

**COUR D'APPEL
d'ANGERS
Chambre Sociale**

EXTRAIT des minutes du Greffe
de la COUR D'APPEL D'ANGERS

ARRÊT N°
aj/jc

389

Numéro d'inscription au répertoire général : 14/03068.

Jugement Au fond, origine Conseil de prud'hommes - Formation de départage d'ANGERS, décision attaquée en date du 14 Novembre 2014, enregistrée sous le n° 12/00422

ARRÊT DU 06 Septembre 2016

APPELANTE :

LA SAS JF CESBRON agissant par son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège.
Rue Fabien Cesbron
49484 ST SYLVAIN D'ANJOU

représentée par Maître TOUZET, avocat substituant Maître Bertrand CREN de la SELARL LEXCAP-BDH, avocats au barreau d'ANGERS

INTIME :



⌘ comparant - assisté de Maître Denis DELCOURT POUDEX, avocat au barreau de PARIS

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 945-1 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 31 Mai 2016 à 14H00, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Anne JOUANARD, président chargé d'instruire l'affaire.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Madame Anne JOUANARD, président
Madame Catherine LECAPLAIN-MOREL, conseiller
Madame Isabelle CHARPENTIER, conseiller

Greffier : Madame BODIN, greffier.

ARRÊT :

prononcé le **06 Septembre 2016**, contradictoire et mis à disposition au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

Signé par Madame Anne JOUANARD, président, et par Madame BODIN, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS ET PROCÉDURE,

██████████ a été embauché à compter du 6 avril 2009 en contrat de travail à durée indéterminée par la société JF Cesbron en qualité de directeur des achats, statut cadre, niveau 6 coefficient 430 moyennant une rémunération forfaitaire brute mensuelle de 4 000 € pour un forfait annuel de 218 jours.

Le contrat précise notamment qu'une définition des fonctions est jointe en annexe.

Il prévoit une période d'essai de 3 mois qui a été renouvelée jusqu'au 5 octobre 2009.

La société JF Cesbron emploie plus de 50 salariés et la relation de travail entre les parties était soumise à la convention collective nationale des entreprises d'installation, d'entretien, réparation, dépannage de matériel aéronautique, thermique et frigorifique et connexe.

██████████ a fait l'objet d'un arrêt de travail à compter du 28 novembre 2011.

La caisse primaire d'assurance maladie lui a notifié que son arrêt de travail n'était plus médicalement justifié à compter du 3 mars; ce dernier a été à nouveau en arrêt de travail et le 2 avril 2012 le médecin du travail a établi un premier avis d'inaptitude à son poste de travail, "étude de poste à prévoir conformément à la procédure R 4624-31 à revoir en 2^{ème} visite".

Arguant notamment d'un harcèlement moral et subsidiairement de la violation par son employeur de son obligation de sécurité, le 10 avril 2012 ██████████ a saisi le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail avec toutes conséquences indemnitaires.

Ensuite d'un second avis médical du 23 avril 2012, ██████████ a été licencié pour inaptitude et impossibilité de reclassement le 21 mai 2012.

Dans le dernier état de la procédure devant le conseil de prud'hommes, il ajoutait à ses demandes originelles des demandes en nullité de son licenciement pour inaptitude ayant pour origine un harcèlement moral et subsidiairement un manquement par son employeur de son obligation de sécurité et, à défaut, en constat de l'absence de cause réelle et sérieuse de ce licenciement avec toutes conséquences indemnitaires ainsi qu'en paiement de rappel de salaire pour heures supplémentaires, d'une somme au titre de la contrepartie obligatoire en repos, de dommages et intérêts pour travail dissimulé, sollicitant subsidiairement une expertise.

Par jugement en date du 14 novembre 2014 le conseil de prud'hommes d'Angers présidé par le juge départiteur :

-a constaté la violation par la société JF Cesbron de son obligation de sécurité de résultat,

-a prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail de ██████████ aux torts de l'employeur,

-a condamné la société JF Cesbron à verser à ██████████ les sommes de 12300€ à titre d'indemnités de préavis, 1 230 € au titre des congés payés y afférents assorties des intérêts au taux légal à compter du 18 avril 2012 avec capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du code civil et la somme de 32 800 € à titre de dommages et intérêts assortie des intérêts au taux légal à compter du jugement avec capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du code civil,

-a annulé la convention de forfait jours,

-a condamné la société JF Cesbron à verser à ██████████ les sommes de 84600,94 € à titre de rappel d'heures supplémentaires, 8 460,09 € au titre des congés payés y afférents, 41 341,21 € au titre de la contrepartie obligatoire en repos, lesdites sommes assorties des intérêts au taux légal à compter du 11 avril 2014, avec capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du code civil,

-a précisé que la moyenne des 3 derniers mois de salaire de ██████████ s'élevait à 4 100 € ,

-a débouté les parties de leurs autres demandes,

- a condamné la société JF Cesbron à verser à [REDACTED] la somme de 3 000€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Par courrier électronique en date du 3 décembre 2014 la société JF Cesbron a régulièrement relevé appel de ce jugement.

MOYENS ET PRÉTENTIONS,

Dans ses écritures régulièrement communiquées déposées le 27 mai 2016 reprises oralement à l'audience la société JF Cesbron demande à la cour :

- d'infirmier le jugement entrepris,
- de dire et juger [REDACTED] irrecevable et mal fondé en toutes ses demandes et de l'en débouter,
- de le condamner à lui verser la somme de 5 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Elle expose :

- que l'embauche de [REDACTED] est intervenue, après un travail d'analyse fait par un cabinet extérieur, dans l'optique de développer le service achats de l'entreprise; que le salarié n'a pas répondu à ses attentes et a fait preuve d'insuffisances multiples dans l'exécution de ses fonctions ainsi qu'elle en justifie, ce qui a été porté à sa connaissance et a entraîné de la part du salarié une démotivation et une proposition de sa part de rupture conventionnelle;
- qu'en arrêt de travail à compter du 28 novembre 2011, la caisse primaire d'assurance maladie a considéré qu'il n'était plus justifié à compter du 3 mars 2012 de sorte que la visite de reprise était prévue le 5 mars; que c'est alors que, se faisant prescrire un nouvel arrêt de travail, le salarié lui a écrit pour lui imputer la responsabilité de ses difficultés professionnelles;
- que lors de la visite de reprise du 2 avril 2012 le médecin du travail a déclaré M. [REDACTED] inapte à son poste en prévoyant seulement une étude de poste avant la seconde visite sans autre précision (alors que le certificat produit par le salarié n'est pas conforme à l'original en ce qu'il y figure la mention " sous réserve de modifications d'organisation");
- que c'est dans ce contexte que le salarié, qui savait que son inaptitude allait être constatée, a choisi de saisir le conseil de prud'hommes pour se plaindre d'un prétendu harcèlement moral et/ou d'un manquement par l'employeur à son obligation de sécurité et sollicité la résiliation judiciaire de son contrat de travail;
- qu'ensuite de la seconde visite constatant l'inaptitude du salarié, elle a procédé à une recherche loyale de reclassement en lui proposant trois postes et en interrogeant le médecin du travail ; elle a provoqué une réunion des délégués du personnel qui ont donné leur avis; que n'ayant aucune réponse du salarié à ses propositions alors que le médecin du travail lui avait fait connaître que les postes proposés n'étaient pas compatibles avec l'état de santé du salarié, elle a engagé la procédure de licenciement puis licencié M. [REDACTED] pour inaptitude et impossibilité de reclassement; qu'elle a respecté toutes ses obligations nées de ce licenciement.

Elle soutient en résumé:

-sur la résiliation judiciaire : étant rappelé que seuls les manquements rendant impossible la poursuite du contrat de travail sont susceptibles de justifier cette demande et que la preuve en incombe exclusivement au salarié, que cette demande n'est pas justifiée; qu'en effet :

-contrairement à ce que soutient M. [REDACTED] il n'y a eu aucune modification de son contrat de travail du fait de ce que l'on aurait exigé de lui qu'il soit responsable des services généraux dès lors que ses fonctions telle que ressortant de la fiche jointe à son contrat de travail comportait cette charge;

- le salarié est de mauvaise foi quand il soutient en définitive qu'il aurait été trompé sur la nature du poste au regard des conditions de son embauche ainsi qu'elle le développe;

- le salarié n'établit aucun des faits qu'il allègue et qui permettraient de laisser présumer un harcèlement moral alors que par ailleurs il n'existe aucun lien de causalité entre son état de santé et ses conditions de travail et a fortiori de faits de harcèlement; qu'il ne justifie pas de la surcharge de travail qu'il évoque (horaires de travail à sa convenance, 6 mails tardifs sans obligation d'y répondre dans l'urgence, forfait annuel en jours contrôlés, salarié jamais mis dans l'obligation de travailler dans des conditions anormales, avait les moyens d'exercer ses fonctions notamment en personnel) pas plus que du prétendu incident qu'il aurait eu avec M. Cesbron lors d'un salon; qu'il est dans les prérogatives normales de l'employeur de faire effectuer une contre visite médicale qui était justifiée; que la réduction de l'augmentation de salaire a fait l'objet d'un avenant signé;

-le salarié n'établit aucun manquement de sa part à son obligation de sécurité : il n'existe aucun lien avéré entre son état de santé et ses conditions de travail; il avait les moyens d'exercer ses fonctions et l'employeur ne peut être tenu pour responsable de la défaillance de son salarié en terme d'organisation ; M. [REDACTED] a bénéficié d'une formation en management en novembre 2010 ; il ne s'est jamais plaint lors de ses entretiens annuels;

-subsidiatement que les demandes du salarié sont excessives;

-sur les demandes liées au temps de travail :

-que la demande en inopposabilité du forfait jours est mal fondée dès lors que les dispositions de la convention collective sont suffisantes pour garantir des modalités de contrôle permettant d'assurer le respect de son droit au repos ainsi qu'elle le développe ; ces dispositions sont reprises dans l'accord d'entreprise du 1^{er} février 2001 qui prévoient des contrôles et elle les a respectés (plannings prévisionnels annuels, relevés individuels hebdomadaires des jours travaillés signés par le salarié, entretien annuel); que les relevés individuels signés par le salarié valident le fait que les temps de repos ont été respectés;

-qu'à supposer que le forfait annuel en jours soit considéré comme inopposable au salarié, M. [REDACTED] n'étaye pas pour autant sa demande en paiement d'heures supplémentaires, le décompte produit ne présentant aucune garantie quant aux heures de présence effective dans l'entreprise alors qu'il avait une totale liberté d'organisation de travail et est par ailleurs entaché d'inexactitudes grossières (jours déclarés travaillés alors qu'il était en RTT et autres); qu'elle produit un contre-décompte qui réduit la somme éventuellement due à 20 520 €, contrepartie en repos comprise;

- que la demande au titre d'un travail dissimulé est mal fondée faute d'intention de sa part alors que le salarié bénéficiait d'une convention de forfaits jours.

