

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 5

ARRÊT DU 10 Décembre 2015

(n° , 12 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **S 13/06125**

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 24 Mai 2013 par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de PARIS - Section encadrement - RG n° 12/03276

APPELANTE

SARL SOCIETE 3 S INFORMATIQUE

77 Rue de la Boétie

75008 PARIS

représentée par Me J.-frédéric NAQUET, avocat au barreau de PARIS, toque : B0386 substitué par Me Malaury RIPERT, avocat au barreau de PARIS, toque : D0408

INTIMEE

Madame Marianne BARBANT

10 Rue Arthur Croquette

94220 CHARENTON LE PONT

représentée par Me Véronique JOBIN, avocat au barreau de PARIS, toque : R195

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 945-1 du Code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 15 mai 2015, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Murielle VOLTE, Conseillère, chargée d'instruire l'affaire.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Madame Martine ROY-ZENATI, Présidente

Madame Anne-Marie GRIVEL, Conseillère

Madame Murielle VOLTE, Conseillère

qui en ont délibéré

Greffier : M. Franck TASSET, lors des débats

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE

- mis à disposition 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 Anne-Marie GRIVEL, Conseillère pour le Président empêché et par M. Franck TASSET, Greffier à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

EXPOSÉ DU LITIGE

Mme Marianne Barbant, qui avait été engagée en qualité de consultant technico-fonctionnel, statut cadre, coefficient 150, position 2. 3, par la société 3S INFORMATIQUE, suivant contrat à durée indéterminée du 26 novembre 2008 à effet du 15 décembre 2008, a été convoquée le 10 février 2012 à un entretien préalable à un éventuel licenciement qui s'est tenu le 22 février, et licenciée le 16 mars 2012 pour faute grave.

Le 20 mars 2012, Mme Barbant a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de paiement de diverses sommes au titre tant de l'exécution que de la rupture de son contrat de travail.

Par jugement du 24 mai 2013, notifié le 31 mai 2013, le conseil de prud'hommes de Paris a :

- jugé non motivé le licenciement pour faute grave et requalifié la rupture en licenciement sans cause réelle ni sérieuse ;

- condamné la société 3S INFORMATIQUE à verser à Mme Barbant les sommes suivantes:

" 12'787 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis,

" 1278 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés sur préavis,

" 6000 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement,

" 1067,91 euros à titre de complément de prime de vacances,

avec intérêts au taux légal à compter du 26 mars 2012, date de réception par la partie défenderesse de la convocation devant le bureau de conciliation, en rappelant les dispositions de l'article R. 1454-28 du code du travail et en fixant la moyenne des 3 derniers mois de salaire à la somme de 4250 euros ;

" 25'575 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec intérêts au taux légal à compter du jour du prononcé du jugement ;

" 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

- débouté Mme Barbant du surplus de ses demandes de dommages-intérêts pour nullité de la clause de non-concurrence et pour inexécution de bonne foi du contrat de travail ;

- débouté la société 3S INFORMATIQUE de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile, en la condamnant aux dépens.

La société 3S INFORMATIQUE a interjeté appel de cette décision le 19 juin 2013, limité aux chefs

la condamnant au versement des sommes ci-dessus rappelées. Le 8 août 2013, Mme Barbant a formé appel incident sur l'ensemble de la décision rendue. Les deux affaires ont été appelées une première fois à l'audience du 3 février 2015 à laquelle elles ont fait l'objet d'une mesure de jonction par mention au dossier.

À l'audience du 15 mai 2015, la société 3S INFORMATIQUE demande à la Cour de :

- réformer le jugement dont appel ;
- dire le licenciement fondé sur une faute grave ;
- ordonner le remboursement des sommes payées à titre provisionnel à Mme Barbant.

Elle expose que si les relations contractuelles se sont déroulées dans un premier temps de manière satisfaisante, à compter de l'année 2011, Mme Barbant a pris l'habitude de refuser les missions proposées, estimant systématiquement qu'elles ne rentraient pas dans son champ de compétences et que de plus, lors des entretiens avec les sociétés clientes, elle a délibérément manqué de conviction et de motivation pour les missions proposées, de sorte que sa candidature n'a jamais été retenue, ce qui a fait perdre des clients à la société. Elle fait valoir que la salariée n'a pas modifié son attitude malgré les différentes remarques de ses supérieurs hiérarchiques en ce sens, persistant à refuser les missions pour lesquelles elle avait été embauchée, une telle attitude étant inacceptable dans la mesure où la société lui assurait le maintien de son salaire lorsqu'elle était en situation d'intermission. Elle considère par conséquent que le licenciement de la salariée était justifié, son maintien au sein de l'entreprise s'étant avéré *'inutile et impossible'*. Elle sollicite pour le surplus le débouté des demandes de dommages-intérêts et de prime de vacances présentées par Mme Barbant.

Mme Barbant demande pour sa part à la Cour de :

- confirmer le jugement en ce qu'il a dit que son licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse et en ce qu'il a condamné la société 3S INFORMATIQUE au paiement de sommes au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, de l'indemnité de congés payés sur préavis, de l'indemnité conventionnelle de licenciement, du complément de prime de vacances, et de l'article 700 du code de procédure civile ;
- réformer le jugement en ce qu'il a fixé l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse à 25'575 euros et en ce qu'il l'a déboutée de ses demandes de dommages-intérêts au titre de la non-exécution de bonne foi du contrat de travail et au titre de la nullité de la clause de non-concurrence ;
- statuant à nouveau de ces chefs, condamner la société 3S INFORMATIQUE à lui payer les sommes suivantes :
 - " 51'151 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
 - " 10'228,80 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la nullité de la clause de non-concurrence,
 - " 25'575 euros à titre de dommages et intérêts pour non-exécution de bonne foi du contrat de travail par l'employeur,
 - " 1000 euros à titre de dommages-intérêts pour défaut de remise du certificat de travail et de l'attestation pôle emploi conforme ;
- condamner en outre la société 3 S INFORMATIQUE au paiement de la somme de 5000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens.

Elle conteste formellement avoir refusé d'accomplir les missions qui lui étaient demandées et soutient qu'elle a seulement informé son supérieur hiérarchique de ce que ces missions étaient en dehors de ses compétences, à preuve son curriculum vitae qu'elle verse aux débats, qu'aucun échec en clientèle ne peut lui être imputé personnellement et qu'à aucun moment, elle n'a eu de comportement caractérisant une opposition systématique visant à ne pas réaliser les missions qui lui étaient proposées. Elle fait valoir subsidiairement qu'aucun des griefs formulés à son encontre dans la lettre de licenciement, à les supposer établis, n'est constitutif d'une faute d'une gravité telle qu'il aurait empêché son maintien au sein de l'entreprise, à tout le moins pour effectuer un préavis. Elle souligne qu'elle n'a jamais fait l'objet de sanction disciplinaire préalablement à cette mesure de licenciement. Elle considère par ailleurs qu'elle est fondée à demander un rappel de la totalité des primes de vacances sur la période 2008-2012 en application de l'article 31 de la convention collective Syntec et de l'avis d'interprétation du 19 mars 1990. À l'appui de la nullité de la clause de non-concurrence, elle invoque, à titre principal, la méconnaissance par l'employeur de l'article 2. 11 de l'Accord du 15 novembre 2007 applicable aux entreprises de portage salarial, et à titre subsidiaire, le caractère purement potestatif de la clause en ce que son application est laissée à la seule discrétion de l'employeur, son préjudice résidant dans l'incertitude dans laquelle elle a été laissée pendant tout le temps d'exécution de son contrat de travail d'une application ou non de la clause après la cessation du contrat de travail. Elle ajoute que la stipulation dans un contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié. Enfin, elle se prévaut d'un préjudice spécifique du fait de la non exécution de bonne foi du contrat de travail de la part de l'employeur, à compter du mois d'août 2011, ayant eu une incidence sur sa santé, caractérisée, en premier lieu, par le non-respect de l'article L. 6321-1 du code du travail, la société 3S INFORMATIQUE n'ayant pas donné suite à ses demandes de formation, en second lieu, par l'absence d'entretien individuel en 4 années de présence au sein de l'entreprise, en troisième lieu, par ses mauvaises conditions de travail, ayant occupé durant le premier semestre 2011 une partie du bureau A 8 dont un rapport du 22 mars 2011 de la médecine du travail a estimé qu'il présentait une sur- occupation et que les zones de circulation y sont particulièrement problématiques, en quatrième lieu, par les refus de l'employeur ou ses réponses tardives à ses demandes de congé au-delà du délai prévu de 8 jours par l'Accord au niveau de l'UES 3S du 20 juin 2011 sur les congés payés, en cinquième lieu, par la volonté répétée de son supérieur hiérarchique de lui imputer la responsabilité de réponses négatives de clients et son acharnement à la positionner sur des missions en dehors de ses compétences dans le but manifeste de la déstabiliser, et en sixième lieu, par la différence de traitement entre elle et ses collègues, puisqu'elle était astreinte à passer ses journées pendant la période d'intermission dans les locaux de la société alors que la plupart des consultants étaient autorisés à rester à leur domicile ou à seulement venir « pointer » une fois par jour.

Pour un plus ample exposé des faits, de la procédure et des prétentions des parties, la cour se réfère à leurs dernières conclusions visées par le greffier et développées lors de l'audience des débats.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur le licenciement

Attendu que les termes de la lettre de licenciement fixant les limites du litige, il convient de rappeler que Mme Barbant a été licenciée pour faute grave par lettre du 16 mars 2012 aux motifs suivants énoncés sur 4 pages et pouvant être résumés ainsi :

- avoir, de mauvaise foi, refusé, le 13 janvier 2012, d'exécuter une mission ponctuelle auprès du Ministère de la Défense dans le cadre d'un contrat de tierce maintenance applicative, en remplacement d'un collaborateur en arrêt maladie pour une semaine ;
- avoir, le 21 décembre 2011, refusé une mission en interne portant sur une veille concurrentielle relative aux formations HR ACCESS et consistant simplement à rechercher sur Internet un relevé d'informations permettant la constitution d'un dossier d'analyse de marché qui ne requérait aucune

analyse technique du progiciel HR ACCESS ;

- avoir refusé, fin juillet 2011, une mission chez FAGOR proposée par le Directeur Général Délégué en personne ;

- avoir manqué de conviction sur des missions pour lesquelles elle avait été présentée en rendez-vous en clientèle, aucune mission n'ayant été confiée à la société ;

Que la lettre de licenciement se conclut en ces termes :

« Ces échecs répétés, ces refus injustifiés de mission caractérisent le comportement d'opposition systématique que vous avez adopté visant à ne pas réaliser les missions que le service commercial dans son ensemble s'efforce d'identifier.

Dans une période où chacun se doit d'apporter son concours à la pérennité de l'activité, vous allez à l'encontre d'une collaboration effective et indispensable.

Votre attitude n'est plus tolérable et nuit ainsi aux intérêts de l'entreprise.

En conséquence, pour toutes ces raisons, nous vous notifions votre licenciement pour faute grave (...) » ;

Attendu que la faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations résultant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle justifie la rupture immédiate du contrat de travail ; que la preuve de la faute grave incombe à l'employeur qui l'invoque ;

Attendu, s'agissant du premier grief de refus injustifié par la salariée de plusieurs missions proposées par l'employeur, que :

' en ce qui concerne la mission auprès du ministère de la défense : la société 3S INFORMATIQUE produit aux débats un échange de mails du 13 janvier 2012 entre M. Kodad (chef de projet) et Mme Barbant ;

qu'il ressort de la lecture de ces courriels que M. Kodad demande à la salariée de lui communiquer ses coordonnées et son état civil afin d'établir une autorisation d'accès au site du MINDEF, sans autre précision sur les caractéristiques de la mission et que dans sa réponse, la salariée indique :

« Suite à la communication du CCTP pour cette mission, il s'agit d'assurer la maintenance applicative de Sygma sur les éléments suivants :

- FORMS 6i d'Oracle,

- REPORT 6i d'Oracle,

-SGBDr Oracle version 9i,

*- Traitements batch développés sous PRO*C d'Oracle.*

Je te confirme donc que cette mission est en dehors de mes compétences. » ;

que dans ses conclusions, Mme Barbant explique et justifie par la production de son curriculum vitae que ses compétences sont les suivantes :

titulaire d'une maîtrise des sciences de gestion/d'une maîtrise en ingénierie de la banque, de la finance et de l'assurance/d'un certificat de qualification professionnelle gestionnaire de patrimoine immobilier/formation complémentaire de développement informatique/ 9 ans d'expérience professionnelle en tant que consultante technico-fonctionnel sur le logiciel Oracle Applications version 11i qui est un logiciel de gestion/finance/comptabilité ; qu'elle fait valoir qu'après s'être procuré le CCTP pour mener à bien cette mission qui devait commencer le 16 janvier suivant, elle a pu s'apercevoir qu'il était requis du consultant une connaissance parfaite de l'application Sygma qui lui était parfaitement inconnue alors qu'il lui était demandé d'assurer une maintenance applicative qui comprend notamment l'enregistrement des incidents mais surtout leur correction par des développements nécessitant donc une connaissance des outils et des langages de développement correspondant à cette application, raison pour laquelle elle a indiqué à son supérieur qu'elle n'avait pas les compétences requises pour cette mission ; qu'il ressort du rapport d'entretien préalable établi par Mme Garry qui l'assistait que la salariée a maintenu qu'il lui était impossible d'être opérationnelle immédiatement, sans formation sur des outils qu'elle ne connaissait pas comme Oracle Report et Oracle Forms ;

que dans la lettre de licenciement, l'employeur reproche à la salariée de n'avoir orienté sa lecture du CCTP que sur la seule notion de l'architecture de l'application et d'avoir occulté la mission qui lui était confiée, limitée à la description du besoin qui consistait à assurer la maintenance applicative de Sygma, s'agissant principalement ' *d'assurer son maintien en condition opérationnelle et de fournir un support technico-fonctionnel aux utilisateurs* ' ;

que force est de constater que la société 3 S INFORMATIQUE se borne à procéder par voie d'affirmation ne pouvant pas être vérifiée puisqu'elle ne communique pas le marché qu'elle a conclu avec le ministère de la défense qui aurait permis à la cour d'appréhender le contour exact de la mission et le profil requis du collaborateur en charge ; qu'elle verse à son dossier une attestation de M. Xavier Ripart, Directeur Business Unit au sein de la société, datée du 29 avril 2013, correspondant à une pièce n° 16 ; or, il ressort de la liste des pièces annexées à ses conclusions que le n°16 correspond à une « Fiche technique Consultant fonctionnel, site de l'APEC.fr » qui n'est d'ailleurs pas versée aux débats ; que la cour observe de surcroît que ni la société 3 S INFORMATIQUE ni Mme Barbant n'évoquent à aucun moment dans leurs écritures l'attestation litigieuse, si bien qu'à défaut qu'il soit établi qu'elle a bien été portée à la connaissance de la salariée pour qu'elle puisse la discuter, cette pièce ne sera pas examinée et écartée des débats, en application des dispositions de l'article 16 du code de procédure civile ;

que l'employeur n'apportant pas la preuve qui lui incombe que la mission litigieuse entrerait bien dans le champ de compétences de la salariée, aucune faute n'est donc caractérisée à l'encontre de celle-ci sur ce point ;

' en ce qui concerne la mission en interne portant sur une veille concurrentielle relative aux formations HR Access : la société 3 S INFORMATIQUE produit un échange de courriels du 21 décembre 2011 entre Mme Barbant et son supérieur hiérarchique, M. Ripart, directeur du Centre de Services ICS ;

qu'il ressort de cet échange que M. Ripart demande à la salariée, à 11h19, de lui faire une étude '*à me remettre pour vendredi 23/12*' dont l'objet est '*Étude de marché sur les prestataires qui délivrent des formations techniques sous le logiciel HR Access (version HRA Suite 7)*' et de préciser pour chaque prestataire : '*les modules concernés, la durée de la formation, le coût, le lieu de formation, le calendrier de formation, les éléments différenciateurs de la société*' et que Mme Barbant lui répond, à 13h39 : « *Ta demande (RH) est en dehors de mes attributions, je ne peux donc y répondre.* » ; qu'à réception de ce mail, M. Ripart indique à la salariée qu'il ne comprend pas sa réponse et l'invite à passer le voir en lui précisant que '*ça n'a rien à voir avec de la RH*'; qu'à la suite de leur entrevue qui s'est déroulée en présence de Mme Deshors, ingénieur commercial, à la demande de M. Ripart, '*en tant que témoin*', celui-ci a acté le refus de la salariée au seul motif qu'elle considérait que cela n'était

