

**Cour de cassation
chambre sociale**

N° de pourvoi: 18-10479

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Non publié au bulletin

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Farthouat-Danon (conseiller doyen faisant
fonction de président), président

SCP Foussard et Froger, SCP Waquet, Farge et
Hazan, avocat(s)

Cassation partielle

Audience publique du mercredi 10 avril 2019

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme S... a été engagée en qualité de maître nageur sauveteur et secrétaire le 18 août 1997 par le Cercle des nageurs calédoniens ; qu'elle a été licenciée le 29 octobre 2013, et a saisi la juridiction prud'homale ;

Sur les premier et troisième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens ci-après annexés, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'article Lp. 122-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie ;

Attendu que pour dire que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que la salariée a manqué à ses obligations professionnelles à partir de la deuxième moitié de l'année 2013, que sont établis sa rigidité, son incapacité à accepter le travail en équipe, sa tendance à se marginaliser dans la prise des décisions inhérentes à ses fonctions et à s'opposer par son comportement défavorable à toute évolution, à l'intérêt du club, et que ces griefs repris dans la lettre de licenciement ne constituent pas des fautes mais caractérisent à eux seuls une cause réelle et sérieuse de licenciement ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la lettre de licenciement reprochait à la salariée des manquements dans ses fonctions d'accueil, une attitude d'opposition systématique lors des réunions hebdomadaires, des négligences dans le traitement des dossiers, et une attribution à son initiative et non autorisée par le comité directeur de réductions de cotisation à

certaines membres, de sorte que le licenciement présentait un caractère disciplinaire, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 16 novembre 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Nouméa ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nouméa, autrement composée ;

Condamne l'association Cercle des nageurs calédoniens aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne l'association Cercle des nageurs calédoniens à payer à Mme S... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du dix avril deux mille dix-neuf. MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Foussard et Froger, avocat aux Conseils, pour Mme S....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

L'arrêt attaqué encourt la censure

EN CE QU'IL a, par confirmation, décidé que le non-respect du contradictoire en matière d'entretien préalable, comme la non présentation de tout ou partie des griefs ne constituait qu'une irrégularité de forme et rejeté, par conséquent, la demande de nullité de la procédure de licenciement ;

AUX MOTIFS QUE La nullité du licenciement est soutenue par l'appelante à raison du fait que qu'au cours de l'entretien préalable, l'employeur n'a pas exposé les griefs qu'il a repris dans la lettre de licenciement. Selon Madame S..., le but de cet entretien est d'assurer une discussion contradictoire or en l'espèce il résulterait d'une attestation de Monsieur X..., témoin choisi par l'appelante lors de cet entretien, que jamais il n'aurait été fait état lors de l'entretien du fait que Madame S... aurait attribué à.- ;on initiative des réductions de cotisations à des membres sans autorisation ; que le CNC oppose que dans le cas d'une violation du principe du contradictoire au stade de l'entretien préalable il s'agit d'une irrégularité de forme, qui n'entraîne pas la nullité de la procédure, et ne fait pas obstacle à ce que le juge décide que ce grief peut fonder le licenciement ; qu'il souligne que la procédure de licenciement est régulière et conteste les propos retranscrits par l'attestation de Monsieur X..., insuffisante à caractériser l'omission des deux derniers motifs de licenciement retenus dans la lettre ; que selon les dispositions de l'article Lp 122-4 du code du travail de Nouvelle Calédonie : "L'employeur, ou son représentant, qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable. La convocation est effectuée par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre indique l'objet de la convocation. Au cours de l'entretien, l'employeur indique le ou les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié. Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Cette

possibilité est rappelée dans la lettre de convocation." ; que les dispositions de l'article LP, 122-6 stipulent que "L'employeur énonce le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement mentionnée à l'article Lp. 122-5." ; qu'en l'espèce, par une lettre recommandée du 25 septembre 2013, le CNC a convoqué Madame S... à un entretien préalable à son licenciement envisagé pour motif personnel, devant se dérouler le vendredi 4 octobre 2013 à 18 heures et lui a notifié son droit de se faire assister lors de cet entretien par la personne de son choix ressortant du personnel ; que par courrier recommandé du 29 octobre 2013 le CNC notifiait à Madame S... son licenciement pour les motifs suivants : "Remarques et plaintes de membres du mauvais accueil reçu dans votre fonction d'accueil, attitude d'opposition systématique lors des réunions hebdomadaires, négligences du traitement dans les dossiers, attribution à votre initiative de réductions de cotisation à certains membres non autorisée par le comité directeur, mésentente chronique avec les responsables techniques successifs de l'association" ; qu'il résulte de l'attestation circonstanciée rédigée le 12 novembre 2013 par Monsieur X..., employé au CNC depuis 1990 et témoin choisi par Madame S... lors de son entretien préalable à son licenciement le 4 octobre 2013, que l'employeur, au cours de cet entretien, n'a pas fait mention du fait qu'elle aurait attribué à son initiative des réductions de cotisations à ses membres sans autorisation ; que Monsieur X... précise également que concernant la mésentente il n'a jamais été fait allusion au responsable technique précédent ayant occupé ce poste pendant 20 ans et que les termes "chroniques" et "successifs" n'ont pas été prononcés ; qu'il n'est produit en cause d'appel, pas plus qu'en première instance, aucun élément susceptible de faire douter de la force probante de cette attestation et c'est donc à bon droit que le tribunal a décidé de rejeter la demande de nullité du licenciement ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'il est de jurisprudence constante que le non-respect du contradictoire en matière d'entretien préalable comme la non présentation de tout ou partie des griefs ne constitue qu'une irrégularité de forme, n'entraînant pas la nullité de la procédure ni ne privant le licenciement de cause réelle et sérieuse ; qu'en l'espèce, il résulte de l'attestation précise et circonstanciée de M.X... qui assistait à l'entretien préalable que l'employeur n'a pas évoqué au cours de celui-ci le fait qu'elle ait attribué à son initiative des réductions de cotisations à des membres sans autorisation et que concernant la mésentente il n'a jamais été fait allusion au responsable technique précédent et que donc les termes "chroniques et successifs" n'ont pas été abordés ; qu'aucun élément objectif ne permet de douter de la sincérité de cette attestation ; que dès lors il est avéré que le grief d'attributions de réductions de cotisations sans autorisations et de mésentente chronique et successive n'ont pas été évoqués lors de l'entretien de sorte que la procédure de licenciement est irrégulière et non nulle, conformément à la jurisprudence en la matière ;

ALORS QUE, le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motifs ; de sorte qu'en rejetant la demande de nullité du licenciement présentée par le salarié sans répondre, ne serait-ce que brièvement, au moyen tiré de ce que l'employeur avait, en méconnaissant le principe de la contradiction lors de l'entretien préalable, méconnu un droit fondamental, de sorte que la nullité du licenciement, fût-ce sans texte, était encourue, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de réponse à conclusions, violant les dispositions des articles 16 et 455 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie, ensemble l'article Lp 122-4 du Code du Travail de Nouvelle-Calédonie.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

L'arrêt attaqué encourt la censure

EN CE QU'IL a, par confirmation, décidé que le licenciement reposait une cause réelle et sérieuse, déboutant la salariée de l'ensemble de ses demandes indemnitaires à ce titre ;

AUX MOTIFS QUE selon Madame S... les faits visés par le CNC s'apparentent en réalité à des fautes car elles caractérisent non pas une insuffisance professionnelle mais une mauvaise volonté délibérée imputable à la salariée : - plaintes des membres du club en raison du mauvais accueil imputable à Madame S..., - opposition systématique lors des réunions hebdomadaires, - négligences dans le traitement des dossiers, - mésentente chronique avec les responsables techniques successifs de l'association, - favoritisme à l'égard de certains adhérents par l'octroi de réduction sans l'aval de sa hiérarchie ;

ET AUX MOTIFS QUE - Sur les plaintes des membres du club en raison du mauvais accueil imputable à Madame S... ; que selon l'appelante le CNC a fait l'aveu dans ses écritures que le licenciement n'aurait jamais été notifié si Madame S... n'avait pas sollicité, par un mail directif auprès des adhérents, les attestations qu'elle produit, ce qui démontre que les griefs qui lui sont reprochés ne sont ni réels ni sérieux ; qu'elle n'établit pas de nombreuses attestations dont certaines font expressément référence à l'année 2013 et sont donc postérieures à l'époque à laquelle selon l'employeur elle aurait changé de comportement, qu'elle a toujours fait preuve de disponibilité, de sens de l'accueil, et de compétence dans ses fonctions ; que certaines attestations comme celle émanant de Madame P..., par le fait des fonctions de trésorière occupées par celle-ci, sont dénuées de force probante ; - Sur les négligences dans le traitement des dossiers ; que selon l'appelante l'email d'L... responsable bassin en date du 6 octobre 2013, selon lequel Madame S... n'a pas informé les enfants sur liste d'attente de la date de début des cours étant postérieur à l'entretien préalable n'a aucune force probante ; - Sur l'opposition systématique lors des réunions hebdomadaires, l'attestation très élogieuse de Madame O... a été, selon l'appelante, déformée ; - Sur la mésentente chronique avec les responsables techniques successifs de l'association ; que le tribunal selon l'appelante a donné foi à l'email de Monsieur L... H... qui ne peut venir au support de griefs antérieurs à l'entretien préalable ; - Sur le favoritisme ; que ce grief est totalement infondé et le fait que Madame O... qui travaillait pour le CNC et à laquelle il était d'usage depuis de nombreuses années de ne facturer que 50 % ne saurait constituer une faute justifiant le licenciement ; que le CNC fait valoir qu'il rapporte la preuve des griefs constatés: selon l'intimé, Madame S... se comportait en électron libre, refusant d'évoluer comme le lui suggérait sa hiérarchie ; qu'il souligne qu'il justifie par des attestations d'adhérents que beaucoup se sont plaints, particulièrement au cours de l'année 2013, de son manque d'amabilité et de disponibilité ; que la négligence dans la traitement des dossiers est démontrée par les pièces versées qui caractérisent la non mise à jour des fichiers, le défaut de renseignement délivré aux adhérents, la non mise à jour des fichiers ; que la mésentente et l'opposition sont caractérisées selon l'employeur par les difficultés montrées par Madame S... à collaborer et à s'intégrer dans un climat de confiance qui sont attestées de manière circonstanciées par ses collaborateurs ; que le grief de favoritisme est avéré selon l'intimé par la démonstration des prérogatives que Madame S... s'est unilatéralement accordées de prendre en matière tarifaire sans l'aval de sa hiérarchie la responsabilité de certaines réductions ; que selon les dispositions des articles Lp. 122-3 du code du travail de Nouvelle Calédonie : "Tout licenciement doit être justifié par une cause réelle et sérieuse ; que le CNC produit des messages électroniques émanant de membres de l'association ainsi rédigées : - R... K... le 10 septembre 2013 : "Suite à ma première rencontre avec votre secrétaire(froide, non souriante, non avenante, désagréable...) J'ai failli faire demi-tour,. mais mon amour pour le club a été plus fort et je suis restée. Cette année encore j'ai vanté les mérites de ce club autour de moi (...) Quelle honte pour moi d'apprendre qu'ils s'étaient faits littéralement rembarrés comme es mal propres(...) Elle ne fait aucun effort pour être accueillante, souriante, agréable, coopérative. Elle prend les gens pour des imbéciles lorsqu'on a le malheur de lui poser des questions." ; - D... W... 10 septembre 2013 : " J'ai une amie el vient d'appeler Z... pour avoir

des renseignements sur AQUAGYM. Elle l'a envoyée pêter, elle soufflait quand mon amie lui a posé une question (..) Il faut faire quelque chose avec elle on perd des clients.", - L... de la direction sportive au président du CNC le 6 octobre 2013 : "Y..., les directives étaient très claires auprès de Z..., faire les (illisibles) ; juste une erreur d'envoi et ce sont des choses qui arrivent mais ce qui me rend fou c'est cette tentative de protection et d'utilisation d'un éducateur qui est pour moi une faute grave car elle remet en cause mon autorité et me rejette la responsabilité alors que l'erreur vient du secrétariat. (...). Y..., je ne peux plus travailler avec Z.... Depuis ma prise de fonction j'ai essayé d'instaurer un climat de confiance et d'échange avec elle. Je l'ai intégrée dans les réunions du lundi avec les éducateurs pour lui permettre de travailler en collaboration avec nous. J'ai passé du temps dans le bureau pour lui expliquer que le secrétariat était notre 1ère vitrine et que l'on devait travailler ensemble mais depuis mars la situation n'a jamais évolué. Elle refuse de s'adapter et désire travailler à sa façon sans jamais tenir compte des changements que je lui demande, Et depuis septembre c'est de plus en plus dur. La communication n'est plus possible entre elle et les éducateurs qui n'osent plus aller lui demander les listes d'appel...; car à chaque fois ce n'est que refus et mauvais esprit (

). Cette situation affecte le travail des éducateurs et met en difficulté le bon déroulement des cours et du CNC." ; que le CNC produit également des attestations : - YA... P..., maman d'un enfant inscrit au club le 31 juillet 2014 : « En qualité de trésorier j'affirme qu'il était compliqué de travailler avec elle; Elle refusait systématiquement d'accomplir les tâches qui lui étaient demandées dès qu'elle jugeait que ce n'était pas bien de le faire et avait toujours un argument pour mettre la tâche demandée de côté ce qui entraînait une négligence dans le dossier traité." ; - HU... N..., papa d'enfants inscrits au club : "Il y a plusieurs années je me suis présenté à l'accueil du CNC pour le renouvellement de cours collectifs de natation pour mes enfants ; ils m'accompagnaient d'ailleurs ; Nous avons été très mal accueillis, la dame à l'accueil était très désagréable, voire agressive tant dans sa façon de me poser des questions pour remplir les formulaires que quand il s'agissait de répondre à mes propres interrogations. Le moment a été vraiment très désagréable pour moi tellement d'ailleurs que je n'osais plus parler (...) Ce n'est qu'arrivé à la maison et après toutes ces remarques de mes enfants que j'ai réalisé qu'effectivement le moment passé dans ce bureau avait été à la limite de l'humiliation. J'ai donc envoyé un mail à la Direction du CNC pour demander l'annulation des inscriptions. Le président, Monsieur F..., m'a alors proposé un rendez-vous au cours duquel il m'a présenté les excuses du club. Mes enfants sont allés à leur cours mais je faisais toujours attention à bien éviter cette dame de l'accueil." ; que Madame S... de son côté produit plusieurs attestations : - Madame B..., élève de son cours d'aquagym le 18 novembre 2013: "Faisant de l'aquagym depuis de nombreuses années au CNC j'apprécie beaucoup Z... S... pour la diversité de ses cours (...) Elle est la seule à venir avec nous (...)", - YZ... T... : (illisible) je suis étonnée que vous vouliez licencier Z... (

) je trouve cela extrêmement injuste..) C'est grâce à Z... que j'ai beaucoup progressé (

), - QZ... J... : "Je n'ai jamais rencontré de problèmes lors de mon inscription au CNC avec Z... (...)", - RL... C... : " Je suis abasourdie d'apprendre le licenciement de Z... (.) Membre depuis 10 ans je ne savais pas nager, Z... a fait preuve d'une grande patience et de beaucoup de délicatesse afin de me mettre en confiance (...) Elle est une grande professionnelle, pas un de ses cours n'est identique, ils sont coordonnés avec de la musique et elle est toujours à notre écoute (...) Le club se sépare de quelqu'un d'une grande valeur (...), - VY... V... le novembre 2013 : " les faits reprochés me surprennent d'autant plus qu'ils surviennent après 16 années de service, (.) Il faut considérer son apport au niveau des cours d'aquagym qu'elle donnait toujours aussi ludiques et certainement très professionnels (

) Ce licenciement est injuste et abusif", - HU... U... le 9 novembre 2013 : "Inscrite aux cours d'aquagym depuis plus de 16 ans, je veux témoigner de l'implication sans faille de Z... pour proposer des cours toujours variés (...) Depuis son départ il me semble que l'ambiance du groupe a changé et qu'il y a moins de cohésion.", - QU... M... le 7 novembre 2013 : "Membre du CNC depuis plusieurs années, j'ai pu constater que Madame S... exerçait son métier

consciencieusement (...) Je n'ai jamais eu à me plaindre de son comportement.", - QN... I... le 7 novembre 2013 : " C'est en qualité de 2e degré natation que je tiens à apporter mon soutien à Madame S... ; (...) J'ai toujours pu observer la pleine implication de Z... S... dans son travail au bord du bassin comme au secrétariat Je tiens à souligner que dans le domaine de l'aquagym elle faisait preuve d'une très grande créativité cherchant constamment des idées nouvelles, des chorégraphies, des musiques toujours différentes et originales. A l'issue de chaque cours elle prenait un temps d'écoute et de discussion avec ses élèves et recueillait souvent leurs doléances qu'elle transmettait objectivement à sa hiérarchie. Lors des différents meetings je l'ai vu se donner à fond pour optimiser au mieux les ventes en boutique. En résumé je peux affirmer avoir côtoyé une professionnelle engagée, dynamique, et surtout digne de confiance ; - JX... A... le 31 janvier 2014: "J'ai pu travailler 6 années avec Z... S.... J'ai pu apprécier sa gestion financière (...) mettant le club dans la prudence économique (...)", - KQ... E... le 30 janvier 2014: "J'ai travaillé avec Z... S... de /997 à 2009, Je n'ai jamais eu de différents avec Z... S... Elle m'a toujours soutenu dans mon travail et aidé ses collègues quand il y a eu des différents entre eux, toujours serviable, accueillante et souriante envers la clientèle, se portait volontaire pour remplacer ses collègues et en accord avec les décisions prises aux réunions avec ses collègues." ; qu'il résulte de l'ensemble de ces attestations que Madame S..., qui a fait preuve de sérieux et d'un engagement professionnel soutenu au sein du club, en particulier dans le cadre de ses fonctions de professeur d'aquagym, a manqué à ses obligations professionnelles à partir de la deuxième moitié de l'année 2013 en accueillant mal le public, faisant preuve d'agacement, d'irritabilité, de manque de patience, de manque d'empathie, communiquant aux nouveaux venus et à ses collègues un stress générateur d'une perte de clientèle ; que le mail très circonstancié d'L... de la direction sportive et de l'ancienne trésorière Madame P... témoignent également de la rigidité de Madame S..., de son incapacité à accepter le travail en équipe, de sa tendance à se marginaliser dans la prise des décisions inhérentes à ses fonctions et à s'opposer par son comportement défavorable à toute évolution, à l'intérêt du club ; que ces griefs repris dans la lettre de licenciement ne constituent pas des fautes mais caractérisent à eux seuls une cause réelle et sérieuse de licenciement ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE Le licenciement n'est légitime que s'il est fondée sur une cause réelle et sérieuse, ce qui nécessite la preuve de griefs matériellement vérifiables et objectifs qui sont suffisamment pertinents et rendent inéluctables la rupture du contrat de travail ; que la lettre de licenciement doit énoncer de manière suffisamment précise les motifs invoqués par l'employeur qui peuvent être des griefs de nature disciplinaire et des griefs qui ont un caractère personnel, le juge étant tenu d'examiner l'intégralité des motifs énoncés. Ainsi et alors même que la faute ne serait pas retenue, le licenciement pourra être fondé sur un motif d'ordre personnel invoqué dans la lettre s'il est constitutif d'une cause réelle et sérieuse ; qu'en l'espèce, selon les termes de la lettre de licenciement il est reproché à Madame S... des griefs qu'elle ne qualifient pas de fautes ; qu'il appartient donc au tribunal d'examiner si ces griefs sont établis et constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement ; Le CNC soutient qu'à compter de 2011 madame S... s'est montrée de plus en plus désagréable avec les personnes qu'elle recevait à l'accueil et que notamment en 2013 elle a reçu de nombreuses plaintes concernant son comportement peu professionnel dans le cadre de ses fonctions d'accueil ; qu'il produit affectivement plusieurs mails d'adhérents adressés au directeur du CNC pendant la période précédente la mise en œuvre de la procédure du licenciement qui démontrent ce grief ; que madame IC... indique dans un mail du 6 septembre 2013 qu'elle venue s'inscrire au CNC et que la secrétaire a refusé de l'inscrire dans le groupe de 11H30 au motif qu'il n'y avait plus de places et quelle était incapable de lui dire qui assurait les cours et alors qu'en fait il restait des places ; qu'elle ajoute dans son mail qu'il "lui manque le sourire" ; qu'il résulte de ces faits que madame S... avait donné une information erronée à l'adhérente et qu'elle n'avait pas été accueillante ; que par ailleurs, madame K... a adressé un mail à la direction le septembre 2013 par lequel elle indique qu'à la première rencontre avec la secrétaire (froide, non souriante, non

accueillante, non avenante, désagréable), elle a "failli faire demi-tour." ; qu'elle poursuit en indiquant qu'elle a conseillé le CNC à des amis et voisins mais qu'elle a eu honte d'apprendre qu'ils "s'étaient faits littéralement rembarrés comme des mal propres (plus de places, groupe de l'enfant non connu, problème chéquier...) et que la secrétaire ne fait aucun effort pour être accueillante, souriante agréable coopérative ." ; qu'elle précise "elle prend les gens pour des imbéciles lorsqu'on a le malheur de lui poser des questions;(...) J'aime autant vous dire que l'on prend peur et que je croise de plus en plus de personnes qui font demi-tour et qui vont voir ailleurs." ; que ce mail atteste du peu d'effort que faisait madame S... pour être avenante et attirer les clients ; que le 10 septembre, une salariée du club s'est vue contrainte de faire part au président des difficultés rencontrées par l'une de ses connaissances qui s'était présentée au CNC pour avoir des renseignements sur aqua gym ; qu'elle indique ainsi "Z... l'a envoyée pétée, elle soufflait quand mon amie lui a posé une question et quand mon amie lui a demandé si on pouvait payer en 2 fois, elle a répondu non » ; qu'il en résulte que madame S... a été désagréable avec la personne qui souhaitait faire de l'aquagym et lui a donné une information erronée puisque des facilités de paiement peuvent être accordées avec l'accord de la direction mais qu'elle a préféré donné une information fautive pour ne pas avoir à faire la demande à la direction de la part de l'adhérente ; que le fait que le témoin soit un salarié de l'association n'est pas suffisant pour mettre en cause l'authenticité des faits relatés faute d'éléments objectifs précis permettant de douter de la véracité des faits d'autant que le mail est antérieur à la mise en oeuvre de la procédure de licenciement ; qu'enfin, le 30 octobre 2013, une adhérente a contacté la direction du CNC pour l'informer que madame S... n'avait pas pris en compte l'annulation de son inscription ; que l'ensemble de ces pièces établissent le manque de professionnalisme de madame S... dans ses fonctions d'accueil et son comportement désagréable avec les potentiels adhérents et sont corroborés par le témoignage de madame P..., adhérente et trésorière du CNC depuis 2012 qui précise qu'elle avait constaté son caractère lunatique lorsqu'elle se rendait au secrétariat pour obtenir des renseignements, précisant "les membres attendaient dehors et s'interrogeaient de savoir si elle allait être aimable ce jour-là." ; que les attestations d'adhérentes produites au débat par la requérante et selon lesquelles elle les avait bien accueillies concernent pour la plupart des personnes qu'elle a connu et renseigné avant 2011 et mars 2013 et auxquelles elle a donné des cours d'aquagym qui donnaient satisfaction avant 2011, date à laquelle son comportement a changé ; que dès lors elle ne saurait contredire les pièces produites par l'employeur et reçues antérieurement au licenciement d'autant que ces attestations ont été suggérées par la requérante par un mail directif ; que ce grief sera donc retenu ; Sur les négligences du traitement dans les dossiers ; que ce grief résulte : - d'un mail en date du 6 octobre 2013 par lequel le responsable du bassin, L... a informé la direction de ce qu'elle n'avait pas informé les enfants sur la date du début des cours des enfants en liste d'attente soit le mercredi 9, de sorte que des enfants se sont présentés avant cette date et notamment le samedi et qu'elle n'avait pas en tout état de cause exécuté ses directives ; - de fichiers produits au débat non mis à jour ; - d'une attestation de madame P..., adhérente depuis 2011 et trésorière depuis fin 2012 qui indique que madame S... refusait d'accomplir les tâches qui lui étaient demandées, avait toujours un argument pour la mettre de côté ce qui entraînait des négligences dans le dossier traité. - du fait qu'il résulte des témoignages repris ci-dessus que ses renseignements donnés aux potentiels adhérents sur leurs droits (modalités de paiement des droits d'inscriptions, notamment; nombre de places restantes notamment) étaient incorrects ou partiels ; qu'aucun élément objectif sérieux n'est opposé pour contredire ces pièces et attestations ; que ce grief est donc établi ; Sur l'opposition systématique lors des réunions hebdomadaires ; qu'il résulte du mail en date du 6 octobre 2013 par lequel le responsable du bassin, L..., a informé la direction qu'il ne pouvait plus travailler avec madame S... qu'il avait essayé d'instaurer un climat et d'échanges avec elle en la réintégrant dans les réunions du lundi avec les éducateurs pour lui permettre de travailler en collaboration avec eux mais qu'elle refusait de s'adapter et désirait travailler à sa façon sans jamais tenir compte des changements qu'il lui demandait et que c'était de plus en plus dure depuis septembre ; qu'il ajoute que la

