

COUR D'APPEL DE LYON

CHAMBRE SOCIALE B

ARRÊT DU 28 SEPTEMBRE 2018

APPELANTE :

AFFAIRE PRUD'HOMALE

RAPPORTEUR

N° RG 16/05453

Non comparante, représentée par Me Sofia SOULA-MICHAL de la SELARL CABINET ADS - SOULA MICHAL- MAGNIN, avocat au barreau de LYON substituée par Me Elsa MAGNIN, avocat au barreau de LYON

INTIMÉES :

C/
SELARL ALLIANCE MJ
AGS CGEA DE
CHALON-SUR-SAONE
DELEGATION UNEDIC AGS

la SELARL ALLIANCE MJ ès qualité de mandataire ad'hoc de SARL JOCCA
32, rue Molière
69006 LYON

Représentée par Me Pascale DRAI-ATTAL, avocat au barreau de LYON substituée par Me Maxime TAILLANter, avocat au barreau de LYON

APPEL D'UNE DÉCISION DU :
Conseil de Prud'hommes -
Formation de départage de
LYON
du 05 Juillet 2016
RG : F 13/02387

AGS CGEA DE CHALON-SUR-SAONE DELEGATION UNEDIC AGS
6 allée de la sucrerie
CS 40338
71108 CHALON-SUR-SAONE

Représentée par Me Jean-claude DESSEIGNE de la SCP J.C. DESSEIGNE ET C. ZOTTA, avocat au barreau de LYON substitué par Me Maxime TAILLANter, avocat au barreau de LYON

DÉBATS EN AUDIENCE PUBLIQUE DU : 20 Juin 2018
Présidée par Michel SORNAY, Président magistrat rapporteur, (sans opposition des parties dûment avisées) qui en a rendu compte à la Cour dans son délibéré, assisté pendant les débats de Gaétan PILLIE, Greffier.

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ :

- Michel SORNAY, président
- Natacha LAVILLE, conseiller
- Sophie NOIR, conseiller

ARRÊT : CONTRADICTOIRE

Prononcé publiquement le 28 Septembre 2018 par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile ;

Signé par Michel SORNAY, Président et par Gaétan PILLIE, Greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

N° RG 16/05453

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES :

... a été embauchée par la société JOCCA qui exploitait alors à Lyon plusieurs boutiques de prêt à porter sous l'enseigne "XERRI", à compter du 1^{er} août 2012 en qualité de responsable de sa boutique du 4 rue des Archers.

La convention collective nationale applicable à cette relation de travail est celle de l'habillement et des articles textiles.

En dernier lieu, ... percevait un salaire mensuel brut de 4 073,35 € comprenant une prime sur ventes et des heures supplémentaires prévues pour un horaire de 42 heures de travail hebdomadaire.

Le 27 mai 2013, ... a saisi le conseil de prud'hommes de Lyon d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de son employeur.

Le 28 mai 2013 la société JOCCA a proposé à ... une modification de son contrat pour motif économique, lui proposant un emploi de vendeuse à temps partiel de 25 heures pour un salaire mensuel brut de 1 900 €.

Le 19 juin 2013 ... a refusé la proposition de modification de son contrat de travail.

L'employeur lui a communiqué le 4 juillet 2013 trois propositions de reclassement qui ont été refusées par courrier de la salariée du 16 juillet 2013.

Par courrier recommandé du 22 juillet 2013 l'employeur a convoqué ... à un entretien fixé au 31 juillet 2013, préalable à une mesure de licenciement pour motif économique.

Le 1^{er} août 2013 ... a adhéré au contrat de sécurisation professionnelle et la rupture du contrat de travail est intervenue le 21 août 2013.

La société JOCCA était mise en liquidation judiciaire par jugement du tribunal de commerce de Lyon du 14 avril 2015 et par décision du 13 octobre 2015 cette juridiction a prononcé la clôture de cette procédure pour insuffisance d'actif et a désigné la SELARL MDP, devenue la SELARL ALLIANCE MJ, a été désignée en qualité de mandataire ad hoc pour la présente instance prud'homale.

