, sur infirmation, qualifiera la rupture de licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

**Sur les demandes indemnitaires :**

Attendu qu'il sera retenu sur la base du net imposable 2004, incluant le salaire de base et les commissions, un salaire mensuel moyen de 238.415 FCFP ;

Indemnité compensatrice de préavis : (art. 23 Délibération modifiée n° 281 du 24 février 1988 relative au contrat de travail)

Attendu qu'il sera alloué à ce titre la somme de 476.829 FCFP ;

Indemnité de congés payés sur préavis :

Attendu qu'il sera alloué la somme de 47.682 FCFP ;

Indemnité de licenciement :(art. 24 Délibération modifiée n° 281 du 24 février 1988 relative au contrat de travail et article 88 de l'AIT)

Attendu qu'ayant travaillé pour la SOCIÉTÉ Y de décembre 1990 à février 2005, Mme X a droit, au titre de l'article 88 de l'AIT, à une indemnité de licenciement calculée sur la base de 1/10ème de mois par année d'ancienneté jusqu'à 10 ans d'ancienneté plus 1/15ème de mois par année d'ancienneté au delà ;

Attendu qu'il lui sera donc alloué la somme de 389.400 FCFP ;

Indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : (art. 33 Délibération modifiée n° 281 du 24 février 1988 relative au contrat de travail)

Attendu que le licenciement de Mme X, âgée de 50 ans, avec une difficulté certaine à pouvoir retrouver un emploi stable, après 14 ans de service justifie l'octroi de dommages-intérêts qui seront fixés à la somme de 2.860.000 FCFP ;

**Sur les frais irrépétibles :**

Attendu qu'il sera alloué à Mme X une somme de 250.000 FCFP ;

**Sur les dépens :**

Attendu qu'en application de l'article 880-1 du code de procédure civile de la Nouvelle Calédonie qui pose le principe de la gratuité de la procédure, il n'y a pas lieu à condamnation aux dépens en matière sociale ;

**PAR CES MOTIFS**

LA COUR,

STATUANT par arrêt contradictoire déposé au greffe ;

CONFIRME le jugement déféré en ce qu'il a :

- dit que Mme X avait été engagée par la Société Y à compter du 3 décembre 1990,
  
- débouté Mme X de ses demandes de reclassification et de paiement de la journée du 10 janvier 2005,
  
- débouté Mme X de sa demande au titre d'une modification de l'assiette de calcul de ses commissions et de sa demande d'expertise,
  
- condamné la Société Y à payer à Mme X la somme de 184.909 FCFP à titre de rappel sur prime d'ancienneté,

REFORMANT pour le surplus et statuant à nouveau ;

CONDAMNE la Société Y à payer à Mme X au titre des heures supplémentaires non payées la somme de SEPT CENT-UN MILLE CINQ CENT TROIS (701.503) FCFP avec intérêts au taux légal à compter du 28 juin 2005 ;

Prononce la résolution du contrat de travail de Mme X aux torts de la Société Y ;

CONDAMNE la Société Y à payer à Mme X les sommes de :

- QUATRE-CENT-SOIXANTE-SEIZE MILLE HUIT-CENT-VINGT-NEUF (476.829) FCFP à titre d'indemnité compensatrice de préavis,
  
  - QUARANTE-SEPT MILLE SIX-CENT-QUATRE-VINGT-DEUX (47.682) FCFP à titre d'indemnité de congés payés sur préavis,
  
  - TROIS-CENT-QUATRE-VINGT-NEUF MILLE QUATRE CENT (389.400) FCFP à titre d'indemnité de licenciement,
  
  - DEUX MILLIONS HUIT CENT SOIXANTE MILLE (2.860.000) FCFP à titre de dommages-intérêts licenciement sans cause réelle et sérieuse ,
  
  - DEUX CENT CINQUANTE MILLE (250.000) FCFP au titre de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle Calédonie ;
- Dit n'y avoir lieu à condamnation aux dépens en matière sociale en application de l'article 880-1 du code de procédure civile de la Nouvelle Calédonie ;

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT