

9 septembre 2022

Cour d'appel d'Aix-en-Provence

RG n° 18/18527

Chambre 4-3

Texte de la décision

Entête

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

Chambre 4-3

ARRÊT AU FOND

DU 09 SEPTEMBRE 2022

N°2022/174

RG 18/18527

N° Portalis DBVB-V-B7C-BDMKZ

[J] [L]

C/

Société INTERVALLES

Copie exécutoire délivrée

le 09 Septembre 2022 à :

-Me Anne-sophie DELAUD, avocat au barreau de MARSEILLE

- Me Luc ALEMANY, avocat au barreau de MARSEILLE

Décision déferée à la Cour :

Jugement du Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de MARSEILLE en date du 29 Octobre 2018 enregistré au répertoire général sous le n° F 17/01686.

APPELANTE

Madame [J] [L], demeurant [Adresse 1]

représentée par Me Anne-sophie DELAUAUD, avocat au barreau de MARSEILLE

INTIMEE

SAS HAVAS PARTICIPATIONS, venant aux droits de la SAS INTERVALLES, demeurant [Adresse 2]

représentée par Me Luc ALEMANY, avocat au barreau de MARSEILLE substitué par Me Stéphanie ROBIN-BENARDAIS, avocat au barreau de PARIS

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions des articles 804 et 805 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 03 Mai 2022 en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Madame Pascale MARTIN, Président de Chambre, et Madame Estelle DE REVEL, Conseiller, chargées du rapport.

Madame Pascale MARTIN, Président de Chambre, a fait un rapport oral à l'audience, avant les plaidoiries.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Madame Pascale MARTIN, Président de Chambre

Madame Ghislaine POIRINE, Conseiller faisant fonction de Président

Madame Estelle DE REVEL, Conseiller

Greffier lors des débats : Madame Florence ALLEMANN-FAGNI.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 22 Juillet 2022, délibéré prorogé en raison de la survenance d'une difficulté dans la mise en oeuvre de la décision au 9 Septembre 2022.

ARRÊT

CONTRADICTOIRE

Prononcé par mise à disposition au greffe le 09 Septembre 2022.

Signé par Madame Pascale MARTIN, Président de Chambre et Madame Florence ALLEMANN-FAGNI, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Exposé du litige

* * * * *

FAITS- PROCEDURE-PRETENTIONS DES PARTIES

Après avoir bénéficié à compter du 16 mars 2012 d'un contrat à durée déterminée à temps partiel à l'agence de [Localité 3], Mme [J] [L] a été embauchée par la société Intervalles par contrat à durée indéterminée à temps complet à effet du 6 août 2012, en qualité de responsable de l'agence de [Localité 4], au statut technicien agent de maîtrise, la convention collective applicable étant celle des prestataires de services du secteur tertiaire.

Selon avenant du 3 mars 2014, il a été ajouté à la rémunération forfaitaire mensuelle de 2 100 euros et la commission sur ventes, un bonus sur objectifs, ces derniers étant fixés par courrier du même jour.

Le 3 septembre 2014, Mme [L] a été victime d'un malaise sur son lieu de travail reconnu comme accident du travail par la caisse primaire d'assurance maladie et placée en arrêt de travail à ce titre jusqu'au 20 décembre 2014.

Le 21 décembre 2014 l'arrêt de travail de Mme [L] s'est poursuivi en maladie.

Le 10 juin 2015, Mme [L] a saisi le conseil de prud'hommes de Marseille d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de son employeur.

Le 31 mai 2016, la médecine du travail a déclaré Mme [L] « Inapte à son poste de travail. Une seule visite (article R.4624-31 du code du travail). Visite de pré-reprise effectuée le 17 mai 2016. Compte tenu de son état de santé actuel, pas de reclassement envisageable à ce jour au sein de l'entreprise. »

Le 8 juillet 2016, la salariée a été licenciée pour inaptitude.

Le litige pendant devant le conseil de prud'hommes de Marseille a été remis au rôle le 18 juillet 2017 et le 29 octobre 2018, le conseil de prud'hommes a rendu son jugement en ces termes :

DIT que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse

EN CONSEQUENCE,

DEBOUTE Mademoiselle [L] [J] de l'ensemble de ses demandes

DEBOUTE la SAS Intervalles de sa demande reconventionnelle

CONDAMNE Mademoiselle [L] [J] aux entiers dépens.

Le 26 novembre 2018, le conseil de la salariée a interjeté appel du jugement.

Aux termes de ses dernières conclusions, transmises par voie électronique le 7 avril 2022, Mme [L] demande à la cour de :

«INFIRMER en sa totalité le jugement déféré

DIRE ET JUGER recevables et fondées les demandes et action de Madame [L]

Statuant de nouveau,

CONSTATER que le forfait annuel en jours appliqué à Madame [L] n'est pas conforme aux exigences légales et jurisprudentielles en vigueur,

DIRE ET JUGER que le forfait annuel en jour doit être annulé,

CONSTATER que la classification professionnelle dont aurait dû bénéficier Madame [L] est au moins équivalente au Niveau VII ' Coeff. 300,

CONSTATER que Madame [L] doit bénéficier d'un rappel au titre des heures supplémentaires qu'elle a effectuées,

CONSTATER le harcèlement moral et la discrimination subis par le salarié,

CONSTATER les manquements graves de l'employeur en matière de santé et de conditions de travail,

CONSTATER que l'inaptitude est d'origine professionnelle,

CONSTATER que l'employeur a violé son obligation de recherche de reclassement,

DIRE ET JUGER que l'employeur a manqué à son obligation en procédant à la modification du contrat de Madame [L] sans recueillir son accord

DIRE ET JUGER que l'employeur a manqué à son obligation de sécurité de résultat

En conséquence

FIXER le salaire brut mensuel de Madame [L] à la somme de 2.823,70 € entre le 6 août 2012 et le 30 août 2013 et à la somme de 2.946,61 € à compter du 1er septembre 2013,

PRONONCER la résiliation judiciaire du contrat de travail de Madame [L] aux torts exclusifs de l'employeur prenant les effets d'un licenciement nul ou à tout le moins sans cause réelle et sérieuse,

Le cas échéant, DIRE ET JUGER que le licenciement pour inaptitude de Madame [L] est nul ou à tout le moins sans cause réelle et sérieuse,

A titre principal,

CONDAMNER la société INTERVALLES au paiement des sommes suivantes :

- Dommages et intérêts pour licenciement nul : 35.359,32 € ou subsidiairement 25.200,00€
- Indemnité conventionnelle de licenciement : 3.535,93 € ou subsidiairement 840 € ;
- Indemnité compensatrice de congés payés : 8.839,83 € ou subsidiairement 4.200 € ;
- Congés payés afférents : 883,98 € ou subsidiairement 420 €.

A titre subsidiaire,

CONDAMNER la société INTERVALLES au paiement des sommes suivantes :

- Dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : 17.679,66 € ou subsidiairement 12.600 € ;
- Indemnité conventionnelle de licenciement : 3.535,93 € ou subsidiairement 840 € ;
- Indemnité compensatrice de congés payés : 8.839,83 € ou subsidiairement 4.200 € ;
- Congés payés afférents : 883,98 € ou subsidiairement 420 €.

En tout état de cause,

CONDAMNER la société INTERVALLES au paiement des sommes suivantes :

- Rappel de salaire sur coefficient : 71.595,80 € ;
- Congés payés afférents : 7.159,58 € ;
- Rappel de salaire sur heures supplémentaires : 159.387,44 € ou subsidiairement 102.499,04 € ;
- Congés payés afférents : 15.938,74 € ou subsidiairement 10.249,90 € ;
- Rappel de salaire sur heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent : 132.050,15 € ou subsidiairement 84.918,93 € ;
- Congés payés afférents : 13.205,01 € ou subsidiairement 8.491,89 € ;
- Indemnité de délit de travail dissimulé : 17.679,66 € ou subsidiairement 16.793,52 € ;
- Indemnité temporaire d'inaptitude : 2.946,61 € ;
- Dommages et intérêts pour préjudice d'absence de salaire et/ou d'indemnité journalière : 50.092,37 € ;

- Dommages et intérêts pour nullité de la convention de forfait en jours : 5.000,00 € ;
- Dommages et intérêts pour modification unilatérale du contrat de travail : 5.000,00 € ;
- Dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité : 10.000,00 € ;
- Dommages et intérêts pour harcèlement moral et discrimination : 10.000,00 € ;
- Dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail : 5.000,00 € ;

DIRE que l'ensemble des condamnations porteront intérêts de droit à compter de la saisine, avec capitalisation,

ORDONNER la délivrance des documents de rupture et bulletins de salaire rectifiés sous astreinte de 100,00 € par jour de retard, avec faculté pour la juridiction de liquider l'astreinte,

ORDONNER l'exécution provisoire du jugement à intervenir, nonobstant toute voie de recours, en application des articles 515 du Code de procédure civile et R. 1454-28 du Code du travail,

CONDAMNER la société INTERVALLES à la somme de 3.000 € au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile au titre de la première instance, à la somme de 3.000 € au titre de l'instance d'appel, ainsi qu'aux entiers dépens,

DEBOUTER la société INTERVALLES de l'intégralité de ses demandes.»