Dans ses écritures régulièrement communiquées déposées le 31 mai 2016 reprises oralement à l'audience M. [REDACTED] demande à la cour :

-de constater le harcèlement moral qu'il a subi et la violation par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat,

-de prononcer la résiliation du contrat de travail aux torts de la société JF Cesbron,

-subsidiatement de prononcer la nullité de son licenciement,

- à titre plus subsidiaire de dire son licenciement sans cause réelle et sérieuse,

-en toute hypothèse de dire l'article L. 1226-15 du code du travail applicable,

-de condamner la société JF Cesbron à lui verser :

-à titre d'indemnité compensatrice de préavis : à titre principal 19 354,68€ outre 1 935,47 € au titre des congés payés y afférents et à titre subsidiaire 12 086,49 € outre 1 208,65 € au titre des congés payés y afférents,

-à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul et subsidiairement sans cause réelle et sérieuse: à titre principal 116 128 € et à titre subsidiaire 72 519 €,

-de dire nulle et subsidiairement non opposable la convention de forfait jours et de condamner la société JF Cesbron à lui verser :

-la somme de 89 603,42 € bruts à titre de rappels d'heures supplémentaires outre 8 960,34 € au titre des congés payés y afférents,

- la somme de 41 341,21 € au titre de la contrepartie obligatoire en repos,

-à titre de dommages et intérêts pour travail dissimulé la somme de 38 709,36 € à titre principal et de 21 472,98 € à titre subsidiaire,

- de dire que ces sommes porteront intérêts au taux légal à compter de l'introduction de l'instance,
- d'ordonner la capitalisation des intérêts,
- de condamner la société JF Cesbron à lui verser la somme de 5 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Il soutient en résumé :

- que la *convention de forfait jour* est nulle parce que l'accord collectif qui en prévoit la possibilité ne contient pas de dispositions suffisantes pour garantir effectivement aux salariés le respect des durées maximales de travail et des repos journaliers et hebdomadaires ; que l'employeur n'a pas même appliqué les garanties prévues et notamment l'entretien annuel spécifique prévu par la convention collective et l'article L.3121-46 du code du travail; que son contrat de travail ne lui offre aucune garantie particulière ; que l'absence de toute garantie concrète et la nullité et/ou l'inopposabilité de la convention de forfait jour constitue un manquement par l'employeur à son obligation de sécurité de résultat et aussi un élément constitutif de harcèlement managérial justifiant à lui seul la résiliation judiciaire de son contrat de travail ;

-que ses demandes en paiement d'*heures supplémentaires et de leur contrepartie obligatoire en repos* au-delà du contingent annuel d'heures supplémentaires sont fondées ; qu'il étaye sa demande par la production d'éléments suffisamment probants (tableau, mails, attestations) alors que son employeur est dans l'incapacité totale de remettre en cause son décompte et ses éléments de preuve, le contre décompte et les prétendus relevés d'activité produits par la société n'ayant aucun caractère probant;

-que *l'indemnité pour travail dissimulé* lui est due, l'élément intentionnel étant caractérisé par la connaissance qu'avait son employeur, notamment du fait de l'envoi de mails tardifs, de sa situation manifeste de "surtravail";

- qu'il est fondé en sa demande de *résiliation judiciaire de son contrat de travail* justifiée par les manquements graves et répétés de la société caractérisés par :

- un harcèlement moral caractérisé par un management fautif par surcharge de travail et un manque de moyens entraînant l'obligation de travailler sans limites horaires, des propos injurieux et humiliants, une convocation chez le médecin contrôleur, un manque flagrant de soutien, la privation injustifiée de l'augmentation de salaire prévue dans le contrat, des allégations d'insuffisance en cours de procédure, une délégation de pouvoir illicite, ces agissements ayant eu pour effet de dégrader ses conditions de travail (charge de travail intenable, stress injustifié, mal être au travail, travail de nuit habituel) et ayant porté atteinte à sa santé physique et mentale (inaptitude et burn out);

- subsidiairement la violation par son employeur de son obligation de sécurité dont il n'a pas assuré l'effectivité alors qu'il avait été averti par lui de la dégradation de son état de santé en lien avec ses conditions de travail et que ce dernier est resté sans réaction;

- la nullité du forfait jour et le rappel d'heures supplémentaires;

- à titre subsidiaire, que son licenciement est nul dès lors que l'inaptitude qui l'a motivé avait pour origine le harcèlement moral dont il a été victime, le lien de causalité ressortant des documents médicaux qu'il produit, la consultation par la société des délégués du personnel en constituant un aveu implicite;

- à titre encore plus subsidiaire, que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse du fait du manquement par l'employeur à son obligation de reclassement notamment au niveau du groupe, la consultation des délégués du personnel ayant par ailleurs été organisée après que des offres de reclassement lui ont été faites;

- que ses demandes financières sont toutes justifiées.

Pour plus ample exposé des moyens et prétentions des parties il convient de se reporter à leurs écritures ci dessus visées figurant au dossier de la procédure et aux débats à l'audience du 31 mai 2016.

MOTIFS DE LA DÉCISION,

Sur les demandes au titre de l'exécution du contrat de travail,

Sur la demande de nullité et/ou d'inopposabilité de la convention de forfait en jours.

Le contrat de travail de M. [REDACTED] est en date du 6 avril 2009.

L'article L. 3121-43 du code du travail prévoit que la durée de travail des cadres qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés peut être fixée par des conventions individuelles de forfait en jours sur l'année dans la limite de la durée annuelle de travail fixée par l'accord collectif prévu à l'article L.3121-39.

En application de l'article L. 3121-39 sus visé, la conclusion de ces conventions individuelles de forfait n'est possible qu'à la condition d'être prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche, cet accord collectif devant déterminer les catégories de cadres concernés ainsi que la durée annuelle de travail à partir de laquelle le forfait est établi et fixer les caractéristiques principales de ces conventions.

Il résulte par ailleurs des dispositions des articles L. 3121-43 à L.3121-48 du code du travail afférents aux conventions de forfait en jours sur l'année que:

- le nombre de jours travaillés dans l'année fixé par l'accord collectif ne peut excéder 218 jours,

- en accord entre le salarié et l'employeur le salarié peut renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire et travailler au maximum 235 jours, le nombre maximal annuel de jours travaillés devant être compatible avec les dispositions légales relatives au repos quotidien, au repos hebdomadaire et aux jours chômés dans l'entreprise ainsi qu'aux congés payés,

- un entretien individuel annuel portant sur la charge de travail, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale ainsi que sur sa rémunération doit être organisé par l'employeur,

- les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la durée légale hebdomadaire, la durée maximale de travail prévue par l'article L.3121-34, aux durées hebdomadaires maximales de travail prévues par l'article L. 3121-35 alinéa 1 et L.3121-36 alinéas 1 et 2.

L'avenant n°45 de la convention collective relatif aux forfaits et aux cadres signé le 17 décembre 2008 qui est applicable à la relation de travail détermine les catégories de cadres concernés ainsi que la durée annuelle de travail à partir de laquelle le forfait est établi et fixe les caractéristiques principales de ces conventions. Il prévoit également les modalités de décompte des journées et des demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos, les conditions de contrôle de son application, les modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte.

L'accord d'entreprise du 1^{er} février 2001 prévoit également la possibilité de conclure des conventions de forfait en jours pour les cadres classés au niveau 6 de la convention collective dont il précise la nature des activités dans l'entreprise et qui sont dit "autonomes" au regard de la loi du 19 janvier 2000.

Il organise les modalités d'exécution du forfait établi sur la base de 217 jours travaillés : période de référence, absence pour maladie, dépassement, modalités de prises de jours de repos RTT,

Il précise, s'agissant des modalités de contrôle que "la durée du travail des cadres devra être décomptée chaque année par récapitulation du nombre de journée ou demi-journées travaillées par chacun. A cet effet il sera établi une fiche individuelle (RH 04) faisant apparaître le nombre, la date des journées et demi-journées travaillées ainsi que la qualification des jours de repos en repos hebdomadaires, congés payés, congés conventionnels ou jours de repos au titre de la réduction du temps de travail.

Pour assurer le suivi l'entreprise fera établir chaque semaine un document (RH 05 ou RH 07 pour les commerciaux) comportant les journées ou demi-journées travaillées et sur lequel le cadre indiquera l'amplitude de ses journées d'activité (qui ne pourra être supérieure à 13 heures) afin de contrôler le respect du repos quotidien. Ce document sera transmis au service du personnel au plus tard le mardi de la semaine suivante et sera conservé pendant une durée de 3 ans.

En outre chaque année le salarié bénéficiera d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoqués l'organisation, la charge de travail de l'intéressé et l'amplitude de ses journées de travail".

Contrairement à ce qu'a considéré le premier juge ces dispositions sont de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours et, au regard de ces dispositions, cet accord collectif ne saurait être annulé ni même être déclaré inopposable à M. [REDACTED] au motif qu'il ne répondrait pas aux exigences légales et jurisprudentielles sur le nécessaire contrôle de la durée du travail du salarié soumis au régime du forfait en jours et permettant de lui assurer la protection de sa sécurité et de sa santé.

Toutefois la société se devait d'assurer l'effectivité de ces dispositions; elle devait, d'une part, de faire assurer par le supérieur hiérarchique de M. [REDACTED] le suivi régulier de l'organisation de son travail et de sa charge de travail, d'autre part, lui assurer chaque année un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel devaient être évoquées son organisation et sa charge de travail ainsi que l'amplitude de ses journées d'activité, cette amplitude et cette charge de travail devant rester raisonnables et assurer une bonne répartition de son travail dans le temps.

Et il lui appartient de justifier qu'il a respecté ses obligations.

A cet égard, les fiches individuelles annuelles sur lesquelles apparaissent ses jours de travail, de congés, de RTT, de maladie, pris et restant, répondent à l'exigence de récapitulatif annuel du nombre de journée ou demi-journées travaillées par chacun.

Les relevés individuels d'activité forfait jour de M. [REDACTED] qui sont signés par lui ne font que mentionner ses jours de présence et ses jours de repos (hebdomadaire et CP, RTT) ainsi que le nombre de jours travaillés dans la semaine sans autre précision sur les horaires de travail et donc sur l'amplitude de ses journées d'activités; ils sont insuffisants à justifier que le supérieur hiérarchique de M. [REDACTED] a assuré le suivi régulier de sa charge de travail et contrôler le respect du repos quotidien.

Par ailleurs si M. [REDACTED] a eu deux entretiens individuels professionnels (2009-2010 et 2010/2011) dont les comptes rendus sont produits, ces entretiens n'avaient pour objectifs que l'évaluation de son travail.

Ils étaient ainsi structurés :

-analyse des résultats des plans d'actions de l'année écoulée: 1/énumération des plans d'actions et des objectifs, 2/ analyse des écarts et de leurs causes,

-évaluation du cadre : 1/ grille d'évaluation, 2/ justificatif de l'appréciation en terme de compétences et d'aptitudes, 3/analyse de la charge de la charge de travail et des conditions de travail et sur ce point : durée du temps de travail et conditions de travail (analyser la cohérence entre la charge de travail, le nombre de jours travaillés, l'amplitude des journées de travail) conciliation vie personnelle et vie privée, rémunération /temps de travail (analyser la cohérence entre le niveau de rémunération et le temps de travail)

-détermination des objectifs/évolution du cadre: 1/ court terme, 2/ moyen terme, 3/ plan d'action envisagé.

Ces entretiens n'étaient en réalité que des entretiens d'évaluation de performances et non pas, dans l'esprit bien compris des prescriptions légales et du principe édicté par la cour européenne sur la nécessaire protection de la santé et de la sécurité du salarié - notamment lorsqu'il est soumis à un forfait annuel en jours, régime dérogatoire au droit commun de la durée du travail-, de sorte que le fait d'y avoir inclus une sous rubrique "charge et conditions de travail" dans celle de "l'évaluation du cadre" est insuffisant à considérer que l'employeur a rempli l'obligation d'entretien annuel qui pesait sur lui.

M. [REDACTED] n'a donc pas bénéficié d'entretiens spécifiques ayant pour objet l'évocation particulière de son organisation et de sa charge de travail ainsi que de l'amplitude de ses journées de travail et de la vérification de leur caractère raisonnable.

En conséquence, la convention de forfait en jours doit être déclarée privée d'effet à son égard et il peut prétendre à l'application des règles du droit commun en matière de décompte du temps de travail et au paiement d'heures supplémentaires dont la cour doit vérifier l'existence et le nombre à compter de la 36^{ème} heure.

Sur les heures supplémentaires.

Il résulte des dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et, en cas de litige relatif à l'existence et au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments

Au cas d'espèce M. [REDACTED] verse aux débats :

- un décompte précis de ses heures de travail mentionnant pour les journées travaillées, jour par jour, les heures de début et de fin de travail le matin, la durée de travail du matin, les heures de début et de fin de travail l'après-midi et la durée de travail de l'après-midi, la durée globale de travail de la journée ainsi qu'une indication littérale des tâches accomplies..

Ces relevés mentionnent, jour par jour, les jours de congés payés, de RTT, d'arrêt de maladie, les jours fériés, les jours de récupération d'heures supplémentaires.

- divers documents (rapport d'audit, courriels) de nature à établir sa surcharge de travail et à justifier la nécessité des heures supplémentaires accomplies,

- de très nombreux courriels envoyés par lui tard le soir voire dans la nuit faisant apparaître le caractère régulier de ses heures supplémentaires,

- des courriels reçus par lui en dehors des heures normales de travail émanant de sa hiérarchie,

- des attestations de salariés qui ont travaillé avec lui desquels il résulte qu'il travaillait au bureau tard le soir puis chez lui (envoi de mail tardif à ses collaborateurs).

Par ces éléments suffisamment précis auxquels l'employeur peut répondre, M. Garrucho étaye sa demande de rappel de salaire pour heures supplémentaires.

L'employeur se contente de répondre :

- que le décompte ne présente aucune garantie notamment quant aux heures de travail de nuit ou le soir, alors que les heures figurent sur les courriels eux-mêmes ne sauraient valoir preuve de l'heure à laquelle ils ont été rédigés,

- qu'il n'a jamais demandé à M. [REDACTED] de faire des heures supplémentaires "rien ne prouve que M. [REDACTED] ait été mis par son employeur dans l'obligation de travailler dans des conditions anormales alors qu'il avait la liberté de s'organiser dans le cadre du forfait jour" et que la preuve d'une surcharge de travail n'est pas rapportée,

-qu'il a donné des consignes pour éviter les dérives dans l'envoi des courriels, deux directeurs de région attestant que l'envoi de courriels le soir ne correspondait pas au mode de fonctionnement de l'entreprise,
-que le décompte comporte des inexactitudes grossières.

Il est permis de s'étonner que la société JF Cesbron fasse écrire,
-s'agissant des très nombreux mails envoyés par le salarié, que les heures d'envoi qui y figurent ne font pas la preuve qu'ils ont été rédigés à l'heure indiquée, tout en produisant au soutien de son argumentation des attestations de salariés qui confirment qu'ils recevaient des mails de M. [REDACTED] dans la nuit,
- s'agissant des mails reçus par M. [REDACTED] de la part de son responsable M. [REDACTED] le soir tard et le dimanche qu' "on ne voit pas à quel titre il pourrait s'en plaindre".

La surcharge de travail de M. [REDACTED] ainsi que la connaissance par son employeur de la nécessité de faire des heures supplémentaires pour y faire face sont établies ainsi que la cour le développe plus avant lors de son examen de la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail.

La société JF Cesbron ne produit par ailleurs aucun document probant de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.

Ainsi s'il ressort des attestations de Mme [REDACTED] et [REDACTED] que le salarié arrivait à 9 heures le matin et en général partait vers 12h30 et revenait vers 14h, tout dépendant de ses RV, les pauses pouvant être plus courtes, il en résulte cependant qu'aucune des deux salariées n'était en mesure de savoir à quelle heure il quittait son bureau ; ainsi Mme [REDACTED] assistante achats (55) : indique que M. [REDACTED] était encore présent dans les locaux de l'entreprise lorsqu'elle partait à 17h30 et Mme [REDACTED] la DRH que depuis que depuis mai 2011 M. [REDACTED] disposait des clés alors qu'antérieurement il lui était arrivé une ou deux fois de partir à 19h30 avec M. [REDACTED].

La brochure qui évoque l'envoi des courriels et le fait que d'autres salariés indiquent que ça ne correspondait pas au mode de fonctionnement de l'entreprise est inopérant s'agissant de la situation du salarié.

Les relevés d'activités signés du salarié ne comportent pas ses horaires de travail.

Les quelques inexactitudes figurant sur les décomptes ne sont pas suffisantes pour les remettre en cause.

Il suit de là qu'au regard des décomptes produits, la cour dispose des éléments lui permettant, par confirmation du jugement, d'évaluer à la somme de 84 600,94 € la créance de M. [REDACTED] envers son employeur au titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires outre celle de 8 460,09 € au titre des congés payés y afférents.

Ainsi, le salaire qu'aurait dû percevoir M. [REDACTED] en tenant compte des heures supplémentaires effectuées entre le 25 novembre 2010 et le 25 novembre 2011 s'élève en moyenne à 6 451,56 € par mois.

Sur la demande au titre de la contrepartie obligatoire en repos.

Les heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent annuel ouvrent droit à une contrepartie obligatoire en repos.

Lorsque que la rupture du contrat intervient avant que le salarié ait pu bénéficier de cette contrepartie obligatoire en repos, il ouvre droit au bénéficie d'une indemnité correspondante.

L'entreprise emploie plus de 20 salariés.

Il résulte des dispositions de la convention collective applicable à la relation de travail et de son avenant n°39 en modifiant l'article 4.1.1 que le contingent annuel d'heures supplémentaires était de 220 heures.

Dans ces conditions, au regard du décompte et des pièces produites, il y a lieu de faire droit à la demande de M. [REDACTED] à hauteur de la somme de 41 341,21 € non discutée dans son quantum.

Le jugement sera également confirmé de ce chef.

Sur le travail dissimulé :

L'article L.8221-5 du code du travail dispose :

"Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur : ...

2° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L.3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie".

L'article 8223-1 du code du travail dispose :

"En cas de rupture de la relation de travail (quel qu'en soit le mode), le salarié auquel son employeur a eu recours dans les conditions de l'article L.8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L.8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire."

La connaissance par la société JF Cesbron de la surcharge objective de travail de M. [REDACTED] ayant entraîné la réalisation nécessaire et effective d'heures supplémentaires - que la convention de forfait jour en heures, dont l'employeur n'a pas respecté les obligations, a eu, si ce n'est pour objet en tout cas pour effet, de ne pas avoir à les rémunérer- caractérise l'intention de dissimulation exigée par le texte sus visé.

Il suit de là que la société employeur sera condamnée à verser à M. [REDACTED] l'indemnité forfaitaire de 38 709,36 €.

Sur la rupture du contrat de travail,

La résiliation judiciaire du contrat de travail produit, lorsqu'elle est accueillie, tous les effets attachés à un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ; elle peut être prononcée lorsque sont établis, à l'encontre de l'employeur, des manquements d'une gravité suffisante à ses obligations légales, conventionnelles ou contractuelles rendant impossible la poursuite du contrat de travail.

Lorsque comme en l'espèce, la demande en résiliation judiciaire du contrat de travail a été suivie, en cours d'instance, d'un licenciement, il convient d'examiner, au préalable la demande du salarié ; si la résiliation du contrat de travail est prononcée, le licenciement notifié par l'employeur se trouve privé d'effet, et la résiliation prend effet à la date de notification du licenciement, laquelle correspond à la date de rupture effective du contrat.

Pour justifier sa demande M. [REDACTED] reprochent à son employeur :

- des comportements ressortant d'un harcèlement moral et/ou subsidiairement d'un manquement à son obligation de sécurité de résultat,
- la mise en place d'une convention de forfait annuel en jours illicite et le non-paiement d'heures supplémentaires.

L'article L.1152-1 du code du travail dispose qu'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".

En cas de litige, les règles de preuve sont aménagées par l'article L.1154-1 du même code et il en résulte qu'il appartient au salarié qui se plaint d'être victime d'un harcèlement moral, d'établir la matérialité de faits précis et concordants constitutifs, selon lui, de ce harcèlement, qu'il appartient ensuite au juge d'apprécier si les faits, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral, et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que les décisions / agissements dont s'agit ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement, car justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Par ailleurs en application des dispositions de l'article L. 4121-1 du code du travail il pèse sur l'employeur une obligation de sécurité qui induit une nécessaire prise en compte par lui des risques psychosociaux.

Les faits allégués par M. [REDACTED] qui sont constitutifs selon lui d'un harcèlement moral -et /ou d'un manquement par l'employeur à son obligation de sécurité- sont :

- une surcharge de travail,
- un manque flagrant de moyens entraînant l'obligation de travailler sans limites horaires,
- un manque flagrant de soutien,
- des propos injurieux et humiliants,
- une convocation chez le médecin contrôleur,
- la privation injustifiée de l'augmentation de salaire prévue dans le contrat,
- des allégations d'insuffisance en cours de procédure,
- une délégation de pouvoir illicite,

ces agissements ayant eu pour effet de dégrader ses conditions de travail (charge de travail intenable, stress injustifié, mal être au travail, travail de nuit habituel) et de porter atteinte à sa santé physique et mentale (inaptitude et burn out).

Aux termes de son contrat de travail, M. [REDACTED] a été embauché en qualité de directeur des achats au sein du Groupe Cesbron.

Il ressort de la fiche de poste jointe au contrat et signée par lui que son activité portait tant sur le service achat que sur les services généraux, ce dont il résulte qu'il avait connaissance de l'étendue des fonctions qui lui étaient confiées.

Il demeure si l'on se rapporte à la fiche de poste, cette double fonction dans un groupe dont il n'est pas contesté qu'il avait 3000 fournisseurs engageait 65 millions d'euros d'achats et disposait de 57 agences, apparaît objectivement, et comme la qualifie le salarié, particulièrement "dense".

Elle l'était d'autant plus que l'embauche de M. [REDACTED] en mars 2009 faisait suite aux conclusions d'un rapport d'audit externe de la société Crop and Co remis à la direction en février 2009, en vue de rendre plus performant le service des achats ainsi que le souligne la société et que rapport préconisait la création d'un comité exécutif achats comprenant un responsable achats (pilotage) et un acheteur, un directeur administratif régional et 2 acheteurs régionaux, un directeur du développement et un responsable SAV et d'un coordinateur d'approvisionnements et flux auprès des agences la structuration d'un service avec un nombre de salariés ayant des attributions précisées

qui n'a jamais été mise en place, le service de M. [REDACTED] n'ayant jamais compris le nombre de salariés nécessaire pour faire face à la charge correspondante et aux exigences de l'employeur.

L'employeur ne peut sérieusement soutenir qu'il a aidé et soutenu M. [REDACTED] dans "la mise en oeuvre de ses responsabilités contractuelles".

En effet si le contrat de prestation de la société Crop and Co réalisateur de l'audit signé le 6 novembre 2008 soit avant l'embauche de M. [REDACTED] prévoyait une mission d'accompagnement des mesures préconisées et ce jusqu'à octobre 2010, il ne s'agissait nullement d'un accompagnement personnel de M. [REDACTED] dont il convient de noter d'ailleurs qu'il avait été embauché dans le cadre juridique d'un contrat initiative emploi prévoyant une formation.

L'employeur est d'autant plus mal venu à arguer de ce prétendu accompagnement alors qu'il n'a pas suivi les prescriptions notamment sur la mise en place d'une structure du personnel du service et qu'il a été constaté dans un document établi par l'audit intitulé points majeurs d'avancement "les performances de réduction de coût malgré une force de frappe achat réduite" et que la formation dont a bénéficié le salarié a consisté en un séminaire de deux jours (9 au 11 novembre 2010) intitulée "entretien individuel".

Ce manque de moyens dévolus au Service achats - qui a nécessairement et effectivement entraîné une surcharge de travail pour M. [REDACTED] son responsable- a d'ailleurs été constaté ensuite d'un diagnostic du domaine "achats" en juillet 2011 qui a recommandé une structuration du service comprenant 6 voir 8 salariés soit : un acheteur confirmé pour études de marché, un acheteur grand compte/grands projets, un acheteur par famille d'achats (froid, climatisation, chaud), un acheteur frais généraux, un support achats et une assistante, moyens en personnel dont M. [REDACTED] n'a jamais disposé, n'ayant eu pendant toute la durée de la relation de travail que de deux collaborateurs, les autres salariés qui y ont été affectés étant des intérimaires et/ou des stagiaires sur des durées limitées.

L'employeur est d'ailleurs de particulière mauvaise foi en produisant, pour justifier de l'aide au service et de la fourniture de moyens humains, les documents afférents:

- à l'embauche en stage de M. [REDACTED] fils d'une relation de M. Cesbron à compter de mars 2011, dossier que M. [REDACTED] aurait laissé traîner alors la candidature de ce stagiaire lui est parvenue le 14 décembre 2010 et qu'il a échangé avec ce postulant le 13 janvier 2011,

-à l'affectation de Mme [REDACTED] présentée comme une aide alors que sa venue ressortait de l'organisation du remplacement d'une salariée malade mise au repos parce qu'elle était épuisée,

-à l'affectation de Mme [REDACTED] qui est intervenue dans le cadre du remplacement de Mme [REDACTED] en congé parental,

- à l'embauche de Mme [REDACTED] sur une mission de 5 mois "en attendant le retour de Jason"

-à l'embauche de deux intérimaires secrétaires différentes à des périodes différentes pour "accroissement temporaire d'activité" lié, soit à inventaire, soit aux manifestations du centenaire.

La surcharge objective de travail de M. [REDACTED] -comme d'ailleurs de ses collaborateurs- entraînant pour le salarié, des horaires de travail étendus dans la journée et l'obligation de travailler le soir tard, liée à un manque de moyens et de soutien est ainsi établie.

La convocation de M. [REDACTED] chez un médecin le 13 janvier 2012 aux fins de contrôle du caractère justifié de son arrêt de travail est établie et non contestée.

Il est également établi qu'alors que le contrat de travail de M. [REDACTED] prévoyait que son salaire mensuel de base forfaitaire originellement fixé à 4000 € brut soit porté à 4 200 € à compter du 1^{er} juin 2010, l'employeur a réduit cette augmentation à 100 €.

En revanche, si l'employeur ne conteste pas le fait que M. [REDACTED] a rencontré M. Cesbron au salon professionnel des 8 et 9 février 2012, le salarié ne rapporte pas la preuve de ce que ce dernier lui aurait tenu les propos injurieux qu'il lui impute.

Faute de produire la délégation de pouvoir qu'il taxe d'illicite, ce fait ne saurait être tenu comme établi.

M. [REDACTED] justifie par ailleurs par les documents médicaux qu'il produit :

-qu'il lui a été prescrit des anxiolytiques à compter de septembre 2009 associés par la suite à des antidépresseurs,

- qu'il a été en arrêt de travail à compter du 25 novembre 2011, cet arrêt de travail étant en lien avec son activité professionnelle,

-qu'il présentait ainsi des signes d'altérations physiques, des phénomènes anxieux et dépressifs en relation avec le contexte du travail,

-qu'il a été déclaré par le médecin du travail après visite dans entreprise lors de la seconde visite de *reprise "inapte à son poste de travail. Inapte à tous les postes de l'entreprise dans le cadre de la procédure de l'article R.4624-31 du code du travail."*

M. [REDACTED] établit ainsi la matérialité de faits précis et concordants qui, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral.

L'employeur justifie que le contrôle médical M. [REDACTED] qu'il a initié ainsi qu'il en avait le droit et qui est intervenu le 13 janvier 2012 était justifié par la prolongation de l'arrêt de travail initial du salarié à compter du 28 novembre 2011; les conditions de réalisation de ce contrôle par la convocation du salarié chez le médecin contrôleur sont étrangères à tout harcèlement.

Tel n'est cependant pas le cas pour les autres faits de harcèlement allégué.

L'employeur ne peut ainsi valablement soutenir que la surcharge de travail avérée, structurelle et permanente de M. [REDACTED] était liée à une mauvaise organisation de son travail qui ne lui a, au demeurant, jamais été signalée et a fortiori reprochée, alors qu'il avait parfaitement connaissance depuis 2009 de l'insuffisance de moyens alloués au service dirigé par ce dernier et des conséquences qui en découlaient nécessairement sur ses conditions de travail;

Il avait une connaissance plus particulière de ce que M. [REDACTED] travaillait régulièrement le soir tard et le week end par l'envoi de mails tardifs, M. [REDACTED] son supérieur hiérarchique lui ayant d'ailleurs lui-même adressé des courriels emportant du travail à faire en urgence le soir tard et même le dimanche..

L'employeur ne justifie pas par des éléments étrangers à tout harcèlement son absence de réponse concrète au manque de moyens et de soutien qui lui ont été soulignés par M. [REDACTED] à plusieurs reprises, dans un courriel du 22 octobre 2010 (pièce 49 du salarié) qui évoque les critiques de détail faite par la direction et le manque de reconnaissance et de soutien par l'employeur du travail effectué, non pas d'ailleurs seulement de son propre travail, mais également de celui de ses collaborateurs, lors des entretiens d'évaluation et dans son courriel du 4 mai 2011 dans lequel il est très clair sur les conséquences sur la santé de chacun.

Il ne peut se contenter de répondre que le fait de quitter son bureau à 20 heures n'a rien d'anormal pour un cadre qui exerce en forfait jour et que le salarié était libre d'organiser son temps.

Les attestations de Mme [REDACTED] assistante achats (55) et de Mme [REDACTED] DRH (53) produites par l'employeur établissent d'ailleurs que M. [REDACTED] était dans les locaux de l'entreprise dans les heures normales de bureau ce dont il se déduit qu'il travaillait également aux heures normales de bureau dans la journée.

Le fait qu'il travaillait en sus le soir tard n'est pas contestable, l'employeur produisant d'ailleurs les attestations de deux salariés directeurs de région qui relatent qu'ils recevaient des mails tardifs de M. [REDACTED] et copie d'une série de mails tardifs (au milieu de la nuit) envoyés par [REDACTED] à d'autres salariés.

Averti à plusieurs reprises de la surcharge de travail liée au manque de moyen et de soutien, cette absence de réponse autre que par un renvoi pur et simple de la responsabilité de cet état de fait sur le salarié et à une situation économique difficile faisant obstacle à des embauches (pièce 12 de l'employeur) avec les conséquences sur les conditions de travail et l'état de santé du salarié caractérise par ailleurs, comme l'a justement considéré le premier juge et en tout état de cause, un manquement par l'employeur à son obligation de sécurité.

La société JF Cesbron ne justifie pas par des éléments étrangers à tout harcèlement le fait de réduire de 200 à 100 € l'augmentation de salaire prévue dans contrat de travail, peu important à cet égard que le salarié, qui s'en est étonné auprès de son employeur par mail du 12 juillet qui lui a d'ailleurs répondu que son investissement n'était pas en cause, ait en définitive signé un avenant conforme.

Les griefs articulés en cours de procédure (retard dans l'exécution de certaines tâches, insuffisances dans le management de son service) à l'encontre M. [REDACTED] ressortent d'un comportement semblable de la direction de l'entreprise qui ne lui a jamais adressé de mise en demeure et/ou d'avertissement au cours de la relation de travail.

Il suit de là que la preuve est rapportée de fautes de l'employeur suffisamment graves pour justifier la résiliation du contrat de travail.

Le jugement entrepris sera donc confirmé de ce chef.

Sur les conséquences,

La résiliation judiciaire du contrat de travail emporte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Elle ouvre droit au bénéfice du salarié au paiement d'une indemnité de préavis.

Le montant de l'indemnité compensatrice de préavis correspond aux salaires et avantages qu'aurait perçus le salarié s'il avait travaillé pendant cette période, soit sur la base du salaire tel qu'il résulte des dernières fiches de paie, en fonction de l'horaire contractuel du salarié.

Il s'agit, toutefois, du salaire et des avantages bruts auxquels aurait pu prétendre le salarié, et non en fonction de la rémunération effectivement perçue en cas de manquements de l'employeur à ses obligations.

Tous les éléments de rémunération fixes et variables ayant le caractère de salaire doivent être retenus, l'indemnité étant calculée dans ce cas par référence à la moyenne annuelle des salaires.

Il suit de là qu'au regard du salaire qu'aurait dû percevoir M. [REDACTED] en tenant compte des heures supplémentaires effectuées entre le 25 novembre 2010 et le 25 novembre 2011 et qui s'élève en moyenne à 6 451,56 € par mois, il est fondé en sa demande en paiement de la somme de 19 354,68 € et de celle de 1 935,47 € au titre des congés payés y afférents.

Au regard de son ancienneté dans l'entreprise, du salaire qu'il percevait, de sa formation et de son âge et de sa capacité à retrouver un emploi qu'il a effectivement retrouvé en contrat de travail à durée déterminée puis en contrat de travail à durée indéterminée, le préjudice de M. [REDACTED] sera justement réparé par l'allocation d'une somme de 45 000 €.

L'équité commande la condamnation de la société JF Cesbron à verser à M. [REDACTED] la somme de 1 500 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile au titre de ses frais irrépétibles d'appel.

PAR CES MOTIFS,

La cour, statuant publiquement en matière sociale par arrêt contradictoire et en dernier ressort,

Infirme le jugement entrepris en ce qu'il a :

- condamné la société JF Cesbron à verser à M. [REDACTED] les sommes de 12300€ à titre d'indemnités de préavis, 1 230 € au titre des congés payés y afférents, 32 800 € à titre de dommages et intérêts pour rupture imputable à employeur
- précisé que la moyenne des 3 derniers mois de salaire de M. [REDACTED] s'élevait à 4 100 €,
- débouté M. [REDACTED] de sa demande d'indemnité pour travail dissimulé.

Statuant à nouveau de ces chefs :

Fixe la moyenne des derniers mois de salaire de M. [REDACTED] à 6 451,56 €.

Condamne la société JF Cesbron à verser à M. [REDACTED] les sommes de :

- 19 354,68 € à titre d'indemnités de préavis et de 1 935,47 € au titre des congés payés y afférents,
- 45 000 € à titre de dommages et intérêts pour rupture du contrat de travail imputable à l'employeur,
- 38 709,36 € à titre d'indemnité pour travail dissimulé.

Confirme le jugement entrepris en toutes ses autres dispositions.

Y ajoutant,

Condamne la société JF Cesbron à verser à M. [REDACTED] la somme de 1 500 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile au titre de ses frais irrépétibles d'appel

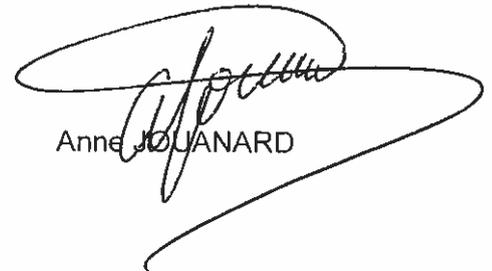
Condamne la société JF Cesbron aux dépens d'appel.

LE GREFFIER,



V. BODIN

LE PRÉSIDENT,



Anne JOUANARD

Copie certifiée conforme
à l'original
Le Greffier,

