REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE TOULOUSE
4eme Chambre Section 1, Chambre sociale
13 septembre 2012

N° RG : 10/05703 - Décision déférée du 06 Septembre 2010 - Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de CASTRES - 09/00259

APPELANT(S)

Mademoiselle Angélique F.
Chez Mme F. Laurette
xxx
81100 CASTRES
Représentée par M. Philippe PUECH (Délégué syndical ouvrier)

INTIME(S)

SA PROMODIP ANCIENNEMENT DENOMMEE SARL AZIMUT MONORI ET ASS.
42 rue des Sept Arpents
93698 PANTIN CEDEX
Représentée par Me CHEVALLIER GÉRARD, avocat au barreau de BREST substitué par Me Caroline MAURY, avocat au barreau de TOULOUSE

POLE EMPLOI MIDI PYRENEES
33-44 rue Georges Pompidou
BAT E BP 93186
31131 BALMA CEDEX
Représentée par la SCP SCP MATHEU - RIVIERE SACAZE ET ASSOCIES, avocats au barreau de TOULOUSE

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 06 Juin 2012, en audience publique, devant la Cour composée de: C. CONSIGNY, président M.P. PELLARIN, conseiller V. HAIRON, conseiller qui en ont délibéré. Greffier, lors des débats : H. ANDUZE-ACHER

ARRET :

- Contradictoire
- 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
- signé par C. CONSIGNY, président, et par H. ANDUZE-ACHER, greffier de chambre.

EXPOSE DU LITIGE

Selon contrat de travail intermittent à durée indéterminée en date du 25 avril 2005, Mademoiselle Angélique F. a été engagée par la société Azimut Monori et Associés, autrement dénommée Promodip, pour effectuer des interventions ponctuelles consistant à assurer la promotion des ventes pour le compte des clients de la société, sur des points de vente divers et qui peuvent être différents pour chaque mission. Un avenant au contrat de travail signé le 25 septembre 2006 précise que Melle F. travaille à raison de 3 journées de 7 heures par semaine (les mercredis, vendredis et samedis) soit 21 heures par semaine et que l'employeur accepte la demande de formation pour un BTS dans le cadre d'une période de professionnalisation à raison de 2 jours par semaine (les lundis et mardis), cette formation s'étalant sur 2 années du 25 septembre 2006 au 24 juin 2008.

Cet avenant indique encore que pour permettre le financement de cette formation par l'AFDAS, Melle F. sera salariée à plein temps soit à raison de 5 jours par semaine mais qu'à l'issue de la période de formation, la durée du travail sera ramenée automatiquement de 5 jours à 3 jours par semaine (les mercredis, vendredis et samedis).

Par lettre recommandée du 30 mars 2009, la société Promodip a adressé un avertissement à Melle F. en lui reprochant la contestation systématique des propos formulés par Mme Laetitia Fort, responsable de secteur, le ton inapproprié des échanges avec elle et les propos menaçants et outranciers tenus tout particulièrement dans un courriel du 26 mars. Dans cette lettre l'employeur rappelle également que Melle F. a été plusieurs fois alertée sur ses mauvais résultats et que ces derniers sont très médiocres au vu du potentiel du magasin Auchan de Toulouse.

Le 31 mars 2009, Mademoiselle F. a été convoquée à un entretien préalable de licenciement fixé au 15 avril avec mise à pied à titre conservatoire. Par courrier du 20 avril 2009, l'entretien a été reporté au 30 avril avec confirmation de la mise à pied signifiée dans le précédent courrier.