Par jugement contradictoire en date du 5 juillet 2016, le conseil de prud'hommes de Lyon, dans sa formation de départage, a:

- dit et jugé que la rupture du contrat de travail de ... reposait bien sur une cause réelle et sérieuse,
- fixé la créance de ... au passif de la liquidation judiciaire de la société JOCCA comme suit:
 - * 300,00 € à titre de dommages et intérêts pour retard dans la visite médicale d'embauche
 - * 500,00 € à titre de dommages et intérêts pour non-respect des dispositions conventionnelles que la fixation des congés,
 - * 400,00 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- débouté ... du surplus de ses demandes,
- débouté la liquidation judiciaire de la société JOCCA représentée par le mandataire ad hoc, la SELARL MDP, de sa demande reconventionnelle présentée au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- déclaré sa décision opposable au CGEA de CHALON sur SAÔNE dans les conditions et limites légales,
- laissé les dépens à la charge de la procédure collective de la société JOCCA.

... a régulièrement relevé appel général du jugement le 12 juillet 2016.

Par ses dernières conclusions, demande à la cour d'appel de:

Sur l'exécution du contrat de travail:

- confirmer que la SARL JOCCA n'a pas respecté les dispositions relatives à la médecine du travail,

En conséquence,

- fixer au passif de la liquidation de la SARL JOCCA la somme de 3 000 € à titre de dommages et intérêts.

- ordonner la remise à son bulletin de salaire du mois de Juillet 2013.

- fixer au passif de la liquidation de la SARL JOCCA les sommes suivantes :

* 5 579,84 € à titre de rappel de salaire sur les heures supplémentaires réalisées d'août 2012 à mai 2013

* 557,98 € à titre de congés payés afférents.

* 27 200,00 € à titre de dommages et intérêts pour travail dissimulé

- dire et juger que la SARL JOCCA n'a pas respecté les dispositions relatives à la durée hebdomadaire maximale de travail

En conséquence,

- fixer au passif de la liquidation de la SARL JOCCA à verser à la somme de 10 000 € à titre de dommages et intérêts.

- dire et juger que la SARL JOCCA n'a pas respecté les dispositions conventionnelles relatives à la fixation des dates de congés payés.

En conséquence,

- fixer au passif de la liquidation de la SARL JOCCA à verser à la somme de 5 000 € à titre de dommages et intérêts.

Sur la rupture du contrat de travail:

A titre principal

- prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail de aux torts de la SARL JOCCA

- dire et juger que la rupture produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse à la date de la rupture du contrat de travail au 21 Août 2013

A titre subsidiaire

- dire et juger que le licenciement pour motif économique est dépourvu de cause réelle et sérieuse

En tout état de cause

- fixer au passif de la liquidation de la SARL JOCCA à verser à les sommes suivantes :

* 49,02 € au titre de l'indemnité de licenciement,

* 13 566,30 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis,

* 1 356,63 € titre de congés payés afférents,

* 27 200 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

- condamner la SARL JOCCA à verser la somme de 3 000 € à , sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Pour sa part, la **SELARL ALLIANCE MJ, es-qualité de Mandataire ad hoc de la société JOCCA** demande par ses dernières écritures à la cour d'appel de:

- confirmer le jugement rendu le 5 juillet 2016 par le conseil de prud'hommes de Lyon en ce qu'il a débouté , de sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail,

- confirmer le jugement rendu le 5 juillet 2016 par le conseil de prud'hommes de Lyon en ce qu'il a dit le licenciement de fondé sur une cause réelle et sérieuse,

- infirmer le jugement rendu le 5 juillet 2016 par le conseil de prud'hommes de Lyon en ce qu'il a fixé la créance de à hauteur de :
 - * 300 € à titre de dommages et intérêts pour retard dans la visite médicale d'embauche
 - * 500 € de dommages et intérêts pour non-respect des dispositions conventionnelles relatives à la fixation des congés
 - * 400 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile
 - dire et juger que a été rémunérée conformément à son temps de travail,
 - dire et juger que le retard de visite médicale d'embauche, non imputable à la SARL JOCCA, et la méconnaissance du délai de prévenance de 2 mois prévu par la convention collective, pour la moitié de ses congés payés seulement, ne constituent pas des manquements d'une gravité suffisante pour prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de la SARL JOCCA
 - dire et juger que le licenciement pour motif économique de répond à une cause réelle et sérieuse;
- En conséquence,
- débouter de toutes ses demandes, fins et conclusions,
 - condamner à verser à la SARL JOCCA une somme de 1 500 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,
 - statuer ce que de droit sur les dépens.

