

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE BASTIA  
CHAMBRE SOCIALE**

7 mai 2008

APPELANTE :

S. A. R. L. INFORMATIQUE RESEAUX ET COMMUNICATION (IRC) prise en la  
personne de son représentant légal  
47 route du Vittulo  
20090 AJACCIO

Représentée par Me BRONZINI DE CARAFFA, avocat au barreau de BASTIA, substituant  
Me Richard ALEXANDRE, avocat au barreau d'AJACCIO

INTIME :

Monsieur Sébastien X...  
20167 MEZZAVIA

Représenté par la SCP LEANDRI LEANDRI, avocats au barreau d'AJACCIO

COMPOSITION DE LA COUR LORS DES DEBATS :

L'affaire a été débattue le 11 Mars 2008 en audience publique devant la Cour composée de :

Monsieur MUCCHIELLI, Président de Chambre  
Madame DEZANDRE, Conseiller  
Monsieur MACOUIN, Conseiller

qui en ont délibéré.

GREFFIER :

Monsieur DALESSIO, lors des débats.

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aura lieu par mise à  
disposition au greffe le 07 Mai 2008

ARRET

Contradictoire

Prononcé publiquement par mise à disposition au greffe.

Signé par Monsieur MUCCHIELLI, Président de Chambre et par Monsieur DALESSIO,

greffier présent lors de la mise à disposition de la décision.

\*\*\*

## FAITS, PROCEDURE ET PRETENTIONS

Monsieur Sébastien X... a été embauché par la S. A. R. L INFORMATIQUE RESEAUX COMMUNICATION (I. R. C) en qualité de technico- commercial à compter du 2 juillet 2001, au salaire mensuel fixe brut de 6 574 Francs pour un horaire forfaitaire de 169 heures, outre une commission sur chiffre d'affaires.

Il a été placé en arrêt de travail pour maladie du 16 décembre 2003 au 15 septembre 2004, a repris le travail sur un mi- temps thérapeutique jusqu'au 30 septembre 2004, et a été de nouveau malade à partir du 1er octobre 2004.

Après convocation du 30 juin 2005 à un entretien préalable au licenciement fixé au 12 juillet 2005, auquel il ne s'est pas présenté, il a été licencié par lettre du 19 juillet 2005 pour le motif suivant : " Absence prolongée de plus d'un an pour maladie, pénalisant fortement l'entreprise tant sur le plan commercial que financier. De même ce poste de commercial étant stratégique au sein de l'entreprise nous devons avoir la possibilité de pourvoir au remplacement " .

Il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en paiement de diverses sommes, et, par jugement de départage du 12 mars 2007 le Conseil de prud'hommes d'Ajaccio :

"- constate que le licenciement de Monsieur Sébastien X... est dépourvu de cause réelle et sérieuse ;

- dit que la SARL Informatique Réseaux Communication devra lui verser les sommes suivantes :

\* 7 630, 60 € au titre du rappel de salaires pour la période du 1er novembre 2004 au 19 octobre 2005,

\* 1 050 € au titre des congés payés de l'année 2003,

\* 15 000 € à titre de dommages- intérêts,

\* 2 000 € au titre des frais irrépétibles ;

- déboute Monsieur Sébastien X... de sa demande de modification de convention collective antérieurement au 1er novembre 2004 ;

- déboute Monsieur Sébastien X... de ses demandes de paiement de rappel de salaires et d'heures supplémentaires ;

- déboute la SARL Informatique Réseaux Communication de sa demande de remboursement de trop perçu durant la période du 1er janvier au 31 octobre 2004 ;

- dit n'y avoir lieu à exécution provisoire de la présente décision, sous réserve des dispositions de l'article R. 516-37 du code du travail ;

- met les entiers dépens à la charge de la société IRC " .

La S. A. R. L I. R. C a régulièrement interjeté appel de cette décision par déclaration au greffe du 2 avril 2007.

Aux termes de ses conclusions écrites réitérées à l'audience, elle demande de :

- confirmer le jugement entrepris sur le rejet des demandes au titre de la modification de la convention collective applicable antérieurement au 1er novembre 2004, du rappel de salaire et d'heures supplémentaires,
- l'infirmier pour le surplus,
- accueillir sa demande de remboursement d'un trop versé sur salaire de 16 027, 41 euros du 1er janvier au 31 octobre 2004 et ordonner la compensation avec la somme due au titre du maintien du salaire pendant la maladie,
- dire le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et rejeter la demande en dommages et intérêts,
- condamner M. X... à lui verser 2 500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et à supporter les dépens.

Aux termes de ses conclusions écrites réitérées à l'audience, Sébastien X... demande la confirmation du jugement entrepris sur l'indemnité de congés payés, l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement et la condamnation au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, l'infirmer pour le surplus, par condamnation de. à lui verser :

- 14 463, 58 euros au titre du rappel sur salaire,
- 7 718, 43 euros au titre des heures supplémentaires,
- 6 522, 36 euros au titre du maintien du salaire sur heures supplémentaires,
- 50 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, outre 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

## MOTIFS DE LA DECISION

Sur la convention collective applicable

Attendu que la S. A. R. L I. R. C a été répertoriée par l'INSEE lors de sa création en 1999 sous le code NAF 524 Z puis, à partir du 1er novembre 2004 et sur sa demande, sous le code NAF 642 C,

Qu'elle considère en fonction de ces codes qu'elle relevait jusqu'au mois d'octobre 2004 de la convention collective du commerce de détail de papeterie, bureautique, librairie (brochure JO 3252) puis à partir de novembre 2004 de celle des télécommunications (brochure JO 3303),

Attendu, toutefois, que l'application d'une convention collective au personnel d'une entreprise dépend de l'activité principale qu'elle exerce, la référence à son identification auprès de l'INSEE n'ayant qu'une valeur indicative,

Qu'il ressort en l'espèce de l'extrait Kbis de la société versé aux débats que celle-ci a procédé à une modification de son objet social et de son activité le 3 juillet 2001 avec effet au 21 mai 2001, consistant dans l'abandon de l'activité : " achat et vente d'ordinateurs, de logiciels, de fournitures et accessoires et de tous matériels ayant un lien direct ou indirect avec l'activité informatique et l'installation de systèmes informatiques appliqués à la gestion d'entreprise ", seule étant maintenue la partie de l'activité initiale relative à " l'installation de matériel électrique téléphonique, amplificateur pour la téléphonie, construction d'abonnés, réseaux

câblés, modification d'installation, équipements d'immeubles, dérangements lignes d'abonnés, installation complexe, achat, vente, location de tous matériels de téléphonie, télématique, informatique, extension de l'activité sur tout appareillage lié à l'entreprise, radio téléphone, radio télédiffusion, fabrication de matériel professionnel électronique ou radio électrique ",

Qu'il n'est pas justifié au dossier d'une modification de l'activité principale de la société I. R. C à partir de novembre 2004, de sorte que l'attribution du code NAF 642 C à compter de cette date et sur demande de l'intéressée apparaît correspondre à une mise en conformité de son identification par l'INSEE avec l'activité indiquée dans l'objet social,

Qu'il n'est versé au dossier aucune pièce en dehors de la production d'extraits Kbis analysés ci-dessus, de sorte qu'il n'apparaît pas établi que le code initial 524 Z, " commerce de détail divers en magasin spécialisé ", correspondait à l'activité principale effective de l'entreprise jusqu'en octobre 2004 et non jusqu'en mai 2001 au plus tard, époque de la modification d'activité déclarée au registre du commerce et des sociétés et qui voit disparaître la partie " bureautique " de l'activité, étant rappelé que M. X... a été embauché au mois de juillet 2001, Attendu dès lors que la S. A. R. L I. R. C n'est pas fondée à soutenir qu'elle relevait jusqu'au mois d'octobre 2004 de la convention collective du commerce de détail de papeterie, bureautique, librairie comprenant dans son champ d'application les entreprises répertoriées sous le code NAF 524 Z,

Que la preuve n'est pas rapportée non plus d'une application volontaire de cette convention jusqu'en octobre 2004, la seule indication du code NAF sur les bulletins de salaire, sans mention d'une convention collective, étant à cet égard insuffisante,

Attendu ensuite que le champ d'application professionnel de la convention collective des télécommunications comprend " les entreprises répertoriées sous les codes NAF 642 A et 642 B, dont l'activité est la mise à disposition de tiers, de services de transmission d'information ou d'accès à l'information par tout moyen électrique, radioélectrique, optique ou électromagnétique ", et qui sont les opérateurs de télécommunication exploitant des réseaux de télécommunication ouverts au public ou fournissant au public un service de télécommunication, les sociétés de commercialisation de services de télécommunication, les fournisseurs d'accès Internet, les câblo- opérateurs, les diffuseurs de programmes audiovisuels à l'exclusion des chaînes de télévision et de radio,

Que sont en revanche expressément exclus les fabricants d'équipements et de terminaux de télécommunication et les sociétés ayant pour activité principale la distribution d'équipements et terminaux de télécommunication en direction du grand public,

Attendu que la S. A. R. L I. R. C a été répertoriée sous le code NAF 642 C non visé dans le champ d'application de la convention collective des télécommunications rappelé ci-dessus, que de plus l'activité principale exercée, telle que décrite dans l'objet social figurant à l'extrait Kbis, seul élément versé aux débats de part ou d'autre pour en rendre compte, se rapporte à l'installation de matériel de téléphonie, la construction d'abonnés réseaux câbles sic, et non à l'exploitation de réseaux de télécommunication ou à la commercialisation de services en la matière, de sorte que l'entreprise ne peut pas être considérée comme relevant à titre obligatoire de ladite convention à compter du mois de mai 2001, contrairement à ce que prétend M. X...,

Attendu néanmoins qu'un employeur peut appliquer volontairement une convention collective à son personnel xxx, et qu'il ressort du dossier et des débats que la S. A. R. L I. R. C affirme se soumettre à la convention collective des télécommunications depuis le changement de son code NAF,

Attendu en conséquence qu'il y a lieu de dire, par confirmation du jugement entrepris, que cette convention collective est applicable aux relations entre M. X... et la S. A. R. L I. R. C à compter du 1er novembre 2004,

Sur la classification et le rappel de salaire

Attendu que M. X..., embauché dans un emploi de technico- commercial aux termes de son contrat de travail, considère qu'il doit être classé dans le groupe E de la grille unique des emplois de la convention collective des télécommunications, comprenant sept groupes de A à G,

Qu'il se réfère à cet égard au fait que le terme " technico- commercial " figure dans le groupe E de la famille " commercial " de cette grille,

Que, toutefois, la classification professionnelle d'un salarié au regard de la grille des emplois de la convention collective applicable à l'entreprise dépend des caractéristiques de l'emploi effectivement occupé et de la qualification qu'il requiert, et qu'en l'espèce, la citation d'un intitulé de poste semblable au sien mais à seule fin d'illustration ne suffit pas à établir que l'emploi effectivement occupé par M. X... répond aux critères classants conventionnels permettant de rattacher son emploi au groupe E de la grille,

Qu'il convient ainsi de relever que les critères classants pris en compte sont : la complexité de l'emploi, l'autonomie, l'impact des décisions prises, les relations avec l'environnement interne et / ou externe, et les connaissances requises,

Que les emplois du groupe E sont des emplois de cadre, alors que l'emploi de M. X... relève des non cadres et qu'au demeurant l'intéressé ne revendique pas une appartenance à la catégorie des cadres,

Que le poste de technico- commercial y est défini comme apportant un appui technique lors de la négociation des contrats, élaborant des solutions techniques selon les besoins des clients,

Qu'il ressort des éléments du dossier, notamment la description du poste figurant au contrat de travail et l'organigramme de l'entreprise qui compte six salariés seulement, y compris le directeur et le directeur technique, que M. X..., seul commercial de l'entreprise, n'exerce aucune fonction d'encadrement,

