

**COUR D'APPEL DE NOUMÉA**  
**ARRET SOCIAL**

**RG : 07/179**

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

---

Michelle FONTAINE, Présidente de Chambre

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

---

Anne AMAUDRIC DU CHAFFAUT, Conseiller  
Marie-Florence BRENGARD, Conseiller

---

Cécile KNOCKAERT Greffier

---

ARRÊT DU 12 Décembre 2007

---

Décision attaquée rendue le : 06 Avril 2007

Juridiction : Tribunal du travail de NOUMEA

Date de la saisine : 13 Avril 2007

Ordonnance de fixation : 18 octobre 2007

**PARTIES EN CAUSE DEVANT LA COUR**

**APPELANT**

LA SOCIETE IMMO SARL représentée par ses représentants légaux en exercice

demeurant 85, rue Charleroi - Vallée des Colons - 98800 NOUMEA

représentée par la SELARL PELLETIER-FISSELIER-CASIES, avocats

**INTIMÉ**

Mme X, née le ... à BORDEAUX (77410) demeurant ... - 98800 NOUMEA

Profession : PROFESSEUR DES ECOLES

représentée par Me Xavier LOMBARDO, avocat

Débats : le 07 Novembre 2007 en audience publique où Michelle FONTAINE, Présidente de Chambre, a présenté son rapport

A l'issue des débats, le Président a déclaré que l'affaire était mise en délibéré et que le dossier serait remis au greffe le 12 Décembre 2007 en application de l'article 451 du Code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

Le dossier avec l'arrêt a été remis au greffe à la date susdite et signé par Michelle FONTAINE, Présidente, et par Cécile KNOCKAERT, Greffier, présent lors de la remise au greffe.

#### PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE

Par jugement du 6 avril 2007, auquel il est référé pour l'exposé des faits, de la procédure, des moyens et prétentions des parties, le tribunal du travail a :

- dit que X ne relève pas du statut de VRP,
- condamné la société OPTIMAL IMMO à lui payer les sommes suivantes:
  - indemnité de congé maladie de janvier à mars 2004 : 495 545 FCFP en deniers ou quittances,
  - dommages et intérêts : 250.000 FCFP,
  - frais irrépétibles : 120.000 FCFP,
  - l'a condamnée à remettre à Madame X les bulletins de salaire et attestations de perte de salaire rectifiés pour tenir compte de la décision,
- dit n'y avoir lieu à astreinte,
- ordonné la réouverture des débats afin de permettre à la société OPTIMAL IMMO de verser les pièces justificatives, comptables ou autres, permettant le calcul des commissions dues à Madame X après le 29 janvier 2004,
- renvoyé le dossier à la mise en état,
- sursis à statuer sur les autres demandes.

#### PROCÉDURE D'APPEL

Par requête déposée le 13 avril 2007, la société OPTIMAL IMMO a régulièrement interjeté appel de cette décision.

Dans son mémoire ampliatif déposé le 13 juillet 2007, l'appelante sollicite le débouté des demandes de X et la condamnation de l'intimée à lui payer la somme de 250.000 FCFP à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et celle de 250.000 FCFP pour frais irrépétibles, outre les dépens.

Après un rappel des relations contractuelles entre les parties, la société OPTIMAL IMMO fait grief aux premiers juges d'avoir rejeté sa demande concernant le délai de carence en raison de l'hospitalisation de la salariée, faute de lien de causalité entre les certificats médicaux qui ont perduré toute l'année 2004 et les deux interventions et hospitalisations qui ont eu lieu, et elle soutient que cette absence de lien ne permet pas à la salariée de bénéficier des dispositions de l'article 76 de L'AIT.

La société OPTIMAL IMMO conteste encore l'intégration des commissions dans l'assiette du calcul de l'indemnité journalière et l'interprétation qu'a fait le tribunal de l'article Lp 9 de la loi du 11 janvier 2002, qui définit l'assiette et le taux des cotisations sociales.

Elle rappelle que les indemnités journalières n'ont pas le caractère de rémunération effectuée par l'employeur au bénéfice du salarié en congé maladie, et que ces différentes indemnités ne peuvent être comparées.

La société OPTIMAL IMMO ajoute que le tribunal a fait une inexacte application de l'article Lp 83 de la loi du 11 janvier 2002 modifiée par celle du 21 novembre 2003, qui n'a pas prévu d'englober les commissions dans le montant de l'indemnité journalière, alors que la salariée travaillait selon son bon vouloir et percevait ainsi des commissions allant de 0 à 500.000 FCFP, et qu'aucune indication n'est fournie quant au salaire de référence, la circulaire du 27 juin 1978 prise en application de la loi du 19 janvier 1989 relative à la mensualisation n'étant pas applicable en Nouvelle-Calédonie, non plus que cette loi.

Elle invoque encore l'absence de convention prévoyant l'application de ces textes.

Par écritures déposées le 18 octobre 2007, X conclut à la confirmation du jugement et à la condamnation de société OPTIMAL IMMO à lui payer une indemnité de procédure de 350.000 FCFP, outre le renvoi de l'affaire pour qu'il soit statué sur les points non encore jugés.

Sur le délai de carence, l'intimée expose qu'elle a subi une première intervention chirurgicale le 20 février 2004, suivie d'une seconde le 13 mars, afin de retirer un textile dans la zone opérée, ainsi qu'il ressort d'un compte rendu opératoire.

Elle en conclut que le délai de carence ne peut lui être appliqué.

X invoque l'article 76 de l'AIT qui définit la base de calcul de l'indemnité servie par l'employeur en attendant sa prise en charge par la CAFAT, soit la rémunération brute que le salarié aurait gagnée s'il avait continué à travailler, et correspondant à l'horaire pratiqué dans l'établissement.

L'intimée estime que les deux régimes, créés par l'AIT et la loi de pays sont imbriqués, et que les signataires de l'AIT ont expressément fait référence à la loi du 19 janvier 1978 et à son annexe, notamment à l'article 7 relatif à l'indemnisation des arrêts maladie, qui s'impose en conséquence à tous.

Elle en déduit que les applications jurisprudentielles sont transposables et que les premiers juges ont à bon droit retenu une période d'une année afin de calculer le salaire de référence, conforme à l'esprit de la loi et à l'équité, afin de permettre une rémunération décente du salarié en congé de maladie.

L'ordonnance de fixation est intervenue le 18 octobre 2007.

Par conclusions déposées le 5 novembre 2007, X verse aux débats une ordonnance de référé du 3 novembre 2004 du président du tribunal de première instance de Nouméa, ordonnant une expertise médicale et allouant une provision à l'intéressée, mentionnant que l'intervention chirurgicale du 13 mars 2004 était rendue nécessaire par l'oubli d'une compresse lors de l'opération du 20 février.

Elle rappelle encore l'application conventionnelle de la loi de 1978 et de ses annexes, rendue obligatoire en même temps que l'AIT par l'arrêté n° 3054 du 13 novembre 1984, sans autre publication au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie.

Elle produit ledit arrêté.

L'ordonnance de fixation est intervenue le 18 octobre 2007.

#### MOTIFS DE LA DÉCISION

Attendu que l'exclusion du statut de VRP à la situation de X n'est plus contestée par cette dernière, que cette disposition, bien appréciée, sera confirmée.

Attendu qu'en l'espèce, les premiers juges ont fait une exacte application des éléments de droit et de fait, applicables à la cause, que par des motifs pertinents que la cour adopte, ils ont à bon droit, en premier lieu, dit que le délai de carence ne pouvait s'appliquer à X qui a bénéficié d'un arrêt de travail du 29 janvier au 20 février 2004, d'une hospitalisation du 19 au 25 février 2004, et d'une prolongation de l'arrêt de travail initial du 20 février au 13 mars 2004.

Attendu qu'il est établi par un compte rendu d'opération du 13 mars 2004 établi par le docteur A ainsi que par une ordonnance de référé du 3 novembre 2004, que cette intervention chirurgicale a été rendue nécessaire par l'oubli d'une textile dans le corps de la patiente lors d'une première opération, le 20 février 2004, ce qui démontre la relation de cause à effet entre le premier arrêt de travail, l'hospitalisation et le second arrêt de travail.

Attendu que le jugement sera confirmé sur la disposition ayant statué sur les salaires pendant le congé maladie de janvier à mars 2004 de X.

Attendu que la disposition relative au calcul des indemnités journalières, intégrant les commissions et déterminé par référence au salaire des 12 derniers mois de l'année précédente, sera confirmée, par les motifs pertinents que la cour adopte, ce mode de calcul découlant de l'application combinée de la Lp 9 de la loi du 11 janvier 2002 et de l'article 76 de l'AIT qui fait par ailleurs référence à l'article 7 de la loi de mensualisation, qui est en l'espèce, même si la date n'en est pas mentionnée, la loi du 19 janvier 1978, qui prévoit l'indemnisation des arrêts maladie.

Attendu que les premiers juges ont à bon droit, en l'absence de disposition sur ce point, et alors que la loi leur fait obligation de statuer, même en cas d'absence ou d'obscurité de la loi, fixé une période de référence de 12 mois, qui tient compte de l'activité de la salariée sur une longue période, alors que l'employeur fait valoir l'inégalité du travail de X selon les mois, une telle durée rendant compte de l'activité moyenne de l'intéressée, sans aucunement léser, ni l'employeur ni la salariée.

Attendu que les premiers juges ont exactement caractérisé une faute dans le comportement de l'employeur justifiant l'allocation de dommages et intérêts à hauteur de 250.000 FCFP à X.

Attendu que la remise des bulletins de salaire rectifiés sera confirmée.

Attendu que le dossier sera renvoyé aux premiers juges pour vider son avant dire droit.

Attendu qu'il sera alloué à X la somme de 120.000 FCFP pour frais irrépétibles d'appel, l'indemnité fixée par les premiers juges étant confirmée par ailleurs.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

STATUANT par arrêt contradictoire déposé au greffe ;

Déclare l'appel de la société OPTIMAL IMMO recevable et mal fondé ;

Confirme le jugement déféré en toutes ses dispositions ;

Y ajoutant ;

Condamne la société OPTIMAL IMMO à payer à X la somme de CENT VINGT MILLE (120.000) FRANCS CFP pour frais irrépétibles d'appel ;

Renvoie le dossier aux premiers juges afin de vider son avant dire droit ;

ET signé par Michelle FONTAINE, Présidente, et par Cécile KNOCKAERT, Greffier présent lors de la remise du dossier avec l'arrêt au greffe.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT