

3 mai 2022

Cour d'appel de Grenoble

RG n° 19/04329

Ch. Sociale -Section A

Texte de la décision

Entête

C1

N° RG 19/04329

N° Portalis DBVM-V-B7D-KGVQ

N° Minute :

Copie exécutoire délivrée le :

la SELARL DAUPHIN ET MIHAJLOVIC

Me Francoise SILVAN

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE GRENOBLE

Ch. Sociale -Section A

ARRÊT DU MARDI 03 MAI 2022

Appel d'une décision (N° RG F 18/00496)

rendue par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de VALENCE

en date du 03 octobre 2019

suivant déclaration d'appel du 24 Octobre 2019

APPELANTE :

SAS BDA DISTRIBUTION, prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège,

10, Cours Alexandre Borodine

26000 VALENCE

représentée par Me Josette DAUPHIN de la SELARL DAUPHIN ET MIHAJLOVIC, avocat au barreau de GRENOBLE, avocat

postulant, et Me Guillaume SCHENCK de la SELAS FIDAL, avocat au barreau de VALENCE, avocat plaidant

INTIMEE :

Madame [O] [Z] épouse [T]

née le 14 Février 1976 à MELUN

de nationalité Française

Quartier Les Beauches

26800 ETOILE SUR RHONE

représentée par Me Françoise SILVAN, avocat au barreau de VALENCE,

COMPOSITION DE LA COUR :

LORS DU DÉLIBÉRÉ :

Madame Valéry CHARBONNIER, Conseillère faisant fonction de Présidente,

Madame Gaëlle BARDOSSE, Conseillère,

Madame Magali DURAND-MULIN, Conseillère,

DÉBATS :

A l'audience publique du 07 Février 2022,

Mme Gaëlle BARDOSSE, Conseillère chargée du rapport, et Mme Valéry CHARBONNIER, Conseillère faisant fonction de

Présidente, ont entendu les parties en leurs conclusions et observations, assistées de Mme Valérie RENOUF, Greffière, conformément aux dispositions de l'article 805 du code de procédure civile, les parties ne s'y étant pas opposées ;

Puis l'affaire a été mise en délibéré au 03 Mai 2022, délibéré au cours duquel il a été rendu compte des débats à la Cour.

L'arrêt a été rendu le 03 Mai 2022.

Exposé du litige

Exposé du litige :

Mme [Z] épouse [T] a été embauchée le 15 décembre 2014 selon un contrat de travail à durée indéterminée par la société BDA DISTRIBUTION (SAS) en qualité d'approvisionneuse.

Elle été placée en arrêt maladie du 12 au 16 février 2018, puis de nouveau à partir du 6 mars 2018.

Mme [Z] épouse [T] a été déclarée inapte à son poste de travail, ainsi qu'à tout poste dans l'entreprise sans possibilité de reclassement par la médecine du travail lors de sa visite de reprise du 28 mai 2018.

Elle a été licenciée le 26 juin 2018 pour inaptitude avec impossibilité de reclassement.

Le 20 septembre 2018, Mme [Z] épouse [T] a saisi le Conseil de prud'hommes de Valence afin de voir, à titre principal, juger nul son licenciement pour inaptitude en raison d'un harcèlement moral et obtenir les indemnités afférentes et, à titre subsidiaire, voir juger que l'employeur a manqué à son obligation de sécurité et le condamner à des dommages et intérêts.

Par jugement du 03 octobre 2019, le conseil des prud'hommes de Valence a :

Dit que Mme [Z] épouse [T] a été victime de harcèlement moral et condamné la société BDA DISTRIBUTION (SAS) à lui payer les sommes suivantes :

- 12 000 € à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral,

11 350 € à de dommages et intérêts pour licenciement nul,

3 783,34 € bruts, au titre d'indemnité compensatrice de préavis outre la somme de 378,33 € bruts, au titre des congés payés afférents,

728,06 € bruts, à titre de rappel de salaires correspondant aux indemnités complémentaires de prévoyance outre la somme de 72,80 € bruts, au titre congés payés afférents,

1 200 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Condamné la société BDA DISTRIBUTION (SAS) à lui remettre une attestation pôle emploi rectifiée conforme au présent jugement.

Dit que la moyenne brute du salaire de Mme [Z] épouse [T] est de 1 891,67 €.

Débouté Mme [Z] épouse [T] du surplus de ses demandes,

Débouté la société BDA DISTRIBUTION (SAS) de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Condamné la société BDA DISTRIBUTION (SAS) aux dépens de l'instance.

La décision a été notifiée aux parties et la société BDA DISTRIBUTION (SAS) en a interjeté appel le 24 octobre 2019.

Par conclusions du 21 décembre 2021, la société BDA DISTRIBUTION (SAS) demande à la cour d'appel de :

Déclarer l'appel de la société BDA recevable et bien fondé,

Réformer le jugement dont appel en ce qu'il a jugé recevable la nouvelle demande de Mme [Z] épouse [T] concernant la rémunération de pauses non prises,

In limine litis, déclarer irrecevable la demande nouvelle de Madame [Z] épouse [T] au titre de pauses non prises,

Réformer le jugement dont appel en ce qu'il a jugé que Mme [Z] épouse [T] a été victime d'un harcèlement moral, a annulé son licenciement, et condamné la société BDA à payer divers dommages et intérêts et indemnités de rupture, ainsi qu'une indemnité de prévoyance et les congés payés afférents,

Constater que Mme [Z] épouse [T] ne verse aucune pièce démontrant l'existence d'un fait imputable à l'entreprise et laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral,

Constater que Mme [Z] épouse [T] ne verse aux débats aucun élément laissant supposer l'existence d'un manquement de l'entreprise en matière de sécurité,

Débouter Mme [Z] épouse [T] de sa demande de dommages et intérêts pour harcèlement moral et pour non-respect de l'obligation de sécurité,

Constater que le licenciement pour inaptitude de Mme [Z] épouse [T] repose sur une cause réelle et sérieuse,

Constater que la société BDA a respecté les dispositions légales et réglementaires concernant la géo localisation et les normes fixées par la CNIL.

Débouter Mme [Z] épouse [T] de sa demande de dommages et intérêts pour non-respect des règles afférentes à la CNIL

sur la géolocalisation,

Constater que Mme [Z] épouse [T] ne verse aux débats aucune pièce démontrant qu'elle a réalisé des heures supplémentaires et constater que Mme [Z] épouse [T] a bénéficié de temps de pause de surcroît rémunérés,

Débouter Mme [Z] épouse [T] de sa demande au titre des heures supplémentaires et temps de pause,

A titre subsidiaire, constater que la demande de Mme [Z] épouse [T] au titre du salaire « prévoyance et congés payés » afférents est tant irrecevable que mal fondée,

L'en débouter,

Débouter Mme [Z] épouse [T] de l'ensemble de ses demandes comme mal-fondées,

Confirmer le jugement dont appel pour le surplus,

Condamner Mme [Z] épouse [T] à rembourser à la société BDA les sommes versées dans le cadre de l'exécution provisoire de droit soit 4 962,53 € bruts,

La condamner à payer à la société BDA la somme de 3 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

La condamner aux entiers dépens.

Par conclusions récapitulative et d'appel incident du 29 novembre 2021, Mme [T] demande à la cour d'appel de :

Réformer le jugement du Conseil de prud'hommes du 3 octobre 2019 sur les chefs de jugement en ce qu'il a :

Débouté Mme [Z] épouse [T] de sa demande de 24 000 € au titre des dommages et intérêts pour violation de la vie privée,

Débouté Mme [Z] épouse [T] de sa demande de 2 896 € net au titre des dommages et intérêts pour absence de pause,

Limité à la somme de 12 000 € nets la condamnation de la société BDA au titre des dommages et intérêts pour harcèlement moral, au lieu de 24 000 € réclamés,

Confirmer le jugement qui a dit que Madame [Z] épouse [T] a été victime de harcèlement moral, que le licenciement est nul et pour le surplus de ses dispositions,

Et statuant à nouveau,

A titre principal :

Constater que la société BDA a eu des agissements constitutifs d'un harcèlement moral à son encontre et la condamner à lui verser la somme de 24 000 € de dommages et intérêts pour préjudice moral,

Constater que le licenciement, qui a pour origine le harcèlement moral, est nul et condamner la société BDA à lui verser la somme de 11 350 € de dommages et intérêts,

A titre subsidiaire :

Si la Cour ne retient pas le harcèlement moral, constater que la société BDA a manqué à son obligation de sécurité à son encontre et que la société n'a pas intégré les risques psycho-sociaux puisqu'elle n'a pas de document unique d'évaluation des risques,

En conséquence, condamner la société BDA à lui verser la somme de 24 000 € de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité,

Constater que le licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement, est dû au manquement à l'obligation de sécurité et en conséquence, dire que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse et condamner la société BDA à lui verser la somme de 11 350 € de dommages et intérêts,

En tout état de cause :

Confirmer le jugement déféré qui a condamné la société BDA à lui verser l'indemnité de préavis d'un montant de 3 783.34 € brut et de congés payés afférents d'un montant de 378.33 € brut,

Dire que le salaire mensuel moyen est de 1 891.67 € brut,

Constater que la société BDA n'a pas respecté les règles applicables en matière de géolocalisation et de vidéo-surveillance des salariés et a violé sa vie privée,

En conséquence,

Infirmier le jugement déféré en ce qu'il l'a déboutée de sa demande au titre du non-respect des règles applicables en matière de vidéo-surveillance des salariés, correspondant à une violation de la vie privée et condamner la société BDA à lui verser 24 000 € de dommages et intérêts,

Constater que la société BDA ne lui a pas accordé de pause depuis son embauche et en conséquence, infirmer le jugement déféré qui l'a déboutée de sa demande et condamner la société BDA à lui verser la somme de 2 896 € net de dommages et intérêts,

Confirmer le jugement qui a constaté que la société BDA n'a pas versé les indemnités complémentaires au titre du maintien de salaire et sans respecter les obligations en cas de contrôle médical et en conséquence la condamner à verser un rappel de salaire correspondant aux indemnités complémentaires de prévoyance, d'un montant de 728,06 € brut outre l'indemnité de congés payés afférente de 72,81 € brut,

Le confirmer pour le surplus,

Débouter la société BDA DISTRIBUTION de l'intégralité de ses demandes,

Condamner la société BDA DISTRIBUTION à lui verser une astreinte de 500 € net par jour de retard du versement des condamnations prononcées, à compter du 8ème jour suivant la décision à intervenir,

Condamner la société BDA DISTRIBUTION à lui verser la somme de 6 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamner la société BDA DISTRIBUTION aux dépens.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 04 janvier 2022.

Pour un exposé complet des moyens et prétentions des parties, il convient au visa de l'article 455 du code de procédure civile de se reporter à leurs écritures susvisées.

Motivation

SUR QUOI :

Sur la demande de dommages et intérêts au titre de l'absence de pauses :

Mme [Z] épouse [T] expose que :

La demande est recevable car pas nouvelle puisqu'elle figurait dans la requête initiale au titre de la demande de rappel de salaire du « temps de pause » et a été requalifiée. A titre subsidiaire, elle soutient qu'il s'agit d'une demande additionnelle en lien direct avec la demande initiale indiquée dans la requête « pauses non prises » ;

Sur le fond, elle expose qu'elle n'avait pas l'autorisation de prendre une pause dans sa matinée de travail, n'avait pas le droit d'aller aux toilettes puisque la société BDA soutient qu'elle aurait dû revenir au siège de la société située à plus de 10 km de son secteur ;

Elle n'a jamais bénéficié d'une demi-journée de repos par mois, sauf à compenser des heures supplémentaires.

La société BDA expose pour sa part que cette demande est nouvelle et donc irrecevable ; Sur le fond elle fait valoir que :

La salariée ne communique aucun élément objectif à ce sujet et nul ne lui a demandé de ne pas prendre ses pauses. Les salariés prennent systématiquement leurs pauses et en principe la pause n'est pas rémunérée. Les attestations contraires sont irrecevables et non probantes ;

Elle a bénéficié, sans contrepartie, d'une demi-journée de repos par mois. Elle avait des pauses « puisque tout le temps passé à changer de trajet pour se rendre prétendument au domicile de son ami, caractérise bien un temps de pause, par définition en dehors du pouvoir de direction de l'employeur » ;

Les heures de travail n'ont pas varié et sa rémunération a pris en compte les heures supplémentaires ont été, systématiquement et sans exception.

Sur ce,

Sur la recevabilité de la demande,

Les articles 564 et suivants du code de procédure applicables aux faits de l'instance prévoient qu'à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait. Les parties ne peuvent par conséquent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire.

Selon l'article 65 du code de procédure civile, constitue une demande additionnelle la demande par laquelle une partie modifie ses prétentions antérieures.

Selon l'article 70 du code de procédure civile, les demandes reconventionnelles ou additionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

En l'espèce, il est constant que dans la requête initiale, la salariée a formulé une demande au titre des « salaires : temps de pause » pour un montant de 1 993,32 € outre la somme de 199,33 € au titre des congés payés. Cette demande a été reprise dans les conclusions déposées par son conseil en vue de l'audience du Conseil des prud'hommes en date du 13 juin 2019 au titre d'une demande de dommages et intérêts pour « absence de pause quotidienne » évaluée à 2 896 €.

S'il ressort du jugement du Conseil des prud'hommes que cette demande n'est pas reprise par le conseil dans l'énoncé des demandes des parties ni dans le corps de la décision ou encore au dispositif, elle était pour autant bien formulée par la salariée en première instance et n'est donc pas nouvelle au sens des dispositions susvisées et doit être par conséquent être jugée recevable.

Sur le fond de la demande,

Les dispositions de l'article L. 3121-16 du code du travail prévoient que dès que le temps de travail quotidien atteint six heures, le salarié bénéficie d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes. Des dispositions conventionnelles plus favorables peuvent fixer un temps de pause supérieur.

Sauf disposition conventionnelle expresse, les temps de pause, même ils sont rémunérés, ne doivent pas être considérés comme du temps de travail effectif.

Aux termes de l'article L. 3121-2 du code du travail, le temps nécessaire à la restauration ainsi que les temps consacrés aux pauses sont considérés comme du temps de travail effectif lorsque le salarié reste à la disposition de son employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles. Ainsi le temps de repas pendant lequel les salariés qui, travaillant en cycle continu à raison de la spécificité de leurs fonctions, ne peuvent de ce fait s'éloigner pendant leur temps de repas, de leur poste de travail et restent à la disposition de leur employeur, doit être considéré comme du temps de travail effectif.

Il est de jurisprudence constante que l'employeur doit établir :

Qu'il a mis le salarié en mesure de prendre ses temps de pause ;

Que le salarié les a effectivement pris.

Si l'employeur ne le fait pas, ces heures peuvent être considérées comme travaillées considérées comme des heures supplémentaires.

En l'espèce, il résulte du contrat de travail, à la rubrique « horaires de travail » que les horaires de la salariée sont « ceux en vigueur dans l'entreprise » et qu'ils seront susceptibles de modifications en fonction des impératifs de production. Il ne figure dans ce contrat aucune mention de la durée ni de la répartition du temps de travail ainsi que des temps de pause.

La SAS BDA DISTRIBUTION qui indique dans ses écritures que la salariée effectuait 37 heures 80 par semaine réparties comme suit 'lundi, mardi, mercredi, vendredi de 6 heures à 13H45 et le jeudi de 8 h à 12 heures et de 13 heures 30 à 17 heures 30" ne produit aucune pièce contractuelle. Il découle de ces affirmations, qu'à l'exception du jeudi, la durée continue du temps de travail de la salariée était de 7 heures 45 le matin et ouvrait droit à une pause de 20 minutes.

Outre le contrat de travail de la salariée, la SAS BDA distribution qui affirme que « les salariés prenaient systématiquement leur pause », ne produit pour en justifier que 7 attestations de salariés approvisionneurs indiquant avoir pu, personnellement, prendre leurs pauses mais n'évoquant pas leur connaissance de la situation de Mme [Z] épouse [T].

Celle-ci produit pour sa part 3 attestations d'autres salariés indiquant que les temps de pause n'étaient pas respectés. Ces seuls éléments produits par l'employeur sont insuffisants pour démontrer de la prise effective du temps de pause de la salariée les lundi, mardi, mercredi et vendredi alors qu'il est constant qu'elle effectuait plus de 6 heures de travail d'affilée.

Au surplus, le fait conclu que Mme [Z] épouse [T] aurait perçu une rémunération « payée sur 151,67 heures augmentées des heures supplémentaires majorées » est indifférent s'agissant de la question de la prise effective du temps de pause. Il en est de même concernant son « bénéfice sans contrepartie » d'une demi-journée de repos pas mois portant sa durée de travail à 159,67 heures payées 169 ». La Cour relève sur ce point que ces modalités sont légalement prévues s'agissant du paiement des heures supplémentaires mais ne concernent pas les pauses d'un salarié.

De même s'agissant du fait conclu qu'elle aurait bénéficié « d'un demi RTT (4 heures) par mois, a bénéficié d'une pause complémentaire de 20 minutes par jour », aucune pièce n'est versée pour le démontrer.

La Cour observe enfin, que le fait conclu de s'arrêter durant son temps de travail pour satisfaire un besoin naturel ne peut être assimilé à une « pause » telle que règlementée par le code du travail.

S'agissant du préjudice découlant du non-respect du temps de pause, il convient de rappeler que le repos pris à ce titre constitue un droit fondamental dont la privation ouvre droit à dommages et intérêts. En l'espèce, le préjudice sera justement réparé par la condamnation de la SAS BDA DISTRIBUTION au paiement de la somme de 2 500 € à Mme [Z] épouse [T].

Sur la demande de rappel de salaire au titre de la prévoyance :

Moyens des parties :

Mme [Z] épouse [T] expose ne pas avoir perçu les indemnités complémentaires de prévoyance à compter du 22 mars 2018 jusqu'au 11 mai 2018. Le médecin chargé du contrôle médical à domicile le 22 mars n'a pas trouvé son adresse et l'employeur ne pouvait suspendre le versement de ces indemnités sans informer la CPAM afin de permettre un examen médical.

La SAS BDA DISTRIBUTION fait valoir que la demande n'est pas recevable « car pas mentionnée dans la saisine du juge », que la salariée a été remplie de ses droits et enfin que la prévoyance ne peut être augmentée des congés payés.

Sur ce,

Sur la recevabilité de la demande,

Les articles 564 et suivants du code de procédure applicables aux faits de l'instance prévoient qu'à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait. Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent. Les parties ne peuvent par conséquent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire.

Selon l'article 65 du code de procédure civile, constitue une demande additionnelle la demande par laquelle une partie modifie ses prétentions antérieures.

Selon l'article 70 du code de procédure civile, les demandes reconventionnelles ou additionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

En l'espèce, dans la requête initiale la salariée a précisé qu'elle se réservait la possibilité de demander le paiement de la complémentaire santé. Une demande a été formulée à ce titre dans les conclusions déposées devant le Conseil des prud'hommes pour l'audience du 13 juin 2019, demande reprise dans l'exposé des demandes par le Conseil des prud'hommes.

Les premiers juges ont rejeté la demande de l'employeur de voir juger qu'il s'agissait d'une demande nouvelle. Il convient de confirmer cette décision, la présente demande se rattachant au surplus aux prétentions originaires.

Sur le fond,

Il ressort des dispositions de l'article 1353 du code civil que Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. Il incombe à l'employeur de démontrer, notamment par la production de pièces comptables que le salaire dû afférent au travail effectivement effectué a été payé.

Il est constant que lors du contrôle à domicile du 22 mars 2016, le médecin contrôleur relève que « l'adresse du patient est incomplète » et que « sans justification de la part de l'employé » ce compte rendu permet à l'employeur de suspendre le versement des « indemnités complémentaires » jusqu'à la fin de l'arrêt de travail.

Il ne peut être contesté que ce contrôle par le service médical s'inscrit dans le cadre des dispositions de l'article L. 1226-1 du code du travail suivantes :

Tout salarié ayant une année d'ancienneté dans l'entreprise bénéficie, en cas d'absence au travail justifiée par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident constaté par certificat médical et contre-visite s'il y a lieu, d'une indemnité complémentaire à l'allocation journalière prévue à l'article L.321-1 du code de la sécurité sociale, à condition :

1° D'avoir justifié dans les quarante-huit heures de cette incapacité, sauf si le salarié fait partie des personnes mentionnées à l'article L. 169-1 du code de la sécurité sociale ;

2° D'être pris en charge par la sécurité sociale ;

3° D'être soigné sur le territoire français ou dans l'un des autres Etats membres de la Communauté européenne ou dans l'un des autres Etats partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux salariés travaillant à domicile, aux salariés saisonniers, aux salariés intermittents et aux salariés temporaires.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les formes et conditions de la contre-visite mentionnée au premier alinéa.

Le taux, les délais et les modalités de calcul de l'indemnité complémentaire sont déterminés par voie réglementaire.

L'article L. 315-1 du code de la sécurité sociale fait référence à l'article sus visé en énonçant : « Lorsqu'un contrôle effectué par un médecin à la demande de l'employeur, en application de l'article L. 1226-1 du code du travail, conclut à l'absence de justification d'un arrêt de travail ou fait état de l'impossibilité de procéder à l'examen de l'assuré, ce médecin transmet son rapport au service du contrôle médical de la caisse dans un délai maximal de quarante-huit heures. Le rapport précise si le médecin diligenté par l'employeur a ou non procédé à un examen médical de l'assuré concerné. Au vu de ce rapport, ce service :

1° Soit demande à la caisse de suspendre les indemnités journalières. Dans un délai fixé par décret à compter de la réception de l'information de suspension des indemnités journalières, l'assuré peut demander à son organisme de prise en charge de saisir le service du contrôle médical pour examen de sa situation. Le service du contrôle médical se prononce dans un délai fixé par décret ;

2° Soit procède à un nouvel examen de la situation de l'assuré. Ce nouvel examen est de droit si le rapport a fait état de l'impossibilité de procéder à l'examen de l'assuré.

Il est constant que dans le cadre de ce contrôle, demandé par l'employeur, le salarié n'est pas avisé du jour et de l'heure de la visite du médecin. Si ce médecin constate l'absence de justification de l'arrêt de travail ou l'impossibilité de procéder au contrôle, il lui appartient d'adresser son rapport dans les 48 heures au service médical de la Caisse. Sur la base de ce rapport, le service médical peut, soit réexaminer la situation du salarié, soit demander la suspension du versement des indemnités journalières.

La suspension du versement des indemnités journalières ne peut être opérée immédiatement, le salarié étant en droit de demander un nouvel examen dans des conditions fixées par le décret du 24 août 2010. Cette demande doit être faite dans les 10 jours par l'assuré. Le réexamen de la situation est de droit si le contrôleur n'a pas pu procéder au contrôle.

Si la Caisse suspend le versement des indemnités journalières, l'employeur est fondé à suspendre le versement de l'indemnité complémentaire. L'employeur, avisé par le médecin auquel il a eu recours, peut ainsi décider immédiatement de la suspension des indemnités complémentaires. Par contre si le recours du salarié aboutit, l'employeur devra sans délai procéder à un rappel de salaire.

En l'espèce, il n'est pas contesté que le versement des indemnités journalières à la salariée n'a pas été suspendu malgré le rapport du médecin chargé du contrôle, en revanche celui des « indemnités complémentaires » a été suspendu par l'employeur du 22 mars 2016 au 05 mai 2018.

La SAS produit une attestation du 03 juillet 2018, par laquelle GROUPAMA GAN VIE indique avoir versé « à Mme [T] » les « obligations » suivantes :

Du 06 mars au 12 Mars : carence

Du 13 mars au 21 mars maintien à 90%

A partir du 09 mai : fin des droits conformément au compte rendu médical (document non produit)

Le 20 août 2018, la salariée écrit à l'employeur, après avoir été mise en relation avec GAN PREVOYANCE, que les indemnités ont été versées sur le compte de la société le 26 juillet et sollicite le paiement de ces indemnités.

La SAS BDA DISTRIBUTION n'apporte aucune explication ou pièces permettant de justifier de la suspension et du non-paiement des indemnités complémentaires, alors même que la CPAM avait maintenu le versement des IJ, sauf à se baser sur l'impossibilité pour le médecin chargé du contrôle de vérifier sa situation en raison d'un problème d'adresse.

Sur ce point, il n'est pas contesté que la salariée se trouvait en arrêt maladie (arrêt en date du 05 mars 2018 communiqué à l'employeur) et qu'elle avait déclaré une adresse dans cet arrêt ainsi qu'un numéro de téléphone. L'adresse déclarée (3 lotissement Fernand léger) est celle de son compagnon et correspond bien à celle dont disposait le médecin et elle figure sur le compte rendu de contrôle sur lequel n'est en revanche pas mentionné le numéro de téléphone de la salariée.

La SAS BDA DISTRIBUTION ne donne aucun élément permettant de considérer qu'elle a permis à la salariée de justifier de cette difficulté d'adresse ou encore de la possibilité pour elle de demander un nouveau contrôle.

L'employeur est en outre taisant sur la demande faite par Mme [Z] épouse [T], par courrier du 20 août 2018, qui soulève le versement des indemnités sur le compte de la société et elle ne s'explique pas sur le délai de carence de 60 jours appliquée à la salariée.

Enfin, si la SAS BDA DISTRIBUTION justifie bien du fait que les sommes dues à ce titre sont versées par l'organisme de prévoyance, elle demeure en tant qu'employeur débitrice des sommes non versées.

Il convient en conséquence de condamner la SAS BDA DISTRIBUTION au paiement de la somme de 728, 06 € de rappel de salaire au titre de la prévoyance pour la période du 22 mars 2018 au 05 mai 2018. S'agissant de la demande d'indemnité de congés payés à ce titre, il convient de la rejeter, l'arrêt maladie de la salariée n'ouvrant pas à son profit droit à congés payés.

Sur le harcèlement moral :

Moyens des parties :

Mme [Z] épouse [T] fait valoir que le licenciement est nul en raison de faits de harcèlement moral suivants :

Une réduction de ses jours de travail sur 4 jours au lieu de 5 jours, conséquence de la perte de clients (client Reyes) et des intimidations et pressions depuis le 5 février 2018, en vue de la pousser à la démission,

Une affectation à l'atelier la contraignant à effectuer un travail avilissant,

Le 8 février 2018, la présentation par M. [U] des vues aériennes de la géolocalisation de son camion pour la questionner sur sa présence, chaque matin chez son ami dont la maison est située toute proche du trajet de sa tournée chez lequel elle se rendait aux toilettes. La direction lui a ensuite refusé de s'y arrêter à l'avenir et l'a discréditée auprès de l'ensemble de ses collègues.

Des propos menaçants, vulgaires et des hurlements de la part de M. [U], le même jour, qui l'a accusée de vol de marchandises, une salariée, Mme [H] (salariée) a constaté que le Directeur l'avait faite pleurer.

Le directeur vérifiait si elle respectait ses heures de sortie pendant son arrêt maladie, comme elle le relate au médecin du travail et elle était surveillée en permanence par la direction via la géolocalisation. Les représentants du personnel n'ont été avisés de l'existence de ce système qu'à compter du 21 décembre 2018 et la société BDA a seulement réalisé une déclaration simplifiée qui n'est pas en conformité avec la réglementation en la matière,

La société BDA la suivait sur son compte Facebook et lui a reproché dans ses écritures, d'avoir soi-disant été en bonne

forme pendant son arrêt maladie,

Un client, M. [X] de la société Pavailier, atteste de propos déplacés la concernant tenus par M. [K],

Par lettre du 13 mars 2018 elle a informé son employeur des faits à l'origine de son arrêt de travail et en réponse, la société lui a adressé pour la première fois en 4 ans de nombreux reproches et l'a convoquée à plusieurs reprises sur le sujet de ses arrêts matinaux, lui faisant craindre de 'devoir être contrainte de démissionner comme d'autres salariés',

A compter du 05 mars 2018, elle ne pouvait plus aller saluer sa collègue comme tous les approvisionneurs qui devaient auparavant remettre leurs bons de commandes et factures, la porte d'accès entre le local des approvisionneurs et l'accueil étant fermée à clef,

Elle n'a pas reçu ses indemnités complémentaires de prévoyance à compter du 22 mars 2018,

Son compte « CE pour tous » a été clôturé par la société BDA le 1er juin 2018 alors qu'elle avait accumulé la somme de 120 €.

Elle n'a pas bénéficié de pause journalière depuis son embauche et n'avait pas le droit d'aller aux toilettes ne pouvant revenir au siège de la société située à plus de 10 km de son secteur,

Il ressort du registre du personnel, un turn-over important, notamment depuis 2014, année de l'entrée en fonction de Mme [U], fille du gérant, ainsi que de M. [P], son conjoint. Le turn-over s'est accentué encore depuis 2017 démontrant s'un malaise au sein de la société,

La médiation décidée par la direction n'a été qu'une mascarade. Elle n'a pas été contactée par le médiateur et la société BDA a tenté d'utiliser la procédure de médiation pour abuser de sa position dominante dans une situation de faiblesse.

La société BDA réplique que la salariée ne produit aucun élément laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral. Elle ne verse aux débats aucune pièce justificative, à l'exception de ses courriers et de son dossier médical, qui n'émanent que de ses déclarations et les attestations, versées ne démontrent pas le harcèlement moral.

Sur les faits allégués par Mme [Z] épouse [T], l'employeur expose :

Sur les horaires imposés, la salariée a accepté par lettre du 13 mars 2018, sans modification de la durée de travail, de ramener ses horaires de tournée sur 4 jours et non plus 5 jours,

Sur la géolocalisation, un instrument de travail et de sécurité, les représentants du personnel en ont été informés et une déclaration a été faite à la CNIL en 2009 et en 2015. La salariée en a été informée et les résultats de la géolocalisation lui ont été présentés en raison d'interrogations sur la situation d'un véhicule de service se trouvant pendant une tournée client, en dehors du périmètre d'intervention,

Elle n'a pas été dénigrée par M [K],

La salariée a pu bénéficier des avantages du « CE POUR TOUS » jusqu'à la rupture de son contrat de travail,

Sur non-respect de la prévoyance, Madame [Z] épouse [T] a été remplie de ses droits notamment au titre de la prévoyance, seul fondement de sa demande,

Le turn-over constaté n'a rien à voir avec l'attitude de la direction mais est lié au fait que les salariés embauchés sont souvent très jeunes, très peu qualifiés et avec des horaires souvent difficiles et des tâches exigeantes,

Elle n'a pas été surveillée par M. [P] ni victime de pressions continues de sa part,

Les photos collectées sur Facebook et sur Instagram sont en accès libre et les comptes litigieux appartiennent à la salariée, elle est reconnue sur les photos qui démontrent que pendant un arrêt maladie, elle se porte à merveille,

Sur l'allégation de la salariée d'une crainte d'être contrainte à la démission, au regard des pratiques de l'entreprise pour se séparer de certains salariés, elle ne donne aucun élément,

Une médiation conventionnelle proposée le 4 mai 2018 et il était précisé dans cette proposition, qu'en cas d'accord de principe, le médiateur prendrait contact avec elle, et qu'elle pouvait prendre attache avec un avocat.

Sur ce,

Aux termes des articles L.1152-1 et L. 1152-2 du code du travail, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel et aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés.

Suivants les dispositions de l'article L.1154-1 du même code, lorsque le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il appartient ensuite à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Le harcèlement moral n'est en soi, ni la pression, ni le surmenage, ni le conflit personnel ou non entre salariés, ni les contraintes de gestion ou le rappel à l'ordre voire le recadrage par un supérieur hiérarchique d'un salarié défaillant dans la mise en 'uvre de ses fonctions.

Les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse ne dispensent pas celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle elle subirait un harcèlement moral au travail.

En application des dispositions de l'article L.1152-3 du code du travail, toute rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions des articles L. 1152-1 et L. 1152-2, toute disposition ou tout acte contraire est nul.

Le licenciement pour inaptitude est nul lorsque l'inaptitude trouve sa cause directe et certaine dans des actes de harcèlement moral commis par l'employeur.

En l'espèce, pour caractériser le harcèlement moral qu'elle invoque, Mme [Z] épouse [T] produit tout d'abord le courrier adressé à son employeur le 13 mars 2018. Dans cette lettre qui fait suite à sa rencontre le 08 février 2022, avec M. [U], Directeur général de la société, elle dénonce notamment une modification de son rythme de travail, une surveillance de ses déplacements, le fait de ne plus pouvoir dire bonjour à ses collègues suite à la fermeture d'une porte, ainsi qu'une absence d'écoute. Elle revient en outre sur les arrêts matinaux à une adresse non concernée par sa tournée de travail, qui lui ont été reprochés selon ses dires par le Directeur. Elle explique ainsi ces arrêts par le fait qu'elle allait chez son compagnon, satisfaire un besoin naturel expliquant que, « par honte et pudeur », il lui est impossible d'aller aux toilettes chez les clients.

Il est constant que la SAS BDA distribution va répondre à ce courrier par lettre du 28 mars pour réfuter les affirmations de la salariée et lui reprocher des « allusions scabreuses » s'agissant de son transit intestinal ou encore lui suggérer une prise de rendez-vous avec un médecin.

Sur une modification de ses heures et tâches, il est constant que la tournée de travail de la salariée est passée de 5 à 4 jours, ce point est évoqué dans la lettre susvisée rédigée par la salariée ainsi que dans la lettre en réponse du 28 mars 2018. Ce fait est établi.

S'agissant de propos déplacés tenus à son égard par M. [K] (fonction non précisée), Mme [Z] épouse [T] verse une lettre et une attestation de M. [X], ancien salarié de la société Pravaiquer, au sein de laquelle intervenait la SAS BDA DISTRIBUTION. Il indique avoir entendu M. [K] lui tenir des propos « déplacés » sur la salariée, la rendant responsable du non-renouvellement du contrat en raison des défaillances dans son travail. Ce fait est établi.

Sur la crainte de la salariée « d'être accusée et de devoir être contrainte à démissionner », constituant une « pratique » de l'entreprise, Mme [Z] épouse [T] ne verse que l'attestation de Mme [F] épouse [H] qui fait elle aussi l'objet d'une procédure de licenciement et dont l'objectivité peut légitimement être mise en cause. En outre, dans cette attestation du 28 septembre 2018, cette salariée liste différents griefs ou difficultés de management au sein de l'entreprise mais ne parle pas de Mme [Z] épouse [T].

Il en est de même s'agissant du fait conclu selon lequel la société n'aurait pas apprécié que Mme [Z] épouse [T] « poste un message facebook de la CGT car le président ne supportait pas les syndicats ». Cette affirmation ne ressort que de la seule attestation de Mme [F] épouse [H] et ne permet pas en tout état de cause de laisser présumer d'un fait de harcèlement moral envers Mme [Z] épouse [T]. Ces faits ne sont pas établis

Sur le fait que la médiation proposée n'était « qu'une mascarade », il est constant que l'employeur a proposé une médiation par lettre du 04 mai 2018 à Mme [F] épouse [H]. Cette simple proposition et le fait que l'employeur ne donne pas suite à la proposition faite ultérieurement par le conseil de la salariée, ne peut faire présumer l'existence d'un harcèlement moral. Ce fait n'est pas établi.

S'agissant de l'impossibilité à compter du 05 mars 2018 d'aller saluer sa collègue, remettre les commandes et bons de commandes ou facture, cette modification de l'organisation matérielle limitant l'accès à l'accueil est admise par l'employeur. Ce fait est établi.

Sur la surveillance via la géolocalisation, Mme [Z] épouse [T] justifie d'une plainte auprès de la CNIL qui lui répond le 23 novembre 2018 avoir procédé à un rappel de ses obligations auprès de l'entreprise. La salariée verse par ailleurs l'attestation de M. [S] qui indique avoir « personnellement » constaté que M. [P], responsable des approvisionneurs, espionnait Mme [Z] épouse [T] et qu'il lui aurait demandé de justifier d'un arrêt prolongé (relevé via la géolocalisation) sur un même site en même temps que sa collègue. Mme [Z] épouse [T] alerte par mail la médecine du travail le 14 avril 2018 sur ses soupçons de surveillance, grâce à la géolocalisation, par son employeur durant son arrêt maladie au motif

qu'elle a croisé à un endroit inhabituel à deux reprises M. [U].

Il est en tout état de cause admis par la SAS que la géolocalisation était utilisée dans l'entreprise et que la salariée faisait l'objet d'un suivi par système de géolocalisation sur le véhicule qu'elle utilisait.

S'agissant du manquement au paiement des indemnités de prévoyance à compter du 22 mars 2018, la Cour de céans a jugé qu'il était établi.

Concernant la clôture du compte « CE POUR TOUS » le 1er juin 2018, la salariée justifie de l'ouverture de ce compte le 1er décembre 2017 et verse une lettre de réclamation à son employeur le 12 juin 2018 concernant la clôture du compte avec un solde de 120 €. Il est donc établi qu'elle disposait de ce compte et qu'elle en a constaté la fermeture.

Concernant les pressions imposées par M. [P] à la salariée, seul M. [I], ancien salarié évoque le fait que ce « chef » parle mal aux équipes, impose une pression morale à ses équipes sans évoquer la situation de la salariée. Ce fait n'est pas établi.

Sur l'absence de temps de pause, la Cour de céans a d'ores et déjà jugé que la SAS BDA DISTRIBUTION échouait à démontrer des prises de pauses par la salariée. Mme [Z] épouse [H], verse plusieurs attestations de personnes sur ses arrêts rapides au domicile de son ami afin d'y satisfaire des besoins naturels. Ce fait est établi.

Sur le fait que Mme [H] a vu Mme [Z] épouse [T] en pleurs le 08 février 2018 dans le bureau du DG, il ressort de la lettre du 13 mars 2018, qu'elle était ce jour-là dans ce bureau et échangeait avec M. [U] sur sa situation et qu'elle pleurait. Ce fait est établi.

Il n'est en revanche démontré par aucune pièce, comme alléguée par la salariée, que, ce jour-là ou plus tard, le directeur l'ait « discréditée » aux yeux de ses collègues. De même s'agissant des soupçons de vol par le DG à son endroit, ils ne ressortent que du courrier du 13 mars 2018 auquel l'employeur lui répond et dément l'avoir accusé de vol. Ce fait n'est pas établi.

Sur un suivi par l'entreprise du compte FACEBOOK de la salariée, il est constant qu'aux termes des écritures de la SAS BDA DISTRIBUTION, il était relevé sur des images provenant de ce réseau social « une bonne forme » de la salariée pendant son arrêt maladie. Il est établi que la SAS a consulté et procédé à des extraits de données FACEBOOK attribuées à la salariée.

Sur le fait conclu qu'elle ne serait pas la seule à subir des faits de harcèlement moral, il est constant que deux autres salariés, Mme [F] épouse [H] et M. [S] ont fait l'objet d'un avis d'inaptitude le même jour qu'elle. Cette concordance ne permet pas à la Cour de considérer que cela démontre l'existence d'un harcèlement moral concernant Mme [Z] épouse [T], les deux salariés ayant été licenciées pour inaptitude. De même l'attestation imprécise établie par la dirigeante d'une société concurrente qui aurait embauché « plusieurs salariés de la société BDA » qui se sont plaints de leur ancien travail apparaît inopérante.

S'agissant du turn-over au sein de la société qui confirmerait le 'malaise ambiant', Mme [Z] épouse [T] s'appuie sur le registre du personnel qui montrerait une réduction du temps de présence des non cadres en CDI depuis 2017, date d'arrivée de la fille du directeur et de son gendre. Le registre montre une baisse de la durée moyenne des contrats d'approvisionneurs de 19 à 4 mois. Il est donc établi que l'entreprise connaît un turn over.

Mme [Z] épouse [T] établit ainsi l'existence matérielle de faits précis et concordants, qui pris dans leur ensemble permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral à son encontre.

La société BDA distribution qui conteste les faits de harcèlement moral à l'égard de la salariée produit, s'agissant des faits susvisés jugés établis, les éléments suivants :

Sur la modification des horaires et tâches de travail, la SAS BDA DISTRIBUTION argue tout d'abord du fait que la salariée aurait demandé à travailler à temps partiel ce qui est contesté par celle-ci. En revanche, il ressort, comme conclu par la SAS, que la salariée écrit dans le courrier du 13 mars 2018 avoir accepté la modification de la durée du travail et de ramener ses horaires de tournée sur 4 jours au lieu de 5 et de travailler à l'atelier le jeudi. Le contrat de travail stipule bien par ailleurs que les horaires de travail sont susceptibles de modification en fonction des impératifs de production de l'entreprise.

Sur les raisons de ce changement, la SAS BDA DISTRIBUTION n'apporte pas d'éléments mais admet qu'il a découlé de la perte d'un client important le 5 février 2018. Il n'est aucunement soulevé par la salariée que cette modification de la répartition des horaires de travail aurait entraîné une baisse de revenus ou une surcharge de travail et Mme [Z] épouse [T] n'apporte aucune preuve du fait qu'on lui aurait reproché d'avoir une « tournée moins rentable ».

Par ailleurs la SAS BDA DISTRIBUTION démontre par la production de la fiche de poste opérateur signée par la salariée ainsi que 3 attestations de salariés approvisionneur, que le nettoyage des machines (évoqué dans le courrier du 13 mars 2018) relève de ses attributions et ne constitue pas une tâche indue ou avilissante.

Il est dès lors justifié par la SAS BDA DISTRIBUTION que la modification apportée dans ses horaires et tâches de travail est étrangère à tout harcèlement moral à son égard.

S'agissant des temps de pause, la Cour de céans a jugé que la société ne justifiait pas de la réalité de leur prise par la salariée. Cependant, la salariée, avant la lettre du 13 mars 2018, ne justifie pas avoir dénoncé une quelconque difficulté à ce sujet. En outre, dans cette lettre, elle ne formule aucun grief en ce sens lorsqu'il est question de ses arrêts matinaux chez son compagnon. Par ailleurs, elle ne démontre pas que son employeur l'empêchait d'organiser sa tournée de manière à pouvoir se rendre aux toilettes (la salariée indiquant à ce sujet qu'elle était gênée d'aller aux sanitaires chez les clients) ou à faire une pause de quelque nature que ce soit. Enfin, Mme [Z] épouse [T] produit des attestations d'autres salariés qui dénoncent les concernant le non-respect des pauses par l'employeur ce qui permet à la Cour de céans de relever qu'elle n'était pas particulièrement visée par ce manquement.

Sur un dénigrement de la salariée par M. [K], la Cour relève tout d'abord que la SAS BDA DISTRIBUTION comporte plusieurs salariés portant ce nom qui attestent dans la procédure et Mme [Z] épouse [T] n'indique ni le prénom ni la qualité de ce salarié. Au surplus, M. [E], chargé de clientèle atteste en sens totalement opposé au témoignage produit par la salariée (M.[X]) et indique que le client étant en réalité mécontent de la prestation et que M. [K] aurait alors défendu la salariée. S'agissant de deux témoignages opposés sur des propos qui n'ont pas été entendus de manière directe par la salariée, il convient de juger que la matérialité de ce fait n'est pas démontrée.

Sur le fait qu'à partir de son retour d'arrêt maladie, Mme [Z] épouse [T] ne pouvait plus se rendre dans le bureau d'accueil occupé par Mme [F] épouse [H], la porte entre le bureau l'entrepôt ayant été fermée, la SAS BDA DISTRIBUTION expose avoir, par mesure de sécurité, séparé les bureaux de la salle de comptage qui était en outre bruyante. Cette nouvelle règle de circulation mise en place a concerné l'ensemble des approvisionneurs, 3 salariés en attestent et précisent qu'il était possible de dire bonjour à la personne de l'accueil, de boire le café à cet endroit en passant par la porte principale. Cette décision, qui relève objectivement du pouvoir de direction de l'employeur, a en outre été imposée à tous.

Concernant le système de géolocalisation, le contrat de travail de la salariée comporte une mention de ce dispositif qui permet objectivement d'assurer la sécurité des biens de l'entreprise. L'employeur justifie du fait que tous les salariés utilisant un véhicule étaient concernés mais encore qu'ils pouvaient tous visuellement constater l'existence de ce système sur l'écran présent à l'accueil ainsi qu'en attestent 4 salariés.

La SAS BDA ne conteste pas avoir présenté à la salariée une copie de la géolocalisation afin qu'elle s'explique sur la présence du véhicule de service, en dehors de son trajet client, devant des garages. L'employeur dispose d'un pouvoir de

direction lui permettant de questionner ses salariés lorsqu'il relève une anomalie dans l'accomplissement de son activité et cette demande faite à la salariée de se justifier sur ce point s'inscrit objectivement dans ce cadre.

Sur le non-paiement du complément de salaire au titre de la prévoyance, il a été jugé que la SAS BDA DISTRIBUTION devait être condamnée à ce titre. Il a été ainsi relevé par la Cour que les explications ou pièces apportées ne permettaient pas de justifier de la suspension du non-paiement des indemnités complémentaires.

Sur la suspension du compte CE, il est constant que la salariée a adressé un courrier à son employeur le 18 juin 2018 signalant la clôture du compte ayant pour solde 120€. Toutefois, l'employeur produit une attestation de l'organisme en charge des subventions dans le cadre des activités sociales et culturelles mentionnant que Mme [Z] épouse [T] a perçu une participation de 120 € pour des achats courant juin 2018.

Sur le fait que la SAS BDA DISTRIBUTION suivait le compte FACEBOOK de la salariée, elle ne conteste pas cette consultation et il est constant que l'accès à ces données, « en mode public » n'est pas interdite. Sans que la Cour doive trancher la question, soulevée par les parties, de savoir si les photographies produites montrent ou non la salariée ou encore s'il s'agit bien de ses comptes FACEBOOK, la SAS argue du fait que cette « collecte d'information » a été opérée « pour les besoins d'une défense prud'homale » après le départ de la salariée. Il n'est pas contesté que la collecte des images litigieuses s'est faite à partir d'un compte accessible au public et donc n'ont pas été obtenue en fraude. Il est encore justifié du fait que la société a produit ces pièces au débat dans le cadre de la procédure de contestation du licenciement pour s'interroger sur l'état de santé de la salariée.

S'agissant enfin du Turn-over dans la société relevé lors de la visite de la médecine du travail le 29 mai 2018 en vue d'un « repérage des dangers », le médecin l'impute sur le faible remplacement des personnes en arrêt maladie en raison d'une crainte de surcharge de travail. En l'espèce, Mme [Z] épouse [T] n'allègue pas s'être trouvée en surcharge.

Concernant, au surplus, la situation de « malaise » dans la société, la SAS BDA DISTRIBUTION verse des attestations de salariés (certains attestant plusieurs fois) témoignant de l'absence de difficulté avec leur employeur, sa fille ou encore son gendre.

Il résulte de ce qui précède que l'employeur apporte une réponse circonstanciée à chacun des faits jugés établis à l'exception de la question de la suspension du paiement des indemnités complémentaires de prévoyance.

Il n'est pas démontré par Mme [Z] épouse [T] du lien entre son état de santé et ce seul fait, limité dans le temps, pour lequel la Cour de céans a jugé que l'employeur devait être condamné, qui est dès lors insuffisant à caractériser un harcèlement moral.

Par voie d'infirmerie de la décision des premiers juges, il convient donc de juger qu'il n'est pas établi que la salariée a été victime d'un harcèlement moral ni d'un lien entre ses conditions de travail et son état de santé. Les demandes relatives au harcèlement moral et portant sur la nullité du licenciement doivent par conséquent être rejetées.

Sur l'obligation de sécurité :

Mme [Z] épouse [T] expose que l'employeur n'a pas respecté l'obligation de sécurité :

La société BDA n'a pas réalisé son document unique d'évaluation des risques professionnels même si la fiche d'entreprise réalisée par le médecin du travail le 29 mai 2018 précise que ce document « peut être utilisé pour compléter le document unique d'évaluation des risques de votre entreprise ».

Le médecin qui a relevé un turnover élevé (« pas de remplacement des absences ») préconise de remplacer les absences afin d'éviter toute surcharge de travail ;

Le médecin mentionne encore qu'il y aurait des entretiens annuels alors que ni Madame [Z] épouse [T], ni ses collègues n'en ont eu.

Les faits dénoncés à l'origine du harcèlement moral sont à l'origine de sa dépression et donc de son inaptitude à tout poste dans l'entreprise et la société BDA n'a pas diligenté immédiatement une enquête comme elle y était tenue,

La SAS BDA DISTRIBUTION expose que :

L'entreprise est dotée d'un règlement intérieur remis à la salariée contre signature et elle est dotée du document unique en matière de prévention des risques, comme l'a constaté le médecin du travail lors de la mise à jour de la fiche entreprise le 29 mai 2018, document mis à jour le 19 décembre 2017.

Le turn-over qui ne concerne pas la salariée s'explique par le fait qu'il s'agit le plus souvent d'emplois non qualifiés avec des horaires de nuit notamment.

Sur ce,

En application de l'article L. 4121-1 du code du travail, l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent :

- 1° Des actions de prévention des risques professionnels ;
- 2° Des actions d'information et de formation ;
- 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes.

L'article L. 4121-2 du même code précise que l'employeur met en 'uvre les mesures prévues à l'article L. 4121-1 sur le fondement des principes généraux de prévention suivants :

- 1° Eviter les risques ;
- 2° Evaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ;
- 3° Combattre les risques à la source ;

4° Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé ;

5° Tenir compte de l'état d'évolution de la technique ;

6° Remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ;

7° Planifier la prévention en y intégrant, dans un ensemble cohérent, la technique, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales et l'influence des facteurs ambiants, notamment les risques liés au harcèlement moral, tel qu'il est défini à l'article L. 1152-1 ;

8° Prendre des mesures de protection collective en leur donnant la priorité sur les mesures de protection individuelle ;

9° Donner les instructions appropriées aux travailleurs.

L'article L. 1152-4 du code du travail décline cette obligation générale de sécurité pesant sur l'employeur en matière de harcèlement moral. Il dispose que l'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral. Les personnes mentionnées à l'article L. 1152-2 sont informées par tout moyen du texte de l'article 222-33-2 du code pénal.

L'obligation faite à l'employeur de prendre toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir ou de faire cesser les agissements de harcèlement moral n'implique pas par elle-même la rupture immédiate du contrat de travail d'un salarié à l'origine d'une situation susceptible de caractériser ou dégénérer en harcèlement moral.

L'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité en matière de harcèlement s'il démontre :

1°) qu'il a pris toutes les mesures de prévention visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail et notamment les actions d'information et de formation propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement,

2°) qu'il a pris immédiatement toutes les mesures propres à faire cesser le harcèlement et l'a fait cesser effectivement.

En l'espèce, il est justifié par la SAS BDA DISTRIBUTION du fait qu'elle était dotée d'un règlement intérieur, celui de 2017 lui a été remis le 24 mars 2017. Il comporte notamment des dispositions concernant le harcèlement moral et harcèlement sexuel.

La SAS BDA DISTRIBUTION ne produit en revanche pas le document unique en matière de prévention des risques dont l'existence est relevée, ainsi que la mise à jour, par le médecin du travail lors de la mise à jour de la fiche entreprise le 29 mai 2018 produite par la SAS BDA DISTRIBUTION. Cependant l'existence du document unique ne peut être démontrée par le seul constat opéré par le médecin du travail et la Cour n'est dès lors pas en mesure d'en prendre connaissance.

S'agissant des entretiens annuels, il est établi que le médecin mentionne dans cette même fiche d'entreprise qu'il y aurait des entretiens annuels dans l'entreprise, la salariée le conteste et il est constant que la SAS BDA DISTRIBUTION n'en produit aucun.

S'il est exact que l'entretien annuel peut constituer un moyen pour un salarié de porter à la connaissance de son employeur des difficultés au sein de l'entreprise, il n'est pourtant pas obligatoire au sens où le code du travail ne le prévoit pas de manière générale. Il est en revanche obligatoire lorsqu'il est prévu dans un accord collectif ou une convention collective ou encore lorsque les salariés ont conclu une convention de forfait jours sur l'année (article L. 3121-65 du code du travail).

En l'espèce, la convention collective du commerce de gros applicable au contrat de travail de Mme [Z] épouse [T], prévoit que le salarié ayant conclu une convention de forfait défini en jours bénéficie, chaque année, d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées l'organisation et la charge de travail de l'intéressé ainsi que l'amplitude de ses journées d'activité. La salariée qui n'est pas soumise à une convention de forfait-jours, n'était en conséquence pas concernée par cette disposition et dès lors l'entretien annuel n'était pas obligatoire.

S'agissant du fait que le manquement à l'obligation de sécurité pourrait se déduire d'un turn-over dans l'entreprise, la Cour de céans a dorénavant été déjà relevé qu'il s'expliquait selon le médecin du travail par la difficulté de remplacement des salariées absentes. Le médecin précise qu'il convient d'éviter une surcharge de travail et la Cour relève que la salariée ne soulève pas la concernant une situation de surcharge au travail.

Sur l'absence d'enquête, il est constant que Mme [Z] épouse [T] a dénoncé le 13 mars 2018 à son employeur des « pressions, intimidations depuis la perte du client Reyes » datées au 05 février 2018. Il est fait état dans ce courrier de faits précis, sur une courte période à savoir deux convocations en 4 jours par M. [P] pour lui notifier des changements d'horaire de travail, un entretien avec le DG le 08 février dernier et le constat à son retour d'arrêt maladie début mars de la fermeture d'une porte entre le local approvisionneur et l'accueil. Il est établi que l'employeur n'a pas procédé à une enquête mais lui a répondu par courrier du 28 mars 2018 pour contester ses affirmations.

Cependant, il résulte des pièces versées aux débats par la salariée que celle-ci n'a formulé aucun grief envers son employeur, avant le courrier du 13 mars 2018, ne faisant état d'aucun comportement répété à son égard et l'expression de harcèlement moral n'étant pas employée.

En conséquence, il ne peut être reproché employeur d'avoir manqué de diligenter une enquête et de prendre les mesures nécessaires visant à faire cesser une situation de harcèlement moral à son égard.

Le moyen tiré de la violation de l'obligation de sécurité de l'employeur résultant de son omission de prévenir ou de faire cesser une situation de harcèlement moral à son égard n'est pas fondé.

Il découle de ce qui précède que l'employeur ne justifie que partiellement du respect de l'obligation de sécurité en termes de prévention en ce qu'il ne démontre pas l'existence du DUER.

Il convient, par voie d'infirmerie de la décision déférée de condamner l'employeur à payer à Mme [Z] épouse [T] la somme de 2 000 € à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité.

Sur le fait que l'inaptitude découlerait des manquements à l'obligation de sécurité, privant le licenciement de cause réelle

et sérieuse, il convient de rappeler que la Cour de céans a jugé que la salariée n'avait pas été victime de harcèlement moral.

Il a en outre été relevé qu'avant le courrier de la salariée du 13 mars 2018 dénonçant des faits de harcèlement moral, l'employeur n'avait pas été alerté de faits pouvant donner lieu à une enquête à ce titre.

Il convient encore de noter qu'avant les échanges entre la salariée et son employeur (courriers du 13 mars et courrier en réponse du 28 mars 2018), une étude de poste a eu lieu le 06 mars 2018, et à l'issue de la visite médicale de reprise du 28 mai 2018, le médecin du travail l'a déclarée inapte à tout poste dans l'entreprise. La procédure de licenciement pour inaptitude était en conséquence déjà entamée avant la lettre de la salariée dénonçant des faits qu'elle qualifie de harcèlement moral.

Mme [Z] épouse [T] qui ne produit comme éléments médicaux que le « dossier médical informatique » de la médecine du travail ne faisant pas état de difficultés particulières ou de troubles en lien avec l'emploi. L'arrêt maladie du 12 au 16 février 2018 pris effectivement suite à l'entretien avec le Directeur ne suffit pas à démontrer le lien entre son inaptitude, le licenciement et les manquements de l'employeur à l'obligation de sécurité.

Sur la violation de la vie privée :

Moyens des parties :

Mme [T] expose avoir :

Étée surveillée en permanence par la direction via la géolocalisation pendant près d'un mois à compter de janvier 2018, ce qui est interdit, comme l'a rappelé la CNIL à la société BDA,

Le responsable d'exploitation, M. [P] la suivait également lorsqu'elle était dans les locaux et écoutait toute conversation. Madame [U] espionnait de son bureau par caméra pour voir et écouter sa conversation avec Madame [H],

Un autre salarié atteste que M. [P] lui a reproché d'être resté une heure avec Madame [Z] épouse [T], sur le même site, alors même qu'ils effectuaient leur travail,

La société BDA, ne démontre pas que « les représentants du personnel ont été informés » et que « chaque salarié reconnaît avoir été informé de l'existence de la géolocalisation des véhicules », la société n'ayant pas de représentants du personnel,

La société BDA a seulement réalisé une déclaration simplifiée et n'est pas en conformité avec les exigences du RGPD. Elle n'a pas exposé à la CNIL les raisons qui justifient de la géolocalisation et est en infraction. Elle conserve en effet les données durant 4 mois,

Le règlement intérieur que la société BDA a versé en cours de délibéré ne comporte aucune disposition relative tant à la géolocalisation qu'à la vidéo-surveillance.

La société BDA dément avoir violé la vie privée de la salariée :

La géolocalisation est un instrument de travail et de sécurité qui permet aussi de maximiser l'organisation du travail, les représentants du personnel en ont été informés et la société a régularisé la déclaration CNIL en 2009 et en 2015,

La salariée a été informée de la géolocalisation des véhicules de l'entreprise dans son contrat de travail et elle ne démontre pas du lien entre son état de santé et la géolocalisation,

Il n'y a pas eu de poursuites disciplinaires à son encontre au moyen de la géolocalisation et si les résultats de la géolocalisation lui ont été présentés, il est normal qu'un chef d'entreprise s'interroge sur la situation d'un véhicule de service se trouvant pendant une tournée client, en dehors du périmètre d'intervention, peu de temps après la prise de poste et sans motif tiré de l'exécution du contrat de travail.

Sur ce,

Aux termes de l'article 9 du Code civil, chacun a droit au respect de sa vie privée.

Il résulte des dispositions de l'article L. 1121-1 du code du travail, que nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

Il est de principe, que l'employeur qui a connaissance d'informations relevant de la sphère privée du salarié est alors tenu d'observer la plus stricte confidentialité et commet une faute s'il ne respecte pas cette obligation. Une atteinte à la dignité peut exister en dehors de tout harcèlement moral.

En l'espèce, il est constant que les salariés de l'entreprises, lors des tournées, conduisaient un véhicule équipé d'un système de géolocalisation. Il est justifié par la SAS BDA DISTRIBUTION que le contrat de travail comporte une information à ce sujet.

Plusieurs salariés attestent à la procédure qu'ils avaient pleinement connaissance de ce procédé de suivi de leurs activités. Un ancien délégué du personnel, atteste avoir procédé à une information des salariés.

La société BDA DISTRIBUTION ne conteste pas que ce système était mis en place afin de lutter contre le vol mais encore pour contrôler et améliorer l'activité de ses salariés.

Sur ce point, Mme [Z] épouse [T] produit le courrier de la CNIL qui lui précise notamment que : « En ce qui concerne la géolocalisation, le responsable du traitement ne peut pas mettre en place un dispositif de manière permanente afin de lutter contre le vol du véhicule. Par ailleurs, un système de géolocalisation ne doit pas être utilisé pour :

Contrôler un salarié de manière permanente,

Assurer le suivi du temps de travail des salariés lorsque ce suivi peut être réalisé par un autre moyen, même moins efficace que la géolocalisation,

Assurer le suivi du temps de travail des salariés bénéficiant d'une large autonomie dans l'organisation de leur travail [']

Contrôler le respect des limitations de vitesse, sauf si une législation particulière le permet.

Suivre les déplacements des représentants du personnel dans le cadre de leur mandat ;

Suivre les déplacements du salarié en dehors de son temps de travail, notamment pendant ses temps de pause et lors de ses trajets domicile-travail s'il est autorisé à utiliser son véhicule professionnel à cette fin.

Il ressort de la Délibération n°2015-165 du 4 juin 2015, portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en 'uvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés, que ce système peut avoir pour finalité accessoire le suivi du temps de travail lorsque ce suivi ne peut être réalisé par un autre moyen et sous réserve notamment de ne pas collecter ou traiter de données de localisation en dehors du temps de travail des employés concernés.

En l'espèce il n'est pas démontré par Mme [Z] épouse [T] que la géolocalisation aurait conduit son employeur à la soupçonner de vol, qu'elle ait été géolocalisée en dehors des temps de travail.

A supposer que l'employeur n'aurait pas avisé valablement les délégués du personnel ceci ne reviendrait pas pour autant à démontrer une violation de la vie privée.

Il est établi que l'employeur a interrogé la salariée sur certains de ces arrêts, repérés via la géolocalisation et la Cour de céans a jugé qu'il s'agissait d'un exercice légitime du pouvoir de direction et de contrôle des employés durant leur temps de travail. Il n'est en outre pas établi que l'employeur a reproché à la salariée d'aller satisfaire un besoin naturel chez un tiers au cours de sa tournée.

Il convient donc par voie de confirmation de la décision déferée, de rejeter la demande au titre de la violation de la vie privée.

Sur la demande de la SAS BDA DISTRIBUTION de restitution sous astreinte des sommes versées au titre de l'exécution provisoire de droit :

L'employeur demande la restitution des sommes qu'il a versées en vertu du jugement assorti de l'exécution provisoire sous astreinte. Le présent arrêt partiellement infirmatif sur ce point constitue un titre ouvrant droit à la restitution des

sommes versées en exécution du jugement de première instance assortie de l'exécution provisoire. Il n'y a donc pas lieu de statuer sur la demande de restitution à ce titre, la décision ouvrant droit à restitution.

Sur les demandes accessoires :

Chaque partie a été partiellement déboutée de ses demandes dans le cadre de l'instance d'appel. Dans ces circonstances, l'équité commande de les débouter de leurs demandes au titre de leurs frais irrépétibles et de dire qu'elles supporteront chacune la charge des frais et dépens qu'elles ont engagés en première instance et en appel.

Dispositif

PAR CES MOTIFS :

La cour, statuant contradictoirement après en avoir délibéré conformément à la loi,

DECLARE la société BDA DISTRIBUTION recevable en son appel et Mme [Z] épouse [T] en son appel incident,

INFIRME en toutes ses dispositions le jugement déféré excepté en ce qu'il a :

Rejeté la demande de Mme [Z] épouse [T] de dommages et intérêts pour violation de la vie privée,

Condamné la SAS BDA DISTRIBUTION au paiement de la somme de 728,06 € brut au titre de rappel d'indemnité complémentaire de prévoyance.

STATUANT à nouveau sur les chefs d'infirmerie,

REJETTE la demande de Mme [Z] épouse [T] d'indemnité de congés payés afférente à l'indemnité complémentaire de prévoyance,

CONDAMNE la SAS BDA DISTRIBUTION à payer à Mme [Z] épouse [T] la somme de 2 500 € de dommages et intérêts au titre des temps de pause,

REJETTE la demande de Mme [Z] épouse [T] au titre du harcèlement moral,

CONDAMNE la SAS BDA DISTRIBUTION à payer à Mme [Z] épouse [T] la somme de 2 000 € à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité,

DIT que le licenciement est fondé sur une cause réelle et sérieuse,

REJETTE l'ensemble des demandes de Mme [Z] épouse [T] au titre de la rupture du contrat de travail,

Y ajoutant,

DIT que chaque partie supportera la charge des frais et dépens qu'elles ont engagé en première instance et en appel.

Prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

Signé par Madame Valéry CHARBONNIER, Conseillère faisant fonction de Présidente, et par Madame Mériem CASTE-BELKADI, Greffière, à qui la minute de la décision a été remise par la magistrate signataire.

La Greffière, La Présidente,