Que ses attributions commerciales consistent à " développer les ventes de tous produits de l'entreprise (matériel et prestations de services) suivant les programmes et objectifs définis par la direction " et que ses attributions techniques se bornent au recueil d'informations techniques auprès de la clientèle pour les faire remonter à la direction, sans intervention technique proprement dite,

Attendu ainsi que le poste effectivement occupé par M. X... est cohérent avec un classement

dans le groupe D de la grille conventionnelle se référant à l'exemple de l'attaché commercial, qui " dans le cadre des règles et procédures commerciales de l'entreprise, développe les ventes sur un secteur (...) ",

Attendu en conséquence que M. X... sera débouté de sa demande en rappel de salaire fondée sur un classement dans le groupe E,

Sur le paiement d'heures supplémentaires

Attendu que le contrat de travail conclu le 2 juillet 2001 stipule un horaire forfaitaire mensuel librement organisé de 169 heures,

Que la convention entre les parties permet donc de déterminer le nombre d'heures supplémentaires comprises dans le forfait, soit quatre heures hebdomadaires, et qu'il ressort des bulletins de salaire que la rémunération versée à M. X... est au moins égale à celle qu'il aurait dû percevoir augmentée des heures supplémentaires, en application du salaire minimum professionnel de sa catégorie d'emploi,

Qu'en présence d'une convention de forfait valable et librement consentie, M. X... n'est pas fondé à revendiquer un rappel en paiement de 17, 33 heures supplémentaires par mois, étant au surplus observé que son calcul est inexact, dans la mesure où ayant d'ores et déjà été rémunéré sur la base de 169 heures mensuelles de travail, au vu de ses bulletins de paie, il ne saurait demander que la majoration applicable et non le paiement complet de l'heure majorée,

Attendu que par confirmation du jugement entrepris, M. X... sera débouté de sa demande au titre des heures supplémentaires,

Sur l'indemnité de congés payés

Attendu que le droit aux congés payés est un droit au repos,  
Que les jours de congés acquis au cours d'une période de référence et qui n'ont pas été utilisés par le fait du salarié au cours de la période d'ouverture du droit, conformément aux articles L. 223-2 et R. 223-1 du Code du travail, ne peuvent pas donner lieu à indemnité compensatrice, en dehors du cas de rupture du contrat de travail prévu par l'article L. 223-14 du même code,

Que le contrat de travail de M. X... a été rompu le 19 juillet 2005 alors que l'intéressé, absent pour maladie depuis le 16 décembre 2003, n'avait pas de droit ouvert à des congés payés,

Qu'il réclame une indemnité correspondant à des jours de congés acquis sur la période 2002-2003 et sur la période 2003-2004 jusqu'à son arrêt de travail pour maladie à compter du 16 décembre 2003, et qu'il a été empêché d'utiliser avant l'expiration de la période des congés annuels en raison de cet arrêt de travail,

Mais attendu que ces jours de congés, définitivement perdus depuis le 1er juin 2004 pour les premiers et le 1er juin 2005 pour les autres, n'ouvrent pas droit à indemnité compensatrice lors de la rupture du contrat, et qu'en conséquence, par infirmation du jugement entrepris, M. X... sera débouté de sa demande d'indemnité de congés,

### Sur le maintien du salaire pendant la maladie

Attendu que pour la période à compter du 1er novembre 2004 où il y a lieu d'appliquer la convention collective des télécommunications, la S. A. R. L I. R. C reconnaît devoir à M. X... au titre du complément de maladie la somme 7 630, 60 euros et sollicite en conséquence la confirmation de la condamnation prononcée en première instance,

Qu'il ressort des écritures et du détail des calculs de M. X... que celui-ci n'a pas droit, sur la base du salaire contractuel effectivement dû et pour la période considérée, à un rappel d'un montant supérieur,

Attendu en conséquence qu'il y a lieu de confirmer le jugement sur le montant du rappel de salaire dû pour la période du 1er novembre 2004 au 19 octobre 2005,

### Sur la réclamation de l'indû

Attendu que la S. A. R. L I. R. C considère qu'ayant versé à M. X... pendant toute la période de maladie un complément de rémunération à hauteur de 100 % du salaire sans y avoir été tenue avant la mise en application dans l'entreprise de la convention collective des télécommunications, elle est désormais fondée à obtenir la condamnation du salarié à rembourser un indû pour un montant de 16 027, 41 euros,

Attendu néanmoins que les obligations légales ou conventionnelles constituent un minimum au-delà duquel un employeur peut consentir unilatéralement des avantages supplémentaires à un salarié,

Qu'il n'est d'ailleurs pas établi en l'espèce que c'est par une erreur de droit que la S. A. R. L I. R. C a versé un complément de rémunération supérieur à celui qu'elle estime aujourd'hui être légalement dû,

Que la demande en répétition n'est donc pas fondée et que par confirmation du jugement entrepris, elle sera rejetée,

### Sur le licenciement

Attendu que M. X... a été licencié après vingt mois d'absence quasi ininterrompue pour maladie, au motif de son absence prolongée de plus d'un an pour maladie, pénalisant fortement l'entreprise tant sur le plan commercial que financier.  
De même ce poste de commercial étant stratégique au sein de l'entreprise nous devons avoir la possibilité de pourvoir au remplacement,

Attendu que l'absence prolongée d'un salarié pour maladie ne constitue une cause légitime de rupture du contrat de travail que si l'employeur établit d'une part la perturbation apportée au fonctionnement de l'entreprise et d'autre part la nécessité dans laquelle il se trouve de pourvoir au remplacement définitif du salarié malade, et que le remplacement définitif d'un salarié absent en raison d'une maladie doit intervenir dans un délai raisonnable après le licenciement, tenant compte des spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné, ainsi que des démarches de l'employeur en vue d'un recrutement,

Attendu que la S. A. R. L I. R. C ne justifie par aucun document ni aucune pièce des difficultés générées par l'absence de M. X... invoquées dans la lettre de licenciement,

Que s'agissant de la nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié, elle manque aussi à établir qu'elle aurait d'abord et en vain tenté de pourvoir au remplacement de façon temporaire,

Qu'elle se borne en effet à produire le contrat de travail de la personne embauchée sur contrat " nouvelle embauche " dans le même poste que celui de M. X..., ce dont il ressort que le poste a été pourvu à compter du 1er janvier 2006 soit près de six mois après la décision de licenciement, sans que ce délai soit justifié par des difficultés particulières de recrutement,

Attendu qu'au vu de ces éléments, il convient de confirmer le jugement en ce qu'il a dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse,

Qu'au regard de l'âge et l'ancienneté du salarié, de sa qualification, de sa rémunération, des circonstances de la rupture, de la situation d'emploi postérieure au licenciement, et de tous éléments de préjudice soumis à appréciation, il convient d'allouer à M. X... la somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sur le fondement de l'article L. 122-14-5 du Code du travail,

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Statuant publiquement, par arrêt contradictoire, par mise à disposition au greffe,

Confirme le jugement entrepris en ce qu'il constate que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, en ce qu'il condamne la S. A. R. L I. R. C à verser à M. X... la somme de 7 630, 60 euros à titre de rappel de salaire pour la période du 1er novembre 2004 au 19 octobre 2005 et celle de 2 000 euros au titre des frais irrépétibles, et en ce qu'il déboute M. X... de ses demandes de modification de la convention collective antérieurement au 1er novembre 2004 et de rappel de paiement de salaire et d'heures supplémentaires, et la S. A. R. L I. R. C de sa demande de remboursement d'un trop perçu de salaire,

L'infirmes pour le surplus,

Statuant à nouveau du chef des dispositions infirmées,

Rejette la demande en paiement d'indemnité de congés payés,



Condamne la S. A. R. L I. R. C à payer à M. X... la somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

Déboute les parties de toute autre demande,

Dit n'y avoir lieu à condamnation au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Laisse à chacune des parties la charge de ses dépens d'appel.

LE GREFFIER  
LE PRESIDENT