Aux termes de ses dernières écritures transmises par voie électronique le 4 avril 2022, la société Intervalles demande à la cour de :

«CONFIRMER le jugement rendu entre les parties par le Conseil de prud'hommes de Marseille le 29 octobre 2018, le cas échéant, par substitution de motifs ;

Et, statuant à nouveau, de :

DEBOUTER Madame [L] de l'intégralité de ses demandes ;

Et reconventionnellement:

CONDAMNER Madame [L] à verser 3.000 euros à la Société INTERVALLES au titre de l'article 700 du CPC ;

CONDAMNER Madame [L] aux entiers dépens.

A titre infiniment subsidiaire,

LIMITER le quantum de dommages et intérêts alloués à Madame [L] sur le fondement de l'article L.1235-3 ancien du Code du travail à 6 mois, soit 12.600 euros ;

LIMITER le rappel d'heures supplémentaires à 19.905,38 euros bruts, et 1.990,54euros de congés payés afférents ;

LIMITER le rappel de salaire au titre de la contrepartie obligatoire en repos à 12.006,20 euros bruts ;

CONDAMNER Madame [L] à rembourser à la Société les jours de repos indus si le forfait en jours était jugé privé d'effet, soit 2.088,62 euros bruts ;

PRONONCER LA COMPENSATION entre les rappels de salaire dus à Madame [L] et la restitution des salaires dus par Madame [L];

DEBOUTER Madame [L] de ses plus amples demandes.»

Pour l'exposé plus détaillé des prétentions et moyens des parties, il sera renvoyé, conformément à l'article 455 du code de procédure civile, aux conclusions des parties.

Motivation

MOTIFS DE L'ARRÊT

A titre liminaire, la cour rappelle qu'en application des dispositions de l'article 954 du code de procédure civile, elle ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et que les «dire et juger» et les «constater» ainsi que les «donner acte» ne sont pas des prétentions en ce que ces demandes ne confèrent pas de droit à la partie qui les requiert hormis les cas prévus par la loi; en conséquence, la cour ne statuera pas sur celles-ci, qui ne sont en réalité que le rappel des moyens invoqués.

I- Sur l'exécution du contrat de travail

A-Sur la requalification de l'emploi occupé

La salariée expose que, compte tenu des fonctions et tâches effectuées, elle devrait être classée au niveau VII coefficient 300 de la convention collective nationale.

Elle rappelle que la classification des emplois des salariés des entreprises entrant dans le champ d'application de la convention collective nationale du personnel des prestataires de services dans le secteur tertiaire est opérée sur la base de cinq critères de classification :

- Connaissances requises ;
- Technicité/complexité/polyvalence ;
- Responsabilité : autonomie/initiative ;
- Gestion d'une équipe et conseils ;

- Communication/contacts/échanges.

Elle explique que pour chacun de ces critères, un degré est appliqué au salarié en fonction de son niveau de connaissance et de ses capacités et qu'en fonction du degré, le salarié se voit octroyer un certain nombre de points pour chacun des cinq critères, l'addition de ces différents points permettant de déterminer le classement du salarié ainsi que son coefficient et par conséquent le montant de sa rémunération.

Elle considère qu'au regard des cinq critères fixés, les tâches confiées allaient bien au-delà des fonctions d'un salarié agent de maîtrise, et qu'elle peut prétendre à une cotation de 450 points, lui permettant de solliciter le statut cadre.

La société rappelle qu'au sein de l'agence de [Localité 4], Mme [L] encadrait un unique salarié permanent, des stagiaires et du personnel vacataire de façon ponctuelle, pour assurer un événement promotionnel.

Elle indique qu'elle était sous la supervision des équipes du siège, lesquelles lui apportait un support et accompagnement permanent et produit en ce sens de nombreux mails d'échange.

Elle précise que l'appréciation du nombre de points à attribuer par champ ne constitue pas une règle exacte, une différence de 25 points pouvant être trouvée dans un sens ou dans un autre.

Il appartient au salarié qui se prévaut d'une classification conventionnelle différente de celle dont il bénéficie au titre de son contrat de travail, de démontrer qu'il assure de façon permanente, dans le cadre de ses fonctions, des tâches et responsabilités relevant de la classification qu'il revendique.

La salariée bénéficiait lors de son embauche du statut agent de maîtrise niveau 6 coefficient 260, lequel est défini ainsi : «gestion, coordination et animation d'un groupe en liaison

avec d'autres services ou groupes de travail nécessitant une expérience approfondie d'un ou plusieurs domaines d'activité de l'entreprise ; à ce niveau peuvent être classés les professionnels hautement qualifiés et/ou spécialisés. »

Aux termes de son contrat de travail, Mme [L] avait pour missions de :

- Suivre, développer et structurer la gestion du personnel vacataire (booking, planification) ;
- Organiser, réaliser et suivre des opérations de promotion et de communication sur le terrain ;
- Assurer le devisage d'opérations promotionnelles ;
- Suivre la relation client lors du déroulement des opérations ;
- Rédiger et présenter les bilans quantitatifs et qualitatifs ;
- Participer au développement de la Société.

La cour constate que lors de son embauche en août 2012, Mme [L] avait 25 ans, venait d'obtenir son diplôme en Master 2 d'une école de commerce et ne justifiait pas d'une expérience professionnelle.

La prise en charge de l'activité de l'agence niçoise a augmenté sa charge de travail mais n'a pas eu d'effet concernant le management puisqu'aucun salarié n'a été transféré.

Au regard de ces éléments, de la dimension restreinte de l'agence de [Localité 4] en termes d'effectifs, de l'absence d'un descriptif de fonctions - et de pièces en justifiant - plus ample que celui prévu au contrat de travail, la salariée ne fait pas la preuve qu'elle effectuait de façon permanente des tâches relevant du statut cadre.

En conséquence, elle doit être déboutée de sa demande de requalification et des demandes subséquentes en rappel de salaire.

B- Sur le forfait jours

Au soutien de l'annulation ou de l'inopposabilité du forfait annuel de 218 jours prévu au contrat de travail, l'appelante fait valoir que :

- la possibilité de lui appliquer un forfait annuel en jours n'est pas prévue par la convention collective ou par un accord d'entreprise,
- l'accord d'entreprise versé aux débats par la société a été conclu avec une représentante syndicale contrairement aux dispositions de l'article L.2232-12 du code du travail,
- cet accord n'a jamais été porté à sa connaissance et elle ne l'a donc jamais accepté,
- l'employeur n'assurait aucun suivi de sa charge de travail et n'organisait aucun entretien annuel.

Sans aucune critique du jugement entrepris, la salariée n'apporte en cause d'appel, aucun élément nouveau susceptible de contredire la motivation du jugement, que la cour adopte, les premiers juges ont repris les textes applicables et constaté que l'accord d'entreprise du 25 mai 2011 était régulier et opposable à la salariée.

La cour ajoute que :

- cet accord a été approuvé par une majorité de salariés lors du scrutin du 30 mai 2011 (pièce n°47) puis transmis aux autorités compétentes et ce, à une époque où la salariée n'était pas encore entrée dans l'entreprise,
- il est expressément visé au contrat de travail en son article V consacré au forfait jours, lequel n'est pas un renvoi général mais décrit les modalités.

En revanche, la cour constate que le conseil de prud'hommes n'a pas tiré les conséquences de ses propres investigations

: en effet, par jugement préparatoire du 5 mars 2018, il a demandé aux parties, outre la délivrance des plannings de juillet 2014 jusqu'à la fin du contrat de travail les compte-rendus d'entretiens professionnels.

La réponse de la société est insatisfaisante : «compte-rendus envoyés par courriels et pas conservés».

Le suivi de la convention de forfait constitue un élément essentiel de nature à garantir l'effectivité des droits au repos et à la santé, dont l'employeur est garant. A défaut de respect des règles applicables, la convention de forfait est privée d'effet.

En l'espèce, dans la mesure où l'employeur - qui a la charge de la preuve - ne justifie pas avoir organisé pendant deux ans, d'entretien portant sur la charge de travail de Mme [L], l'organisation du travail dans l'entreprise et l'articulation entre la vie professionnelle et personnelle, il a méconnu les dispositions de l'article L. 3121-46 du code du travail, dans sa version applicable du 22 août 2008 au 10 août 2016.

En conséquence, la demande en nullité de la convention de forfait jours et celle subséquente faite à titre de dommages et intérêts doivent être rejetées, mais la convention de forfaits jours doit être déclarée privée d'effet.

C- Sur les heures supplémentaires

L'article L. 3171-4 du code du travail énonce : «En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.

Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

La salariée indique page 24 de ses écritures qu'il est possible de fixer le nombre moyen d'heures supplémentaires hebdomadaires effectuées par elle, ainsi :

- année 2012 : 40 heures supplémentaires par semaine sur 21 semaines travaillées,
- année 2013 : 52 heures supplémentaires par semaine sur 49 semaines travaillées,
- année 2014 : 60 heures supplémentaires par semaine sur 28 semaines travaillées.

Elle produit à l'appui :

- ses agendas 2013 et 2014,

- les témoignages de ses collègues et de sa famille.

La société observe que les agendas mentionnent des amplitudes et non des temps effectivement travaillés et que les mails envoyés n'étaient ni matinaux ni tardifs.

Elle rappelle qu'elle a payé des heures supplémentaires par erreur en 2012, n'en demande pas la restitution, mais relève que la salariée ne produit aucun élément ayant trait à l'année concernée.

Elle considère comme surréaliste la demande d'un total de 4 228 heures supplémentaires allégué sur une période de 20 mois.

Subsidiairement, elle propose un calcul sur la base des agendas, du nombre d'heures de travail qui dépasse 37 heures par semaine civile, conformément à l'accord d'entreprise.

La société produit :

- le suivi mensuel des jours travaillés paraphé par la salariée,
- un tableau des jours récupérés,
- divers mails,
- les bulletins de salaire d'octobre et décembre 2012,
- l'accord d'entreprise du 26 mai 2011.

La cour ayant considéré que la convention de forfait jours ne pouvait s'appliquer, ne peut prendre en compte le suivi mensuel purement déclaratif et constate que l'employeur ne justifie pas des horaires exacts pratiqués par Mme [L], laquelle démontre par des attestations et ses agendas que sa charge de travail l'exposait à rester notamment tard le soir.

En conséquence après analyse des pièces présentées, la cour a la conviction que Mme [L] a bien effectué des heures supplémentaires dans l'intérêt de l'entreprise mais pas dans la proportion affichée, laquelle résulte d'une moyenne linéaire ; par ailleurs, la cour constate que la salariée déjà bénéficiaire d'heures supplémentaires en 2012 ne présente pas d'agenda ou de document venant corroborer sa demande pour l'année visée, laquelle doit être rejetée.

L'accord d'entreprise opposable à Mme [L] ayant prévu un horaire hebdomadaire de 37 heures, dérogeant à la durée légale du travail et ayant prévu une majoration uniforme de 10%, ces dispositions conventionnelles doivent s'appliquer.

Dès lors, il convient de fixer les sommes dues à Mme [L] ainsi :

- année 2013 : 11 121, 13 euros bruts outre 1 112,11 euros bruts d'incidence de congés payés,
- année 2014 : 8 724,25 euros bruts outre 878,42 euros au titre des congés payés afférents, soit un total de 21'835,91 euros.

Il n'y a pas lieu de procéder à une compensation judiciaire entre les 18 jours de JRTT pris entre décembre 2012 et juin 2014, puisque sur la période concernée, Mme [L] était en droit d'obtenir, conformément aux dispositions conventionnelles plus de 22 jours à ce titre.

Concernant la contrepartie obligatoire en repos, le décompte de la salariée est erroné en ce sens qu'elle calcule deux fois le taux majoré et elle est en droit d'obtenir la somme de 12 006, 20 euros outre 1 200,62 euros d'incidence de congés payés soit la somme totale de 13'206,82 euros à titre d'indemnisation.

D- Sur le travail dissimulé

L'article L.8221-5-2° du code du travail dispose notamment qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour un employeur de mentionner sur les bulletins de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli.

Toutefois, la dissimulation d'emploi salarié prévue par ces textes n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a agi de manière intentionnelle.

En l'espèce, si l'employeur a démontré sa négligence dans le suivi de la charge de travail de Mme [L], il ne peut en être déduit qu'il a entendu dissimuler son activité en ce que la salariée était totalement autonome dans ses fonctions et qu'elle n'a formulé aucune demande en paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail, les parties s'estimant liées par une convention de forfait jours.

Dès lors, Mme [L] doit être déboutée de sa demande indemnitaire forfaitaire formée sur le fondement de l'article L.8223-1 du code du travail.

E- Sur la modification du contrat de travail

C'est par des motifs exacts et pertinents que la cour adopte que le conseil de prud'hommes a rejeté la demande de la salariée, laquelle n'apporte aucun élément nouveau en cause d'appel sur ce point et ne justifie pas au demeurant d'un préjudice lié à un simple changement des conditions de travail.

F- Sur la violation de l'obligation de sécurité de résultat

Le code du travail impose cette obligation à l'employeur par les articles L.4121-1 & suivants, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 22 septembre 2017, en ces termes:

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'employeur met en oeuvre les mesures prévues à l'article L. 4121-1 sur le fondement des principes généraux de prévention prévus à l'article L.4121-2 du même code.

Il doit assurer l'effectivité de ces mesures.

La salariée fait valoir une exposition à un danger résultant du non respect des heures maximales de travail et la violation du droit au repos à valeur constitutionnelle, alors qu'elle avait alerté sa hiérarchie sur la nécessité de renforcer les moyens humains afin de pouvoir atteindre les objectifs qui lui étaient fixés.

Elle rappelle que le malaise dont elle a été victime relevait bien des risques professionnels.

La société opère un comparatif avec les autres agences de même taille lesquelles n'ont pas formé le même grief ce qui démontre selon elle l'adéquation entre les moyens humains et les objectifs fixés.

Elle indique qu'à compter de l'été 2013, elle n'a plus assuré la distribution du journal gratuit Direct Matin ce qui a diminué sa charge et observe à travers les nombreux mails envoyés par Mme [L] qu'elle trouvait le temps pour participer à la bonne ambiance de l'entreprise.

Il résulte notamment des témoignages des collègues de Mme [L] dont celui de la chef de projet Mme [T] (pièce n°5) et celui de Mme [V] (pièce n°8) que la charge de travail de la salariée était intense et n'a pas été mesurée par des entretiens

individuels dédiés et réguliers tels que prévus au contrat de travail et à l'accord d'entreprise.

Par ailleurs, la société n'a pu dénier les nombreuses heures supplémentaires effectuées par Mme [L].

Le constat d'épuisement fait par les médecins le 4 septembre 2014 (pièce n°16) ayant exclu tout autre cause cardiaque notamment et la reconnaissance de l'accident par la caisse primaire d'assurance maladie avec une prise en charge des soins pendant 4 mois démontrent que l'arrêt de travail sur la période est en lien avec les conditions de travail.

En considération de ces éléments, la cour dit que la société a manqué son obligation de sécurité de résultat et estime que le préjudice en résultant pour Mme [L] doit être fixé à la somme de 5000 euros.

G- Sur le harcèlement moral

Aux termes de l'article L.1152-1 du code du travail, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des 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.

Selon l'article L.1152-2 du code du travail, aucun salarié 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 et pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés.

L'article L.1154-1 du même code dans sa version applicable à l'espèce (avant le 10 août 2016) prévoit qu'en cas de litige, le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et il incombe alors à l'employeur, au vu de ces éléments, 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.

La cour constate qu'après avoir énoncé des généralités sur trois pages, la salariée ne fait état d'aucun fait précis et concordant en dehors d'une surcharge de travail, et ne procède que par allégations quant à une mise à l'écart.

En l'état des explications et des pièces fournies, la matérialité d'éléments de fait précis et concordants laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral n'est pas démontrée. Les demandes relatives au harcèlement et au licenciement nul doivent par conséquent être rejetées.

H- Sur la discrimination

La cour constate que Mme [L] - qui englobe dans ses écritures harcèlement moral et discrimination - se borne à dire qu'elle aurait pris du poids en raison de l'accroissement démesuré de sa charge de travail et que la société accorde une grande importance à l'aspect physique de ses salariés.