Par lettre recommandée du 7 mai 2009, la société Promodis a notifié le licenciement pour faute grave de Melle F. dans les termes suivants :

« Les motifs de cette décision sont liés au fait que malgré l'entretien du 27 mars en présence de vos responsables hiérarchiques, Mme Laetitia Fort et M. Diégo Garrido, vous avez tenu à nouveau des propos outranciers dénigrant cette fois notre client et ses produits. En effet le lendemain, sur le point de vente du magasin Auchan de Toulouse, nous avons la preuve que vous avez présenté l'offre illimitics SFR comme étant nettement plus intéressante que celle proposée par X. alors que vous êtes engagées par Azimut Monori et Associés pour mettre en avant et vendre les produits de notre client X. Par ailleurs vous avez également à plusieurs reprises dénigré la qualité de la couverture de X. sur la région Midi-Pyrénées. Votre comportement sur ces faits est inacceptable et intolérable. Il met en péril notre relation contractuelle avec ce client. Ceci confirme de toute évidence vos très faibles résultats de vente, largement inférieurs à la norme constatée depuis plus d'un an sur ce magasin animé régulièrement par plusieurs vendeurs démonstrateurs de notre société. En conséquence il ne nous apparaît pas possible de vous maintenir plus longtemps parmi nos effectifs. »

Par acte enregistré au greffe de la juridiction le 14 décembre 2009, Melle F. a saisi le conseil de prud'hommes de Castres pour contester son licenciement et obtenir le paiement des indemnités de rupture, d'un rappel de salaire au titre d'une reclassification indiciaire et des heures complémentaires, d'une indemnité de requalification du contrat de travail intermittent en contrat à temps complet.

Par jugement du 6 septembre 2010, le conseil de prud'hommes a :

-dit que le licenciement de Melle F. est sans cause réelle et sérieuse
-condamné la société Promodip à payer à Melle F. :
-1.749 € au titre du préavis
-175 € au titre des congés payés qui s'y rapportent
-699,20 € au titre de l'indemnité de licenciement avec intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure de l'employeur soit le 22 décembre 2009, date de réception de la convocation devant le bureau de conciliation
-10 000 € de dommages et intérêts pour rupture abusive avec intérêts de droit à compter du prononcé du jugement
-rejeté toutes les autres demandes des parties
-condamné la société Promodis aux dépens.

Par lettre recommandée expédiée le 6 octobre 2010, Melle F. a régulièrement interjeté appel du jugement qui lui a été notifié le 13 septembre 2010.

Reprenant oralement ses conclusions déposées le 24 octobre 2011, auxquelles il convient de se référer pour plus ample exposé de ses moyens, Melle F. demande à la cour de :

-dire et juger que le contrat intermittent est illégal et qu'il doit être qualifié en contrat à durée indéterminée et à temps partiel, et que l'on doit appliquer pour ce type de contrat la législation sur les contrats à temps partiel et notamment l'article L.3123-19 du code du travail; en conséquence condamner l'employeur à payer à Melle F. :

-2.017,29 € au titre des majorations sur les heures complémentaires
-201,72 € au titre des congés payés sur les heures majorées
-dire et juger que la qualification de Melle F. aurait dû être au coefficient 220 et accorder à ce titre 11.490,32 € de rappel de salaire et 1.149 € au titre de ce rappel
- confirmer le jugement prud'homal et dire que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse
-condamner l'employeur à payer à Melle F. :
-1.749 € au titre du préavis
-175 € au titre des congés payés sur préavis
-699,20 € d'indemnité de licenciement
-10.000 € de dommages et intérêts
-condamner l'employeur aux dépens
-assortir les sommes des intérêts de droit.

Mademoiselle F. soutient d'abord que l'article 10 de la convention collective nationale de travail des cadres, techniciens et employés de la publicité française du 22 avril 1955 précise les règles d'engagement du personnel sans prévoir la possibilité de conclure un contrat intermittent et qu'en conséquence son contrat est un contrat illégal ; que l'accord d'entreprise du 26 août 2002, visé par le conseil de prud'hommes dans son jugement, qui prévoit la conclusion de contrats intermittents ne lui a pas été communiqué au moment de son

embauche ; que la légalité de cet accord est discutable dès lors qu'il déroge aux principes fondamentaux sur le temps partiel et la durée du travail, sur le paiement des heures complémentaires ou supplémentaires et sur les congés payés ; que le travail intermittent résulte de l'alternance de périodes travaillées et non travaillées ce qui implique des fluctuations d'activités et non du marché ; qu'en l'espèce il ne peut y avoir d'intermittence que par la fluctuation de marché ce qui n'autorise pas la conclusion d'un contrat de travail intermittent ; que contrairement aux dispositions de l'article L.3123-19 du code du travail le contrat ne précise pas la répartition des heures de travail à l'intérieur des périodes de travail ; que l'article 3.2 du contrat est illégal en ce qu'il prévoit la possibilité de dépasser la durée minimale annuelle de travail sous réserve de prévenir 7 jours avant le dépassement.

Elle sollicite la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée et à temps partiel et réclame le paiement des heures complémentaires en application de l'article L.3123-19 du code du travail.

Elle invoque encore le fait que pendant la période de juillet 2008 à avril 2009 l'employeur n'a pas respecté le contrat puisque les heures effectuées sont inférieures aux heures contractuellement définies et elle sollicite un rappel de salaire correspondant aux heures manquantes pour arriver aux 91 heures mensuelles.

Elle conteste les motifs du licenciement en faisant valoir que l'employeur ne prouve pas les assertions relatives aux propos outranciers dénigrant le client et ses produits et à la présentation de l'offre illimitics SFR comme étant nettement plus intéressante que celle proposée par X..

Reprenant oralement ses conclusions déposées le 5 juin 2012, auxquelles il convient de se référer pour plus ample exposé de ses moyens, la société Promodip demande à la cour de :

-dire et juger que le licenciement de Melle F. est justifié par une faute grave
-débouter Melle F. de toutes ses demandes
-recevoir la société Promodip en sa demande reconventionnelle et condamner Melle F. à lui payer 1.000 € de dommages et intérêts et 3.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile
-condamner Melle F. aux dépens.

La société Promodip invoque l'accord d'entreprise du 26 août 2002 qui, conformément aux dispositions de l'article 19 IV de la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000, prévoit expressément le recours aux contrats de travail intermittent. Elle ajoute que le contrat de travail contient toutes les mentions prévues par la loi à l'exception des périodes de travail et des heures de travail à l'intérieur de ces périodes puisque compte tenu de son activité, elle dépend totalement des commandes de ses clients sans pouvoir bénéficier de ceux-ci la moindre garantie quant à un volume déterminé d'actions de promotions ; que le caractère aléatoire de son activité ne lui permet évidemment pas de fournir à ses salariés une quelconque garantie d'emploi ; que cet aléa trouve sa contrepartie dans la liberté pour le salarié de refuser ou d'accepter les missions proposées selon ses convenances personnelles.

Elle conteste la demande de requalification du contrat de travail intermittent en contrat à temps partiel.

Elle s'oppose à la demande de rappel de salaire au titre de la classification au coefficient 220 en précisant que Melle F. ne produit aucun élément de nature à étayer son allégation selon laquelle elle aurait occupé un poste de niveau 220 (devenu 2.1).

Elle ajoute à titre subsidiaire que Melle F. a de toute façon perçu une rémunération supérieure au minimum conventionnel pour un technicien au coefficient 220.

La société Promodip invoque l'article L.1235-1 du code du travail pour soutenir que la charge de la preuve des motifs du licenciement, y compris pour faute grave, n'incombe pas exclusivement à l'employeur et que le salarié doit lui-même fournir au juge les éléments de nature à justifier sa contestation des griefs.

Elle prétend que Melle F. ne développe dans ses conclusions aucun argument probant de nature à remettre en cause les faits précis qui lui sont imputés et qu'elle ne communique aucun document susceptible d'étayer ses allégations.

Elle considère que les griefs énoncés dans la lettre de licenciement justifient le licenciement pour faute grave.

Reprenant oralement ses conclusions déposées le 23 juin 2011, Pôle Emploi Midi-Pyrénées demande à la cour dans l'hypothèse où elle confirmerait le jugement, d'ordonner à la SARL Promodip de lui rembourser les allocations chômage servies à Melle F. et ce pour la période de 6 mois en application de l'article L.1235-4 du code du travail.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur la demande de requalification du contrat de travail intermittent et la demande de rappel de salaires

Attendu qu'aux termes de l'article L.3123-31 du code du travail « dans les entreprises pour lesquelles une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement le prévoit, des contrats de travail intermittent peuvent être conclus afin de pourvoir les emplois permanents, définis par cette convention ou cet accord, qui par nature comportent une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées » ; que si l'article L.3123-33 du code du travail impose de mentionner dans le contrat écrit les périodes de travail et la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes, l'article L.3123-5 prévoit que « dans les secteurs, dont la liste est déterminée par décret, où la nature de l'activité ne permet pas de fixer avec précision les périodes de travail et la répartition des heures de travail au sein de ces périodes, la convention ou l'accord collectif de travail détermine les adaptations nécessaires et notamment les conditions dans lesquelles le salarié peut refuser les dates et les horaires de travail qui lui sont proposés ».

Attendu qu'en l'espèce l'accord d'entreprise relatif à la réduction du temps de travail conclu le 26 août 2002 prévoit le recours à des contrats de travail intermittent pour les vendeurs-démonstrateurs et précise que « compte tenu de la nécessité de gérer des besoins en personnel dont le volume d'heures peut être évalué sur une période de douze mois, mais dont l'affectation de ces heures à une période donnée n'est pas possible au moment de la signature du contrat de travail, il est précisé que les modalités permettant de fixer les périodes de travail et les horaires seront déterminées dans le contrat de travail ».

Mais attendu que l'article D.3123-4 du code du travail ne prévoit que le secteur du spectacle vivant et enregistré sur la liste des secteurs dans lesquels la nature de l'activité ne permet pas de fixer avec précision, dans le contrat de travail intermittent, les périodes de travail et la répartition des heures de travail au sein de ces périodes ; que l'accord d'entreprise du 26 août 2002 ne pouvait donc pas dispenser l'employeur de son obligation de mentionner dans le contrat de travail les périodes de travail et la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes ; que le contrat de travail intermittent de Melle F. en date du 25 avril 2005 ne répond pas aux exigences de l'article L.3123-33 en indiquant que « F. Angélique sera informée dès que possible, avant le début de sa mission, de la durée, du lieu et des horaires de travail de celle-ci » ; que la circonstance que Melle F. avait la faculté de refuser les missions entrant dans le cadre des 270 heures de travail annuelles est sans effet sur les exigences légales relatives à la mention dans le contrat de travail des périodes de travail et de la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes ; que cette faculté était très limitée puisque la rupture du contrat est prévue « à partir du 2ème refus ».

Attendu que la régularisation du contrat n'est intervenue qu'à l'occasion de la signature de l'avenant du 25 septembre 2006 qui mentionne que la salariée est employée les mercredis, vendredis et samedis à raison de 7 heures par jours.

Attendu que le non respect des dispositions relatives à la mention des périodes de travail et de la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes a pour effet de permettre la requalification du contrat de travail intermittent en contrat à temps complet dès lors que le salarié devait se tenir constamment à la disposition de l'employeur ; que Melle F. ne peut pas se prévaloir des dispositions spécifiques au contrat de travail à temps partiel et notamment de l'article L.3123-19 du code du travail qui prévoit une majoration de 25 % de chacune des heures complémentaires accomplies au-delà du dixième de la limite dans laquelle peuvent être accomplies des heures complémentaires.

Attendu que la demande en paiement fondée sur la seule application de ce texte doit donc être rejetée.

Sur la demande relative à la qualification

Attendu que pour prétendre au coefficient 220 et solliciter un rappel de salaire, Melle F. indique seulement qu'elle a été embauchée en qualité d'animatrice de vente, catégorie employée alors que la convention collective des entreprises de la publicité, « dans la rubrique classification implique que le coefficient est lié au diplôme » et que dès l'embauche l'employeur connaissait son niveau d'étude et le fait qu'elle était titulaire du baccalauréat.

Mais attendu qu'aux termes de l'article II de l'Annexe II modifié en dernier lieu par l'avenant n° 15 du 16 mars 2004 (étendu par arrêté du 15 juillet 2004) « les 'points clés' et niveaux de formation initiale ou équivalente ne sauraient être utilisés indépendamment des caractéristiques correspondant à la catégorie et aux niveaux concernés ».

Attendu que Melle F. qui ne fournit aucun autre motif de reclassification doit donc être déboutée de cette demande.

Sur le licenciement

Attendu que la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; que l'employeur sur qui pèse la charge de la preuve de cette faute doit donc engager une procédure de licenciement dans un délai restreint à partir du moment où il a connaissance des faits qui sont reprochés au salarié et qui doivent être visés dans la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige.

Attendu qu'en l'espèce, la lettre de licenciement vise le fait que le lendemain de l'entretien du mars 2009 au cours duquel elle a reçu un avertissement, Mademoiselle F. a tenu des propos outranciers dénigrant le client X. et ses produits en présentant l'offre illimitics SFR comme étant nettement plus intéressante ; que dans la lettre de licenciement l'employeur reproche également à Melle F. d'avoir à plusieurs reprises dénigré la qualité de la couverture X. sur la Région Midi-Pyrénées.

Attendu que pour établir la réalité des griefs, la société Promodip produit d'abord un courrier de Mme Mariam B., chef de projet de la société Promodip, anciennement Azimut, qui a été rédigé près d'un an après les faits et qui ne respecte pas les conditions de forme de l'article 202 du code de procédure civile ;

qu'en outre dans ce courrier, Mme B. se contente d'indiquer que Monsieur A. N. l'a contactée en mars 2009 concernant des propos choquants tenus par Mme Angélique F. et que Monsieur A. l'a alertée « sur le fait qu'il souhaitait en informer la direction » ; que la société Promodip produit également un simple courriel adressé le 31 mars 2009 par M.A à ses supérieurs hiérarchiques dans lequel il écrit : « écoutez, je vous envoie ce mail et je suis désolé de le faire, il en va de nos résultats sur le point de vente et de la présence d'Azimut sur ce point de vente, il peut être fortement remis en question car Angélique F. dénigre la société Azimut et l'opérateur auprès de l'enseigne et en plus de cela ne plus vers les clients, elle n'est plus proactive. Il faut faire quelque chose rapidement, car le situation devient inquiétante ».

Attendu que ce message ne permet pas de déterminer la date des faits qui auraient été constatés par Monsieur A. et notamment s'ils sont postérieurs à l'avertissement du 27 mars 2009 ; qu'en outre, comme l'a exactement relevé le conseil de prud'hommes, ce courriel est imprécis puisqu'il indique seulement que Melle F. dénigre la société Azimut, sans apporter d'éléments objectifs circonstanciés.

Attendu que le jugement doit être confirmé en ce qu'il a condamné la société Promodip à payer à Melle F. une indemnité compensatrice de préavis de 1.749 € outre les congés qui s'y rapportent et une indemnité de licenciement de 699,20 €.

Attendu qu'en tenant compte de l'ancienneté de Melle F. au moment de son licenciement, de son niveau de rémunération et des conséquences de la rupture abusive de son contrat de travail intermittent, son préjudice sera entièrement réparé par le versement d'une indemnité de 4.000 € ; que le jugement doit être infirmé sur ce point.

Attendu qu'il convient de faire application des dispositions de l'article L.1235-4 du code du travail au profit de Pôle Emploi Midi-Pyrénées.

PAR CES MOTIFS

Confirme le jugement du conseil de prud'hommes de Castres en date du 6 septembre 2010, sauf en ce qui concerne le montant des dommages et intérêts pour rupture abusive ;

Statuant à nouveau sur cette demande ;

Condamne la société Promodip à payer à Melle Angélique F. la somme de 4.000 € de dommages et intérêts ;

Ordonne le remboursement par la société Promodip à Pôle Emploi Midi-Pyrénées des indemnités de chômage versées à Melle Angélique F., du jour de son licenciement au jour du prononcé du jugement, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage ;

Condamne la société Promodip aux entiers dépens.

Le présent arrêt a été signé par C. CONSIGNY, président, et H. ANDUZE-ACHER, greffier.

LE GREFFIER
LE PRESIDENT

H. ANDUZE-ACHER
C. CONSIGNY.