

13 février 2025

Cour d'appel de Montpellier

RG n° 22/00285

2e chambre sociale

Texte de la **décision**

Entête

ARRÊT n°

Grosse + copie

délivrées le

à

COUR D'APPEL DE MONTPELLIER

2e chambre sociale

ARRET DU 13 FEVRIER 2025

Numéro d'inscription au répertoire général :

N° RG 22/00285 - N° Portalis DBVK-V-B7G-PI53

Dont joint dossier RG n° 24/00882

Décision déferée à la Cour :

Jugement du 22 DECEMBRE 2021

CONSEIL DE PRUD'HOMMES - FORMATION PARITAIRE DE PERPIGNAN

N° RG F 21/00283

APPELANTE (Intimé dans le RG 24/882) :

Madame [W] [C]

née le 13 Décembre 1981 à [Localité 5] (66)

de nationalité Française

Domiciliée [Adresse 2]

[Localité 4]

Représentée par Me Denis ROUANET de la SELARL BENOIT - LALLIARD - ROUANET, avocat au barreau de LYON

INTIMEE (Appelante dans le RG 24/882) :

S.A.S. ENTHALPIA SUD OUEST

Représentée par son Président en exercice, domicilié en cette qualité au siège social, sis

[Adresse 1]

[Localité 3]

Représentée par Me Frédéric GUIZARD, avocat au barreau de MONTPELLIER, avocat postulant

Assistée par Me Alexandre GASSE de la SCP GASSE CARNEL GASSE TAESCH, avocat au barreau de NANCY, substitué par Me Mourad BRIHI, avocat au barreau des PYRENNES-ORIENTALES

Ordonnance de clôture du 04 Novembre 2024

COMPOSITION DE LA COUR :

En application de l'article 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 02 DECEMBRE 2024, en audience publique, le magistrat rapporteur ayant fait le rapport prescrit par l'article 804 du même code, devant la cour composée de :

Monsieur Thomas LE MONNYER, Président de chambre

Madame Véronique DUCHARNE, Conseillère

Madame Magali VENET, Conseillère

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Madame Naïma DIGINI

ARRET :

- contradictoire

- prononcé par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, après prorogation de la date du délibéré initialement prévue le 06 février 2025 à celle du 13 février 2025, 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 Monsieur Thomas LE MONNYER, Président de chambre, et par Madame Marie-Lydia Viginier, Greffier.

Exposé du litige

*

* *

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES :

Suivant contrat de travail à durée indéterminée en date du 1er mars 2005, assorti d'une reprise d'ancienneté au 6 septembre 2004, Mme [W] [C] a été engagée le 1er mars 2005 par la société Enthalpia Ouest, spécialisée dans le travail temporaire, en qualité d'assistance d'agence junior.

Une clause de non concurrence a été stipulée dans ce contrat et étendue par un avenant daté du 7 octobre 2014, la salariée étant promue au poste de chargée de gestion RH.

La salariée n'a pas signé l'avenant n°12 que lui a proposé l'employeur, daté du 1er janvier 2020, la promouvant au poste de 'Chargée d'affaire - statut agent de maîtrise - niveau E, emploi repère commercial d'agence, sans modification de sa rémunération'.

La salariée était membre du Comité social et économique (CSE).

Le 4 juin 2020, Mme [C] a vainement sollicité de l'employeur la conclusion d'une rupture conventionnelle.

Par lettre datée du 15 juin 2020, la salariée a pris d'acte de la rupture du contrat de travail en reprochant à son employeur des faits de harcèlement moral ayant causé une dégradation de son état de santé, ainsi qu'une discrimination en raison de son sexe. La société a accusé réception, par lettre datée du 2 juillet 2020, du courrier de prise d'acte 'reçu le 25 juin' en réfutant les griefs formulés par la salariée.

Par un contrat du 1er juillet 2020, Mme [C] a été recrutée par la société [Localité 5] Intérim, également spécialisée dans le travail temporaire, laquelle s'installait dans les locaux libérés quinze jours plus tôt par la société Enthalpia Sud-Ouest.

Par une requête déposée le 3 mai 2021, la société Enthalpia Sud-Ouest a saisi la formation de référé du conseil de prud'hommes de Perpignan aux fins de condamnation de son ancienne salariée à respecter la clause de non concurrence et en paiement de diverses sommes à titre provisionnel.

Le 14 juin 2021, Mme [C] a saisi le conseil de prud'hommes de Perpignan aux fins de voir analyser la prise d'acte produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et condamner la société au paiement de diverses sommes de nature salariale.

Par jugement du 22 décembre 2021, ce conseil a statué comme suit :

Dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail de la part de Mme [C] s'analyse en une démission de poste ;

Déboute Mme [C] de l'ensemble de ses demandes ;

Renvoie devant le jugement départiteur pour les demandes reconventionnelles de l'employeur ;

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Dit que chaque partie conserve la charge de ses dépens.

Le 17 janvier 2022, Mme [C] a relevé appel de tous les chefs de ce jugement, l'instance étant enregistrée sous le numéro RG 22/285.

Par un jugement de départage rendu le 25 janvier 2024, la juridiction prud'homale, après avoir retenu que l'employeur n'avait commencé à verser la contribution financière attachée à la clause de non concurrence qu'à compter du 1er juillet 2020, soit quelques jours après la date de notification de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, rendant la clause inopposable à la salariée, a statué comme suit :

Condamne Mme [C] à payer à la société Enthalpia Sud Ouest la somme de 11 231,34 euros au titre des indemnités de non-concurrence perçues indûment entre le 1er juillet 2020 et le 30 juin 2021 ;

Déboute la société Enthalpia Sud Ouest de sa demande tendant au paiement de l'indemnité fixée temporairement par la clause de non-concurrence ;

Condamne Mme [C] à payer à la société Enthalpia Sud Ouest la somme de 1 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamne Mme [C] aux dépens de l'instance ;

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement dans les limites de l'article R. 1454-28 du code de travail ;

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires au dispositif.

Le 19 février 2024, la société Enthalpia Sud Ouest a relevé appel de tous les chefs de ce jugement l'ayant débouté de ses demandes et ayant limité les sommes allouées au titre de l'article 700 du code de procédure civile, cette instance étant enregistrée sous le numéro de RG 24/882.

Par une ordonnance du 11 juillet 2024, le conseiller chargé de la mise en état a joint les deux procédures.

Suivant ordonnance du 4 novembre 2024, le conseiller de la mise en état a clôturée la procédure et fixée l'affaire à l'audience du 2 décembre suivant.

' Aux termes de ses conclusions récapitulatives n°2, remises au greffe le 22 août 2024, Mme [C] demande à la cour d'infirmier le jugement 22 décembre 2021 ainsi que celui rendu le 25 janvier 2024 en ce qu'il l'a déboutée de ses demandes et condamnée au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens. Elle demande donc à la cour, statuant à nouveau, de fixer son salaire mensuel brut à la somme de 3 090,55 euros, de dire irrecevable la pièce n°26 adverse, de dire la clause de non-concurrence inopposable ou nulle à titre subsidiaire, de débouter la société Enthalpia Sud Ouest de ses demandes, et de la condamner à lui verser les sommes suivantes :

- 49 448,80 euros nets à titre de dommages-intérêts pour licenciement nul, ou, à titre subsidiaire, 40 177,15 euros nets à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- 13 822 euros nets à titre d'indemnité légale de licenciement ;
- 6 181,10 euros bruts à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 618,11 euros bruts au titre des congés payés afférents ;
- 92 716,50 euros nets à titre d'indemnité forfaitaire compte tenu de la violation de son statut protecteur ;
- 10 000 euros nets au titre de l'indemnisation du préjudice moral lié au harcèlement subi ;
- 3 400 euros nets au titre de l'indemnisation du préjudice moral lié à la discrimination subie ;
- 2 000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile pour la première instance et concernant le jugement du 22 décembre 2021, ainsi qu'aux entiers dépens ;
- 2 000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile pour la première instance et concernant le jugement 25 janvier 2024, ainsi qu'aux entiers dépens ;
- 2 000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel, ainsi qu'aux entiers dépens.

Mme [C] demande également à la cour d'assortir les condamnations des intérêts au taux légal à compter de la date de réception par la société Enthalpia Sud Ouest de sa prise d'acte, de prononcer la capitalisation des intérêts, et de prononcer l'exécution provisoire de la décision.

' Aux termes de ses conclusions récapitulatives n°2, remises au greffe le 9 octobre 2024, la société Enthalpia Sud Ouest demande à la cour d'infirmier le jugement du 25 janvier 2024 en ce qu'il a dit la clause de non-concurrence inopposable à Mme [C] et l'a déboutée de ses demandes à ce titre et, statuant à nouveau, de condamner en conséquence Mme [C] à lui verser les sommes suivantes :

- 35 114,91 euros au titre de l'indemnité forfaitairement fixé par la clause de non concurrence ;
- 10 188,16 aux titres des retenues à la sources, charges salariales et patronales ;
- 10 000 euros en applications des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens ;

La société Enthalpia, qui se reconnaît débitrice envers Mme [C] de l'indemnité de non-concurrence pour la période du 27 au 30 juin 2020, demande à la cour de confirmer le jugement du 22 décembre 2021, en ce qu'il a jugé que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail produisait les effets d'une démission et débouté Mme [C], de l'intégralité de ses demandes et d'ordonner la compensation des créances réciproques.

Pour l'exposé des prétentions et des moyens des parties, il est renvoyé, conformément à l'article 455 du code de procédure civile, à leurs conclusions ci-dessus mentionnées et datées.

Motivation

MOTIVATION

Sur la rupture du contrat de travail :

La prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail. En cas de doute, celui-ci profite à l'employeur. Elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, voire nul, si les faits invoqués la justifiaient ou, dans le cas contraire, d'une démission.

En l'espèce, Mme [C] a pris acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur par lettre datée du 15 juin 2020 - laquelle ne fixe pas les termes du litige - ainsi libellée :

« Salariée de votre entreprise depuis le 6 septembre 2004 et occupant le poste de Chargée d'Affaires depuis quelques mois, je vous notifie par la présente prise d'acte de la rupture de mon contrat de travail à vos torts et griefs.

En effet, je subis depuis de nombreuses années des pressions qui entraînent une dégradation de mon état de santé qui sont dues principalement à vos nombreux manquements.

Lors des différents entretiens individuels et collectifs, j'ai évoqué et avisé mes Responsables hiérarchiques à plusieurs reprises des pressions et des contrôles que je subissais quotidiennement. Je me permets de vous rappeler que mes précédents collègues ont dénoncé les mêmes agissements lors de leurs départs de l'entreprise. Cependant, malgré toutes ces alertes, aucune sanction, ni même avertissement a eu lieu, laissant s'installer au sein de l'agence un climat de tension et de stress permanent.

Une de mes premières alertes de mon état de stress a été mon arrêt maladie pour burn-out en juillet 2018. Mon angoisse et mon état de tension ne m'ont pas permis de tenir bon et de rester en agence afin de tenir mon poste en toute quiétude. J'ai lutté pendant plusieurs semaines afin d'éviter cet arrêt, en vain. Pour seule réponse, mes responsables hiérarchiques ont évoqué l'idée de vouloir profiter de l'été en famille et de vouloir prolonger mes congés payés. Ma direction ne s'est pas plus questionner au sujet de ce burn-out. Quel manque de considération !

Au vue de mon anxiété, j'ai pris rendez-vous auprès de la Médecine du travail en date du 04 juillet 2019. Celle-ci a pu constater mon état de santé fragilisé par un stress important lié à des pressions quotidiennes. Elle a même recommandé qu'un nouveau rendez-vous soit pris 6 mois plus tard (février 2020).

Elle m'a également recommandé à un confrère à elle, le Docteur [K], psychologue du travail afin de mettre en évidence le fait que mon emploi dans votre entreprise était néfaste pour ma santé mentale. Suite à ces rendez-vous révélateurs, je me suis vue prescrire un traitement médical de plusieurs mois.

Mon changement de poste s'est effectué de façon non-officielle le 18 février 2019, date à laquelle M. [O] [X] a été remercié de faire son préavis à la maison. J'ai donc, durant plus d'un an, effectué un double poste Chargée de Recrutement et Chargée d'affaire. J'ai pu lors de ce nouveau poste apprécier ce métier et tout mettre en 'uvre pour le développement commercial de l'agence. J'ai ouvert plusieurs comptes client, toujours actifs à ce jour et la progression du planning sur le portefeuille client de mon prédécesseur ne cesse d'augmenter. Je me suis battue, chaque jour et sans relâche, afin de porter l'agence à son plus haut niveau.

En date du 18 octobre 2019, vous m'avez évoqué le changement de poste et la signature de mon nouveau contrat dit avenant. Cependant, lorsque j'ai mentionné la partie rémunération, je me suis vue notifier un refus catégorique sous prétexte que je n'étais pas prévue cette année et qu'il me fallait patienter en janvier 2021 pour bénéficier d'une augmentation de salaire.

J'ai contesté cette décision de façon orale le jour même, puis par mail en date du 25 novembre 2019. Je suis restée sans réponse. A ce jour, toujours aucune réponse. Démoralisant par rapport à mon investissement.

J'ai évoqué avec ma responsable d'agence, la discrimination en raison du sexe suite à cette décision, mon prédécesseur pour une ancienneté identique à la mienne (nous avons intégré l'entreprise le même jour de la même année) percevait un salaire de 2 500 euros brut par mois ; soit 200 euros de plus par mois que moi sur le même poste. Je tiens également à vous préciser que je continue d'occuper la double casquette de Chargée de recrutement et de Chargée d'affaires, ce que mon prédécesseur ne faisait pas.

Afin de montrer réellement mon mécontentement et ma contestation de cette décision, j'ai refusé la signature de mon avenant de contrat. Cela est passé inaperçu auprès de ma Direction. A ce jour je n'ai toujours pas accepté ce nouveau poste officiellement.

De plus, au vue de mon ancienneté et de mes compétences, mon Directeur de Région ne m'a jamais proposé un poste tel que celui de référente Sud-Ouest. Quel en est le motif, je ne le sais pas. Pourquoi ' Certainement par manque de communication.

Mes évaluations individuelles ont toujours été très positives et toujours très bien notées. Elles sont complètement

contradictoires avec les évolutions de poste demandées régulièrement.

Les explications que vous m'avez fournies au cours de notre entretien du 25 mai 2020 et du 4 juin me semblent insuffisantes.

Suite à cet entretien, je n'ai remarqué aucune amélioration de la situation. Vous comprendrez qu'il m'est alors impossible de rester dans l'entreprise.

A ce titre j'ai tenté vainement d'obtenir de votre part une rupture conventionnelle pour partir en bon terme. Naturellement au vu de mon ancienneté vous avez jugé que mon indemnité légale était trop élevée'

Depuis l'annonce des pourparlers, vous avez proposé le renouvellement d'[F] [V], en CDD en qualité d'assistante d'agence, la privant ainsi du déblocage de ses IFM (indemnités de fin de mission). [F] a donc refusé son renouvellement. De plus notre responsable d'agence s'est mise en maladie « pour une durée indéterminée » selon vos termes. Vous me demandez aujourd'hui de tenir l'agence à bout de bras, après une période de télétravail à temps plein pendant le confinement. En effet il ne vous a pas échappé que les plannings fournis étaient impossible à tenir si on devait répondre aux intérimaires et à la clientèle ne serait-ce que pour garder contact.

Mais il ne reste plus que moi pour tenir votre agence qui court à la catastrophe. J'effectue aujourd'hui un nombre d'heures supplémentaires considérable et ma fatigue devient insupportable. Ces heures ne seront, comme d'habitude jamais rémunérées. Je ne suis pas corvéable à merci. C'est pourquoi je prends acte de la rupture de mon contrat de travail en vous en imputant la responsabilité.

Cette rupture deviendra effective à la date de présentation de la présente lettre. Je suis dans l'incapacité d'effectuer mon préavis en raison de mon état de santé et c'est pourquoi je terminerai mon contrat le 26/06/2020 au soir de sorte à vous permettre de réaliser les acomptes aux intérimaires encore en poste et poursuivre les contrats sur la semaine d'après. [...] »

Au soutien de son action, Mme [C] , à qui la charge de la preuve des manquements incombe, soutient avoir subi un harcèlement moral ainsi qu'une discrimination en raison de son sexe et s'être vu imposer une modification unilatérale de son contrat de travail.

Sur la modification unilatérale du contrat de travail et le cumul d'emplois :

Mme [C] se plaint d'avoir dû cumuler, suite au départ de l'entreprise de M. [O], outre ses fonctions initiales de Chargée de gestion RH, celles de chargée d'affaires, l'employeur lui imposant cette promotion alors même qu'elle a refusé de signer l'avenant proposé en raison de l'absence d'augmentation de salaire associée.

L'employeur conteste le grief qui lui est fait en objectant à juste titre qu'aucun élément probant ne vient étayer le prétendu cumul de fonctions allégué. La salariée, qui invoquait dans la lettre de rupture l'accomplissement de nombreuses heures supplémentaires non rémunérées, qui auraient pu être accomplies dans l'hypothèse d'un tel cumul, ne formule aucune réclamation à ce titre. L'employeur justifie par ailleurs et contrairement à ce que la salariée soutient avoir engagé en mai 2019, Mme [N] pour occuper les fonctions de Chargée de gestion RH, son contrat de travail à durée déterminée de six mois ayant été prolongé jusqu'au mois de juillet 2020. (pièces employeur n°49 et 50)

La société ajoute que nonobstant l'absence de signature de l'avenant, la salariée a accepté sa promotion ainsi qu'il ressortirait du courriel émis par Mme [V], dont se prévaut la salariée, aux termes duquel sa collègue fait état de 'son contentement d'être prochainement promue à ce poste', et du fait que cette promotion était assortie d'une augmentation de sa rémunération variable et de la mise à disposition d'un véhicule de fonctions que la salariée a acceptées.

Il ressort de la lettre de rupture, dont les termes ne sont pas utilement critiqués par l'employeur de ce chef, sauf à indiquer que les fonctions de M. [O] ont été également remplies par la responsable d'agence, Mme [B], que Mme [C] occupe officieusement le poste de chargée d'affaires depuis l'arrêt maladie de M. [O], qu'elle s'est investie dans ces fonctions qu'elle apprécie. Cette promotion figure sur les bulletins de salaire depuis le mois de janvier 2020, un avenant ayant été soumis à la salariée pour entériner cette promotion que l'intéressée n'a pas signé.

Si la seule poursuite de la relation contractuelle ne vaut pas approbation de la modification du contrat de travail souhaitée par l'employeur, il ressort de l'ensemble des éléments communiqués que cette promotion, à laquelle Mme [C] aspirait dès l'année 2017/2018, répondait à la volonté de l'intéressée qui n'a pas signé l'avenant en raison des conditions financières proposées par l'employeur, lesquelles se sont limitées à une augmentation du pourcentage de sa rémunération variable et de la mise à disposition d'un véhicule de fonction. La salariée ne conteste pas avoir accepté l'avantage en nature fournie par l'employeur attaché à cet emploi. Par ailleurs, il n'est pas contesté par la société Enthalpia Sud-Ouest que la salariée a vainement sollicité en octobre 2019 une augmentation de son salaire et qu'elle l'a invitée à patienter janvier 2021. Au vu de l'ensemble de ces éléments, s'il est constant que Mme [C] n'a pas signé l'avenant daté du 1er janvier 2020, il ne résulte pas que l'employeur a imposé à l'intéressée une modification unilatérale de son contrat de travail en la promouvant au poste de chargée d'affaires.

Ce grief n'est pas fondé.

Sur la discrimination :

L'article L. 1132-1 du code du travail dispose qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, 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'adaptation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, notamment en raison de son sexe. Selon l'article L. 1134-1 du code du travail, lorsque survient un litige relatif à l'existence d'une discrimination 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, le salarié présente des éléments de fait en laissant supposer l'existence 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.

En l'espèce, la salariée met en exergue le fait, constant, que, alors qu'elle a été engagée à la même date et au même coefficient que M. [O], à l'occasion de sa promotion au poste de Chargée d'affaires, l'employeur s'est refusé à lui accorder une augmentation de sorte qu'elle percevait un salaire mensuel brut inférieur de 200 euros à celui que percevait son

prédécesseur. Elle affirme que cette situation est d'autant plus injuste qu'elle cumule depuis le départ de M. [O] un double emploi.

Il suit de ce qui précède que cette dernière allégation d'un cumul de responsabilités n'est pas avérée.

A compter du 1er janvier 2020, les bulletins de salaire de Mme [C] mentionnent l'emploi de 'Chargé d'affaires' avec maintien d'un salaire mensuel brut de base de 2 311 euros hors primes variables et exceptionnelles, soit le même salaire que celui qu'elle percevait depuis janvier 2018, tandis que M. [O], son prédécesseur, percevait au jour de la rupture de son contrat de travail en avril 2019 une rémunération mensuelle brute de base de 2 562,75 euros. Ces éléments laissant supposer l'existence d'une inégalité de salaire laquelle pourrait trouver sa cause illicite dans la différence de sexe de ces deux salariés, il appartient à l'employeur de démontrer que cette inégalité repose sur des motifs étrangers à toute discrimination.

Détaillant l'évolution salariale et professionnelle de Mme [C] depuis son entrée au sein de l'entreprise, les nombreuses formations suivies, l'employeur conteste toute discrimination en raison de son sexe. Elle ajoute que lorsque la salariée est arrivée au même niveau que M. [O], si son salaire a bien été inférieur de 200 euros bruts par mois ce n'est qu'en raison de l'importante différence d'expérience.

Certes, il ressort des pièces versées aux débats que l'évolution professionnelle et salariale dont Mme [C] a bénéficié de son embauche au 1er janvier 2020, tout à fait favorable contredit la thèse d'une discrimination en raison du sexe. Toutefois, il n'est justifié ni de l'expérience professionnelle dont M. [O] aurait pu se prévaloir à l'occasion de son embauche relativement à l'activité du travail intérimaire, ni de l'évolution de sa rémunération et notamment de celle dont il a pu bénéficier, d'une part, à l'occasion de sa promotion à ce poste de Chargé d'affaires, dont il n'est pas discuté que les responsabilités sont d'un niveau plus élevé que celles qu'occupait jusqu'alors la salariée en qualité de Chargée de gestion RH, et d'autre part, au cours de l'exercice de ces fonctions. Par suite, il n'est pas établi par l'employeur que le salarié auquel Mme [C] se compare utilement a connu une stagnation salariale à l'occasion de sa promotion et de la prise en compte, le cas échéant, par l'employeur d'une insuffisante maîtrise par le salarié concerné des attendus du poste au jour de sa promotion. Faute ainsi de justifier objectivement par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination l'absence d'augmentation consentie et le corollaire de cette différence de salaire, le jugement sera infirmé en ce qu'il a écarté la discrimination alléguée.

Le préjudice en résultant sera indemnisée à hauteur de 2 000 euros.

Sur le harcèlement moral :

En application des articles 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.

Selon les dispositions de l'article L. 1154-1 du même code, dans sa version issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, du code du travail, lorsque le salarié présente des éléments de fait, précis et concordants, constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de laisser supposer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

En l'espèce, Mme [C] énonce les faits suivants, constitutifs selon elle d'un harcèlement ayant débuté à l'arrivée de Mme [B] en qualité de responsable d'agence : 1. Les pressions insoutenables et quotidiennes exercées sur elle par Mme [B], responsable d'agence ; 2. Le caractère généralisé des agissements de Mme [B], dont ont également souffert ses collègues, à savoir M. [O] et Mmes [V], [J] et [I] ; 3. La carence de l'employeur, informé de longue date de la situation ; harcèlement moral dont elle indique qu'il a entraîné la dégradation de son état de santé psychique.

L'employeur conteste tout manquement de ce chef et conteste la valeur probante des pièces produites par la salariée, en mettant en doute la sincérité de certains de ses anciens collaborateurs ou en soulignant le fait qu'ils ont quitté l'entreprise il y a plusieurs années.

Mme [C] se plaint d'avoir été soumise à un stress permanent en lien aux contrôles systématiques et intempestifs de Mme [B], un traçage de sa part, une surcharge de travail et une ambiance pesante. Pour justifier ses dires, la salariée se prévaut des éléments suivants :

- le message que M. [A], ancien associé de l'entreprise et directeur régional, a adressé à M. [D], dirigeant de la société, le 23 avril 2018 par lequel il exprime ses inquiétudes au moment de quitter l'entreprise sur la santé morale de l'équipe de [Localité 5], et de poursuivre :

'En effet, [T], [W] et [X] sont au bord de l'implosion, victimes d'un harcèlement moral de plus en plus insupportables de la part de [S]. Je t'en ai fait part plusieurs fois, ce n'est pas nouveau, mais à l'heure de mon départ, les 'victimes m'ont expliqué par le menu ce qu'ils subissaient. Bien entendu, l'attitude de [S] à mon égard n'est pas du tout la même [...] Un homme averti en vaut deux.'

- l'alerte adressée le 30 juillet 2018 par M. [O] à l'occasion de son arrêt pour burn-out à M. [Y], directeur régional, qui en accuse réception, ainsi libellé :

« Après 14 ans dans votre entreprise dont dix années à nous plaindre mes collègues et moi du comportement de notre responsable d'agence je déplore le fait que vous n'ayez jamais pris en compte nos considérations, j'en arrive à penser que seule la rentabilité est importante à vos yeux. Je sais que vous appréciez le côté 'coquin' de notre chef d'agence qui va si bien à notre métier, pour ma part ce côté coquin ne m'habite pas, je suis une personne droite et honnête envers mes clients et mes intérimaires, travailleur, assidu et sérieux, je n'ai jamais compté mes heures même quand notre chef d'agence m'avait fait un planning officiel hebdomadaire de plus de 35 (ça a duré des années). Ça fait dix ans que je m'efforce à retenir les intérimaires, pour l'instant et ne parlerai pas des choses illégales que j'ai vu passer pendant toutes ces années. Aujourd'hui, je n'ai ni la force ni l'envie de continuer l'aventure, il en va de ma santé qui se dégrade d'année en année. » (Pièce n°10)

- un courriel adressé le 13 juillet 2020 par M. [O], un ancien collègue ayant quitté l'entreprise en 2019, à M. [D], directeur national :

« Tout d'abord merci pour ta confiance. Ce qui arrive à [Localité 5] était la seule issue possible pour la santé du personnel. Il n'y a pas plus sourd que celui qui ne veut entendre. Cela fait des années que je tirais la sonnette d'alarme sur le comportement humain de [S] [B]. Il était à vomir. [...] A mon départ [W] a repris tous mes clients et s'est efforcée d'en créer d'autres et pour 88 euros d'augmentation [H] l'a envoyée à la pêche, la non-considération de ses efforts, de son implication l'ont mise à l'envers. [...] De plus en juillet 2018, le Docteur [Z] de la médecine du travail m'a arrêté sur le champ pour Burn out, une semaine après [W] l'est aussi pour Burn out également, l'agence de [Localité 5] avait deux tiers du personnel sous les ordres de [S] [B] en burn out et ça ne vous a pas interpellé alors que le Docteur [Z] s'était rapproché du siège pour vous en informer. Quelques temps plus tard [H] [Y] a été convoqué par l'inspecteur du travail pour la même raison, a-t-il fait remonter l'information à la DRH' [...] » (Pièce n°11)

- l'attestation conforme aux dispositions de l'article 202 du code de procédure civile, aux termes de laquelle M. [O] confirme ses propos et témoigne de ce qu'après 10 ans de stress dû au management exécrable de notre responsable d'agence mon état de santé s'est détérioré (perte de sommeil anti dépresseurs et ça a fini par un premier cancer etc.) Malgré de multiples plaintes concernant notre chef d'agence [S] [B], le silence de notre direction m'a été insupportable. J'en ai parlé à la médecine du travail Docteur [Z] qui s'est déplacée dans nos bureaux pour avoir un entretien avec Mme [B], elle a aussi contacté notre direction pour leur dire qu'il y avait un gros problème sur l'agence de [Localité 5] mais aucune réaction de leur part. ['] l'inspecteur m'a dit qu'il allait contacter l'entreprise. Mais toujours aucune réaction. Et comme je l'ai écrit au siège de ma société, Mme [W] [C] n'avait pas d'autre choix que de quitter l'entreprise il en allait de sa santé. » (Pièce n°29)

Les agissements de Mme [B] sont corroborés par les attestations conformes aux dispositions de l'article 202 du code de procédure civile établies par Mmes [J] et [I] :

Mme [J] atteste comme suit :

« Lors de mes premiers mois de formation, j'ai pu constater que ma Responsable d'Agence se permettait des réflexions désobligeantes en public à la moindre petite erreur. Je me suis vite aperçue de son management directif et autoritaire qui entraînait une ambiance néfaste au sein de l'Agence. Les prises d'initiatives ou d'autonomie étaient censurées, les contrôles incessants de toutes nos tâches. Son stress non maîtrisé accentuait le mal être de chacun. Après de nombreuses réunions, discussions avec elle, nous en avons référé plusieurs fois à notre Responsable Régionale : M. [U]. Il a fait remonter les informations à la Direction Régionale (mails à l'appui) mais personne ne nous a appelés pour savoir ce qu'il se passait. Les collègues ont démissionné les uns après les autres, d'autres sont partis en « Burn Out » et rien n'a changé, on a juste proposé une formation de management à ma responsable qui ne l'a jamais suivie. Nous avons toujours travaillé avec sérieux et la mise en avant constante de notre Responsable ainsi que la non-prise en considération de notre souffrance par notre Direction nous a tous atteinte moralement. A sa prise de fonction, j'ai parlé à notre nouveau Directeur Régional M. [Y] [H], des agissements et du harcèlement subi au quotidien. Sa seule réponse a été : « il faut laisser le passé et penser au futur' » ! Il n'est resté que [W] [C] et moi-même, nous nous soutenions mais alors que j'étais en congé maternité, seule ma collègue n'a pas tenu, face à tout cela. En ayant pris de la distance grâce à mon absence, je me suis rendue compte que je ne voulais plus travailler dans ces conditions. Le départ de [W] a été l'élément déclencheur de ma démission. » (Pièce n°31)

- Mme [R] [I] témoigne pour sa part de ce :

' qu'à l'arrivée de [S] [B], l'ambiance se dégrade au fur et à mesure, dégoûte notre envie de venir travailler à l'agence. Elle

nous surveille sans cesse, sans motif, même à venir nous chercher aux toilettes, à taper et à nous demander de venir vite parce qu'il y a un intérimaire ou un client !!! Son comportement est inacceptable et c'est pour moi du harcèlement. Je décide dans un premier temps d'avertir mon supérieur [L] [A] qui la reprend. Cela ne dure que peu puisqu'elle recommence à nouveau. Exemple : elle me demande de faire du commercial et lorsque je récupère des clients me répond « tu as couché avec lui » donc trop c'est trop et je pars après 14 ans. [W] est la plus calme, la plus zen d'entre nous donc il en faut vraiment beaucoup pour qu'elle ne soit pas d'accord. » (Pièce n°37)

- le courriel que Mme [V], qui était alors engagée en CDD, en qualité de chargée de gestion en remplacement de Mme [], a adressé à l'appelante en décembre 2019 le témoin précisant qu'elle avait déjà accompli un stage dans l'entreprise et travaillé en 2018, aux termes duquel cette salariée lui indiquait :

« J'ai remarqué qu'en l'absence de [T] [], [S] [] en avait profité pour se rapprocher de toi. Au départ, j'avoue que je pensais que c'était une question de commodité pour une meilleure communication. Au bout de quelques jours, je me suis aperçu qu'il s'agissait plutôt d'un rapprochement hiérarchique. Plus besoin de se lever ou de s'appeler, il suffit de crier à travers la cloison ce qui dérange l'ensemble des collaborateurs et ce qui empêche fortement l'accueil physique et téléphonique dans de bonnes conditions.

J'ai bien vu que cela t'impacter énormément car ton comportement change au bout de la première heure de bureaux juxtaposés. Tu te fermes complètement.

Après avoir évoqué le « futur changement de poste en tant que chargée d'affaires » et du potentiel « épanouissement professionnel » que cela était supposé engendrer, Mme [V] poursuit comme suit :

[S] te demandait des comptes immédiatement sans même avoir eu le temps de te poser ou de faire toi-même le point sur tes échanges extérieurs. ['] Au bout de quelques mois, je pense que c'est encore une fois une façon de garder le contrôle sur ce que tu fais car elle n'est pas avec

toi à l'extérieur. Encore une fois, tu te renfermes car elle monopolise toute l'attention. Elle rapporte et compare systématiquement tes visites à ses expériences à elles. Pour tes prospects, c'est la même chose, elle se les accapare automatiquement.

Quand tu es à l'agence, nous ne pouvons même plus nous isoler pour faire le point sur la sécurité, sur les Cet, sur les renouvellements, ou tout autre info qui est importante dans le cadre de ma formation et mon intégration au sein de l'équipe. Elle intervient de manière quotidienne et régulière sur nos échanges sans que nous l'ayons invité à cet échange. Je trouve que nous n'avons plus aucun moment « d'intimité ». C'est intrusif et c'est perturbant au quotidien car je vois que notre relation n'est pas celle que nous avons ensemble lors de mon remplacement en 2017. Il en va de même quand nous avons une conversation téléphonique avec un tiers, il faut qu'elle demande ce qu'il a été dit ou qu'elle donne un commentaire pendant l'échange téléphonique alors qu'elle ne sait pas de quoi il en retourne. Je pense qu'elle te le fait de plus en plus régulièrement. Je me sens en permanence sur écoute et je pense que ta proximité de bureau fait en sorte que tu te sens encore plus sur écoute que moi. Je trouve ça éreintant'.

De plus, quand tu viens te positionner à l'accueil avec moi ; il n'y a pas une seule fois où dans les minutes qui ont suivies elle ne nous ai pas rejoint. Elle se met dans les conversations directement toujours en ramenant tout à elle.

Dès que tu pars en salle de pause ou dès que tu pars te « rafraîchir », il faut qu'elle te suive soit pour te donner une info ou soit pour elle aussi aller aux toilettes. Je ne comprends pas pourquoi elle te suit systématiquement. C'est tous les jours la même chose, je ne suis pas directement concerné mais je me sens impactée. Je vis la situation de l'intérieur et je me sens déjà moi opprimée. Alors je m'imagine ce que tu peux ressentir au quotidien. C'est l'état de stress permanent que tu emportes à la maison. Ce n'est pas normal et ce n'est pas humain ; Ce n'est surtout pas gérable sur la longueur. » (pièce n°17)

La salariée a transféré le 20 décembre 2019 ce message au docteur [Z], médecin du travail, 'pour faire constater mes souffrances quotidiennes'.

A juste titre, l'employeur souligne le caractère surprenant de la forme de ce dernier témoignage, s'interrogeant sur l'intérêt pour Mme [V] d'adresser à une collègue que l'on côtoie quotidiennement de telles informations, témoignage qui n'est étayé par aucune attestation conforme aux dispositions de l'article 202 du code de procédure civile, sauf à ce que la destinataire de ce message, Mme [C], l'ait commandé pour pouvoir le transmettre au médecin du travail et instrumentaliser ce dernier.

Le message que Mme [V] a adressé en juin 2020 à l'employeur pour lui annoncer qu'elle ne donnerait pas suite à la proposition de l'employeur de la titulariser au terme de son CDD, présente davantage de spontanéité ; après avoir exposé les motifs personnels la conduisant à ne pas donner suite à la proposition de titularisation, qu'elle estimait tardive, elle y critique le manque de « communication » au sein de l'agence et le fait que « ce mot nous manque tellement et manque cruellement à certains de vos managers qui oublie le mot HUMAIN dans MENWAY, LA RESSOURCE HUMAINE », dénonce le management 'où vous devez rendre des comptes en permanence (ce qui) n'est pas un management productif. Un management dans lequel vous vous sentez scruter/écouter au quotidien est malsain. Lors de mon arrivée, un malaise était présent sur l'agence de [Localité 5] ; un malaise qui est dû à un passif qui ne concerne pas les nouveaux entrants. J'ai vu et je vois au quotidien une de mes collègues dépérir professionnellement et humainement. Le mot est fort, je le conçois mais si vous la connaissiez, vous penseriez la même chose. Ce stress permanent d'un mauvais management, a fait que j'ai perdu mon binôme au sein de cette agence. » (Pièce n°18)

Il ressort de l'ensemble que la salariée établit non seulement des conditions de travail dégradées liées à un contrôle constant de son activité et un comportement intrusif de Mme [B] sur les échanges des collaborateurs entre elles ou vis-à-vis de la clientèle, caractérisant un micro management, et le fait que l'employeur bien qu'alertée de cette situation depuis avril 2018 par plusieurs sources, n'a pas réagi.

Mme [C] communique le certificat de M. [M], médecin victimologue qui atteste avoir reçu en juillet 2018 pour faire le point sur son état psychologique suite à un burn out lié à ce qu'elle m'en dit à un stress permanent, une surcharge de travail, une ambiance pesante au quotidien, ce médecin relevant une humeur triste, une inhibition, une insomnie, une douleur morale etc... elle communique encore le certificat d'arrêt de travail du 26 juillet au 24 août 2018 pour burn-out et le traitement prescrit par le médecin.

' Pris dans leur ensemble, ces faits précis et concordants permettent de présumer l'existence d'un harcèlement.

Certes, l'employeur souligne que Mme [C] qui exerçait des mandats au CE puis au Comité Social et Économique n'a jamais exercé de droit d'alerte auprès de la direction, ce que la salariée dernière ne conteste pas.

La société souligne encore à juste titre qu'à l'occasion des visites médicales en date des 26 novembre 2018, 11 juillet 2019 et 29 janvier 2020, le médecin du travail, bien qu'alertée de difficultés au sein de l'agence, l'a déclarée apte sans réserve. Elle ajoute ne pas avoir été avisée de la visite effectuée par le médecin du travail en août 2018 dans les locaux, ce que la réponse que lui a faite le médecin du travail à la correspondance qu'il lui a adressée en juillet 2020 semble

accréditer.

La société Enthalpia Sud-Ouest établit encore avoir été confrontée successivement entre le 25 juin et le 8 juillet 2020 aux départs de Mmes [C] (prise d'acte), [V] (décliner la proposition de titularisation), [B] (arrêt-maladie) et [J] (démission).

Elle relève et justifie qu'à l'occasion de ses entretiens annuels d'évaluation, la salariée n'a fait état d'aucune difficulté relativement à ses conditions de travail et qu'elle félicitait le dirigeant de l'entreprise en mars 2020 quant à son humanité, suite aux mesures prises par ce dernier dans le contexte de la crise sanitaire, là encore sans faire état d'une quelconque difficulté dans ses conditions de travail.

Elle plaide par ailleurs la mauvaise foi de la salariée qui dès sa prise d'acte s'est engagée auprès d'une société Intérim [Localité 5], le 1er juillet 2020, dans les locaux qu'elle venait de libérer et démontre par la communication de l'accord transactionnel conclu le 14 décembre 2020 avec cette société qui a reconnu, ainsi que sa maison mère la société Groupe JTI, s'être rendues responsables de faits de concurrence déloyale à son encontre, que la salariée y a directement participé. La preuve étant libre, Mme [C] n'est pas fondée à soulever l'irrecevabilité de cette preuve au regard de l'engagement de confidentialité qui ne lie les parties qu'entre elles.

Néanmoins, le comportement de la salariée postérieur à la rupture du contrat de travail ne saurait justifier le harcèlement moral qu'elle dénonce avoir subi pendant plusieurs années de la part de la responsable d'agence. Il est établi que l'entreprise, alertée par M. [U], plus de deux ans avant la rupture et à une date où l'on ne saurait sérieusement remettre en cause la sincérité de ses propos à la lumière des agissements de concurrence déloyale dont la société sera victime deux ans plus tard, sur la souffrance au travail, la dégradation de la santé psychique des collaborateurs en raison des agissements de harcèlement moral dont se rendait coupable Mme [B], chef d'agence, peu de temps avant les arrêts de travail de M. [O] et de Mme [C], lesquels ont été tous les deux placés en arrêt pour burn-out, n'allègue ni ne justifie avoir pris une quelconque disposition pour investiguer sur ce point et y mettre un terme, hormis une formation en management qui aurait été proposée à Mme [B], selon le témoignage de Mme [V], formation à laquelle la responsable d'agence n'aurait pas donné suite.

À la même époque, le directeur régional, M. [Y], était averti par M. [O] des motifs de son burn-out.

Or, au vu des éléments communiqués et notamment des témoignages de Mmes [V] et [J], la cour considère établie la poursuite du comportement inapproprié adopté par Mme [B] à l'égard de ses collaborateurs et notamment de Mme [C] en décembre 2019.

L'employeur n'étant pas fondé à invoquer le comportement fautif qu'il reproche à la salariée d'avoir adopté postérieurement à la rupture, à savoir la violation de sa clause de non-concurrence, qui selon lui entacherait d'un doute les motivations de sa prise d'acte, il sera jugé qu'il ne justifie pas, par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, le micro management exercé par Mme [B] sur les collaborateurs placés sous son autorité et notamment sur Mme [C] et l'absence de prise en compte des alertes concordantes qu'il a reçues en mai et juillet 2018, manquant

ainsi à son obligation de sécurité, la convocation de Mme [B] à un entretien préalable à un éventuel licenciement, évoquée par la directrice des ressources humaines dans sa réponse de juillet 2019 à la lettre de prise d'acte, tardive, ne pouvant exonérer l'employeur de sa carence prolongée jusqu'au jour de la rupture du contrat de travail.

Le jugement sera donc infirmé en ce qu'il a considéré que le harcèlement moral dénoncé par la salariée n'était pas avéré. Le préjudice en résultant sera réparé par l'allocation de la somme de 1 500 euros de dommages-intérêts.

Il suit de ce qui précède que Mme [C] établit, d'une part, une inégalité salariale en raison du sexe et d'autre part, une situation de souffrance au travail liée à un micro management constitutif d'un harcèlement moral, dont l'employeur n'a pas pris la mesure en s'abstenant de prendre une quelconque mesure correctrice. En l'état de ces manquements, lesquels remontent certes pour partie à l'année 2018, tout en se prolongeant néanmoins dans le temps, et pour partie à compter de janvier 2020 s'agissant de la discrimination salariale, la salariée justifie de manquements empêchant la poursuite de la relation contractuelle.

En conséquence, le jugement sera infirmé en ce qu'il a débouté Mme [C] de ses demandes au titre de la rupture du contrat de travail et il sera jugé que la prise d'acte produit en conséquence les effets d'un licenciement nul.

Au jour de la rupture, Mme [C] âgée de 38 ans bénéficiait d'une ancienneté de 15 ans et 10 mois au sein de la société Enthalpia Sud-Ouest qui employait plus de dix salariés. Elle percevait un salaire mensuel brut de 3 090 euros.

Lorsque le salarié dont le licenciement est nul ne demande pas sa réintégration dans son poste, il a droit d'une part aux indemnités de rupture et d'autre part à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, quelles que soient son ancienneté et la taille de l'entreprise.

La salariée peut prétendre, en premier lieu, au paiement d'une indemnité compensatrice de préavis, correspondant, conformément à l'article L. 1234-5 du code du travail, à la rémunération brute qu'elle aurait perçue si elle avait travaillé pendant la période du délai-congé. En l'état de sa rémunération et de son ancienneté et des stipulations conventionnelles, il lui sera alloué la somme de 6 181,10 euros outre 618,11 euros au titre des congés payés afférents.

La salariée peut prétendre, en deuxième lieu, au paiement d'une indemnité de licenciement, calculée selon les modalités prévues par la convention collective pour le personnel d'encadrement. Compte tenu de sa rémunération et de son ancienneté, qui, pour le calcul des droits, s'apprécie à la date d'expiration normale du délai congé, il lui sera alloué, conformément au calcul détaillé figurant à ses écritures, à ce titre la somme de 13 822 euros, montant qui n'est pas critiqué à titre subsidiaire par l'employeur.

La salariée a été engagée en qualité de directrice d'agence de la société d'intérim qui est venue concurrencer de manière

déloyale la société Enthalpia Sud-Ouest dès le 1er juillet 2020.

Il lui sera alloué une indemnité de 19 000 euros.

Salariée protégée, Mme [C] est en droit de prétendre au paiement d'une indemnisation pour violation de son statut protecteur. En effet, le membre du Comité Social et Économique dont la prise d'acte de la rupture du contrat de travail produit les effets d'un licenciement nul lorsque les faits invoqués la justifiaient, a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis son éviction jusqu'à l'expiration de la période de protection, dans la limite de deux ans, durée minimale légale de son mandat, augmentée de six mois, ce dont il résulte que la rémunération servant de base au calcul de l'indemnité devait comprendre la prime de vacances prévue par la convention collective applicable, quand bien même celle-ci est versée postérieurement à la prise d'effet de sa prise d'acte.

Si nulle partie ne précise la date de l'élection de Mme [C], l'employeur qui ne présente aucune observation sur la réclamation formulée par Mme [C] dans la limite de 30 mois de salaire, ne soutient pas que l'échéance de son mandat de représentant du personnel devait prendre fin dans les 24 mois suivant la date de la prise d'acte. La réclamation sollicitée à ce titre sera donc accueillie.

Sur la violation de la clause de non-concurrence :

Il est constant qu'après avoir vainement sollicité le 4 juin 2020 la rupture conventionnelle du contrat de travail, Mme [C] a pris acte de la rupture aux torts de l'employeur en précisant qu'elle ne se présenterait pas sur le lieu du travail à compter du 26 juin, avant de s'engager dès le 1er juillet 2020 au sein de la société Intérim [Localité 5], laquelle s'est installée dans les locaux que la société Enthalpia venait de libérer, quinze jours auparavant. Le nouvel employeur de Mme [C] a indemnisé la société Enthalpia Sud-Ouest pour concurrence déloyale.

Pour être valide, une clause de non-concurrence doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié, et comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière prévue. Celle-ci a la nature d'une indemnité compensatrice de salaire stipulée en conséquence de l'engagement du salarié de ne pas exercer, après la cessation du contrat de travail, d'activité concurrente à celle de son ancien employeur.

Les parties s'accordent pour considérer qu'au jour de la rupture la salariée était soumise à la clause de non concurrence dans sa rédaction issue de l'avenant n°4 faisant défense à la salariée « d'entrer directement ou indirectement, sous quelque statut que ce soit (salarié, indépendant, structures sociétaires ou assurances associatives), au service d'une entreprise de travail temporaire concurrente et/ou de conseil en recrutement, emplacement concurrente surtout les départements suivants : 09 ' 11 ' 66 ' 34 et ce pour une durée de 12 mois, la contrepartie financière étant fixée à 35 % du salaire brut.

En raison des fonctions exercées, en lien avec la clientèle et le personnel salarié intérimaire, la société Enthalpia Sud-Ouest justifie que la clause de non-concurrence était indispensable à la protection de ses intérêts légitimes. Limitée dans le temps, à savoir une année, dans l'espace, ne faisant défense à la salariée de travailler dans une société concurrente que dans les seuls départements où était implantée l'agence, à savoir les Pyrénées-Orientales, les départements limitrophes, l'Aude et l'Ariège, ainsi que le département de l' Hérault, ce qui ne constituait qu'une atteinte limitée à la liberté de travailler, et prévoyant une contrepartie financière compensant de manière suffisante, supérieure aux stipulation conventionnelles, et conforme aux usages de 35% de la rémunération brute, cette clause ne contrevient pas au principe de la liberté de travailler. Mme [C] sera déboutée de sa demande tendant à voir prononcer sa nullité.

S'agissant de son inopposabilité, force est de relever que Mme [C] qui reconnaît avoir été engagée dès le 1er juillet 2019, s'abstient de produire le contrat de travail conclu avec son nouvel employeur permettant d'apprécier à quelle date il a été conclu, et s'abstient de préciser selon quelles modalités elle a pu répondre entre le 25 juin, date de notification de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et le 1er juillet 2020 à une offre d'emploi de responsable d'une agence d'intérim.

C'est par des motifs erronés que les premiers juges ont considéré que le non paiement au 30 juin 2020 des 5 jours de la contrepartie financière due (26/30 juin) par l'employeur au titre de la clause de non-concurrence pouvait libérer la salariée de son obligation de non-concurrence. Compte tenu du bref délai dont disposait l'employeur pour régulariser le salaire de juin, dont nul ne précise la date d'exigibilité, le non paiement de ces 5 jours de contrepartie financière au 1er juillet 2020, date de l'engagement de Mme [C] par la société Intérim [Localité 5] ne libérait pas la salariée de son obligation de non-concurrence, la salariée n'étant pas fondée à opposer à l'employeur une exception d'inexécution tenant la mauvaise foi dont elle a fait preuve en l'espèce.

Quand bien même la société Enthalpia ne caractérise pas le grief qui lui est fait de s'être connectée frauduleusement à l'ordinateur de l'entreprise, postérieurement à la rupture du contrat de travail, la salariée soulignant à juste titre que les constatations faites par l'huissier concerneraient « kbendofil », ce qui ne correspond pas exactement à son nom de famille, la violation caractérisée de la clause, dans des locaux que son employeur et elle-même occupaient encore 15 jours avant son recrutement par la société concurrente, et la baisse de chiffre d'affaires enregistrée par l'entreprise dans les mois qui ont suivi le mois de juillet 2020, justifient non seulement que la salariée soit condamnée à rembourser la contrepartie dont l'employeur s'est acquittée, en ce compris les charges sociales afférentes, ce qui ne constitue pas une demande nouvelle, mais un accessoire de la demande formulée en première instance, de sorte que la fin de non recevoir soulevée de ce chef par la salariée sera rejetée, ainsi que l'indemnité pénale qu'il n'y a pas lieu de réduire en l'état des éléments de la cause.

Sur les demandes accessoires :

Il n'y a pas lieu de déroger aux dispositions des articles 1231-6 et 1231-7 du code civil prévoyant que les créances de nature salariale portent intérêts au taux légal, à compter de la réception par l'employeur de sa convocation devant le bureau de conciliation pour les créances échues à cette date et à compter de chaque échéance devenue exigible, s'agissant des échéances postérieures à cette date, les créances à caractère indemnitaire produisant intérêts au taux légal à compter de la décision en fixant tout à la fois le principe et le montant.

La capitalisation est de droit lorsqu'elle est demandée en justice.

Il sera ordonné à l'employeur de remettre au salarié les documents de fin de contrat régularisés, mais sans astreinte laquelle n'est pas nécessaire à assurer l'exécution de cette injonction.

Dispositif

PAR CES MOTIFS

La cour,

Infirmes le jugement du 22 décembre 2021 en toutes ses dispositions, sauf en ce qu'il dit n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

Confirme le jugement de départage du 25 janvier 2024 en ce qu'il a condamné Mme [C] à payer à la société Enthalpia Sud Ouest une somme au titre des indemnités de non-concurrence perçues indûment entre le 1^{er} juillet 2020 et le 30 juin 2021, mais le réforme pour le surplus,

Statuant à nouveau des chefs ainsi infirmés et y ajoutant,

Dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail produit les effets d'un licenciement nul,

Condamne la société Enthalpia Sud-Ouest à verser à Mme [C] les sommes suivantes :

- 1 500 euros nets au titre de l'indemnisation du préjudice moral lié au harcèlement subi,
- 2 000 euros nets au titre de l'indemnisation du préjudice moral lié à la discrimination subie,
- 19 000 euros bruts à titre d'indemnité pour licenciement nul,

- 13 822 euros nets à titre d'indemnité légale de licenciement,
- 6 181,10 euros bruts à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 618,11 euros bruts au titre des congés payés afférents,
- 92 716,50 euros à titre d'indemnité forfaitaire compte tenu de la violation de son statut protecteur,

Ordonne, conformément aux dispositions de l'article L. 1235-4 du code du travail, le remboursement par l'employeur aux organismes concernés de tout ou partie des indemnités de chômage payées au salarié licencié du jour de son licenciement au jour du prononcé de la présente décision, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage, et dit qu'une copie certifiée conforme de la présente sera adressée à ces organismes,

Rejette la fin de non recevoir tirée des dispositions de l'article 564 du code de procédure civile,

Déboute Mme [C] de sa demande tendant à voir prononcer la nullité de la clause de non-concurrence,

Condamne Mme [C] à verser à la société Enthalpia Sud-Ouest les sommes suivantes :

- 35 114,91 euros au titre de l'indemnité forfaitairement fixé par la clause de non concurrence ;
- 10 188,16 aux titres des retenues à la sources, charges salariales et patronales ;

Dit que les créances de nature contractuelle sont productives d'intérêts au taux légal à compter de la réception par l'employeur de la convocation devant le bureau de conciliation pour les créances échues à cette date, et à compter de chaque échéance devenue exigible, s'agissant des échéances postérieures à cette date, et que les créances indemnitaires sont productives d'intérêts au taux légal à compter de la décision en fixant tout à la fois le principe et le montant,

Ordonne la capitalisation de ces intérêts à condition que ces intérêts soient dus au moins pour une année entière,

Dit n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

Dit que chacune des parties conservera la charge des dépens qu'elle aura exposés,

Prononcé publiquement 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.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT