

Copies exécutoires
délivrées le :

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

À
Me Eric MANCA
Me Jessica
LOCHOUARN
Me Laetitia
BRAHAMI

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 6 - Chambre 6

ARRET DU 23 JUIN 2021

(n° 2021/ , 21 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° **RG 19/00452 - N° Portalis 35L7-V-B7D-B7A2R**

Décision déferée à la Cour : Jugement du 29 Novembre 2018 -Conseil de Prud'hommes - Formation de départage de PARIS - RG n° 16/03700

APPELANTE

SAS  agissant poursuites et diligences en la personne de son représentant légal, domicilié audit siège

Représentée par Me Eric MANCA, avocat au barreau de PARIS, toque : P0438

INTIMEE

Madame 

Représentée par Me Jessica LOCHOUARN, avocat au barreau de PARIS, toque : P28

AUTRE PARTIE

LA DÉFENSEURE DES DROITS

TSA 90 716 75334 PARIS CEDEX 07

Représenté par Me Laetitia BRAHAMI, avocat au barreau de PARIS, toque : C0254

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 11 mai 2021, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Anne BERARD, Présidente de chambre, chargée du rapport et Madame Nadège BOSSARD, Conseillère.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, entendu en leur rapport, composée de :

Madame Anne BERARD, Présidente de chambre
Madame Nadège BOSSARD, Conseillère
Monsieur Stéphane THERME, Conseiller

Greffier : Madame Pauline MAHEUX, lors des débats

ARRET :

- contradictoire
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par Madame Anne BERARD, Présidente de chambre et par Madame Pauline MAHEUX, Greffière présente lors de la mise à disposition.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE :

Mme X a été embauchée par la société Y le 2 janvier 2014 par contrat de travail à durée indéterminée, en qualité de chargée de développement. La convention collective nationale des prestataires de service dans le domaine du secteur tertiaire est applicable à la relation de travail.

Mme X a été en arrêt de travail à compter du 17 novembre 2015 jusqu'au 6 décembre 2015.

Elle a été convoquée le 7 décembre 2015 à un entretien préalable fixé le 16 décembre 2015 en vue d'une éventuelle sanction disciplinaire.

Par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 11 décembre 2015, la société Y a informé la salariée qu'elle allait procéder à des retenues sur salaire afférentes à un trop perçu d'avances sur commission, décision que Mme X a contestée par lettre recommandée avec accusé de réception du 15 décembre 2015.

Par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 31 décembre 2015, une mise à pied de deux jours lui a été notifiée.

Mme X a été en arrêt de travail à compter du 4 janvier 2016 jusqu'au 31 janvier 2016, puis en congé pathologique jusqu'au 14 février 2016, puis en congé maternité jusqu'au 5 juin 2016.

Elle a été en arrêt de travail à compter du 6 juin 2016 jusqu'au 29 juillet 2016.

Elle a saisi l'inspection du travail le 15 février 2016 pour que son employeur cesse ses retenues de salaire indues et a fait état d'une dégradation de ses relations depuis l'annonce de sa grossesse.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 29 février 2016, elle a saisi le Défenseur des Droits de sa situation.

Estimant avoir été victime d'une discrimination liée à son état de grossesse Mme X a saisi le Conseil de Prud'hommes de Z le 6 avril 2016 d'une demande de résiliation judiciaire.

Elle a par ailleurs saisi le juge des référés qui par ordonnance du 13 mai 2016 a ordonné à la société Y de mettre fin aux prélèvements sur salaire et la restitution des sommes déjà prélevées.

Mme X a pris acte de la rupture de son contrat de travail le 28 juillet 2016 et demandé au conseil de prud'hommes de faire produire à la rupture les effets d'un licenciement nul.

Par jugement de départage du 29 novembre 2018, le Défenseur des droits ayant été entendu, le conseil de prud'hommes a :

- Dit que la prise d'acte de Mme X produit les effets d'un licenciement nul ;
- Annulé la sanction de mise à pied ;

En conséquence,

condamné la société Y à verser à Mme X les sommes suivantes :

- 6030€ à titre d'indemnité de préavis ;
- 603€ au titre des congés payés afférents ;
- 1858€ à titre d'indemnité légale de licenciement ;
- 30 000€ à titre d'indemnité pour licenciement nul ;
- 2 000€ à titre de réparation pour la mise à pied ;
- 5 650€ au titre de rappel de commissions ;
- 565€ au titre des congés payés afférents ;
- 2340€ au titre du maintien du salaire conventionnel ;
- 234€ au titre des congés payés afférents ;
- 2946€ au titre du rappel des heures supplémentaires ;
- 294€ au titre des congés payés afférents ;
- 3000€ à titre d'exécution déloyale du contrat de travail ;
- 1845€ à titre de reliquat d'indemnité compensatrice de congés payés ;
- 3000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Rappelé que le juge des référés a condamné la société au paiement de 233€ à titre de remboursement sur retenues de salaires illicites et congés payés afférents.

- Ordonné la remise des bulletins de paye, d'un certificat de travail, d'un reçu pour solde de tout compte et de l'attestation Pôle emploi conformes au jugement ;
- Dit que cette obligation sera assortie d'une astreinte de 50€ par jour qui courra une semaine après la notification du jugement, pour une durée de six mois ;
- que la juridiction prud'homale se réserve la liquidation de l'astreinte ;
- Débouté les parties du surplus de leurs demandes ;
- Condamné la société Y aux dépens.

Le 21 décembre 2018, la société Y a interjeté appel.

Par conclusions remises au greffe et transmises par le réseau privé virtuel des avocats le 12 septembre 2019, auxquelles il est expressément fait référence, la société Y demande à la cour de :

Infirmier le jugement en ce qu'il a jugé que la prise d'acte de Mme X ; produisait les effets d'un licenciement nul et qu'il a condamné la Société au paiement des sommes suivantes :

- 6030€ à titre d'indemnité de préavis ;
- 603€ au titre des congés payés afférents ;
- 1858€ à titre d'indemnité légale de licenciement ;
- 30 000€ à titre d'indemnité pour licenciement nul ;
- 2 000€ à titre de réparation pour la mise à pied ;
- 5 650€ au titre de rappel de commissions ;
- 565€ au titre des congés payés afférents ;
- 2340€ au titre du maintien du salaire conventionnel ;
- 234€ au titre des congés payés afférents ;
- 2946€ au titre du rappel des heures supplémentaires ;
- 294€ au titre des congés payés afférents ;
- 3000€ à titre d'exécution déloyale du contrat de travail ;
- 1845€ à titre de reliquat d'indemnité compensatrice de congés payés ;
- 3000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Rappelé que le juge des référés a condamné la société au paiement de 233€ à titre de remboursement sur retenues de salaires illicites et congés payés afférents ;

Ordonné la remise des bulletins de paye, d'un certificat de travail, d'un reçu pour solde de tout compte et de l'attestation Pôle emploi conformes au jugement ;

Dit que cette obligation sera assortie d'une astreinte de 50€ par jour qui courra une semaine après la notification du jugement, pour une durée de six mois ; que la juridiction prud'homale se réserve la liquidation de l'astreinte ;

- Confirmer le jugement en ce qu'il a débouté Mme X de ses autres demandes,
En conséquence et statuant à nouveau :

- Dire et juger que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par Mme X produit les effets d'une démission ;

- Débouter Mme X de son appel incident ;

- Débouter Mme X de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions;

A titre reconventionnel :

- Condamner Mme X à rembourser à la société Y la somme de 233,33 euros au titre de retenues sur salaire opérées à compter de novembre 2015 et congés payés y afférents ;

- Condamner Mme X au versement de la somme de 8.385,55 euros au titre du trop-perçu sur commissions versées ;

- Condamner Mme X au remboursement du préavis à hauteur de 6.030 euros ;

En tout état de cause :

- Condamner Mme X à payer à la société Y la somme de 3.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

- Condamner Mme X aux entiers dépens.

Par conclusions remises au greffe et transmises par le réseau privé virtuel des avocats le 13 novembre 2019, auxquelles il est expressément fait référence, Mme X demande à la cour de :

Confirmer le jugement rendu par la section départage du Conseil de prud'hommes de Z en ce qu'il a :

- Dit que la prise d'acte de Mme X produit les effets d'un licenciement nul ;

- Annulé la mise à pied ;

- Constaté le caractère illégal et illégitime des prélèvements pour trop perçu opérés par l'employeur en dépit de la contestation opposée par Mme X tant s'agissant du montant que du principe même du trop-perçu ;

- Condamné la société Y à verser à Mme X les sommes suivantes :

- 2 000€ à titre de réparation pour la mise à pied ;

- 5 650€ au titre de rappel de commissions ;

- 565€ au titre des congés payés afférents ;

- 2340€ au titre du maintien du salaire conventionnel;

- 234€ au titre des congés payés afférents ;

- 2946€ au titre du rappel des heures supplémentaires;

- 294€ au titre des congés payés afférents ;

- 3000€ à titre d'exécution déloyale du contrat de travail ;

- 1845€ à titre de reliquat d'indemnité compensatrice de congés payés ;

- 3000€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

- Rappelé que le juge des référés a condamné la société au paiement de 233€ à titre de remboursement sur retenues de salaires illicites et congés payés afférents ;

- Ordonné la remise des bulletins de paye, d'un certificat de travail, d reçu pour solde de toute compte et de l'attestation Pôle emploi conformes au jugement ;

- Dit que cette obligation sera assortie d'une astreinte de 50€ par jour qui courra une semaine après la notification du jugement, pour une durée de six mois ; que la juridiction prud'homale se réserve la liquidation de l'astreinte ;

- Condamné la société Y aux dépens.

Y ajoutant,

- Infirmer le jugement, en ce qu'il a, d'une part retenu le salaire moyen et non le salaire reconstitué pour fixer le montant des condamnations afférentes à la rupture et d'autre part, rejeté la demande de dommages intérêt formée au titre du préjudice subi du fait de la discrimination liée à l'état de grossesse et des faits constitutifs de harcèlement moral ;

En conséquence,

Condamner la société Y à verser à la salariée les sommes suivantes :

A titre principal,

- Indemnité compensatrice de préavis 7.109,84 €

- Congés payés afférents 710,98 €
- Indemnité de licenciement (à parfaire au jour du jugement) 2.171,91 €
- Dommages intérêts pour licenciement nul (et à titre subsidiaire abusif) 35.549,20 €
- A titre subsidiaire,
- Indemnité compensatrice de préavis 6.030,82 €
- Congés payés afférents 603,08 €
- Indemnité de licenciement (à parfaire au jour du jugement) 1.858,81 €
- Dommages intérêts pour licenciement nul (et à titre subsidiaire abusif) 30.154,10 €
- La Condamner en outre à verser à Mme X :
- Dommages intérêts pour discrimination liée à l'état de grossesse et harcèlement moral 5.000€ (article L.1132-1 et L.1152-1 du Code du travail),
- Article 700 : 3.000 €
- En tout état de cause,
- Déclarer irrecevable la demande reconventionnelle au titre du préavis formée pour la première fois dans les conclusions communiquées le 12 septembre 2019 ,
- Dire que les sommes porteront intérêt au taux légal à compter de la saisine article 1153 Code civil et à titre subsidiaire, à compter de la prise d'acte et ordonner en tout état de cause la capitalisation des intérêts sur le fondement de l'article 1154 du Code civil.

La clôture a été prononcée par ordonnance en date du 6 avril 2021.

Le 21 avril 2021, soit postérieurement à l'ordonnance de clôture, la Défenseure des Droits a transmis au greffe une décision en date du 9 avril 2021 au visa de l'article 33 de la loi N°2011-333 du 29 mars 2011 par laquelle elle a :

- Constaté que Mme X a fait l'objet d'une discrimination en raison de son état de grossesse en violation des articles 1^{er} de la loi n° 2008 496 du 27 mai 2008 et des articles L. 1132 1 et L. 1142 1 du code du travail ;
- Constaté que la prise d'acte, par Mme X , de la rupture de son contrat de travail est motivée par la discrimination qu'elle a subie, de sorte qu'elle doit produire les effets d'un licenciement nul, en application de l'article L. 1134 2 du code du travail (et de la jurisprudence codifiée à l'article L. 1235 3 2 du code du travail) ;
- Décidé de présenter ses observations devant la Cour d'appel de Paris.

Au visa de l'article 16 du code de procédure civile, la société Y a été autorisée à faire une note en délibéré.

Elle a adressé par le réseau privé virtuel des avocats le 10 juin 2021 une note en délibéré accompagnée de nouvelles pièces (N° 30 à 40).

Par lettre transmise par le réseau privé virtuel des avocats le 14 juin 2021, le conseil de Mme X a demandé d'écarter cette note tardive et ces pièces des débats.

MOTIFS :

Sur les transmissions en délibéré

Si l'appelante a été autorisée à adresser une note en délibéré à la Cour au visa des articles 16 et 445 du code de procédure civile, pour faire ses observations en réponse aux arguments de la Défenseure des Droits intervenue tardivement à la procédure, elle n'a nullement été autorisée à verser la moindre pièce.

Conformément aux dispositions de l'article 802 du code de procédure civile, ces pièces N° 30 à 40, qui ne figurent pas au dernier bordereau de communication de pièces notifié avant l'ordonnance de clôture qui en comporte 29, sont irrecevables et écartées des débats.

Compte-tenu de la longueur des écritures de la Défenseure des Droits et des pièces qu'elle a produites, et en l'absence de délai précis imparti par la Cour, la notification d'une note en délibéré le 10 juin 2021 ne revêt pas un caractère tardif, peu important que la Défenseure des Droits soit déjà intervenue en première instance.

Dans cette note, sans développer de moyens ou arguments nouveaux par rapport à ses écritures contrairement aux affirmations de l'intimée dans sa correspondance du 14 juin 2021, l'appelante a contesté l'argumentaire du Défenseur des Droits pour caractériser une discrimination. Elle a soutenu que la société a accompli l'ensemble des démarches utiles au maintien des droits de Mme X, qu'elle n'avait pas opéré de retenue sur commissions sur le salaire du mois de novembre 2015, qu'elle a fait application des dispositions de contrat de travail relatives aux marges minimales et que c'est la salariée et non l'employeur qui a changé d'attitude.

Sur la fin de non recevoir

C'est à juste titre que Mme X fait valoir que la demande de paiement d'une indemnité compensatrice de préavis non effectué à hauteur de 6.030 euros formulée pour la première fois par la société Y dans ses conclusions du 12 septembre 2019 est irrecevable, dès lors qu'elle ne figurait pas dans ses premières conclusions d'appelante notifiées le 21 mars 2019 et que cette demande nouvelle se heurte aux prescriptions de l'article 910-4 du code de procédure civile.

Sur la rupture

La salariée a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail au motif d'une discrimination liée à l'état de grossesse et d'un harcèlement moral qui s'en est suivi. Elle justifie sa prise d'acte par le fait que postérieurement à l'engagement de la procédure judiciaire, et alors qu'elle était toujours en arrêt de travail, l'employeur a persisté à ne pas lui verser son complément de salaire.

La prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à l'employeur entraîne la cessation immédiate du contrat de travail en sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de résiliation judiciaire introduite auparavant. S'il appartient alors au juge de se prononcer sur la seule prise d'acte, il doit fonder sa décision sur les manquements de l'employeur invoqués par le salarié tant à l'appui de la demande de résiliation judiciaire devenue sans objet qu'à l'appui de la prise d'acte.

Sur la discrimination et le harcèlement moral

Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail, *“aucun salarié ne peut être [...] sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de [...] ou de sa grossesse, [...]”*.

Aux termes de l'article L.1134-1 du code du travail, il appartient au salarié de “présenter des éléments de fait” laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

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 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*".

Aux termes de l'article L.1154-1 du code du travail, en sa version applicable au moment de la saisine du conseil de prud'hommes "*Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement.*

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse 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 salariée fait valoir qu'à la suite de l'annonce de sa grossesse, en septembre 2015, elle a subi une véritable mise à l'écart et que des tensions inexplicables sont apparues avec sa hiérarchie, avec qui elle s'était pourtant toujours bien entendue auparavant.

Elle verse aux débats des attestations de collègues de bureau, Mme E et M. D confirmant ces tensions et notamment le changement de comportement de Mme C, sa supérieure hiérarchique, à son égard.

M. D, qui a partagé son bureau date précisément ce changement de la rentrée de septembre 2015, après l'annonce de la grossesse de Mme X.

Il expose avoir vu Mme X en pleurs dans son bureau quasiment quotidiennement à l'issue d'échanges avec la direction, ce que confirme Mme E, qui évoque des distances et tensions croissantes.

Mme X produit un courrier qu'elle a adressé à l'employeur le 12 janvier 2016 dans lequel elle lui reproche de lui avoir demandé dans la semaine suivant l'annonce de sa maternité sa présentation d'objectifs, alors qu'elle ne se fait jamais avant novembre, en lui proposant une augmentation significative de ceux-ci mais une revue à la baisse de ses commissions.

Elle fait valoir, en se référant à des échanges de courriels, la multiplication de reproches injustifiés, avoir été écartée de certains dossiers dont elle était en charge, et s'être vu refuser des congés à l'occasion de son Pacs sans motif légitime.

Elle explique son arrêt de travail du 17 novembre au 6 décembre 2015 par la dégradation de ses conditions de travail ayant entraîné son arrêt de travail.

Elle observe que son employeur n'a opéré aucun maintien de salaire en novembre, ne l'assurant partiellement que fin décembre.

Elle souligne avoir été convoquée à un entretien préalable en vue d'un entretien disciplinaire le jour de son retour de congé maladie, alors que son travail et son comportement n'avaient jamais été remis en cause auparavant.

Elle relève avoir été informée 4 jours après cet entretien de la retenue sur salaire de 8.385,55€ décidée par la direction.

Elle rappelle la notification le 31 décembre 2015 d'une mise à pied à titre disciplinaire

Elle explique par ses conditions de travail dégradées son deuxième arrêt de travail à compter du 4 janvier 2016 et observe que l'employeur l'a de nouveau placée dans une situation financière délicate, en « omettant » d'adresser à la sécurité sociale son attestation de salaire, puis qu'il a omis partiellement puis totalement de procéder à son maintien de salaire.

Elle observe que l'employeur n'a pas répondu à ses courriers répétés s'agissant des modalités de calcul du maintien de salaire et de son affiliation à l'organisme de prévoyance et de sa commission pour l'année 2015 et qu'il n'a pas répondu aux sollicitations de l'inspecteur du travail lorsqu'elle l'a alertée.

Elle relève qu'à partir de son congé maternité, l'employeur s'est comporté comme si elle ne faisait plus partie des effectifs, en ne lui permettant pas de participer à l'élection des représentants du personnel, en ne l'informant pas du déménagement de l'entreprise.

Pris dans leur ensemble ces faits font présumer d'une discrimination liée à l'état de grossesse et un harcèlement subis par la salariée.

L'employeur conteste toute discrimination liée à la grossesse et tout harcèlement et affirme que c'est la salariée qui a modifié son comportement à son égard à partir de septembre 2015.

L'employeur conteste que les échanges de courriels produits par la salariée caractérisent une dégradation lui étant imputable.

Il justifie qu'en l'absence de réponse à son courriel de 9H38 le 9 septembre 2015, Mme C, sa supérieure hiérarchique, était légitime à relancer la salariée à 12h08 pour savoir si celle-ci était disponible pour un point sur un appel d'offre le jour-même à 15h30.

S'il est constant que Mme C s'est aussi enquis le 9 septembre 2015 auprès de Mme X des jours de ses rendez-vous médicaux qui l'obligeraient à partir plus tôt, elle justifiait une telle demande par des questions d'organisation s'agissant de rendez-vous programmés.

Le fait que Mme C se soit référée à sa propre grossesse pour expliquer connaître ce type de rendez-vous n'est nullement de nature à caractériser un propos discriminatoire à raison de la grossesse, aucun reproche même voilé n'étant fait à la salariée, puisque tout au contraire l'employeur lui demandait simplement de l'informer de ce type de rendez-vous comme Mme X l'avait déjà fait la veille.

Si le ton des courriels de Mme C n'avait à ce stade rien d'hostile ou de désagréable, il n'en demeure pas moins établi qu'à la faveur de l'échange, elle a demandé à la salariée son prévisionnel de chiffres d'affaires pour 2016, alors que son contrat de travail stipulait qu'ils étaient fixés en novembre pour l'exercice suivant.

Il résulte cependant d'un mail du 4 novembre 2015 de la salariée que les discussions se poursuivaient à ce stade et elle n'a signé l'annexe au contrat de travail que le 10 décembre 2015.

Il résulte en outre de cette annexe une augmentation significative pour 2016 du chiffre d'affaires demandé (1.369.000€), comparé à celui demandé pour 2015 (861.000€), tel que la salariée le rappelle dans son courrier du 2 janvier 2016 et d'autant qu'elle allait voir naturellement son activité réduite par l'effet de son congé maternité en 2016.

L'employeur ne conteste pas cette augmentation mais expose que c'est en considération de celle-ci qu'a été diminué de 20 à 18% l'objectif contractuel de marge de la salariée.

La lecture du mail adressé par la salariée à l'employeur le 4 novembre 2015 (pièce 44-3) confirme bien la focalisation des discussions sur une augmentation du chiffre d'affaires en contrepartie d'une diminution de marge et il en résulte que c'est Mme X elle-même qui a proposé le chiffre d'affaires de 1.369.000€ en considération du renouvellement de plusieurs contrats, mais contre une marge de 18%.

La fixation des objectifs de la salariée pour 2016 est donc justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ou harcèlement.

L'employeur est fondé à observer que c'est la salariée et non lui-même qui a pris l'initiative de lui "faire part de son mécontentement" dans un échange de courriels des 29-30 septembre 2015.

S'il est constant que le traitement par Mme C, présidente et directrice commerciale de la société, d'un appel d'offre d'un prospect de la salariée (dossier o) a fait perdre à cette dernière le bénéfice de sa commission, l'employeur était légitime à traiter les urgences durant un arrêt de travail de Mme X, qui devait précisément s'achever le 29 septembre.

Si la salariée a écrit le 29 septembre à son employeur qu'elle trouvait "regrettable" qu'il n'ait pas précisé au prospect qu'elle était en arrêt-maladie pour lui demander un report du délai pour faire sa proposition, Mme C était fondée à privilégier l'intérêt de l'entreprise et son image commerciale et justifie par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ou harcèlement son initiative.

L'employeur établit également avoir accordé à la salariée ses congés de Noël conformément à ses demandes.

Si la salariée justifie qu'elle s'est pacée le 29 octobre 2015, elle n'a pas demandé de congé au titre du Pacs à cette occasion, car ce n'est que le 2 novembre qu'elle a formulé une demande à ce titre.

L'article L.3142-1 du code du travail en sa version applicable à l'espèce fixait, sur justification, l'autorisation exceptionnelle d'absence pour la conclusion d'un pacte civil de solidarité à 4 jours.

L'employeur n'a pas fait droit à la demande formulée pour ce motif par Mme X le 2 novembre 2015 pour la période du lundi 23 au jeudi 26 novembre.

Si la salariée ne justifie nullement par l'affirmation de son ignorance de son droit à congé le fait de ne pas l'avoir sollicitée plus tôt, ce congé de droit ne lui a été finalement accordé qu'à la mi-décembre, accolé à ses congés de Noël alors-même qu'un tel congé doit être raisonnablement proche de l'événement.

Or, si le responsable des ressources humaines a mis en avant l'intensité de l'activité sur la période 23-26 novembre 2015 pour justifier de son refus, intensité que la salariée a immédiatement contestée, aucune pièce n'est produite pour objectiver cette activité intense de nature à justifier par une raison objective le refus opposée à la salariée de prendre ses congés dans les trois semaines de l'événement familial les justifiant.

L'employeur justifie au travers des échanges de courriels des 9 et 10 novembre 2015 produits par la salariée le ton contestataire adopté par celle-ci lors d'un échange relatif à l'application de tarifs non validés par l'employeur.

La tension des échanges est en revanche mutuelle dans les courriels du 16 novembre relatifs au dossier ADP où trois reproches de Mme C à la salariée sont objectivement injustifiés (taux de structure à 3%, informations KSE communiquées, mention des consommables).

S'agissant des témoignages produits par la salariée, l'employeur observe que l'attestation de Mme E, standardiste, ne peut caractériser un changement de comportement depuis l'annonce de la grossesse de Mme X puisqu'elle ne la connaissait pas auparavant. Il souligne que le témoignage de M. D, s'il fait état de "coups bas, mauvaise foi, harcèlement, réunions déstabilisatrices" auxquelles il dit avoir assisté, ne donne aucun détail sur les faits précis dont il aurait été témoin.

La société Y produit aussi une attestation de Mme K, assistante d'exploitation au moment des faits, qui affirme que Mme X était assez dédaigneuse et exécrable envers la direction et que quand elle rentrait dans son bureau, c'était toujours pour se plaindre.

Il n'en résulte pas moins de l'ensemble de ces témoignages que Mme X exprimait un mal-être au travail persistant et il importe peu que d'autres salariées témoignent de ce qu'elles ont personnellement vécu sans difficultés leur grossesse dans l'entreprise, leur expérience personnelle n'étant pas de nature à contredire les conditions dans lesquelles Mme X a vécu la sienne.

Le fait qu'elle n'ait pas été s'en plaindre auprès des institutions représentatives du personnel n'est pas davantage de nature à établir l'absence de discrimination.

L'employeur soutient que la mise à pied disciplinaire notifiée le 31 décembre 2015 à la salariée était justifiée.

Il lui fait grief dans ce courrier de l'exécution d'heures supplémentaires sans son accord en date du 4 novembre 2015, de pauses déjeuner d'une heure et demie prises en octobre 2015 et d'un retard à une date indéterminée récupéré spontanément le jour même sans accord de l'employeur.

Il lui est fait grief d'une absence de 1h50 le 16 novembre 2015.

Il lui est fait grief de continuer à solliciter la comptabilité alors qu'elle devrait être autonome.

Il lui est fait grief d'insubordination pour être restée en communication personnelle sur son téléphone lorsque la direction lui a présenté deux nouveaux collègues : M. A le 19 octobre 2015, Mme W le 12 novembre 2015 et d'user de façon intempestive et répétée de son portable durant le travail.

Il lui est aussi fait grief de ses hausses de ton injustifiées et devant témoins lorsqu'elle est en désaccord avec la direction, la lettre citant un courriel que lui a adressé Mme C le 4 novembre 2015 : *"J'ai moi aussi un emploi du temps et rien ne justifie le ton que vous avez employé à mon égard et la façon dont vous m'avez parlé ce matin : vous n'êtes pas la seule à être enceinte [nb : Mme C était elle-même enceinte] et les éclats de voix qui s'entendent dans toute l'agence ne sont pas admissibles. J'ai eu l'occasion de vous faire part de cette remarque oralement à plusieurs reprises, je vous remercie donc d'adopter à mon encontre, mais cela vaut pour tout le monde, une attitude plus professionnelle et courtoise"*.

Il lui est aussi fait grief de s'être transféré des courriels depuis sa messagerie personnelle à professionnelle, en contradiction avec l'article 8 de son contrat de travail.

Il lui est aussi fait grief de sa mauvaise gestion du dossier ADP ayant généré un surcroît de travail en novembre 2015, de son comportement envers la directrice commerciale fin septembre 2015 au sujet du dossier D, de relances abusives de prospects entre avril et décembre 2015 et d'une absence de reporting depuis septembre 2015.

Il résulte du compte-rendu de l'entretien préalable à cette sanction en date du 16 décembre 2015 produit par la salariée et établi par une déléguée du personnel que Mme X : a contesté tous les faits.

L'auteur du compte-rendu a consigné les propos du responsable des ressources humaines chargé de cet entretien, aux termes desquels les griefs relatifs aux heures supplémentaires étaient destinés à se prémunir contre une demande de rappel de salaire.

Au demeurant, la salariée justifie les heures supplémentaires exécutées le 4 novembre 2015 par l'échéance du dossier ADP.

La durée excessive des pauses déjeuner de la salariée n'est pas documentée. Surabondamment, ainsi que le relève la Défenseure des droits, la grossesse de la salariée pouvait justifier des aménagements.

L'absence du 16 novembre 2015 n'est pas documentée et ne figure pas sur le bulletin de paie de la salariée.

Enfin, si le fait que la salariée ait pu prendre l'initiative de travailler à domicile et transférer sur sa boîte personnelle des informations relatives à l'entreprise est établi, l'employeur ne démontre pas que la salariée ait manqué à ses obligations contractuelles relatives à la loyauté, la confidentialité et la propriété des travaux effectués par elle dans le cadre de ses fonctions.

Les sollicitations persistantes de Mme X envers Mme V, gestionnaire paie, pour qu'elle lui calcule le coût des appels d'offre, sont établies par l'attestation de celle-ci, qui souligne qu'elle avait pourtant donné à Mme X : tous les éléments nécessaires et que c'était son travail.

Si Mme V... ajoute que ce comportement lui faisait perdre beaucoup de temps, les échanges de courriels produits montrent que la “validation de Patricia” constituait un point d’attention pour l’employeur, au delà de la sienne, quant aux propositions à faire aux clients et que les sollicitations de la salariée étaient légitimées par les interrogations de sa supérieure hiérarchique.

Mme V... ajoute que Mme X... la sollicitait aussi mensuellement pour qu’elle lui calcule ses commissions, qu’elle pouvait employer un ton désagréable et qu’elle était harcelante et susceptible d’appeler plusieurs fois par jour.

Outre que ce fait n’est pas reproché à la salariée dans la lettre lui notifiant la sanction et que les échanges de courriels avec Mme V... ne confirment pas cette affirmation, l’objectivité du témoignage est fragilisée par celui de M. D... qui précise que la dégradation des relations de Mme X... après l’annonce de sa grossesse s’était manifestée tant de la part de la direction que de la comptabilité.

Le grief n’est donc pas établi.

Le grief d’insubordination pour être restée en communication personnelle sur son téléphone lorsque la direction lui a présenté deux nouveaux collègues n’est pas documenté.

Les hausses de ton de la salariée envers la direction sont accréditées par une attestation de Mme K..., assistante d’exploitation au moment des faits, qui affirme que Mme X... était assez dédaigneuse et exécrationnelle envers la direction et que quand elle rentrait dans son bureau, c’était toujours pour se plaindre.

De fait, Mme X... a employé à plusieurs reprises un registre lexical susceptible d’indisposer la direction, ainsi qu’il résulte des courriels produits et persisté malgré les remarques qui lui étaient faites. Ainsi pour contester avoir manqué de respect à Mme C... le 4 novembre 2015, Mme X... lui a écrit : “j’ai simplement exprimé mon mécontentement quant à vos remarques déplacées sur le fait que je n’ai pas eu le temps de finaliser mes chiffres”.

Sa mauvaise gestion des dossiers ADP est insuffisamment caractérisée.

Son comportement inadapté envers la directrice commerciale fin septembre 2015 au sujet du dossier O... est établi.

De même, les relances insistantes de Mme X... envers un prospect, au risque de l’agacement de son interlocuteur et donc de nature à nuire à l’image de l’entreprise, sont établies par les courriels produits entre le 14 avril et le 8 décembre 2015 où à 8 reprises elle a relancé le prospect, dont deux fois après que celui-ci ait répondu ne pas avoir besoin de ses services, le huitième courriel étant postérieur à une deuxième réponse négative du 8 décembre se référant expressément à la précédente du 2 novembre.

Son absence de reporting depuis septembre 2015 n’est en revanche pas documentée. Au contraire, les échanges de courriels produits montrent qu’elle soumettait à la validation de l’employeur ses propositions et sollicitait des réunions.

Nombre des griefs imputés à la salariée par l’employeur n’étant pas établis, il ne justifie pas par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ou harcèlement la procédure disciplinaire engagée contre Mme X... à ce moment de leur relation.

Il est constant que 4 jours après l’entretien disciplinaire, Mme X... a été destinataire d’une lettre recommandée avec accusé de réception de l’employeur lui notifiant un trop perçu d’avances sur commissions de 8.385,55€.

Aux termes de l’article L.3251-3 du code du travail, “*En dehors des cas prévus au 3° de l’article L. 3251-2, l’employeur ne peut opérer de retenue de salaire pour les avances en espèces qu’il a faites, que s’il s’agit de retenues successives ne dépassant pas le dixième du montant des salaires exigibles.*”

La retenue opérée à ce titre ne se confond pas avec la partie saisissable ou cessible. Les acomptes sur un travail en cours ne sont pas considérés comme des avances”.

Bien que Mme X a immédiatement contesté cette retenue par lettre recommandée avec accusé de réception du 15 décembre 2015, l’employeur n’en a pas moins opéré des retenues au titre de trop-perçu sur ses bulletins de décembre 2015 et janvier 2016.

L’employeur ne démontre pas, à l’examen des bulletins de paie de la salariée dont il résulte que mensuellement elle a perçu 250€ d’avance sur commissions jusqu’en octobre 2015, outre une somme variable intitulée “régul. commissions”, d’un montant de 5.819,38€ en 2015, que la retenue de 8.385€ qu’il a décidé d’opérer par prélèvements mensuels de 180,87€ portait sur une avance sur commission.

L’employeur soutient avoir maintenu la rémunération de la salariée durant ses arrêts de travail conformément au cadre fixé par la convention collective applicable.

Il apparaît cependant qu’à la date du 15 décembre 2015, où l’employeur a émis le bulletin de salaire de Mme X du mois de novembre 2015, celui-ci mentionne, compte-tenu d’un acompte par virement de 1.160€, un net à payer de 39,59€, cette situation résultant tout à la fois d’un arrêt des avances mensuelles sur commissions de 250€ versée jusqu’alors et d’une absence de maintien de rémunération durant son arrêt de travail du 17 au 30 novembre 2015.

L’employeur ne justifie pas du motif l’ayant conduit à différer au 15 janvier 2016, date du règlement de la rémunération du mois de décembre 2015, le paiement des sommes dues au titre du maintien de salaire de novembre 2015.

Mme X a de nouveau été en arrêt maladie du 4 janvier au 31 janvier 2016. Si l’employeur justifie avoir procédé dès le mois de janvier à un maintien de salaire à ce titre en se référant à l’article 18 de la convention collective applicable, il ne justifie pas avoir adressé l’attestation de salaire de la salariée à l’Assurance-maladie à réception de son arrêt de travail, compromettant ainsi sa perception à bonne date des indemnités journalières.

La salariée justifie avoir adressé un courrier à l’employeur le 22 janvier 2016 contestant ses décisions relatives aux commissions, ses retenues sur salaire, ainsi que le montant de son maintien de salaire, et lui demandant aussi une attestation justifiant de sa prise en charge par l’organisme de prévoyance APICIL.

Elle lui a également fait grief de ne pas lui avoir donné, comme aux autres salariés de la société, avec son bulletin de paie de décembre, des informations sur la mutuelle proposée par Y.

L’employeur ne justifie pas avoir répondu à ce courrier.

Il ne justifie par ailleurs d’aucune transmission à l’organisme de prévoyance APICIL de l’arrêt de travail de Mme X du 4 janvier 2016, puis de sa prolongation du 1^{er} février au 14 février 2016 avant le 20 juillet 2016.

Il apparaît ainsi que l’employeur échoue à prouver que l’ensemble des comportements, initiatives et décisions qu’il a adoptées à l’égard de Mme X étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination liées à la grossesse qu’elle avait annoncée début septembre 2015.

Il résulte par ailleurs des éléments de l’espèce qu’à compter du 6 juin 2016, soit postérieurement à son congé maternité, la salariée a été en arrêt de travail, l’arrêt ayant été prolongé le 1^{er} juillet jusqu’au 29 juillet 2016.

La salariée en a informé l’employeur le jour-même. Elle a justifié le 7 juillet 2016 auprès de son employeur du montant de ses indemnités journalières de juin pour le calcul de son maintien de salaire.

A la suite de la réception d'un bulletin de salaire au titre du mois de juin 2016 ne comportant aucune rémunération, elle a écrit à l'employeur, le 18 juillet 2016 pour réclamer son maintien de salaire.

Outre que l'employeur a attendu de recevoir sa lettre recommandée avec accusé de réception prenant acte de la rupture du contrat de travail en date du 28 juillet 2016, pour répondre à ses interrogations, par lettre recommandée avec accusé de réception du 10 août 2016, en expliquant qu'il appartenait à l'APICIL de prendre le relai, il ne justifie d'aucune démarche auprès de cet organisme au titre de la prévoyance avant le 12 septembre 2016.

Il apparaît ainsi que postérieurement à l'engagement de la procédure prud'homale par Mme X, en avril 2016, l'employeur a persisté à adopter à l'égard de Mme X : un comportement déloyal, notamment en ne répondant pas à ses interrogations légitimes relatives à son maintien de salaire et en n'accomplissant pas dans les meilleurs délais les démarches nécessaires auprès de l'organisme de prévoyance.

Il ne justifie pas par ailleurs avoir continué d'associer la salariée à la vie de l'entreprise à compter de son arrêt de travail de janvier 2016, en ne l'informant pas de la mutuelle choisie, ni des élections professionnelles, ni même du déménagement de l'entreprise.

Outre les témoignages de ses collègues de bureau établissant les pleurs répétés de la salariée sur son lieu de travail à compter de septembre 2015 et jusqu'à son arrêt de travail du 4 janvier 2016, la répétition des arrêts de travail de Mme X, alliée à la prescription de médicaments caractérisant un état anxio-dépressif, montrent l'impact sur la santé de Mme X du comportement de l'employeur, par la répétition d'actes de nature à dégrader les conditions de travail de la salariée et ses conditions de vie par une privation directe ou indirecte des rémunérations auxquelles elle avait droit.

L'employeur défaille à justifier que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un harcèlement et en considération de la persistance de son comportement postérieurement à l'engagement de l'instance judiciaire, Mme X était fondée à prendre acte de la rupture de son contrat de travail.

L'employeur soutient cependant que Mme X aurait organisé une situation de conflit dans le seul but de quitter l'entreprise à son avantage, ayant trouvé un autre emploi à proximité de chez elle.

S'il est établi que la salariée a trouvé un autre emploi, elle justifie que, contrairement aux affirmations de la société Y, elle n'a nullement été engagée par son nouvel employeur antérieurement au 1^{er} septembre 2016, date de son contrat de travail.

Si le ton employé par la salariée envers Mme C dans l'échange du 9 septembre 2015 relatif à l'information préalable de ses absences prévisibles peut être ressenti comme inexplicablement défensif, il n'en demeure pas moins que la suite de la relation établit que l'employeur avait adopté un comportement de nature à éveiller, puis asseoir la conviction de la salariée de ce qu'elle était discriminée à raison de sa grossesse et harcelée.

Si le ton adopté par la salariée, notamment dans les échanges écrits produits, a pu indisposer l'employeur, ce comportement ne suffit pas à démontrer qu'elle est à l'origine du conflit, dès lors que Mme X est parfaitement étrangère aux initiatives de l'employeur de lui demander ses objectifs dès le début du mois de septembre, puis de lui faire des reproches en grande partie injustifiés pour la sanctionner disciplinairement, puis de procéder à des retenues sur salaire injustifiées et de tarder à accomplir les démarches nécessaires à son maintien de rémunération durant ses arrêts de travail, abstraction faite de l'ignorance dans laquelle il l'a tenue des informations qu'il aurait dû lui communiquer en sa qualité de salariée de l'entreprise.

En conséquence, il échoue à établir que la véritable cause de la demande de résiliation judiciaire, puis de la prise d'acte de la salariée auraient un autre motif que la discrimination et le harcèlement qu'elle a subis.

La prise d'acte doit donc produire les effets d'un licenciement nul.

Le jugement entrepris sera confirmé de ce chef.

Sur l'annulation de la mise à pied

Il résulte de l'article L.1331-1 du code du travail qu'en cas de litige, le juge apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction.

L'employeur fournit au juge les éléments retenus pour prendre la sanction.

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

Si un doute subsiste, il profite au salarié.

Il résulte des considérations qui précèdent que l'employeur a sanctionné d'une mise à pied la salariée pour des faits dont nombre d'entre eux ne sont pas établis.

Dès lors, cette sanction est disproportionnée et doit être annulée.

Si l'employeur fait observer que cette mise à pied injustifiée n'a pas été exécutée, l'entretien préalable, puis la notification de cette sanction n'en ont pas moins causé à la salariée un préjudice moral dont il lui est dû réparation.

Le jugement entrepris qui a condamné la société **Y** à verser à Mme **X** une somme de 2.000€ sera confirmé.

Sur les commissions

Sur les demandes de remboursement de l'employeur

Aux termes de l'article 4 du contrat de travail relatif à la rémunération de la salariée, il est précisé: "Si les minima de ventes fixés conjointement sont atteints, il sera versé mensuellement à Mademoiselle **X** en sus de sa rémunération une commission calculée comme suit : 1,50% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé et encaissé, sous condition de réalisation d'une marge minimale de :

- 20% sur les prestations d'accueil annualisé en entreprise et prestations complémentaires,
- 25% sur les prestations dites événementielles.

Le contrat précise : Les résultats seront revus annuellement et les commissions révisées en conséquence sur le dernier mois de versement.

L'employeur ne verse pas aux débats la définition des objectifs commerciaux 2015.

C'est vainement que l'employeur se réfère au taux de 20% comme déclencheur de la commission due à la salariée, dès lors qu'il résulte des pièces produites par celle-ci qu'en 2015, c'est lui qui décidait pour chaque contrat du taux de marge.

A cet égard, la salariée souligne dans le courrier qu'elle a adressée le 22 janvier 2016 à l'employeur que Mme **Z** avait décidé, en début d'année 2015, après la perte de nombreux appels d'offres liés à des prix trop élevés, de baisser les marges et taux horaires pour générer des volumes.

Il résulte de ses bulletins de paie que Mme X a perçu mensuellement, à titre d'avances sur commission, 250€ par mois jusqu'en octobre 2015 inclus et qu'il lui a par ailleurs été versé une somme totale de 5.819,38€ entre avril et novembre 2015 au titre des commissions dues pour cette année-là.

Cette somme de 5.819,38€ ne correspond nullement à une avance, puisqu'elle est libellée sur les bulletins de paie "Régul. Commissions".

Le fait qu'il s'agisse d'un paiement complétant les avances sur commissions mensuelles de 250€ en règlement du solde des sommes dues à la salariée au titre de ses commissions résulte des pièces versées par Mme X aux débats, dont des échanges de courriels avec la comptabilité et la direction, qui établissent que Mme C validait mensuellement le montant des commissions accordées à la salariée.

Dans un contexte où l'employeur avait appliqué au cours de l'année 2015 d'autres dispositions pour le règlement de la part variable que celles fixées au contrat, ce dont il résulte que les commissions versées à la salariée lui avaient été définitivement acquises mois par mois, la société Y sera déboutée de sa demande de remboursement de la somme de 8.385,55€.

Par voie de conséquence, elle ne peut prétendre au remboursement de la somme de 233,33€ outre les congés payés afférents que le juge des référés lui a ordonné de rembourser à Mme X ; au titre des retenues sur salaire qu'il avait décidé de pratiquer en remboursement de ces prétendues avances.

Le jugement entrepris sera confirmé de ces chefs.

Sur le rappel de salaire au titre des commissions

La salariée produit des tableaux de facturation, dont il résulte que des commissions lui étaient dues à hauteur de 1498€ au 30 novembre 2015, 1207€ le 31 décembre 2015 et 3103€ au 31 janvier 2016.

Dès lors que l'employeur, au bénéfice des observations qui précèdent, ne justifie pas du bien-fondé de la marge de 20% qu'il applique dans le tableau de commission qu'il produit pour modérer le montant des sommes dues à la salariée.

Le jugement du conseil de prud'hommes sera confirmé en ce qu'il a accordé, sur la base des tableaux détaillés produits par Mme X ; et déduction faite de la somme versée par l'employeur en novembre 2015 à titre de régularisation des commissions, une somme de 5.650€, outre 565€ au titre des congés payés afférents.

Sur le maintien du salaire conventionnel durant les arrêts de travail

Aux termes de l'article 18 de la convention collective applicable, "*tout salarié ayant au moins 1 année d'ancienneté dans l'entreprise et dont le contrat de travail se trouve suspendu par suite de maladie ou d'accident dûment justifié par un certificat médical, et contre-visite s'il y a lieu, percevra un complément de salaire dans les conditions suivantes :*

- 1. Lors de chaque arrêt de travail, les délais d'indemnisation commenceront à courir :*
 - à compter du 1er jour d'absence, si celle-ci est consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle (à l'exclusion des accidents de trajet) ;
 - à compter du 1er jour d'hospitalisation réelle ou à domicile ;
 - à compter du 8e jour en cas de maladie non professionnelle ou d'accident de trajet.

Pour le calcul des indemnités dues au titre d'une période de paie, il sera tenu compte des indemnités déjà perçues par l'intéressé durant les 12 mois antérieurs, de telle sorte que si plusieurs absences pour maladie ou accident ont été indemnisées au cours de ces 12 mois la durée totale d'indemnisation ne dépasse pas celle applicable en vertu des alinéas suivants.

2. Le montant du complément est calculé comme suit :

- salarié de 1 à 3 ans d'ancienneté :

- pendant 30 jours, 90 % de la rémunération brute que le salarié aurait gagnée s'il avait continué à travailler ;

- pendant 30 jours, 75 % de cette rémunération ;

[...]

3. Toutes les garanties mentionnées au présent article s'entendent déduction faite des allocations que l'intéressé perçoit de la sécurité sociale et de tout régime de prévoyance.

[...]

En cas d'absence pour cause de maternité, le complément de salaire visé préalablement s'appliquera dans la limite du salaire versé.

En tout état de cause, un salarié ne pourra percevoir, après application des garanties mentionnées ci-dessus, une rémunération nette plus importante que celle qu'il aurait perçue s'il avait continué à travailler pendant la période de suspension de son contrat.

4. La rémunération à prendre en considération est celle correspondant à l'horaire pratiqué dans l'entreprise pendant l'absence de l'intéressé.

Toutefois, si, par suite de l'absence de l'intéressé, l'horaire du personnel restant au travail devait être augmenté, cette augmentation ne serait pas prise en compte pour la fixation de la rémunération du salarié absent.

L'ancienneté prise en considération pour la détermination du droit au complément s'apprécie au 1er jour de l'absence.

[...]

C. L'incidence de la maternité

En matière de protection, les cas des absences résultant de la maternité seront réglés par les dispositions légales”.

Il résulte de ces dispositions que l'article 18 de la convention collective applicable n'exclut pas la part variable de la rémunération de l'assiette de calcul de l'indemnité complémentaire due en cas de maladie.

Dès lors, la salariée est fondée en sa demande de rappel de salaire au titre du maintien de la rémunération calculée par référence à un salaire brut de 36.184,92€ au titre de l'année 2015, soit 3.015,41€ en moyenne.

La retenue sur salaire devant correspondre au temps exact de la cessation de travail, l'employeur pouvait retenir les jours de carence prévus à l'article 18, s'ils étaient ouverts, tant au titre de l'arrêt commençant le mardi 17 novembre 2015, qu'au titre de celui commençant le lundi 4 janvier 2016.

Ainsi, quand bien-même la convention collective applicable prévoit un délai de carence de 7 jours, seuls 4 jours pouvaient être retenus au titre de la première période et 5 au titre de la seconde.

L'employeur est en revanche fondé à soutenir qu'au delà du 31ème jour, le maintien de salaire passe de 90 à 75%.

Compte-tenu des indemnités journalières de la sécurité sociale perçues par la salariée durant la période considérée et déduction faite des sommes versées par l'employeur à ce titre (en ce compris la somme de 264,25€ versée en octobre 2016), il est dû à la salariée un reliquat de 191,19€.

S'agissant de l'arrêt de travail postérieur à son congé maternité, l'employeur fait justement valoir que le complément de salaire relevait de la Prévoyance et, même si elles ont été tardives, justifie avoir accompli les démarches nécessaires auprès de l'Apicil.

La salariée n'est dès lors pas fondée à solliciter un rappel de salaire à l'employeur à ce titre.

En conséquence, l'employeur sera condamné à verser à Mme X ; une somme de 191,19€ outre 19,11€ au titre des congés payés afférents à titre de maintien de salaire.

Le jugement entrepris sera infirmé quant au quantum accordé.

Sur les heures supplémentaires

La durée légale du travail effectif prévue à l'article L. 3121-10 du code du travail alors applicable, soit 35 heures par semaine civile, constitue le seuil de déclenchement des heures supplémentaires payées à un taux majoré dans les conditions de l'article L. 3121-22 du même code, soit 25% pour chacune des huit premières heures supplémentaires, les heures suivantes donnant lieu à une majoration de 50 %.

Aux termes de l'article L3121-20 du code du travail, les heures supplémentaires se décomptent par semaine civile.

En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux articles L. 3171-2 à L. 3171-4 du code du travail. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

Mme X était chargée de développement.
Son contrat de travail stipulait en son article 3 qu'elle était soumise à la durée légale de travail de 151,67 heures.

Elle précise qu'elle avait pour horaires de travail 9h-17h, produit des calendriers sur lesquels figurent jour par jour les heures supplémentaires qu'elle dit avoir accomplies, ainsi que des courriels envoyés avant 9h ou après 17h qui montrent qu'elle arrivait régulièrement vers 8h30 ou repartait vers 17h30, plus rarement après 18h.
Elle revendique l'accomplissement de 72,5 heures supplémentaires au cours de l'année 2014 et 70,5 au cours de l'année 2015.

L'employeur conteste les horaires de 9-17h mais ne justifie pas quels étaient les horaires effectifs de la salariée alors même qu'il doit en assurer le contrôle.

Il ne peut avoir ignoré la présence fréquente de la salariée sur son lieu de travail avant 9h ou après 17h, dès lors que Mme C était très souvent destinataire de courriels adressés par la salariée en dehors de ces plages.

Ce n'est qu'en décembre 2015, alors que cette pratique était installée depuis l'origine de la relation de travail, que l'employeur a fait grief à Mme X pour la première fois de l'accomplissement d'heures supplémentaires et ce, dans un contexte où le responsable des ressources humaines en charge de l'entretien disciplinaire du 7 décembre 2015 a déclaré que l'employeur voulait précisément se prémunir de la revendication d'heures supplémentaires.

Si dans ses écritures l'employeur soutient que la salariée avait une grande autonomie dans l'organisation de son travail, celle-ci n'était pas cadre et il ne l'établit nullement par la sanction disciplinaire qu'il lui a infligée en raison notamment de retards, de pauses de trop longue durée ou de l'accomplissement d'heures supplémentaires, par ailleurs justifiées par l'importance et l'urgence du dossier en étant à l'origine.

La Cour a donc la conviction que Mme X a accompli les heures supplémentaires qu'elle revendique.

Sur la base d'un taux horaire de 16,483€, la salariée justifie de sa demande de rappel de salaire de 2.946,35€, outre 294,64€ au titre des heures supplémentaires accomplies.

Le jugement entrepris sera confirmé de ce chef.

Sur les effets de la prise d'acte

La prise d'acte aux torts exclusifs de l'employeur produit les effets d'un licenciement nul en application des articles L.1132-4 et L.1152-3 du code du travail.

Sur l'indemnité compensatrice de préavis

Aux termes de l'article 19.1 de la convention collective applicable, il est dû à Mme X une indemnité compensatrice de préavis de deux mois.

L'indemnité compensatrice de préavis est en principe égale au montant de la rémunération que le salarié aurait perçue s'il avait effectué son préavis.

Compte-tenu de sa rémunération fixe de 2.500€, de sa rémunération variable annuelle totale au titre de l'année 2015 (11.014,38€, soit 917,86€ en moyenne mensuelle) et des heures supplémentaires habituellement accomplies (1.162,05€, soit 96,83€ en moyenne mensuelle), la salariée justifie au titre de l'année 2015 d'un salaire de référence de 3.514,69€.

L'employeur sera en conséquence condamné à lui verser une somme de 7.029,38€ au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, outre 702,93€ au titre des congés payés afférents.

Le jugement entrepris sera infirmé de ce chef.

Sur l'indemnité de licenciement

Les dispositions de l'article 19.2. de la convention collective applicable relatives à l'indemnité de licenciement sont moins favorables que les dispositions légales qui seront donc appliquées.

Selon l'article L1234-9 du code du travail, le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement. Les modalités de calcul de cette indemnité sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail. Ce taux et ces modalités sont déterminés par voie réglementaire.

L'article R1234-2 du code du travail dans sa rédaction applicable au présent litige, prévoit que l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté.

Il est constant que les diminutions de salaire imputables à des manquements de l'employeur ou des absences pour maladie du salarié doivent être neutralisées.

Compte-tenu de l'ancienneté de la salariée au moment de sa prise d'acte produisant les effets d'un licenciement nul et d'un salaire de référence de 3.514,69€, la société Y sera condamnée à lui payer une somme de 1.874,49€ à titre d'indemnité de licenciement.

Le jugement entrepris sera infirmé de ce chef.

Sur les dommages et intérêts pour licenciement nul

La rupture du contrat de travail a causé à la salariée un préjudice qui, en considération de sa faible ancienneté et de sa faible durée de recherche d'emploi sera justement réparé, en considération d'un salaire de référence de 3.514,69€, par une somme de 22.000€ à titre de dommages et intérêts.

Le jugement entrepris sera infirmé de ce chef.

Sur les dommages et intérêts pour harcèlement moral et discrimination

La discrimination et le harcèlement moral subis par la salariée ont dégradé sa relation de travail et nuit à sa santé.

L'employeur sera condamné à lui verser une somme de 5.000€ à titre de dommages et intérêts.

Le jugement entrepris qui n'a pas distingué le préjudice résultant de la discrimination et du harcèlement moral contemporains de l'exécution du contrat de travail et celui résultant de la rupture, et n'a dès lors pas accordé de dommages et intérêts au titre de la discrimination et du harcèlement moral, sera infirmé.

Sur les dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat

Le manque d'empressement de l'employeur à maintenir le salaire de la salariée à son juste niveau et à faire diligence pour qu'elle bénéficie de ses indemnités journalières puis de ses indemnités au titre de la prévoyance constitue une exécution déloyale du contrat de travail. Cette faute est d'autant plus caractérisée que la salariée s'était inquiétée auprès de lui de ces difficultés et qu'il ne lui avait pas répondu.

Ce comportement déloyal a causé un préjudice moral et matériel à la salariée en la privant injustement de ses revenus.

Le conseil de prud'hommes qui a accordé une somme de 3.000€ à la salariée en réparation de son préjudice sera confirmé.

Sur le reliquat au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés

La salariée justifie par les pièces produites qu'elle avait droit au paiement de 31 jours de congés payés et non de 25 comme mentionné dans le solde de tout compte.

Le jugement entrepris, qui a condamné l'employeur à lui verser une somme de 1845€ à ce titre sera confirmé.

Sur le cours des intérêts

Conformément aux dispositions de l'article 1231-6 du code civil, les créances salariales sont assorties d'intérêts au taux légal à compter de la réception par la société de la convocation à comparaître devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes soit le 11 avril 2016 .

En application de l'article 1231-7 du code civil, les créances indemnitaires produisent intérêts au taux légal à compter du prononcé du jugement du conseil de prud'hommes dès lors que celui-ci a condamné la société à des dommages et intérêts de ces chefs pour un montant globalement supérieur.

La capitalisation des intérêts échus dus au moins pour une année entière sera ordonnée en application de l'article 1343-2 du code civil.

Sur les dépens et frais irrépétibles

La société **Y**, sera condamnée aux dépens de l'instance et conservera la charge de ses frais irrépétibles.

L'équité et les circonstances de la cause commandent de faire application de l'article 700 du code de procédure civile au bénéfice de Mme **X** et de condamner la société **Y** à lui verser une somme de 1.500€ à ce titre.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

La Défenseure des Droits ayant été entendue,

DIT que la note en délibéré adressée par la société **Y** répond aux prescriptions de l'article 445 du code de procédure civile ;

DIT que les pièces N° 30 et suivantes communiquées par la société **Y** en même temps que cette note en délibéré sont irrecevables ;

DIT que la société **Y** est irrecevable en sa demande nouvelle d'indemnité compensatrice de préavis ;

INFIRME le jugement quant aux montants accordés au titre du maintien du salaire conventionnel durant les arrêts de travail, au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, au titre de l'indemnité de licenciement et à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul, en ce qu'il n'a pas accordé de dommages et intérêts distincts de ceux pour licenciement nul au titre de la discrimination et du harcèlement moral,

LE CONFIRME pour le surplus,

Et statuant sur les chefs infirmés et y ajoutant,

CONDAMNE la société **Y** ; à verser à Mme **X** les sommes de :
- 191,19€ au titre du maintien du salaire conventionnel durant les arrêts de travail outre 19,11€ au titre des congés payés afférents à titre de maintien de salaire.
- 7.029,38€ au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, outre 702,93€ au titre des congés payés afférents.
- 1.874,49€ au titre de l'indemnité de licenciement,

DIT que ces sommes porteront intérêt au taux légal, tout comme les autres condamnations prononcées par le conseil de prud'hommes au titre des créances salariales, à compter du 11 avril 2016,

CONDAMNE la société **Y** ; à verser à Mme **X** : les sommes de :
- 22.000€ à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul,
- 5.000€ à titre de dommages et intérêts pour discrimination et harcèlement moral,

DIT que ces sommes porteront intérêt au taux légal à compter du 29 novembre 2018 ;

ORDONNE la capitalisation des intérêts échus dus au moins pour une année entière ;

CONDAMNE la société **Y** aux dépens ;

CONDAMNE la société **Y** à payer à Mme **X** la somme de 1.500€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

DÉBOUTE la société **Y** de sa demande présentée au titre des frais irrépétibles.

LA GREFFIÈRE

LA PRÉSIDENTE