

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 6 - Chambre 9
ARRÊT DU 29 Novembre 2017

Numéro d'inscription au répertoire général S 16/01260 Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 17 Novembre 2015 par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de PARIS RG n° 13/16724

APPELANTE

Madame Alice Z PARIS née le 16 Septembre 1985 représentée par Me Arnaud GRIS, avocat au barreau de PARIS, toque D2008

INTIMÉE

SA HOPENING venant aux droits de la SAS EXCEL PUTEAUX N° SIRET 403 108 384 représentée par Me Clara LARTIGUE, avocat au barreau de PARIS, toque R005

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions de l'article 945-1 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 12 Septembre 2017, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Mme Christine LETHIEC, Conseillère, chargée du rapport. Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de : Madame Catherine SOMMÉ, présidente Monsieur Benoit HOLLEAUX, conseiller Madame Christine LETHIEC, conseillère Greffier : Mme Claudia CHRISTOPHE, lors des débats

ARRÊT :

- contradictoire

- prononcé par mise à disposition 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 Catherine SOMMÉ, présidente, et par Mme Caroline GAUTIER, greffière à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire. Faits et prétentions des parties Suite à un contrat de professionnalisation en date du 2 octobre 2009, Mme Alice Z a été engagée par la SA TBWA/ PARIS dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée à compter du 1er octobre 2010, pour y exercer les fonctions de chef de projet producteur, statut cadre, 3ème catégorie, niveau 2, en contrepartie d'une rémunération mensuelle brute de 2 300 euros avec une reprise de son ancienneté au 2 octobre 2009.

A compter du 19 septembre 2011, la salariée a été engagée par la SAS EXCEL dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée, pour y exercer des fonctions similaires avec la même classification professionnelle, en contrepartie d'une rémunération mensuelle brute de 2 450 euros, la salariée bénéficiant d'une reprise de son ancienneté au 2 octobre 2009. Elle exerçait, en dernier lieu, les fonctions de chef de projet, chef de groupe, et elle percevait une rémunération mensuelle de 2 650 euros pour un volume horaire de travail de 151.67 heures.

L'entreprise qui employait, au jour de la rupture, plus de dix salariés, est assujettie à la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité.

Des pourparlers de rupture conventionnelle, engagés au cours des mois de septembre et octobre 2013 entre les parties, n'ont pas abouti. La salariée a fait l'objet d'un arrêt de travail pour maladie à compter du 21 octobre 2013. Estimant ne pas être remplie de ses droits, Mme Alice Z a saisi, le 20 novembre 2013, le conseil de prud'hommes de Paris d'une demande tendant à voir prononcer la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de la société EXCEL et condamner celle-ci à lui verser diverses sommes à titre de rappel d'heures supplémentaires depuis 2011, de contrepartie obligatoire au repos, d'indemnité compensatrice de préavis, d'indemnité conventionnelle de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'indemnité pour frais irrépétibles, avec intérêts au taux légal et le bénéfice de l'exécution provisoire.

Aux termes d'un courrier adressé à la société EXCEL le 28 février 2014, Mme Alice Z a pris acte de la rupture de son contrat de travail en ces termes : "... En effet après plusieurs longues semaines d'arrêt-maladie, je ne vois aucune perspective d'amélioration quant à mon état de santé. L'idée de réintégrer mon poste m'est devenu insupportable, compte tenu du harcèlement que je considère avoir subi, mais également des attaques à ma dignité, qui ont considérablement dégradé mon état de santé.

Au surplus, malgré mes alertes en ce sens, aucune solution n'a été envisagée pour une amélioration rapide et durable de mes conditions et de mon environnement de travail, notamment s'agissant de ma charge de travail entraînant l'exécution d'un grand nombre d'heures supplémentaires. Je considère qu'il y a clairement un manquement à vos obligations. Dès lors, je n'ai d'autre choix que de celui de prendre acte de la rupture de mon contrat de travail à effet immédiat ".

Par courrier daté du 12 mars 2014, l'employeur a contesté les faits dénoncés par la salariée, en affirmant que la rupture du contrat de travail ne pouvait lui être imputable. Par jugement rendu le 17 novembre 2015, le conseil de prud'hommes de Paris, devant lequel la salariée a demandé que la prise d'acte produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, a condamné la société EXCEL à verser à Mme Alice Z les sommes suivantes : - 18 542 euros au titre des heures supplémentaires - 1 854.20 euros au titre des congés payés afférents avec intérêts au taux légal à compter de la réception par la partie défenderesse de la convocation devant le bureau de conciliation - 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile. La salariée a été déboutée de ses autres demandes et l'employeur condamné aux dépens de l'instance. Le 19 janvier 2016, Mme Alice Z a interjeté appel de cette décision.

Par conclusions visées par le greffe le 12 septembre 2017 et soutenues oralement, Mme Alice Z demande à la cour de confirmer le jugement prononcé le 17 novembre 2015 en ce qu'il lui a alloué les sommes précitées mais de l'infirmier en ce qu'il l'a déboutée de ses autres demandes. La salariée sollicite la requalification de la prise d'acte de rupture du contrat de travail en un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et la condamnation de la société EXCEL à lui verser les sommes suivantes :

- 10 487.90 euros à titre de rappel des heures supplémentaires non comptabilisés dans le cadre du jugement déféré

- 1 048.79 euros au titre des congés payés afférents

- 9 404.11 euros au titre de la contrepartie obligatoire de repos
- 11 355 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis
- 1 135 euros au titre des congés payés afférents
- 5 047 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement
- 45 240 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ces sommes avec intérêts au taux légal sur l'ensemble des indemnités
- 5 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Par conclusions visées par le greffe le 12 septembre 2017 et soutenues oralement, la SA HOPENING anciennement dénommée OPTIMUS, intervient volontairement aux droits et obligations de la société EXCEL suite à la radiation de celle-ci intervenue dans le cadre d'une transmission universelle de son patrimoine à son associé unique, la SA OPTIMUS Elle forme un appel incident sur les condamnations prononcées par le conseil de prud'hommes au titre des heures supplémentaires, des congés payés afférents et des frais irrépétibles, en demandant à la cour de débouter Mme Alice Z de l'intégralité de ses prétentions.

La société HOPENING forme une demande accessoire de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile. A titre subsidiaire, elle conclut à la confirmation du jugement entrepris. Pour un plus ample exposé de la procédure et des prétentions des parties, la cour se réfère à leurs conclusions visées par le greffier, reprises et complétées oralement lors de l'audience des débats.

SUR QUOI LA COUR

1/ Sur l'exécution du contrat de travail

a) Sur les demandes relatives aux heures supplémentaires et aux congés payés afférents

Mme Alice Z reproche à la société EXCEL de ne pas lui avoir rémunéré les nombreuses heures supplémentaires qu'elle était contrainte d'effectuer compte tenu de sa surcharge de travail et elle réclame, à ce titre, la somme globale de 29 032.90 euros dont une partie seulement lui a été allouée en première instance, outre les congés payés afférents.

L'employeur, pour sa part, conteste le bien-fondé de ces demandes. Il reproche à la salariée d'avoir utilisé le logiciel GENESYS en en modifiant, systématiquement, le paramétrage pour amplifier les horaires mentionnés sur les fiches de temps versées aux débats alors même que ce logiciel est destiné à aider les entreprises à optimiser leur relation clients pour la gestion de leurs affaires dans leur domaine d'activité et qu'il ne s'agit pas d'un logiciel d'enregistrement du temps de travail des salariés, les fiches temps étant susceptibles d'être modifiées, à tout moment, selon les paramètres choisis par l'utilisateur de l'outil.

En application de l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; le juge forme sa conviction au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe ainsi spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires

effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande. Mme Alice Z produit, sous la forme de tableaux, un décompte précis de chacune des semaines des années 2011 à 2013 où elle indique avoir effectué des heures supplémentaires, soit 120 heures en 2011, 420 heures en 2012 et 490 heures en 2013, déduction faite des jours de repos en RTT et des congés payés. Ces éléments sont corroborés par des échanges de SMS entre collègues ou avec Mme Catherine ... envoyés dans les circonstances suivantes :

- le 22 octobre 2012, à 19h23, Mme Alice Z s'est adressée en ces termes à Mme Catherine ... : "Catherine, Astrid voulait juste me prévenir qu'elle va m'envoyer un retour sur les e-mails que je lui ai envoyé et que si j'ai des questions, il faut que je l'appelle ce soir après 23h car elle va au cinéma" ;

- Le 13 décembre 2012, à 20h 52, Mme Alice Z indique à M. David ... : "David, je viens de partir de l'agence ..." ;

- Le 7 octobre 2013, à 7h24, Mme Alice Z indique à M. David ... : " ...J e suis deg je suis à l'agence car j'ai 2/3 trucs à faire avant de partir" ;

- Le 8 octobre 2013, à 8h05, alors que M. David ... demandait à Mme Alice Z si elle était levée, celle-ci lui a répondu : "Oui, je m'occupe de clients". La salariée verse aux débats, en outre, de nombreux courriels faisant état d'une surcharge de travail générant des horaires tardifs, dont certains, adressés dans les circonstances suivantes :

- le 28 septembre 2011 à 20h27 , client Caisse d'Epargne,

- le dimanche 2 octobre 2011 à 21h56, même client,

- le dimanche 16 octobre à 12h41, les affiches multicanal.

- le 24 novembre à 21h35, Brief Charte,

- le 3 décembre 2011 à 23h30, client Swaroski, - le 21 décembre 2011 à 0h06, même client,

- le 28 janvier 2012 à 0h35, Caisse d'Epargne,

- le 15 février 2012 à 21h33, réponse à un devis,

- le 21 mars 2012 à 22h37, calendriers,

- le 19 avril 2012 à 23h29, Caisse d'Epargne, - le 8 mai 2012 à 23h05, Courrèges, - le 26 juin 2012 à 22h37, Imagine R - le 16 juillet à 21h55, Caisse d'Epargne et Courrèges, - le 24 août 2012 à 3h01, Ban flash axe 1 - le 12 septembre 2012 à 23h18, Monétique santé, - le 26 octobre 2012 à 20h24, documentation ira5051, - le 12 novembre 2012 à 20h43, Charte Citroën, - le dimanche 6 janvier 2013 à 19h26, newsletter, - le 15 février 2013 à 23h11, emailing, - le dimanche 24 mars 2013 à 15h32, plaquettes bdr, - le 11 avril 2013 à 23h37, Heineken, - le 29 mai 2013 à 23h23, capture d'écran site web, - le samedi 1er juin 2013 à 21h38, Reco Heineken, - le 4 juillet 2013 à 8h03, Heineken, - le dimanche 22 septembre 2013 à 14h31, Heineken, - le dimanche 20 octobre 2013 à 22h19, Heineken. Mme Alice Z communique également les extraits de ses agendas pour les périodes concernées ainsi que les fiches du logiciel GENESYS correspondantes pour les années 2012 et 2013. Elle verse, en outre, aux débats des attestations de proches dont des amis, Mme Van ..., Mme ..., Mme ..., Mme ... et M. Julien ... ainsi que sa soeur et sa grand-mère qui font état de son état de fatigue résultant

d'une surcharge de travail et d'horaires excessifs ne lui permettant pas de profiter pleinement des événements familiaux, ni de week ends entre amis, ni de continuer son activité sportive d'escalade. La salariée produit ainsi des éléments préalables qui peuvent être discutés par l'employeur et qui sont de nature à étayer sa demande.

La société HOPENING fait valoir que la salariée ne tenait pas compte de l'horaire de travail au sein de l'entreprise de 37 heures avec un jour de RTT par mois et indique qu'elle a procédé à une correction des fiches GENESYS en introduisant de fausses données dans le paramétrage du logiciel. Elle relève que les horaires allégués ne correspondent pas aux mentions figurant sur les extraits d'agenda de la salariée, que celle-ci ne justifie pas avoir réalisé un travail effectif durant ces périodes litigieuses, que l'heure d'envoi des courriels produits n'est pas probante et qu'en tout état de cause elle ne justifie d'aucune contrainte professionnelle de travailler sur son ordinateur portable avec le système intranet de l'entreprise VPN en dehors des horaires de service.

La cour constate, à la lecture des informations données aux salariés et du règlement intérieur que l'horaire collectif de travail au sein de l'entreprise est le suivant : 'du lundi au jeudi de 9h30 à 13h et de 14h15 à 18h15 'le vendredi de 9h30 à 13h et de 14h15 à 17h45 Les bulletins de salaire de Mme Alice Z indiquent un volume horaire de travail de 151.67 heures par mois.

Cependant, l'examen des très nombreux courriels versés aux débats établit que Mme Alice Z répondait à des demandes de l'entreprise adressées tardivement en semaine ou les jours fériés sur des problématiques de prestations envers certains clients, qu'elle précisait, notamment, dans ses envois, la nature ou le choix des plaquettes à adresser en envisageant leur coût, caractérisant ainsi un travail effectif. Au surplus les horaires mentionnés par la salariée sur les courriels et SMS n'ont pu être modifiés.

Par ailleurs, la cour constate que la mise en place du logiciel GENESYS, au cours de l'année 2012, permet de facturer les prestations servies aux clients en fonction du temps comptabilisé par ce logiciel et consacré par les collaborateurs à chacune des affaires traitées, de sorte que le décompte des heures effectuées par les salariés et enregistrées par ce logiciel traduit la durée de travail effectif des intéressés.

La société HOPENING n'établit pas que Mme Alice Z a introduit dans le paramétrage de ce logiciel, des données de nature à modifier son amplitude horaire de travail, alors même que dès la mise en place de ce logiciel en 2012, l'employeur a, régulièrement, relancé l'ensemble des salariés pour que ceux-ci complètent leurs fiches de temps de travail ainsi que l'attestent les échanges de courriels entre Mme ... et M. ... au mois d'août 2012 et ainsi contrôlé l'utilisation de ce logiciel par le personnel.

De plus, les données figurant sur ces feuilles de temps sont confirmées tant par les mentions figurant sur les extraits des agendas de la salariée que par les courriels échangés sans qu'il en ressorte la moindre incohérence, étant au surplus observé que, déjà en 2011, la salariée justifie avoir, régulièrement, dépassé son temps de travail rémunéré alors même que le logiciel GENESYS, n'avait pas encore été mis en place. Au vu des éléments produits, et sans qu'il soit nécessaire de recourir à une mesure d'instruction, la cour a la conviction, au sens des dispositions précitées, que Mme Alice Z a bien effectué les heures supplémentaires alléguées qui ont été exactement évaluées par le conseil de prud'hommes à la somme de 18 542 euros. Il y a lieu de confirmer le jugement entrepris qui a condamné la société Excel aux droits de

laquelle se trouve la société HOPENING au paiement de cette somme, outre celle de 1 854.20 euros au titre des congés payés afférents. b) Sur la demande relative à la contrepartie obligatoire en repos Mme Alice Z demande la condamnation de l'employeur à lui verser une somme de 9 404.11 euros au titre de la contrepartie obligatoire en repos. La société HOPENING sollicite la confirmation du jugement déféré qui a débouté la salariée de cette prétention. En application des dispositions des articles L. 3121-11 et D. 3121-7 du code du travail dans leur rédaction applicable, le droit à la contrepartie obligatoire en repos est ouvert lorsque des heures supplémentaires sont accomplies au-delà du contingent annuel, lequel, en l'absence de disposition conventionnelle contraire, est fixé à 220 heures par l'article D.3121-14-1 du code du travail, étant précisé que pour les entreprises de plus de 20 salariés, le repos est de 100% du temps effectué en heures supplémentaires.

En l'espèce, compte tenu du nombre d'heures supplémentaires effectuées par Mme Alice Z au cours des années 2011, 2012 et 2013, il n'est pas établi que le seuil annuel précité ait été dépassé, de sorte qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris qui a rejeté ce chef de demande. 2/ Sur la rupture du contrat de travail Mme Alice Z demande à la cour de requalifier la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail en un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse compte tenu des graves manquements commis par l'employeur à son égard. Ce dernier conteste la gravité des manquements allégués, en demandant à la cour de confirmer le jugement déféré qui a débouté la salariée de cette prétention. Selon les dispositions de l'article L. 1231-1 du code du travail, le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié.

La prise d'acte permet au seul salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquements de l'employeur suffisamment graves pour empêcher la poursuite des relations contractuelles. Lorsque le salarié prend acte de la rupture en raison de faits imputables à son employeur, cette rupture produit, immédiatement, les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit dans le cas contraire, d'une démission. Il appartient au salarié d'établir les faits qu'il allègue à l'encontre de l'employeur, étant observé que la lettre par laquelle le salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail et cesse son travail, à raison de manquements de son employeur à ses obligations, ne fixe pas les termes du litige et ne lie pas les parties et le juge. Afin de pouvoir qualifier la rupture notifiée le 28 février 2014, il convient d'analyser les griefs reprochés par le salarié à son employeur et qui sont les suivants : - le harcèlement moral et l'atteinte à la dignité - les heures supplémentaires effectuées et non payées et l'amplitude des journées de travail - le travail dissimulé a) Sur le harcèlement moral et l'atteinte à la dignité

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. L'article L. 1154-1 du même code prévoit qu'en cas de litige, le salarié 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.