communication n'est plus possible entre elle et les éducateurs et qu'ils n'osent plus rien lui demander car à chaque fois ce "n'est que refus "et mauvais esprit" ; que les faits précis et circonstanciés décrits dans ce mail qui établissent l'opposition systématique à toute demande des éducateurs ou du responsable technique ne sont contredits par aucun élément objectif sérieux ; que l'attestation de madame O... selon laquelle madame S... s'opposait lors des réunions à la direction lorsqu'elle qu'elle faisait monter des doléances (liste d'attentes trop longues, incidents) ou faisait des rappels sur les règles de sécurité est inopérante en l'espèce dans la mesure où ce ne sont pas ces faits qui lui sont reprochés mais ses oppositions aux directives du directeur techniques ou les refus des demandes des éducateurs depuis mars 2013 et surtout son comportement de refus systématique de se conformer aux directives du directeur technique depuis septembre 2013 ; que par ailleurs, le tribunal constate que madame S... a travaillé avec madame O... de 2006 à 2010 alors qu'aucun reproche n'est fait à madame S... sur son comportement pendant cette période et que sur les faits de 2011 elle se borne qu'à alléguer les dires de la requérante ; que dans conditions son témoignage ne contredit en rien les pièces produites par l'employeur et notamment le mail précis du directeur technique du 6 octobre 2013 sur son comportement de refus systématique opposé par celle-ci aux demandes des éducateurs ; que, par ailleurs ,l'attestation précise et circonstanciée de la trésorière depuis fin 2012, madame P... corrobore le fait que madame S... adoptait une attitude d'opposition systématique lorsqu'elle lui demandait d'effectuer une tâche ce qui devenait très compliqué de travailler avec elle ; que contrairement à ce que soutient la requérante, les échanges de mails qu'elle produit entre elle et madame P... sont insuffisants pour établir qu'elle ses relations avec celle-ci étaient bonnes et en tout état de cause leur contenu et leur forme ne contredisent nullement les termes du témoignage de madame P... ; que, dans ces conditions ce grief sera retenu ; Sur la mésentente chronique avec les responsables techniques successifs de l'association ; que si la mésentente n'est pas en soi un motif de licenciement, elle constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement si elle repose sur des éléments objectifs imputables au salarié et a une incidence sur la bonne marche du service. (SOC 26 mai 1998,n°95.45.561 ;Soc 22mai 1983; n°80-42.240) ; que la jurisprudence n'impose pas que la date des faits soient mentionnés dans la lettre estimant qu'il suffit que les griefs soient matériellement vérifiables ; qu'en l'espèce ,les faits contrairement à ce que soutient la requérante sont matériellement vérifiables dans la mesure où ils sont précis puisque sont attribués à ses relations avec les responsables techniques successifs de l'association ; qu'il résulte ainsi du mail, en date du 6 octobre que depuis mars 2013 que malgré le fait qu'il ait essayé d'instaurer un climat de confiance et d'échange avec elle et notamment de la réintégrer dans les réunions le lundi avec les éducateurs pour lui permettre de travailler en collaboration avec eux, madame S... a refusé de s'adapter et désire travailler sans tenir compte des changements qu'il sont demandés et que c'est de "plus en plus dur depuis septembre " ; qu'il précise que la communication n'est plus possible entre elle et les éducateurs et que cette situation affecte le travail des éducateurs et met en difficulté le bon déroulement des cours ; qu'il précise qu'il ne peut plus travailler avec elle et fait état d'un incident au cours duquel elle a utilisé un éducateur pour remettre en cause son autorité ; qu'il résulte de ce mail que la mésentente de la salariée avec le responsable technique repose sur le comportement d'opposition systématique de madame S... vis à vis des éducateurs et de remise en cause de l'autorité de ce dernier ; que Madame S... ne produit aucune pièce contredisant que son comportement est à l'origine de la mésentente avec le nouveau responsable, L..., ni d'éléments objectifs contredisant le fait qu'elle ne s'entendait pas bien aussi avec le responsable précédent M.G... ; qu'ainsi, le fait qu'elle produise une évaluation de 2008 selon laquelle elle était ponctuelle, travailleuse pour justifier qu'il n'existait pas de mésentente avec GB... G..., l'ancien responsable technique qui a quitté ses fonctions en Mars 2013 est inopérant en l'espèce alors que cette évaluation date de plus de 5 ans et qu'en tout état de cause l'employeur lui reproche son comportement depuis 2011 et qui s'est aggravé courant 2013 ; qu'il est révélateur qu'elle ne produise pas les évaluations postérieures qu'elle n'aurait pas manqué de produire si celles-ci établissaient qu'elle n'avait pas de problèmes de comportement à

l'égard de ses supérieurs hiérarchiques et notamment les responsables techniques et les autres collègues ; que, par ailleurs, le tribunal note dans ce compte rendu d'évaluation de 2008 qu'il est évoqué des problèmes relationnels avec des membres et qu'elle n'avait pas été soutenu par M.G... et que dans ses dernières conclusions elle ne nie nullement les problèmes relationnels avec celui-ci faisant même valoir qu'elle était victime de harcèlement de sa part ; que, dès lors il sera retenu que les problèmes de comportement de madame S... vis à vis des responsables techniques d'opposition systématiques sont à l'origine de la mésentente qui lui est reprochée dans la lettre de licenciement et nuisait au bon fonctionnement du CNC ; que les négligences et les manquements dans ses fonctions d'accueil ainsi que son comportement d'opposition systématique aux décisions du responsable technique et de remises en cause de ses décisions et qui n'avait pas changé depuis mars malgré sa réintégration aux réunions hebdomadaires constituent incontestablement une cause réelle et sérieuse de licenciement car de nature à compromettre le bon fonctionnement de l'association ; que son ancienneté de 17ans ne saurait excuser un tel comportement alors que les griefs qui lui sont reprochés ont perduré depuis mars 2013 et ce malgré les observations verbales de la direction ; qu'il sera donc retenu que le licenciement est pourvu d'une cause réelle et sérieuse ;

ALORS QUE, premièrement, lorsque, dans la lettre de licenciement, l'employeur n'a pas qualifié les griefs et que le salarié prétend que le licenciement doit être qualifié de licenciement disciplinaire, les juges du fond ne peuvent refuser de lui donner cette qualification et de le soumettre aux règles relatives à la procédure disciplinaire sans préciser en quoi les griefs, qui tendent à reprocher au salarié un comportement fautif mettant en cause la bonne marche de l'entreprise, ne sont pas disciplinaires ; de sorte qu'en décidant, en l'espèce, que le licenciement de Madame S... ne devait pas être soumis aux règles du licenciement disciplinaire, ainsi qu'elle le prétendait, bien que la lettre de licenciement était notamment motivée par son « attitude d'opposition systématique lors des réunions hebdomadaire », par une « réduction de cotisation à certains membres non autorisée par le comité directeur », ainsi que par une « mésentente chronique avec les responsables techniques successifs de l'association », faits ayant un caractère fautif qui « mettaient en cause la bonne marche de l'entreprise », motivation qui imprimait manifestement un caractère disciplinaire au licenciement, en se bornant à affirmer que les griefs repris dans la lettre de licenciement ne constituaient pas des fautes, tout en constatant que les principaux griefs du licenciement étaient l'opposition par un « comportement défavorable à toute évolution », les « problèmes de comportement de Madame S... vis à vis des responsables techniques », l'« opposition systématique à l'origine de la mésentente » ainsi que « son comportement d'opposition systématique aux décisions du responsable technique et de remise en cause de ses décisions », la cour d'appel a violé les articles Lp. 122-3 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie et l'article 12 alinéa 2 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

ALORS QUE, deuxièmement, lorsqu'ils s'interrogent sur l'existence d'une cause réelle et sérieuse, les juges du fond doivent procéder à l'examen de l'ensemble des éléments de preuve versés aux débats, sans refuser d'analyser les éléments de preuve produits par le salarié ; de sorte qu'en se fondant quasi-exclusivement sur les éléments produits par l'employeur et notamment les attestations établies en sa faveur sans procéder à l'examen des attestations en faveur de Madame S..., produites par celle-ci, dont certaines font expressément référence à l'année 2013 et sont donc postérieures à l'époque à laquelle selon l'employeur elle aurait changé de comportement, et qui font ressortir qu'elle a toujours fait preuve de disponibilité, de sens de l'accueil et de compétence dans ses fonctions, la cour d'appel n'a pas suffisamment motivé sa décision et a violé, par conséquent, les dispositions de l'article 455 du nouveau code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

L'arrêt attaqué encourt la censure

EN CE QU'IL a rejeté implicitement la demande en paiement de dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice découlant de la faute de l'employeur constituée par la modification unilatérale du contrat de travail ;