L'UNEDIC, Délégation AGS CGEA de CHALON-SUR-SAÔNE demande par ses dernières écritures à la Cour d'appel de:

- dire et juger recevable, l'appel interjeté par à l'encontre du jugement rendu par le juge départiteur du conseil de prud'hommes du 5 juillet 2016,
- confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit et jugé que la rupture du contrat de travail de / F repose sur une cause réelle et sérieuse et en ce qu'il l'a déboutée de ses demandes relatives à la rupture de son contrat de travail.
- infirmer le jugement en ce qu'il a fixé au passif de la liquidation judiciaire de la société JOCCA, les sommes suivantes :
 - * 300,00 € à titre de dommages et intérêts pour retard dans la visite médicale d'embauche,
 - * 500,00 € à titre de dommages et intérêts pour non-respect des dispositions conventionnelles relatives à la fixation des congés,
 - * 400,00 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Statuant à nouveau,

- débouter de l'intégralité de ses demandes,

En tout état de cause,

- dire et juger que l'AGS ne garantit pas l'éventuelle indemnité allouée sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- dire et juger que l'AGS ne devra procéder à l'avance des créances visées aux articles L.3253-6 et L.3253-8 et suivants du code du travail, que dans les termes et conditions résultant des dispositions des articles L.3253-19, L.3253-20, L. 3253-21 et L.3253-15 du code du travail et L.3253-17 du code du travail,
- dire et juger que l'obligation du CGEA de faire l'avance de la somme à laquelle serait évalué le montant total des créances garanties, compte tenu du plafond applicable, ne pourra s'exécuter que sur présentation d'un relevé par le mandataire judiciaire et justification par celui-ci de l'absence de fonds disponibles entre ses mains pour procéder à leur paiement,
- mettre les concluants hors dépens.

Conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, la Cour se réfère, pour un plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, à leurs conclusions écrites précitées, qu'elles ont fait viser par le greffier lors de l'audience de plaidoiries et qu'elles ont à cette occasion expressément maintenues et soutenues oralement en indiquant n'avoir rien à y ajouter ou retrancher.

MOTIFS DE LA DÉCISION

1.- Sur les heures supplémentaires:

Aux termes 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.

Pour étayer sa demande le salarié doit produire des éléments factuels suffisamment précis quant au volume de travail effectué en heures supplémentaires pour mettre l'employeur en mesure de répondre en fournissant ses propres éléments.

Il est de principe constant d'une part que le salarié n'a pas fait valoir ses droits pendant l'exécution du contrat de travail n'éteint pas la créance de salaire au titre des heures supplémentaires, et d'autre part que la qualité de cadre ayant pour corollaire une liberté d'organisation dans le travail ne prive pas le salarié de son droit au paiement des heures supplémentaires, sauf convention de forfait régulière.

En l'espèce, il convient d'abord de rappeler que le contrat de travail de . stipule:

- qu'elle relève de la catégorie cadre et que la rémunération brute est perçue pour 182 heures de travail mensuel intégrant 30,33 heures majorées à 25%,
- que la durée de travail hebdomadaire prévue est de 42 heures selon l'horaire collectif applicable dans l'entreprise,
- que l'horaire collectif pourra être modifié par l'employeur en fonction des nécessités de l'entreprise.

En l'espèce, . soutient que dès son embauche et jusqu'au mois de février 2013 inclus, elle a travaillé 47 heures par semaine selon les horaires suivants:

- le lundi de 11 heures à 19 heures, avec une 1 heure de pause déjeuner, soit 7 heures quotidiennes de travail,
- du mardi au samedi de 10 heures à 19 heures, avec 1 heure de pause déjeuner, soit 8 heures quotidiennes de travail.

Elle soutient ensuite que du mois de mars 2013 au 27 mai 2013 elle a travaillé 45 heures par semaine selon les horaires suivants:

- le lundi de 14 heures à 19 heures, soit 5 heures quotidiennes de travail,
- du mardi au samedi de 10 heures à 19 heures, avec une 1 heure de pause déjeuner, soit 8 heures quotidiennes de travail.

Au soutien de ses prétentions elle produit pêle-mêle les pièces suivantes:

- un extrait du site internet mentionnant les horaires d'ouvertures du magasin (pièce 32),
- une télécopie des contrats de travail d'Isabelle FOUREIX, dans laquelle il manque les pages correspondant aux articles de ces contrats fixant ses horaires de travail (pièce 42),
- une attestation de madame FOUREIX (pièces 44 et 49),
- des attestations émanant de 7 clients de la boutique : madame VESELINOVIC, madame ABDELMOUMEN, madame KISSA, monsieur CASTELLANO, madame AMRANI, madame BELLEM-ABDELMOUMEN et de madame DOURA, (pièces 53 à 59).

Il apparaît que les heures d'ouvertures du magasin correspondent aux horaires qu' dit avoir effectués, que les contrats de travail d'Isabelle FOUREIX ne mentionnent pas les horaires contractuels qu'elle devait faire et ne justifient donc pas de ses horaires de présence effective au magasin JOCCA, qu'Isabelle FOUREIX atteste que sa "présence à la boutique était très ponctuelle, selon le bon vouloir de Monsieur Arnaud XERRI" et qu'enfin les sept attestations de clients font part de sa présence constante et seule au magasin pendant les heures d'ouverture.

Pour étayer sa demande, verse aux débats le courriel du 13 février 2013 par lequel elle a réclamé le paiement de ses heures supplémentaires de travail ainsi qu'un tableau récapitulatif qu'elle a établi, indiquant pour chaque semaine les heures supplémentaires effectuées et les sommes dues au titre des heures supplémentaires (pièce 34).

Elle demande ainsi pour la période d'août 2012 à mai 2013 la somme de 5 579,84 € au titre des 215 heures supplémentaires qu'elle prétend avoir accomplies dont 43 heures majorées à 25 % et 172 heures majorées à 50 % .

En l'état de l'ensemble de ces éléments concordants, la cour estime qu'il est apporté par la salariée des éléments factuels suffisamment précis quant au volume d'heures de travail effectuées pour laisser présumer que a accompli des heures supplémentaires dont l'employeur avait connaissance mais qu'il n'a pas rémunérées.

Pour s'opposer à la demande, la société JOCCA fait état d'éléments factuels en soutenant que son gérant, Arnaud XERRI avait une présence régulière à la boutique et que de septembre 2012 à février 2013 inclus, Isabelle FOUREIX travaillait également dans la boutique à raison de 20 heures par semaine.

Cependant la société n'a pas jugé opportun de verser aux débats l'original du contrat de travail à temps partiel d'Isabelle FOUREIX, ou même seulement une copie intégrale de ce document, qui aurait pourtant été de nature à éclairer la Cour sur les horaires contractuels de cette salariée et sur ses lieux de travail.

Par ailleurs l'employeur ne produit strictement aucun élément de nature à démontrer que son gérant Arnaud XERRI, qui exploitait à l'époque plusieurs autres boutiques, venait comme il le soutient régulièrement travailler dans le magasin litigieux.

Enfin il résulte clairement des pièces du dossier que la société n'a fixé des horaires précis à, que par un courriel du 27 mai 2013, et seulement pour l'avenir, en réponse à la réclamation d'heures supplémentaires que venait de lui présenter l'appelante (pièce 14 employeur).

En l'état de ces éléments, la cour ne peut que constater que la société JOCCA, prise en la personne de son mandataire ad hoc. ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, des horaires précis effectués par. de son embauche le 1^{er} août 2012 jusqu'au 27 mai 2013, ni donc de ce que cette salariée n'a pas au cours de cette période travaillé dans le magasin dont elle était responsable durant l'intégralité des horaires d'ouverture de cette boutique.

Par conséquent. sans contestation détaillée et motivée de la part de l'employeur, la créance de. au passif de la liquidation judiciaire de la société JOCCA sera fixée à la somme demandée de 5 579,84 € , à titre de rappel d'heures supplémentaires, outre la somme de 557,98 € à titre de congés payés afférents et le jugement sera infirmé en ce qu'il a rejeté ce chef de demande.

2.- Sur la demande d'indemnité pour travail dissimulé

L'article L. 8221-1 du code du travail prohibe le travail totalement ou partiellement dissimulé, et l'article L. 8221-5, 2° du même code dispose notamment qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, le fait pour un employeur de mentionner sur les bulletins de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli.

Aux termes de l'article L.8223-1 du code du travail, le salarié auquel l'employeur a recours en commettant les faits prévus à l'article L.8221-5 précité a droit, en cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

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

En l'espèce, [redacted] se contente, au soutien de sa demande en paiement d'une indemnité pour travail dissimulé, de faire valoir que la société JOCCA s'est intentionnellement abstenue de lui régler ses heures supplémentaires ainsi que cela résulte de l'absence de mention de ses heures supplémentaires sur les bulletins de paie.

Toutefois il est constant que le caractère intentionnel de la dissimulation litigieuse ne peut se déduire de la seule absence de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie.

En l'absence au dossier de tout autre élément de nature à en démontrer le bien fondé, cette demande indemnitaire sera donc rejetée comme mal fondée.

3.- Sur la visite médicale d'embauche

Il résulte des articles R.4624-10 et R.4624-11 du code du travail dans leur rédaction applicable au moment de l'embauche de [redacted] que le salarié bénéficie d'un examen médical avant l'embauche ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai par le médecin du travail.

Cet examen médical a pour finalité :

- 1° De s'assurer que le salarié est médicalement apte au poste de travail auquel l'employeur envisage de l'affecter ;
- 2° De proposer éventuellement les adaptations du poste ou l'affectation à d'autres postes ;
- 3° De rechercher si le salarié n'est pas atteint d'une affection dangereuse pour les autres travailleurs ;
- 4° D'informer le salarié sur les risques des expositions au poste de travail et le suivi médical nécessaire ;
- 5° De sensibiliser le salarié sur les moyens de prévention à mettre en oeuvre.

Par ailleurs, l'article R.1221-16 du code du travail prévoit notamment que lors de l'embauche d'un salarié, l'employeur accomplit sur un support unique dénommé déclaration unique d'embauche les déclarations et les demandes suivantes :

[...]
6° La demande d'examen médical d'embauche, prévu à l'article R. 4624-10 du présent code."

En l'espèce, [redacted] sollicite la condamnation de la société JOCCA à lui verser la somme de 3 000 €, à titre d'indemnité pour absence de visite médicale d'embauche.

La société JOCCA soutient avoir procédé à la déclaration préalable à l'embauche de [redacted] à l'URSSAF lors de son embauche en contrat de travail conclu à durée indéterminée sans période d'essai.

Il est constant que l'examen médical d'embauche n'est intervenu le 4 juin 2013, visite à l'issue de laquelle [redacted] a été déclarée apte à son poste (pièce 28 et 28-1).

Dans ces conditions, il ne peut en principe être fait grief à l'employeur du retard de l'organisme de médecine du travail régulièrement saisi par la déclaration préalable d'embauche d'une demande d'organisation de cette visite médicale.

En revanche, compte tenu de l'importance du retard, il appartenait à l'employeur de relancer le service compétent afin que cette visite puisse intervenir dans un délai raisonnable.

En effet, la visite médicale d'embauche n'a pas seulement pour objet de vérifier l'aptitude du salarié. Elle a également un objet de prévention vis-à-vis des risques auxquels le salarié peut être exposé.

Or en l'espèce [redacted] a bénéficié d'un premier arrêt de travail le 19 mars 2013 jusqu'au 2 avril 2013 pour cause de surmenage professionnel, épuisement, troubles anxieux (pièce 31 salariée), et il apparaît que si la visite médicale litigieuse avait ainsi été organisée avant 2013 sur relance de l'employeur, la salariée aurait pu faire état auprès du médecin du travail de ses difficultés et sans doute ainsi prévenir tout surmenage en imposant à l'employeur de mettre en place des horaires de travail plus raisonnables que ceux jusqu'alors pratiqués.

est donc bien fondée à soutenir avoir subi un préjudice résultant du manquement de son employeur à s'assurer de l'organisation effective d'une visite d'embauche, préjudice que la cour dispose d'éléments suffisants pour évaluer à la somme de 2000 euros .

Il y a donc lieu d'infirmier le jugement sur ce montant et d'ordonner l'inscription au passif de la Sarl JOCCA.

4.- Sur la durée hebdomadaire maximale du travail

L'article L3121-36 dans sa version applicable au litige dispose que:

"La durée hebdomadaire de travail calculée sur une période quelconque de douze semaines consécutives ne peut dépasser quarante-quatre heures.

Un décret pris après conclusion d'une convention ou d'un accord collectif de branche peut prévoir que cette durée hebdomadaire calculée sur une période de douze semaines consécutives ne peut dépasser quarante-six heures.

A titre exceptionnel dans certains secteurs, dans certaines régions ou dans certaines entreprises, des dérogations applicables à des périodes déterminées peuvent être apportées à la limite de quarante-six heures".

En l'espèce, le seuil de 44 heures de travail hebdomadaire a été franchi à de nombreuses reprises par . Ces manquements répétés de l'employeur à ses obligations ont porté atteinte au droit de la salariée et détérioré ses conditions d'existence en raison de la fatigue résultant du dépassement du plafond hebdomadaire légal.

En l'absence de toute contestation motivée par l'employeur de la réclamation ici présentée par , que ce soit dans son principe ou dans son montant, il y a lieu d'infirmier le jugement déféré, la Cour dispose d'éléments suffisants pour évaluer le préjudice à la somme de 1 000 € à titre de dommages-intérêts.

5.- Sur la demande de dommages et intérêts pour mise en congés abusive

L'article 22 de la convention collective nationale du commerce de détail de l'habillement et des articles textiles du 25 novembre 1987, révisé par avenant du 17 juin 2004 dispose que:

"Le régime des congés payés, régi par les articles L. 223-1 et suivants du code du travail, est complété par les dispositions suivantes :

Le calendrier des congés principaux est établi par l'employeur avant le 15 mars de chaque année et en tenant compte autant que possible des congés scolaires, pour les salariés ayant des enfants scolarisés.

Les conjoints travaillant dans une même entreprise ont droit à un congé simultané.

Sauf en cas de circonstances exceptionnelles, l'ordre et les dates de départ fixés par l'employeur ne peuvent être modifiés dans un délai de 2 mois avant la date prévue au départ (...)".

réclame la somme de 5 000 € à titre de dommages et intérêts au motif que son employeur l'a mise en congés abusivement du 13 au 29 juillet 2013 et du 10 au 26 août 2013, sans respect du délai de prévenance prévu à l'article 22 de la convention collective précitée . Elle ajoute que la fixation a été faite bien après le 15 mars puisqu'elle n'a été avertie que le 27 mai 2013 par courriel.

L'employeur fait valoir que a répondu tardivement à son courriel du 27 mai 2013, l'obligeant à imposer les congés en juillet et août , que le délai de 2 mois a été respecté pour les congés imposés du 11 au 25 et que ces dates correspondaient finalement aux souhaits de la salariée qui souhaitait prendre les trois premières semaines d'août.

En effet, au vu du courriel de , du 8 juin 2013 (pièce 20) , la salariée a émis le souhait de pouvoir prendre les trois premières semaines d'août.

Surtout, elle ne démontre pas l'existence d'un préjudice du fait de la mise en oeuvre de ces congés sans respect d'un délai de prévenance plus important conformément au délai conventionnel.

Il y a donc lieu d'infirmer la décision entreprise en ce qu'elle a fixé au passif de la liquidation judiciaire de la société JOCCA une créance de dommages et intérêts pour non-respect des dispositions conventionnelles de fixation des congés payés, le préjudice en résultant n'étant pas caractérisé.

6.- Sur la résiliation judiciaire du contrat de travail

Sur le fondement de l'article 1184 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si l'inexécution de certaines des dispositions résultant d'un contrat synallagmatique présentent une gravité suffisante pour en justifier la résiliation.

Le manquement suffisamment grave de l'employeur doit être de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail.

La résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée le cas échéant par le juge produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

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

La prise d'effet de la résiliation est fixée en principe au jour du jugement qui la prononce dès lors qu'à cette date le salarié est toujours au service de l'employeur. Dans le cas contraire, la résiliation judiciaire prend effet, si le juge la prononce, au jour du licenciement, de la prise d'acte de rupture, ou au jour à partir duquel le salarié a cessé de se tenir à la disposition de l'employeur.

En l'espèce, il est constant que , a présenté sa demande en résiliation judiciaire de son contrat de travail le 27 mai 2013 et que cette salariée a été licenciée pour motif économique et que la rupture de son contrat de travail est intervenue le 21 août 2013 suite à l'acceptation du contrat de sécurisation professionnelle.

demande à titre principal la résiliation judiciaire de son contrat de travail et à titre subsidiaire le paiement de dommages et intérêts pour procédure de licenciement irrégulière.

Il convient donc d'examiner en premier lieu la demande en résiliation judiciaire du contrat de travail.

Au soutien de sa demande, , invoque des manquements précités de la société à ses obligations contractuelles, à savoir d'une part le non-paiement de la totalité des heures réalisées travaillées en heures supplémentaires, et d'autre part le non-respect de la durée légale du travail.

Il a été démontré que l'employeur avait manqué à ses obligations en ne respectant pas ses obligations en matière salariale, privant ainsi , d'une partie importante de sa rémunération.

Ce manquement et le refus de l'employeur de régulariser la situation rendaient impossible toute poursuite de l'exécution du contrat de travail et justifient à eux seuls, sans qu'il soit besoin d'examiner ici les autres reproches ici articulés par la salariée, le prononcé aux torts de l'employeur de la résiliation judiciaire du contrat légitimement demandée par , cette résiliation prenant effet à la date de notification par l'employeur de son licenciement pour motif économique, soit le 21 août 2013.

Enfin, en l'état de cette résiliation judiciaire, il n'y a pas lieu de se prononcer sur la régularité et bien fondé du licenciement pour motif économique décidé par l'employeur.

7.- Sur les conséquences financières de la résiliation judiciaire

Il est constant que la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée à l'initiative du salarié aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

7.1- Sur le solde d'indemnité légale de licenciement

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

Elle a perçu une indemnité de licenciement, dans le cadre du solde de tout compte, d'un montant de 855,40 €.

Elle critique à juste titre ce montant en ce que cette indemnité ne comprend pas le montant des heures supplémentaires dues par la société.

Le salaire mensuel moyen calculé sur les 12 derniers mois d'activité de s'établit à la somme de :

$$[3\ 878,52 + (4\ 073,35 \times 11) + 5\ 579,85] / 12 = 54\ 265,22 / 12 = 4\ 522,10$$

En l'état de l'ancienneté de , qui s'établit à 1 an, le calcul de l'indemnité légale à laquelle elle avait droit s'établit ainsi : $4\ 522,10 \times 1/5 = 904,42$

Il lui reste donc dû un solde d'indemnité de licenciement de : $904,42 \text{ €} - 855,40 \text{ €} = 49,02 \text{ €}$.

Il y a donc lieu de fixer au passif de la liquidation de la société JOCCA la somme de 49,02 € à verser à ce titre à .

7.2- Sur l'indemnité compensatrice de préavis

Le salarié licencié pour motif économique ne perçoit pas d'indemnité compensatrice de préavis lorsqu'il a accepté le contrat de sécurisation professionnelle.

Cependant, lorsque la résiliation judiciaire du contrat de travail est prononcée, elle produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, le contrat de sécurisation professionnelle accepté par le salarié devient sans objet et l'employeur est alors tenu à l'obligation de régler une indemnité compensatrice du préavis et des congés payés afférents.

Elle peut donc ici prétendre à une indemnité compensatrice de préavis dont il n'est pas discuté qu'elle est équivalente à trois mois de salaire sur la base du salaire que l'intéressée aurait perçu si elle avait continué de travailler pendant la durée du préavis.

La société JOCCA soutient à raison que les trois derniers mois de travail de la salariée, celle-ci avait des horaires précis et qu'elle n'a pas effectué d'heures supplémentaires autres que celles déjà comprises dans sa rémunération, ce qui s'avère exact.

Son indemnité compensatrice de préavis doit donc être calculée sur la base du salaire mensuel de 4 073,35 €, qu'elle percevait effectivement depuis le recadrage de ses horaires le 27 mai 2013.

Il doit donc être fixé au passif de la liquidation de la société JOCCA la somme de 12 220,05 € outre 1 222 € de congés payés y afférents.

7.3- Sur les dommages et intérêts pour rupture sans cause réelle et sérieuse

Aux termes de l'article L. 1235-5 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, les dispositions relatives à l'absence de cause réelle et sérieuse prévues à l'article L. 1235-3 du même code selon lesquelles il est octroyé au salarié qui n'est pas réintégré une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté. En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié peut prétendre à une indemnité correspondant au préjudice subi.

En l'espèce, . . . sollicite la condamnation de la société JOCCA à lui verser la somme de 27 200 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Il ressort des pièces du dossier que . . . comptait un an d'ancienneté au sein de la société à l'époque de la rupture du contrat de travail.

. . . fait valoir qu'elle est toujours à la recherche d'un emploi, sans fournir plus de précision ni d'éléments récents quant à sa situation.

En considération de son ancienneté dans l'entreprise au jour de la rupture de son contrat de travail (1 an), de son âge à cette même date (47 ans), de sa capacité à retrouver un nouvel emploi au regard de son expérience professionnelle, du montant de sa rémunération au moment de la rupture et des circonstances précitées de la rupture du contrat de travail, tels que ces divers éléments résultent des pièces du dossier, la cour dispose d'éléments suffisants pour évaluer à 9 000 euros la juste réparation du préjudice né pour . . . de l'absence de cause réelle et sérieuse de la rupture de son contrat de travail, en application de l'article L. 1235-5 du code du travail.

8.- Sur les demandes accessoires

Partie perdante, la SELARL ALLIANCE MJ, en qualité d'administrateur ad hoc de la SARL JOCCA supportera la charge des dépens de première instance et d'appel.

. . . a dû pour la présente instance exposer tant en première instance qu'en appel des frais de procédure et honoraires non compris dans les dépens qu'il serait inéquitable de laisser intégralement à sa charge.

Il y donc lieu de condamner la SELARL ALLIANCE MJ, en qualité d'administrateur ad hoc de la SARL JOCCA à payer à . . . la somme globale de 3 000 € par application de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais qu'elle a dû exposer tant en première instance qu'en appel.

PAR CES MOTIFS,

La Cour,

INFIRME le jugement déféré en toutes ses dispositions ;

Statuant à nouveau:

PRONONCE la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur à la date du 21 août 2013;

FIXE la créance de la société JOCCA au passif de la liquidation judiciaire de la SARL ALLIANCE MJ aux sommes suivantes:

- 5 579,84 euros bruts outre 557,98 € euros bruts à titre de rappel de salaires et de congés payés afférents entre août 2012 et mai 2013;
- 12 220,05 euros bruts au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, outre 1 220 euros bruts au titre des congés payés afférents;
- 9000 euros nets à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse;
- 49,02 euros net à titre de solde d'indemnité de licenciement;
- 2000 euros à titre de dommages intérêts en réparation du préjudice né du retard apporté à la visite médicale d'embauche;
- 1 000 € à titre de dommages et intérêts pour non-respect de la durée hebdomadaire maximale de travail;

PRÉCISE que les sommes ainsi allouées par le présent arrêt, soit directement, soit par confirmation du jugement, supporteront, s'il y a lieu, les cotisations et contributions prévues par le code de la sécurité sociale;

CONDAMNE la SELARL ALLIANCE MJ en sa qualité d'administrateur ad hoc de la SARL JOCCA à remettre à les bulletins de salaire, le certificat de travail et une attestation Pôle Emploi conformes au présent arrêt dans les deux mois de son prononcé;

DECLARE le jugement opposable à l'AGS CGEA DE CHALON SUR SAONE et rappelle que ce dernier procédera à l'avance des créances visées aux articles L3253-6 et L3253-8 du code du travail que dans les termes et conditions des dispositions des articles L3253-15, L3253-17, L3253-19, L3253-20 et L3253-21 du code du travail et sur présentation d'un relevé par le mandataire judiciaire et justification par celui-ci de l'absence de fonds disponibles pour procéder à leur paiement;

CONDAMNE la SELARL ALLIANCE MJ en sa qualité d'administrateur ad hoc de la SARL JOCCA aux dépens des procédures de première instance et d'appel;

CONDAMNE la SELARL ALLIANCE MJ en sa qualité d'administrateur ad hoc de la SARL JOCCA à payer à la somme globale de 3 000 € par application de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais qu'elle a dû exposer tant en première instance qu'en appel.

DÉBOUTE les parties de leurs demandes plus amples ou contraires.

Le Greffier

Le Président

Gaétan PILLIE

Michel SORNAY