En l'espèce, la salariée affirme avoir été victime de harcèlement moral de la part de ses supérieurs hiérarchiques. Mme Alice Z fait valoir qu'elle a fait l'objet de commentaires

dégradants sur son physique de la part de ses collègues, que son supérieur hiérarchique lui a demandé, à plusieurs reprises, de se rendre dans une piscine naturiste, qu'elle a reçu des photographies à caractère sexuel dans des courriels des 21 mars et 11 avril 2013, représentant, notamment, une simulation de fellation et des sexes masculins et qu'elle a dénoncé cette ambiance de travail lors de son entretien annuel d'évaluation professionnelle du 21 mars 2013.

La salariée précise avoir, également, dénoncé ces faits de harcèlement et d'atteinte à la dignité lors des entretiens menés, le 3 octobre 2013, en vue de la signature d'une rupture conventionnelle avec la directrice financière, Mme ... et la directrice exécutive, Mme Elle verse aux débats une attestation d'une ancienne collègue, Mme Aurore ... rédigée en ces termes : " ...Une ambiance de travail souvent lourde, basée sur des blagues sur le physique qui peuvent faire sourire les premiers temps mais qui deviennent vite humiliantes et dévalorisantes Alice avait pourtant remonté ses points lors de son évaluation annuelle de 2013, mais les blagues n'ont pas cessé, pire encore, il a été dit à plusieurs reprises qu'elle ne voulait plus de blague sur le physique, une façon de la tourner au ridicule, et de nier le problème Je me souviens de cette fois, où un collaborateur s'est vanté d'avoir pris une photo d'Alice en jupe, sous le bureau, ce qui a amusé les collègues, je note également, les propositions indécentes ". L'intéressée reproche à l'employeur de n'avoir pris aucune mesure pour faire cesser ces agissements alors même que cette situation l'a contrainte à de nombreux arrêts maladie dès le 22 octobre 2013, compte tenu de l'altération de son état de santé, qu'ainsi elle a l'objet d'un suivi psychiatrique du mois de décembre 2014 au mois d'avril 2015. Ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral subi par la salariée au sens des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail. La société HOPENING verse aux débats le compte rendu de l'entretien d'évaluation annuelle de Mme Alice Z aux termes duquel, celle-ci souligne la bonne ambiance de travail, tout en souhaitant avoir " moins de blagues : commentaires sur le physique ". L'attestation de M. David ..., directeur commercial, indique : " je confirme que l'ambiance était bonne chez XL ; Nous avons constitué une petite équipe extrêmement soudée, avec pour projet commun de faire décoller cette jeune agence ; En tant que manager, j'ai constaté que les équipes des chefs de projet dont Camille ... et Alice Moche, se voyaient régulièrement le soir après les heures de travail pour partager un verre et ainsi spontanément renforcer la dynamique de groupe ; L'ambiance entre chef de projet, ou chef de groupe, était vraiment détendue, Alice étant la première à faire " un bon mot " pour animer l'ambiance de l'open space ". La qualité de cette ambiance au travail est confirmée par M. Franck ..., manager devenu ultérieurement directeur général adjoint qui atteste : " l'ambiance de travail était détendue et sympathique, Alice comme les autres mettait parfois un fond musical dans le bureau ; les sujets de conversation étaient divers et partagés par tous.... Alice formait avec Camille ... et d'autres salariés une bande de jeunes collègues qui s'attendaient le soir pour prendre des verres ou dîner ensemble ; Alice était la plus proche de Camille Courant, ... a toujours initié des collectes pour son anniversaire (') elle participait aux soirées organisés par Camille, avec lequel elle allait au cinéma ...Par exemple un midi où Alice a visionné sur son ordinateur un reportage TV sur l'immersion d'une animatrice dans un centre naturiste ce qui a suscité ponctuellement de belles plaisanteries "

M. Camille ..., chef de projet, affirme : " Il y a toujours eu une bonne ambiance chez XL, dans laquelle Alice s'est inscrite dès les premiers jours créant une relation de complicité sincère entre les membres de l'agence. Alice a toujours fait partie intégrante de cette complicité, particulièrement avec moi et les exemples de manquent : nous sommes allés boire des verres

ensemble après le travail, nous sommes allés au restaurant ensemble, nous sommes allés au cinéma ensemble, nous sommes allés à un concert ensemble, nous étions amis sur Facebook, elle m'appelait " milou " il y a tant d'anecdotes à citer ou Alice n'était pas la dernière pour rire au bureau...'Alice avait créé un faux compte sur ce même site pour écrire avec moi un message à David et ainsi lui faire croire que quelqu'un était intéressé par l'achat de sa voiture ". Mme ..., directeur administratif financier, précise : " L'ambiance dans ce service m'a toujours semblé bonne, les collaborateurs du même âge comme Camille ..., Alice Moche, Aurore ... et Marion ... sortaient parfois ensemble le soir directement après le bureau, l'agence étant située dans un quartier animé (près du grand Rex)". Elle indique notamment : " Lors de l'entretien du 3 octobre, elle est restée assez évasive sur les "blagues" et ne m'a jamais montré aucune photo comme cela apparaît dans les pièces du dossier de Alice Moche. Elle ne m'a du reste jamais parlé de photographies à connotation sexuelle alors que je tentais de comprendre sa décision de partir". Concernant le fait que M. Franck ... aurait proposé à Mme Alice Z de l'emmenner dans une piscine naturiste, l'intéressé dément cette accusation en ces termes : " je suis choqué et blessé par les allégations portées par Alice Moche à mon encontre : en 25 années de carrière professionnelle je n'ai à aucun moment fait de proposition inappropriée à aucune collègue, collaboratrice ou prestataire ". A cet égard, la cour relève que le 27 juin 2016, M. Franck ... s'est abstenu de répondre à une demande " d'ami " sur Facebook adressée par Mme Alice Z. S'agissant de la photographie de la tête de la salariée, entièrement couverte par un tissu figurant dans un courriel adressé le 21 mars 2012 par M. David ..., directeur commercial, celui-ci atteste les faits suivants : " 'Alice Moche et Camille ... ont souhaité faire équipe pour participer à ce concours et ont imaginé un projet " très décalé " ; Camille et Alice ont réalisé la photographie mentionnée au dossier 'nous avons alors jugé la proposition inappropriée et avons demandé à ce que cet axe soit stoppé ' je pensais pourtant que le fichier de cette photo avait été détruit, je suis plus que surpris de le voir réapparaître aujourd'hui". M. Camille ..., pour sa part, confirme ces circonstances en ces termes : " le détournement d'un challenge d'entreprise proposé par Excel ; le but créatif : détourner un agitateur à café pour en faire une " oeuvre ". Notre proposition fantasque et qui n'a bien entendu jamais été divulguée avait été trouvée et réalisée avec Alice. Une idée qui l'avait fait beaucoup rire ". Il en résulte que la photographie litigieuse a été conçue pour un défi créatif et qu'elle a été écartée par la hiérarchie dans le courriel du 21 mars 2012, de sorte qu'aucune atteinte à la dignité de la salariée n'est caractérisée. Concernant les courriels échangés le 11 avril 2013 entre Mmes X Z et et comportant des clichés photographiques à connotation sexuelle, il convient d'en relever le caractère inapproprié dans un contexte professionnel. Cependant, ces échanges portant sur "la patate" ne sont pas, exclusivement, destinés à Mme Alice Z et celle-ci y répond sur le ton de la plaisanterie en ces termes : " C'est bon, Camille a retrouvé Milou...". A cet égard, l'attestation de Mme Marion ... explicite les circonstances de ces échanges en ces termes : " ... atteste n'avoir assisté à aucun geste ou aucune parole qui pourrait être assimilé à du harcèlement sexuel de la part de Camille ... à l'encontre d'Alice Moche. Le mail évoqué par Alice ne lui était pas uniquement adressé et faisait référence à une plaisanterie d'une précédente soirée où Alice était présente, comme elle était à pratiquement toutes les soirées organisées par Camille , Aurore et/ou moi-même, tant avant, qu'après ce mail et tout au long de l'année 2013 jusqu'à son départ. Alice ne m'a pas ailleurs jamais fait part d'un sentiment de harcèlement de la part de Camille et partageait nos traits d'humour certes " potache " mais jamais volontairement blessant ". Ces circonstances sont confirmées par M. Camille ... qui atteste les faits suivants : " nous avons même organisé, chez moi, deux soirées très réussies, où Alice était présente mais aussi Aurore et Marion. C'est d'ailleurs au lendemain d'une de

ces soirées que la discussion de mails à l'humour clairement collégien a été lancée au énième degré et a circulé interactivement entre tous les camarades ; elle rebondissait sur nos conversations de la veille au soir mais n'était en cas destinée personnellement à Alice Moche ou à se moquer de qui que ce soit dans l'équipe...". La cour constate que Mme Alice Z ne communique qu'un seul courriel à connotation déplacée alors même qu'il est établi que, le 14 février 2012, durant la pause déjeuner, la salariée a adressé un courriel à son collègue Camille ..., comportant un lien vers une vidéo pub <http://www.madmoizelle.com/ren-skincare-pub-sexe-88359>, en omettant de préciser le caractère privé de cet échange. Par ailleurs, l'entreprise communique le règlement intérieur qui comporte, dans ses articles 12 et 13, les dispositions sur l'interdiction et sanction du harcèlement sexuel d'une part, du harcèlement moral. L'article 7 de ce règlement portant sur l'usage du matériel de la société indique : " Le personnel doit respecter la charte d'utilisation des ressources technologiques annexée au présent règlement intérieur ". La charte d'utilisation des ressources technologiques prescrit en son article 4. 3 relatif à l'usage de la messagerie : " quelques règles simples sont à respecter par tout utilisateur : " Ne jamais envoyer aux autres utilisateurs ou n'importe qui d'autre des messages notamment harcelants, indécents, d'incitation à la débauche de mineur ou à caractère pornographique ou comportant des messages incitant à la haine raciale' "

En application de ces dispositions, les salariés de l'entreprise bénéficient d'un système de filtrage "firewall" qui forme un bouclier contre les photos intrusives de l'extérieur. Suite à la demande de la salariée, lors de son entretien d'évaluation, le 21 mars 2013, d' " avoir moins de blagues/commentaires sur le physique " M. David ... et M. Franck ..., responsables de l'équipe, ont demandé au personnel de ne pas faire de blagues au travail qui puisse heurter la sensibilité des personnes ainsi que l'atteste M. David ... en ces termes : " ' Seule une remarque concernant des " Blagues sur les blondes " faites au sein de l'open space m'a été remontée. (cf: évaluation d'Alice Moche en mars 2013). Nous avons alors immédiatement, Franck et moi, immédiatement demandé à l'ensemble des collaborateurs de modifier leur comportement sur le sujet. suite à ce recadrage, l'ambiance est restée bonne ' " . Cette attestation n'est pas utilement remise en cause par la salariée. Il en résulte que la société HOPENING démontre que les comportements allégués étaient justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement moral.

Celui-ci n'étant pas caractérisé, il ne saurait constituer un manquement de nature à justifier la prise d'acte de la rupture aux torts de l'employeur. b) Sur les heures supplémentaires effectuées et non payées, l'amplitude des journées de travail et le travail dissimulé Il a été précédemment retenu que Mme Alice Z qui était rémunérée pour un horaire de travail de 151h67 par mois, a effectué des heures supplémentaires, générées par une surcharge de travail mais qu'elle ne pouvait prétendre à la contrepartie obligatoire en repos faute d'avoir dépassé le contingent annuel de 220 heures supplémentaires. La salariée se prévaut, également de l'infraction de travail dissimulé imputable à l'employeur, en s'abstenant, toutefois, de réclamer une indemnité à ce titre.

Aux termes des articles L. 8221-3, L. 8221-5 et L. 8223-1 du code du travail, 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, la salariée justifie du non paiement de ses heures supplémentaires pour les années 2011, 2012 et 2013 et l'entreprise, qui avait mis en place en 2012 le logiciel GENESYS, lui permettant de facturer les prestations servies aux clients en fonction du temps de travail des collaborateurs comptabilisé par ce logiciel et qui avait

relancé l'ensemble des salariés pour que ceux-ci complètent leurs fiches de temps de travail, ne pouvait ignorer la surcharge de travail de Mme Alice Z, générant des horaires tardifs alors même que les bulletins de paye de l'intéressée ne mentionnent aucune heure supplémentaire et un volume horaire de travail mensuel de 151h67.

La salariée produit, également, des certificats médicaux de son médecin traitant qui établissent la nécessité pour l'intéressée de se reposer compte tenu d'un état dépressif et cet état de fatigue est confirmée tant par une ancienne collègue (Mme Aurore ...) que par des amis (Mme ..., Mme ..., Mme ...) et des membres de la famille. La cour déduit de l'ensemble de ces éléments que la surcharge de travail de Mme Alice Z ayant conduit l'intéressée à effectuer, sur trois ans, des heures supplémentaires pour un montant de 18 542 euros qui ne lui ont pas été rémunérées, constitue un manquement de l'employeur suffisamment grave pour rendre impossible la poursuite du contrat de travail et justifier la rupture du contrat de travail à ses torts.