pas dans ses attributions, en soulignant qu'elle était en inter contrats et qu'il s'agissait d'une mission de veille concurrentielle '*absolument pas technique*', et a également acté qu'elle l'avait accusé de harcèlement ; qu'à réception, Mme Barbant a répondu : « *Je confirme que ta demande est en dehors de mes attributions. Tes acharnements répétés pour m'obliger à effectuer un travail en dehors de mes attributions relèvent du harcèlement. De plus, en intermissions ou non, j'ai toujours accepté d'effectuer d'autres tâches lorsque cela était possible.* » ;

que lors de l'entretien préalable, Mme Barbant a confirmé qu'il lui était impossible de faire en moins de 2 jours une étude de marché sur le logiciel HR Access, n'ayant jamais fait d'étude de marché et ne connaissant pas ce logiciel ;

que dans la lettre de licenciement, il est reproché à la salariée d'avoir refusé de réaliser ce travail n'exigeant aucune compétence technique, qui '*consistait simplement à requérir sur Internet un relevé d'informations permettant la constitution d'un dossier d'analyse de marché*' et qui '*portait juste sur l'identification, comme il (M. Ripart) l'avait écrit dans sa demande, des prestataires qui délivraient des formations techniques sous le progiciel HR Access*', et d'y faire figurer les éléments nécessaires ; que s'agissant d'effectuer une simple analyse de marché qui ne requérait pas la connaissance du progiciel, force est de constater que Mme Barbant a bel et bien refusé, sans motif valable, et sans même avoir essayé, d'effectuer un travail qu'elle reconnaît elle-même comme n'étant '*pas technique*' que lui avait donné son supérieur hiérarchique ; que ce grief est donc établi ;

' en ce qui concerne la mission FAGOR : en dehors d'une attestation de M. Pilet, secrétaire général au sein de 3S INFORMATIQUE et qui représentait l'employeur lors de l'entretien préalable au licenciement, correspondant à une pièce n° 15 qu'il n'y a pas lieu d'examiner et qui sera écartée des débats pour les mêmes motifs que ceux précédemment énoncés pour l'attestation de M. Ripart, la société 3 S INFORMATIQUE ne verse aux débats aucun élément démontrant son allégation selon laquelle elle aurait confié une telle mission à Mme Barbant fin juillet 2011 et que celle-ci l'aurait refusée, alors même que la salariée a affirmé lors de l'entretien préalable qu'elle n'avait jamais eu connaissance de cette mission qui ne lui avait jamais été présentée ; que ce fait énoncé dans la lettre de licenciement n'est donc pas établi ;

Que s'agissant du second grief tiré des échecs répétés de la salariée sur des missions où elle avait été présentée en rendez-vous clientèle et n'a pas été retenue par les clients, ce motif est développé dans la lettre de licenciement, ainsi qu'il suit :

'Plus généralement sur les missions pour lesquelles vous avez été présentée en rendez-vous en clientèle, à savoir COFELY (groupe GDF Suez) le 2 février 2012, HP le 21 décembre 2011, LOGICA le 29 novembre 2011, les entretiens se sont très bien passés et aucune mission ne nous a été confiée suite à votre présentation.

Selon vous :

- pour LOGICA vous étiez trop orientée en compétence sur de la Tierce Maintenance Applicative (comme au Ministère de la Défense) alors que le client aurait préféré un profil MOA. Sauf erreur votre profil est aussi MOA et le besoin du client portait sur un fonctionnel ORACLE;

- pour HP, vous aviez l'impression que le client avait déjà choisi quelqu'un d'autre ; on observera alors le mal que se donne le client pour nous recevoir et qualifier votre profil;

- sur COFELY (groupe GDF Suez), que soi-disant « le tarif de vente aurait été trop élevé de 100 euros » ce que M. Pilet a contesté lors de l'entretien préalable pour avoir été la personne qui a assuré ce rendez-vous de présentation et qui détient la relation commerciale avec ce client. Vous ne serez pas à même de lui expliquer comment vous pouvez tenir ce type de propos sans aucun fondement.

L'un de nos clients apportera même une explication écrite au refus de nous retenir pour la mission pour laquelle il voulait nous rencontrer, en expliquant que vous avez manqué de conviction lors de votre présentation.

Nous sommes contraints de constater que ce sont également les retours observés par l'ensemble du service commercial ayant eu en charge de travailler votre profil.' ;

que selon le compte rendu d'entretien préalable rédigé par Mme Garry les réponses de Mme Barbant en ce qui concerne ces trois clients ont été les suivantes :

« Tous les entretiens se sont bien passés.

' Pour COFELY, et comme vous me l'aviez dit, le client a préféré un candidat à 100 euros de moins par jour.

' Pour HP, nous avons l'impression que le client avait déjà trouvé un candidat, il était flou. D'autres personnes de 3S ont été présentées, elles ont eu la même impression, et personne de 3S n'a été pris à HP.

' Pour LOGICA, le client voulait un spécialiste AMOA alors qu'à 3S et dernièrement j'avais surtout travaillé sur des recettes à la TMA. Pourtant, je savais que j'aurais pu remplir ce poste, c'est un choix du client. » ;

que la cour observe, en premier lieu, qu'il n'est nullement fait état dans ce compte rendu d'une contestation par M. Pilet, lors de l'entretien préalable, sur les considérations d'ordre commercial qui ont conduit le client COFELY à préférer un client facturé moins cher ; qu'en second lieu, l'employeur ne peut, comme il le fait dans la lettre de licenciement, se contenter de mettre en doute les explications données par la salariée lors de l'entretien préalable, mais a la charge de prouver que le comportement de Mme Barbant ou son attitude lors des rendez-vous de présentation en clientèle est à l'origine de l'absence de suite donnée par les clients ; que la société 3S INFORMATIQUE produit un courriel du 10 janvier 2012 de Mme Deshors (ingénieur commercial) transférant à M. Ripart, avec le commentaire '*pour étayer le dossier Marianne Barbant*', le mail qu'elle a reçu le même jour de M. Pannetier (donneur d'ordre au sein de la direction des achats chez LOGICA dans le cadre d'une recherche de prestation de sous-traitance pour une mission de paramétrage de progiciels d'une durée de 65 jours à La Défense) faisant réponse à sa propre demande, dans lequel celui-ci indique : *« Après de multiples relances et quelques changements d'interlocuteurs chez Dexia, voici leur retour : 'La candidate que vous avez présentée n'a pas été retenue. La raison majeure était qu'elle ne répondait pas complètement aux critères recherchés (expérience et connaissance du métier) et elle a manqué de conviction lors de sa présentation.' »* ; qu'ainsi, contrairement à ce qu'indique la lettre de licenciement, si Mme Barbant n'a pas été retenue, son manque de conviction a pu participer à la décision du client mais la principale raison en est qu'elle ne correspondait pas exactement au profil recherché ; que par ailleurs, l'appelante fait de longs développements dans ses écritures sur un appel d'offre de HP pour son client GEFCO n'ayant pas retenu la candidature de Mme Barbant à la suite d'un rendez-vous de présentation, en s'appuyant, là encore, sur un mail de Mme Deshors du 20 février 2012 retransférant à M. Ripart un message du 16 novembre 2011 relatif audit appel d'offres, avec le commentaire suivant de Mme Deshors: *« La cliente n'a pas retenu Marianne elle a dit qu'elle ne donnait pas envie mais ne m'a pas fait de mail. »* duquel elle déduit que Mme Barbant a laissé face à ce client une image négative de la société et que par son attitude '*passive et oisive*', la salariée lui a clairement fait perdre des clients ; que la cour retiendra de cette argumentation que la société ne s'appuie sur aucun élément objectif qui émanerait du client mais sur la seule affirmation de Mme Deshors, qui ne peut être vérifiée et qui, s'agissant d'un courriel, n'a aucune valeur probante particulière pour ne pas revêtir la forme d'un témoignage en justice ; que de son côté, Mme Barbant produit aux débats une attestation de M. Juillac, salarié chez 3S INFORMATIQUE de mars 1998 à juin 2012, conforme aux dispositions de l'article 202 du code de procédure civile, qui déclare :

« Entre mai 2011 (fin de ma mission précédente) et juin 2012, pendant ce temps d'intermission j'ai été autorisé à rester chez moi et j'ai été présenté trois fois pour les missions suivantes :(...)

' À la société HP pour l'entreprise GEFECO. Cette mission avait été proposée précédemment à Mme Marianne Barbant, aucun des collaborateurs de 3 S INFORMATIQUE n'a été retenu pour cette mission.

' À la société COFELY (GDF-SUEZ). Je n'ai pas été retenu pour cette mission. Au cours d'un échange avec Mme Marianne Barbant, Mme Marianne Barbant a demandé à M. Pilet à être présenté chez ce client. (...) » ;

que ce témoignage vient donc corroborer les affirmations de la salariée selon laquelle d'autres collaborateurs de la société ont été présentés à HP et qu'aucun d'entre eux n'a été choisi par ce client, ce que s'abstient de préciser Mme Deshors dans son mail ; qu'il permet également de contredire l'affirmation de l'employeur sur le comportement de la salariée qui caractériserait une opposition systématique visant à ne pas réaliser les missions qui lui étaient proposées ; que Mme Barbant produit en outre un courriel du 9 septembre 2011 de M. Julien Lanceart, ingénieur d'affaires, rendant compte à M. Ripart au retour d'un rendez-vous pour une mission chez un client Essilor, en ces termes : « L'entretien s'est bien passé, Marianne a laissé une bonne impression. Le client a retenu la proposition d'un concurrent (BHI) qui s'appuie sur un chef de projet fonctionnel. Pour une raison complètement inconnue, le client a donc retenu un profil qui n'a juste rien à voir avec la description du poste faite lors de notre entretien. D'après mon collaborateur, il s'agit d'une habitude chez notre cliente. Néanmoins la cliente pourrait potentiellement être intéressée par Marianne pour le support fonctionnel (...) Cette information reste à confirmer avec la cliente dès son retour. » ;

que force est de constater que l'employeur n'apporte aucun élément probant qui permettrait d'imputer à la salariée un comportement fautif à l'origine du fait que certains clients n'aient pas choisi la société 3 S INFORMATIQUE pour assurer les prestations et les motifs pour lesquels les rendez-vous de présentation en clientèle n'ont pas abouti à un engagement par le client sont donc à rechercher ailleurs, dans un marché de surcroît hautement concurrentiel;

Qu'il résulte de ce qui précède que le seul grief avéré concernant une mission interne sans impact financier pour l'entreprise ne saurait constituer un motif suffisamment sérieux pour justifier un licenciement disciplinaire en l'absence d'autre sanction antérieure et le jugement sera confirmé en ce qu'il a retenu que le licenciement de Mme Barbant était dépourvu de cause réelle et sérieuse et condamné l'employeur aux indemnités de rupture dont le quantum n'est pas discuté par les parties ;

Que Mme Barbant est fondée à obtenir une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qui ne saurait être inférieure, par application des dispositions de l'article L. 1235-3 du code du travail, à la rémunération brute dont elle a bénéficié pendant les six derniers mois précédant la rupture du contrat de travail, s'élevant à la somme totale de 25'500 euros, au vu des bulletins de salaires et de l'attestation pour l'ASSEDIC ; que compte tenu de l'ancienneté de trois ans et trois mois de la salariée, âgée de 40 ans à la date du licenciement, de la taille de l'entreprise qui employait 151 salariés, du préjudice moral subi du fait de la brutalité de la rupture intervenue dans un cadre disciplinaire alors qu'elle n'avait jamais fait l'objet de la moindre sanction auparavant, et de ce que si elle justifie d'une période continue de chômage indemnisé pendant 19 mois, elle ne fournit toutefois aucun élément attestant de démarches de prospection active en vue de retrouver un emploi, l'indemnité allouée en réparation sera justement fixée à la somme de 30'000 euros ;

Sur la prime de vacances

Attendu que selon l'article 31 de la convention collective dite Syntec, l'ensemble des salariés bénéficient d'une prime de vacances d'un montant au moins égal à 10 % de la masse globale des indemnités de congés payés prévues par la convention collective de l'ensemble des salariés ; que le

second alinéa de cet article prévoit que toutes primes ou gratifications versées en cours d'année à divers titres et quelle qu'en soit la nature peuvent être considérées comme primes de vacances à condition qu'elles soient au moins égales aux 10 % prévus à l'alinéa précédent et qu'une partie soit versée pendant la période située entre le 1er mai et le 31 octobre ; qu'il en résulte que le paiement d'une prime de vacances est due à l'ensemble des salariés dès lors que le total des primes qui leur sont versées est inférieur à 10 % de la masse globale de leurs indemnités de congés payés ; que l'avis d'interprétation du 19 mars 1990 relatif à l'article précité est venu préciser que « *la commission paritaire de la convention collective n'a pas souhaité préciser les modalités de répartition de cette prime laissant ainsi à chaque entreprise compte tenu des particularités de sa politique salariale toute latitude dans ce domaine. Ainsi les entreprises peuvent-elles opter pour les solutions suivantes* :

" soit diviser le 1/10ème global par leur nombre de salariés et procéder à une répartition égalitaire,

" soit procéder à une répartition au prorata des salaires avec une majoration pour enfant à charge,

" soit majorer de 10 % l'indemnité de congés payés de chaque salarié.

Ces solutions n'ont qu'un caractère indicatif : toutefois, quelle que soit la solution suivie, les modalités d'attribution retenues par l'entreprise doivent être semblables pour l'ensemble des salariés et sont généralement applicables prorata temporis. » ;

Que la société 3S INFORMATIQUE fait observer à juste titre que si les dispositions de la convention collective obligent l'employeur à consacrer un certain pourcentage de la masse globale des indemnités de congés payés à l'attribution d'une prime de vacances, elles ne prévoient nullement l'attribution d'une prime déterminée dans son montant et dans son libellé ; qu'elle justifie, par la production de tableaux certifiés conformes par son cabinet d'expertise comptable, d'une part, avoir versé, chaque année au 31 août, de 2008 à 2011, à l'ensemble de ses salariés, une « prime d'été » de 150 euros, procédant ainsi à une répartition strictement égalitaire, cette faculté étant expressément admise par l'avis d'interprétation, et d'autre part, que ce versement effectué entre le 1er et le 31 octobre a été d'un montant au moins égal aux 10 % de la masse globale des congés payés ' contrairement à ce qu'a retenu le conseil de prud'hommes' ainsi que les données chiffrées figurant dans les tableaux produits aux débats permettent de le vérifier ; que l'employeur ayant satisfait à ses obligations conventionnelles, le jugement sera infirmé qui a fait droit à la demande de Mme Barbant ;

Sur la demande de dommages-intérêts fondée sur la nullité de la clause de non-concurrence

Attendu, à titre liminaire, que l'Accord du 15 novembre 2007 relatif au portage salarial comme son nom l'indique, et dont le préambule précise expressément qu'il « *a vocation à régir les relations de travail, collectives et individuelles, qui lient les entreprises adhérentes du CICF-SNEPS (syndicat national des entreprises de portage salarial) à leur personnel* », n'est pas applicable à la société 3 S INFORMATIQUE qui n'est pas une entreprise de portage salarial, de sorte que Mme Barbant n'est pas fondée à s'en prévaloir à l'appui de sa demande, peu important que cet accord s'applique aux activités qui entrent dans le champ d'application de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils du 15 décembre 1987, dès lors que la société 3 S INFORMATIQUE n'entre pas elle-même dans le champ d'application de l'accord ;

Attendu que l'article 4 du contrat de travail prévoit une clause de non-concurrence d'une durée d'un an sur le territoire de l'Île-de-France et une contrepartie financière consistant en une indemnité annuelle égale à 20 % du salaire annuel fixe, calculée sur les 12 derniers mois d'appartenance à la société et versée à l'issue de la période de non-concurrence ; que ce même article stipule que *'l'employeur disposera de la faculté de lever l'application de la présente clause de non-concurrence*