AUX MOTIFS QUE Madame S... rappelle qu'elle a été engagée en 1997 par le CNC en qualité de maître-nageur sauveteur et de secrétaire ; qu'elle indique n'avoir jamais donné son accord au CNC à l'abandon de ses fonctions de maître-nageur sauveteur et que c'est par une décision unilatérale de l'employeur prise en 2013 qu'elle a été contrainte d'abandonner ses fonctions ; que s'agissant d'un élément essentiel du contrat, l'accord du salarié doit être selon elle exprès et ne saurait résulter de la seule poursuite du contrat aux conditions modifiées, contrairement à ce qui a été retenu par le tribunal ; qu'en outre, elle observe que le CNC ne lui a jamais accordé une formation qui aurait pu lui permettre d'assurer des fonctions de secrétariat ; qu'elle observe que le fait qu'elle ne se soit pas opposée par écrit à cette modification n'entraîne aucune conséquence à partir du moment où elle indique dans le cadre de cette procédure qu'elle n'y a jamais donné son accord exprès et où elle établit bien au contraire avoir beaucoup souffert de cette modification qui l'a privé de l'exercice de ses fonctions de maître-nageur dans lesquelles elle excellait ainsi que de nombreux témoignages l'établissent ; que le CNC oppose que Madame S... a exprimé dès 2010 sa volonté de changer d'orientation professionnelle et que compte tenu de ses difficultés relationnelles avec le chef de bassin il lui a été proposé de travailler à temps complet au secrétariat ; que ses horaires de travail ont donc été aménagés ce dont elle ne s'est jamais plaint et dès le mois de mars 2013, lorsque le nouveau responsable de bassin a pris ses fonctions celui-ci a souhaité maintenir une relation de confiance et inviter Madame S... à continuer à participer aux réunions ; que le contrat de travail de Madame S... n'est pas produit, pas plus que ses évaluations postérieures à l'année 2008, qui auraient pu attester de l'évolution de son poste de travail ; que les parties s'accordent à reconnaître que, lors de son engagement, Madame S... occupait à la fois des fonctions de maître-nageur et des fonctions de secrétaire et qu'à l'époque de son licenciement les fonctions de secrétariat avaient pris le pas sur les fonctions d'éducateur sportif ; que toutefois les attestations produites par Madame S... elle-même font la preuve de ce qu'elle avait conservé des fonctions de professeur d'aquagym peu de temps avant son licenciement et qu'elle y était très appréciée de ses élèves, ce point n'ayant jamais fait litige ; que les bulletins de salaire que produits par Madame S... jusqu'au mois de février 2014, mentionnent un emploi de secrétaire/éducateur sportif ; que pour justifier la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié, la modification du contrat de travail doit émaner unilatéralement de l'employeur et procéder d'une modification des termes du contrat de travail, sans avoir obtenu son accord exprès ; qu'apparaît une contradiction entre la reconnaissance par le CNC de ce que le poste de Mme S... aurait évolué vers un poste de secrétariat et les bulletins de salaire de l'intéressée aussi que les témoignages qui caractérisent l'occupation de fonctions tant de maître-nageur que de secrétaire ; que force est donc de constater que dès lors que la preuve de la modification unilatérale de la qualification contractuelle du poste occupé par Madame S... n'est pas rapportée, celle-ci n'est pas fondée à se prévaloir d'une modification de son contrat de travail ;

ALORS QUE, premièrement, lorsque le salarié exerce plusieurs fonctions selon une répartition hebdomadaire de temps de travail variable et que l'employeur n'a pas établi de contrat écrit, il appartient à ce dernier, débiteur de la preuve de la nature de l'emploi et des fonctions objet du contrat de travail et de l'obligation d'information du salarié à cet égard, d'établir la nature des fonctions contractuelles ainsi que la répartition hebdomadaire du temps de travail par fonction convenue entre les parties ; qu'en exigeant de Madame S... qu'elle établisse la nature et la réalité

des fonctions qu'il soutenait avoir occupées au sein du CNC ainsi que la répartition du temps hebdomadaire de travail, en distinguant les fonctions de maître-nageur des fonctions de secrétaire, notamment par la production d'un contrat de travail, alors qu'elle faisait valoir, dans ses conclusions d'appel (p. 3, alinéa 2) que l'employeur n'avait pas établi de contrat de travail, la cour d'appel, qui a renversé la charge de la preuve, a déjà violé les dispositions des articles Lp. 121-1 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie, 9 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie, 1353 du code civil, ensemble l'article 2 de la directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail ;

ALORS QUE, deuxièmement, les juges, tenus de motiver leurs décisions, ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; de sorte qu'en s'abstenant d'examiner, ne serait-ce que sommairement, l'ensemble des éléments de preuve qui lui étaient soumis et notamment l'élément de preuve le plus déterminant, à savoir l'emploi du temps de la saison 2013/2014 (cf. pièce n° 4 produite en première instance) qui faisait ressortir que les fonctions de Madame S... se résumaient, avant son licenciement, à des fonctions de secrétariat, ce qui traduisait une réalité que ne pouvaient, par hypothèse, traduire les bulletins de salaire, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 455 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

ALORS QUE, troisièmement, l'aveu judiciaire fait pleinement foi contre celui qui l'a fait ; de sorte qu'en décidant que Madame S... avait conservé des fonctions de professeur d'aquagym peu de temps avant son licenciement et que le partage de fonctions entre celles de maître-nageur et celles de secrétaire résultait des bulletins de salaire de l'intéressée et des témoignages au sujet de l'occupation de fonctions tant de maître-nageur que de secrétaire, sans prendre en considération l'aveu judiciaire du CNC qui avait admis, ainsi que la cour d'appel l'avait elle-même constaté, que « le poste de Mme S... aurait évolué vers un poste de secrétariat », ce qui faisait pleinement foi contre l'employeur et était suffisant pour caractériser une modification des fonctions contractuelles et, partant, une modification du contrat de travail, la cour d'appel a violé les dispositions des articles Lp. 121-1 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie et 1383-2 du code civil.