Le seul fait que la société fasse remplir à l'embauche un formulaire précisant la taille de veste et la hauteur du salarié ne permet pas de dire qu'il y aurait eu une différence de traitement fondée sur un motif discriminatoire illicite, aucune pièce n'étant produite quant à la connaissance que pouvait avoir l'employeur de cette prise de poids, au demeurant non signalée dans les attestations ou certificats médicaux et d'une utilisation illicite de cette information.

L'appelante ne présentant aucun élément sérieux sur ce point, sa demande ne peut qu'être rejetée.

II- Sur la rupture du contrat de travail

Lorsqu'un salarié demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, tout en continuant à travailler à son service, et que ce dernier le licencie ultérieurement pour d'autres faits survenus au cours de la poursuite du contrat, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation du contrat était justifiée. C'est seulement dans le cas contraire qu'il doit se prononcer sur le licenciement notifié par l'employeur.

Lorsque le salarié n'est plus au service de son employeur au jour où il est statué sur la demande de résiliation judiciaire, cette dernière prend effet, si le juge la prononce, au jour du licenciement.

A- Sur la résiliation judiciaire

La résiliation judiciaire est subordonnée à la démonstration de manquements graves de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail.

A l'appui de sa demande, Mme [L] invoque les manquements suivants :

- Inapplicabilité du forfait annuel en jours,
- Requalification de l'emploi occupé,
- Rappel de salaires au titre des heures supplémentaires,

- Violation de l'obligation de sécurité,
- Modification du contrat de travail,
- Harcèlement moral et discrimination,
- Travail dissimulé.

La cour a déclaré non fondées certaines demandes de Mme [L] mais en l'état du non respect de son obligation essentielle liée à la santé et à la sécurité, du fait de l'absence de contrôle de la charge de travail ayant abouti à un malaise de la salariée en lien avec ses conditions de travail, par suite d'un épuisement, la cour dit que ces manquements étaient suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat de travail et dès lors, prononce la résiliation judiciaire aux torts exclusifs de l'employeur.

B- Sur les conséquences financières de la rupture

La nullité de la rupture n'est pas encourue mais la résiliation judiciaire a les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, permettant à Mme [L] d'obtenir les indemnités de rupture.

Au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, la salariée a perçu la somme de 1 785,42 euros dans le cadre de son solde de tout compte, de sorte qu'elle a été remplie de ses droits.

La rupture étant intervenue aux torts de l'employeur, la salariée est en droit de percevoir l'indemnité compensatrice de préavis à hauteur de 4 200 euros outre l'incidence de congés payés.

Compte tenu de l'ancienneté de Mme [L] (près de 4 ans), de son âge à la date de la rupture (29 ans) et de l'absence de tout document postérieur relatif à sa situation professionnelle, la cour fixe l'indemnisation au titre de la rupture à la somme de 15 000 euros.

La cour doit prononcer d'office la sanction prévue à l'article L.1235-4 du code du travail, dans la limite de trois mois.

C- Sur les demandes d'indemnité temporaire d'incapacité et de dommages et intérêts pour préjudice d'absence de salaire et/ou d'indemnité journalière

Ces demandes font l'objet d'un développement dans le cadre de la discussion à titre subsidiaire du licenciement mais

sont faites dans le dispositif dans le paragraphe «en tout état de cause» , de sorte qu'elle doivent être examinées.

Les règles protectrices applicables aux victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle s'appliquent dès lors que l'inaptitude du salarié, quel que soit le moment où elle est constatée ou invoquée, a, au moins partiellement, pour origine cet accident ou cette maladie et que l'employeur avait connaissance de cette origine professionnelle au moment du licenciement.

Cependant, les demandes indemnitaires de Mme [L] ne recouvrent aucune réalité d'un préjudice certain et direct, la salariée ne démontrant pas que l'inaptitude non professionnelle constatée par la médecine du travail après un arrêt en maladie simple de plus d'un an après l'accident du travail, soit en lien avec ce dernier, et aucune démarche n'ayant été faite par l'appelante pour faire reconnaître le caractère professionnel de son affection.

III - Sur les autres demandes

A- Sur l'exécution déloyale du contrat de travail

Mme [L] expose que l'employeur n'a pas respecté ses obligations en ne reprenant pas le versement de son salaire dans le délai d'un mois prévu aux articles L.1226-4 et L.1226-11 du code du travail et en ne lui remettant pas ses documents de fin de contrat.

La société Intervalles soutient que :

- Mme [L] a passé sa visite médicale de reprise le 31 mai 2016 et qu'elle a repris le paiement de son salaire à l'échéance du délai d'un mois soit le 1er juillet 2016
- le solde de tout compte de la salariée mentionnait le salaire concernant la période du 1er au 13 juillet 2016 (date de la rupture du contrat de travail).

La visite de reprise ayant eu lieu le 31 mai 2016, l'employeur devait reprendre le paiement du salaire à compter du 1er juillet 2016 et il résulte à la fois de la décision de référés rendue le 6 octobre 2016 et des pièces produites aux débats que la salariée a reçu le chèque émis le 26 juillet 2016 avec les autres éléments de son solde de tout compte le 29 juillet 2016, de sorte qu'il est démontré que d'une part la société n'a pas attendu d'être assignée en référé pour s'exécuter et que d'autre part, à supposer que l'on retienne un léger retard tout au plus de cinq jours comme l'a relevé le conseil de prud'hommes, il n'est démontré par Mme [L] aucun préjudice en découlant.

En conséquence, la décision doit être confirmée sur ce point.

B- Sur les intérêts

Les sommes allouées à titre de salaires porteront intérêts au taux légal à compter du dépôt de conclusions en ce sens.

Les sommes allouées à titre indemnitaire produiront intérêts au taux légal à compter de la date de la présente décision.

La capitalisation des intérêts sera ordonnée dans les conditions de l'article 1343-2 du code civil .

C- Sur la remise des documents

La société devra remettre à Mme [L] les bulletins de salaire rectifiés ou un bulletin de salaire récapitulatif mentionnant les heures supplémentaires année par année, une attestation Pôle Emploi et un certificat de travail conformes à la présente décision mais il n'est pas nécessaire d'assortir cette obligation d'une astreinte.

D- Sur les frais et dépens

La société succombant au principal doit s'acquitter des dépens de la procédure, être déboutée de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile et à ce titre payer à Mme [L] la somme de 2 500 euros.

Dispositif

PAR CES MOTIFS

La Cour,

Statuant par arrêt contradictoire, par mise à disposition au greffe, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 du code de procédure civile, en matière prud'homale,

Infirmes le jugement déféré SAUF en ce qu'il a rejeté les demandes relatives à la nullité de la convention de forfait jours, la requalification de l'emploi, la discrimination et le harcèlement moral, l'exécution déloyale du contrat de travail, et les demandes indemnitaires en lien avec le licenciement pour inaptitude,

Statuant à nouveau des seuls chefs infirmés et y ajoutant,

Dit que la convention de forfait jours est privée d'effet,

Condamne la société Intervalles à payer à Mme [J] [L] les sommes suivantes:

- 11 121, 13 euros bruts au titre des heures supplémentaires de l'année 2013,
- 1 112,11 euros bruts d'incidence de congés payés,
- 8 724,25 euros bruts au titre des heures supplémentaires de l'année 2014,
- 878,42 euros bruts au titre des congés payés afférents,
- 13'206,82 euros à titre d'indemnité au titre de la contrepartie obligatoire en repos,

Prononce la résiliation judiciaire du contrat de travail au 8 juillet 2016,

Condamne la société Intervalles à payer à Mme [J] [L] les sommes suivantes:

- 4 200 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis,
- 420 euros au titre des congés payés afférents,
- 15 000 euros au titre de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 5 000 euros à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité,
- 2 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ,

Dit que les sommes allouées à titre de salaires porteront intérêts au taux légal à compter du 18 juillet 2017 et les sommes allouées à titre indemnitaire, à compter de la date de la présente décision.

Ordonne la capitalisation des intérêts à condition qu'ils soient dus au moins pour une année entière,

Ordonne la remise par la société Intervalles à Mme [L] des bulletins de salaire rectifiés ou un bulletin de salaire récapitulatif mentionnant les heures supplémentaires année par année, une attestation Pôle Emploi et un certificat de travail conformes à la présente décision,

Dit n'y avoir lieu à astreinte,

Ordonne le remboursement par la société Intervalles à Pôle Emploi des indemnités de chômage versées à la salariée, dans la limite de 3 mois,

Dit qu'à cette fin, une copie certifiée conforme de la présente décision sera adressée à Pôle Emploi, par le greffe,

Rejette les autres demandes des parties,

Condamne la société Intervalles aux dépens de première instance et d'appel.

LE GREFFIERLE PRESIDENT