à l'occasion de la rupture du contrat de travail et ce, avant l'expiration du préavis, et, en l'absence du préavis, dans le cadre de la lettre opérant la notification de la rupture du contrat de travail dans les 15 jours qui suivent la notification de la rupture du contrat de travail quelle qu'en soit la partie à l'initiative de la rupture.' ; qu'en l'espèce, l'employeur a décidé dès la rupture du contrat intervenant avec l'envoi de la lettre de licenciement de délier la salariée de la clause de non-concurrence ; que cette clause qui contient l'interdiction faite à la salariée d'*exercer directement ou indirectement une activité concurrente, limitée aux clients et/ou prospects et dans les mêmes domaines que ceux sur lesquels le salarié sera intervenu au titre du présent contrat sur une période maximale écoulée de 12 mois*' visant à prévenir un détournement de clientèle compte tenu de la nature de ses fonctions de consultant technico-fonctionnel exercées au sein de l'entreprise, présente bien un caractère indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, qui est par ailleurs encadrée au regard de son étendue, tant dans le temps que dans l'espace, de manière à permettre malgré tout à Mme Barbant le libre exercice d'une activité professionnelle informatique, l'interdiction ne concernant que les domaines sur lesquels la salariée est intervenue pour la clientèle de l'employeur située en Île-de-France, et qui comporte bien une contrepartie pécuniaire à la contrainte qu'elle lui impose, est licite, et elle ne contient aucune condition potestative au sens des articles 1170 et 1174 du Code civil, contrairement à ce que soutient la salariée, dès lors que le contrat de travail offre à l'employeur une possibilité de renoncer unilatéralement au bénéfice de la clause de non-concurrence et de se dispenser du versement de la contrepartie financière dans des conditions d'exercice limitées à un bref délai fixé au maximum à 15 jours après la notification de la rupture, si bien que Mme Barbant n'est pas fondée à invoquer un préjudice résultant de l'incertitude dans laquelle elle aurait été laissée durant toute l'exécution de son contrat de travail d'une application ou non par l'employeur de la clause après la cessation du contrat de travail ; que le jugement sera confirmé sur ce point ;

Sur la demande de dommages-intérêts sur la non exécution de bonne foi du contrat de travail par l'employeur

Attendu que Mme Barbant soutient que la société 3 S INFORMATIQUE a commis un manquement à son obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail, rappelée à l'article L. 1222-1 du code du travail, en invoquant divers griefs qui seront successivement examinés :

- l'occupation d'un bureau durant le premier semestre 2011 présentant une sur-occupation et des zones de circulation problématiques décrites dans un rapport de la Médecine du travail à la suite d'une visite des lieux effectuée le 22 mars 2011:

il résulte des conclusions du rapport que cette situation d'occupation en place depuis le 1er janvier 2011 présentait un caractère temporaire, ce que confirme Mme Barbant dans ses écritures puisqu'elle indique qu'elle n'a occupé une partie du bureau A 8 concerné par le rapport que durant le 1er semestre 2011 ; tout comme l'a fait le conseil de prud'hommes, la cour relève qu'elle ne justifie pas cependant de la moindres doléance concernant ces conditions matérielles de travail avant l'introduction de la procédure prud'homale ;

- la différence de traitement avec ses collègues qui n'étaient pas astreints à rester à leur domicile pendant les périodes d'intermission témoignant, selon elle, de la volonté de l'employeur de la déstabiliser :

d'une part, le contrat de travail prévoit expressément que « le salarié exercera ses fonctions dans les locaux de l'employeur » et, d'autre part, la déclaration faite par M. Juillac dans son attestation qui précise que pendant son temps d'intermission, il avait été autorisé à rester chez lui, qui concerne un seul et unique salarié, ne suffit pas à caractériser, à défaut d'autres éléments, un comportement discriminant de l'employeur à l'égard de Mme Barbant ;

- l'absence d'entretien individuel organisé pendant les 4 années de présence de la salariée au sein de l'entreprise, pourtant mentionné dans le livret d'accueil de l'entreprise :

l'Accord du 28 juin 2011 relatif à la formation professionnelle prévoit en son Titre I, article 1.1 que « *les salariés de la branche doivent bénéficier d'un entretien professionnel au minimum tous les 2 ans. Cet entretien a lieu soit à l'initiative du (de la) salarié(e) et doit se réaliser dans les 3 mois à compter de la date de la demande, lorsque la périodicité de 2 ans est arrivée à terme, soit à l'initiative de l'employeur ou de l'un de ses représentants.* » ; Mme Barbant qui ne justifie pas, depuis l'entrée en vigueur de l'accord précité, avoir manifesté sa volonté d'être reçue en entretien annuel avant la rupture de son contrat de travail ne peut se prévaloir d'aucun préjudice à cet égard ;

- la volonté répétée de son supérieur hiérarchique de lui imputer la responsabilité de réponses négatives de clients et son acharnement à la positionner sur des missions en dehors de ses compétences dans le seul but de la déstabiliser :

il a déjà été tenu compte de cette composante de son préjudice moral dans l'appréciation de l'indemnité qui lui a été allouée au titre de la rupture abusive de son contrat de travail et celle-ci ne peut faire l'objet d'une double indemnisation qu'interdit le principe de la réparation intégrale;

- les refus ou retards apportés à ses demandes de congé formés en août 2011 pour le mois de septembre 2011 alors que l'Accord au niveau de l'UES 3S sur les congés payés, signé le 20 juin 2011, prévoit que le supérieur hiérarchique dispose d'un délai de 8 jours ouvrables à compter de la réception de la demande d'absence pour apporter sa réponse :

l'accord précise toutefois « *qu'en cas de refus de sa part, le supérieur hiérarchique doit motiver celui-ci par les besoins du service (de la mission)* » et tel est le cas du refus qui a été opposé par M. Ripart s'expliquant par l'incertitude de celui-ci concernant une éventuelle mission confiée à Mme Barbant qui se trouvait en intermission depuis plusieurs mois ; que la seconde demande présentée le 25 août pour des congés à compter du 26 septembre a fait l'objet d'une réponse, le 8 septembre, avec la mention « sous réserve d'absence de mission », donc tardivement, et plaçait effectivement la salariée dans une situation d'incertitude, mais ne rendait pas impossible la réservation d'un voyage, pour peu qu'elle se garantisse au moyen d'une assurance annulation, et en tout cas, ne suffit pas à caractériser l'intention de son supérieur *'de la mettre à mal'* ainsi qu'elle le prétend ;

' les demandes de formation formulées par la salariée en mai 2010 et octobre 2011 et auxquelles il n'a pas été donné suite :

en application de l'article L. 6321-1 du code du travail, et de l'article 2.1 du Titre II de l'accord du 28 juin 2011 relatif à la formation professionnelle, intitulé « La formation tout au long de la vie pour les salariés », l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation de ses employés à leur poste de travail et, au cas d'espèce, cette obligation n'a pas été respectée puisque Mme Barbant n'a bénéficié d'aucune action de formation en dépit de ses demandes et justifie que la société 3S INFORMATIQUE soit condamnée à verser à la salariée une somme de 1000 € à titre de dommages-intérêts en réparation de son préjudice ;

Sur le défaut de remise des documents de fin de contrat rectifiés

Attendu que Mme Barbant indique que la société 3 S INFORMATIQUE a refusé de lui délivrer l'attestation pour l'emploi et le certificat de travail rectifiés, *'comme il est dit dans le jugement dont appel'* et prétend que ce comportement traduit une particulière malveillance à son égard et surtout lui a causé un préjudice financier distinct dont elle doit être indemnisée dans la mesure où, d'une part, les services de Pôle Emploi lui ont indiqué qu'à défaut de rectification de l'attestation par l'employeur sur la date de sa fin de contrat, il ne pouvait être tenu compte de ces nouvelles données, et d'autre part, elle ne peut pas présenter de certificat de travail à des employeurs puisque celui qu'elle détient n'est pas conforme ; qu'elle produit deux courriers de son conseil en date des 8 et 24 octobre 2013 demandant au conseil de la société d'intervenir fermement auprès de sa cliente pour que ces documents soient établis ; qu'il convient toutefois de noter que le jugement entrepris ne contient

aucune disposition ordonnant la remise par l'employeur des documents litigieux et a manifestement omis de statuer sur cette demande ; qu'il ne peut donc être reproché à la société 3S INFORMATIQUE une intention malveillante ou une résistance abusive et qu'il incombait à la salariée de saisir le conseil de prud'hommes d'une requête en omission de statuer ; qu'en toute hypothèse, la salariée s'était vu remettre par l'employeur l'attestation pour l'ASSEDIC et le certificat de travail lors de son licenciement et elle n'a subi aucun préjudice du fait de l'absence de rectification de la date de fin de contrat puisqu'elle a perçu les prestations de chômage qui sont calculées sur la période de référence des 12 mois précédant le dernier jour travaillé dont sont exclues les sommes attribuées en raison de la rupture ; qu'elle a par ailleurs retrouvé un emploi en dépit des mentions non conformes de son certificat de travail ; qu'elle sera donc déboutée de sa demande de dommages-intérêts ;

Sur les autres demandes et les dépens

Attendu que l'employeur demande que soit ordonnée la restitution des sommes qu'il a versées en vertu du jugement assorti de l'exécution provisoire ; que cependant le présent arrêt, infirmatif sur le seul chef de condamnation relatif à la prime de vacances, constitue sur ce point le titre ouvrant droit à la restitution des sommes versées en exécution du jugement, et qu'en tout état de cause, conformément à l'article 1290 du Code civil, les créances réciproques des parties se compensent de plein droit ; qu'il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la demande de restitution ;

Attendu que la société 3 S INFORMATIQUE qui perd sur ses principaux chefs de prétention sera condamnée aux dépens d'appel ; que l'équité commande de ne pas laisser à la charge de Mme Barbant la totalité des frais de procédure non compris dans les dépens qu'elle a dû engager ; qu'une somme de 1500 euros lui sera allouée de ce chef ;

PAR CES MOTIFS

La Cour,

Confirme le jugement entrepris sauf en celles de ses dispositions ayant condamné la société 3S INFORMATIQUE au paiement d'un rappel de primes de vacances et débouté Mme Barbant de sa demande de dommages-intérêts au titre du manquement de l'employeur à ses obligations en matière de formation ;

Réforme le jugement sur le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Et statuant à nouveau sur ces chefs ;

Condamne la société 3 S INFORMATIQUE à payer à Mme Barbant les sommes de :

- 30'000 euros au titre de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec intérêts au taux légal à compter du 24 mai 2013 sur la somme de 25'575 euros et à compter de ce jour sur le surplus,

- 1000 euros à titre de dommages-intérêts pour violation de l'obligation de formation incombant à l'employeur, avec intérêts au taux légal à compter de ce jour ;

Déboute Mme Barbant de sa demande de complément de primes de vacances ;

Ajoutant au jugement,

Déboute Mme Barbant de sa demande de dommages-intérêts au titre de l'absence de remise du certificat de travail et de l'attestation pôle emploi rectifiés ;

Dit n'y avoir lieu à statuer sur la demande de restitution des sommes versées en vertu de l'exécution provisoire attachée au jugement déferé à la cour ;

Condamne la société 3S INFORMATIQUE à payer à Mme Barbant la somme de 1500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamne la société 3S INFORMATIQUE aux dépens.

Le Greffier Pour le Président empêché