Cette rupture notifiée par Mme Alice Z, le 28 février 2014, produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges dont la décision sera infirmée à ce titre. 3/ Sur les conséquences indemnitaires de la rupture du contrat de travail Mme Alice Z, dont le salaire mensuel de référence est de 3 318.18 euros compte tenu des heures supplémentaires effectuées, est fondée à solliciter une indemnité compensatrice de préavis d'un montant de 9 954,54 euros correspondant à trois mois de salaires, outre les congés payés afférents d'un montant de 995,45 euros, en application de l'article 68 de la convention collective applicable. En vertu des dispositions de l'article 69 de la convention collective de la publicité, prévoyant que les salariés ayant jusqu'à 15 ans d'ancienneté peuvent prétendre à une indemnité de licenciement égale à 33 % de mois des derniers appointements perçus par année de présence et au prorata des mois de présence pour toute fraction d'année supplémentaire, la salariée qui justifie d'une ancienneté de 4 ans et huit mois, période de préavis incluse, est fondée à percevoir l'indemnité conventionnelle de licenciement qu'elle réclame soit la somme de 5 047 euros.

Aux termes de l'article L. 1235-3 du code du travail, si un licenciement intervient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse et qu'il n'y a pas réintégration du salarié dans l'entreprise, il est octroyé au salarié à la charge de l'employeur une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Compte tenu de l'effectif de l'entreprise supérieur à dix salariés, des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée à Mme Alice Z, de son ancienneté de plus de quatre années, de sa capacité à trouver un nouvel emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelles et des conséquences du licenciement à son égard, il y a lieu de lui allouer, en application de l'article L. 1235-3 du code du travail, une somme de 27 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il convient d'infirmier le jugement déféré en ce qu'il a débouté Mme Alice Z de ses prétentions indemnitaires pour rupture abusive. L'application de l'article L. 1235-3 du code du travail appelle celle de L. 1235-4 du même code de sorte que la société HOPENING sera condamnée à rembourser à Pôle emploi les indemnités de chômage versées à Mme Alice Z, dans la limite de six mois. En application des articles 1153 et 1153-1 du code civil, recodifiés sous les articles 1231-6 et 1231-7 du même code par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les créances de nature salariale porteront intérêts au taux légal à compter de la réception par

l'employeur de sa convocation devant le bureau de conciliation et les créances à caractère indemnitaire porteront intérêts au taux légal à compter du prononcé de l'arrêt. 4/ Sur les frais irrépétibles et les dépens La société HOPENING qui succombe, supportera la charge des dépens, en versant à Mme Alice Z une indemnité de 3 000 euros au titre des frais irrépétibles exposés, en vertu de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

CONSTATE l'intervention volontaire de SA HOPENING anciennement dénommée OPTIMUS venant aux droits de la SAS EXCEL ;

CONFIRME le jugement déféré en ce qu'il a condamné la SAS EXCEL aux droits de laquelle se trouve la SA HOPENING anciennement dénommée OPTIMUS, à verser à Mme Alice Z les sommes suivantes :

- 18 542 euros au titre des heures supplémentaires effectuées au cours des années 2011, 2012 et 2013

- 1 854.20 euros au titre des congés payés afférents

INFIRME le jugement en ses autres dispositions ;

Statuant à nouveau et y ajoutant,

DIT que la prise d'acte, notifiée le 28 février 2014, par Mme Alice Z produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

CONDAMNE la SA HOPENING anciennement dénommée OPTIMUS venant aux droits de la SAS EXCEL à verser à Mme Alice Z les sommes suivantes :

- 9 954,54 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis

- 995,45 euros au titre des congés payés afférents

- 5 047 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement ces sommes avec intérêts au taux légal à compter de la réception par l'employeur de la convocation devant le bureau de conciliation

- 27 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec intérêts au taux légal à compter du présent arrêt ;

CONDAMNE la SA HOPENING anciennement dénommée OPTIMUS venant aux droits de la SAS EXCEL à rembourser à Pôle emploi les indemnités de chômage versées à Mme Alice Z, dans la limite de six mois ;

CONDAMNE la SA HOPENING anciennement dénommée OPTIMUS venant aux droits de la SAS EXCEL à verser à Mme Alice Z une indemnité de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNE la SA HOPENING anciennement dénommée OPTIMUS venant aux droits de la SAS EXCEL aux dépens d'appel.

LE GREFFIER - LE PRÉSIDENT