

IC/RBO

4ème A chambre sociale

ARRÊT DU 03 Juin 2015

Numéro d'inscription au répertoire général : 13/01412

ARRÊT n°

Décision déferée à la Cour : *Jugement du 28 JANVIER 2013 CONSEIL DE PRUD'HOMMES - FORMATION PARITAIRE DE SETE*

N° RG09 149

APPELANT :

Monsieur Damien VERNET

21 rue des Citronniers - 34140 MEZE

Représenté par Maître Pascale DELL'OVA de la SCP ROZE, SALLELES, PUECH, GERIGNY, DELL'OVA, BERTRAND, avocat au barreau de MONTPELLIER

INTIMEES :

Maître PERNAUD-ORLIAC Philippe (SEP Maître Philippe PERNAUD-ORLIAC) - Mandataire liquidateur de SARL HERVELEC

27 rue de l'Aiguillerie - 34000 MONTPELLIER

Représentée par Maître Fella BOUSSENA de la SELARL CHATEL ET ASSOCIÉS, avocat au barreau de MONTPELLIER

AGS (CGEA-TOULOUSE)

1, rue des Pénitents Blancs - Cs 81510

31015 TOULOUSE CEDEX 6

Représentés par Maître Fella BOUSSENA de la SELARL CHATEL ET ASSOCIÉS, avocat au barreau de MONTPELLIER

AGS PARIS

40 rue Washington Plaza Paris 8°

Ni comparants, ni représentés

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le **08 AVRIL 2015**, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur Marc PIETTON, Président de chambre

Monsieur Richard BOUGON, Conseiller

Mme Françoise CARRACHA, Conseillère

qui en ont délibéré

Greffière, lors des débats : Madame Isabelle CONSTANT

ARRÊT :

- 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 **Monsieur Marc PIETTON, Président de chambre**, et par **Madame Isabelle CONSTANT, Greffière** à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

*

* *

FAITS, PROCÉDURE ET DEMANDES DES PARTIES

Le 21 janvier 2008 suivant contrat à durée indéterminée, M. Damien Vernet est engagé par la société (sarl) Hervelec en qualité d'assistant de dessinateur d'exécution qualité ETAM position III coefficient 540 de la convention collective nationale des ETAM du bâtiment du 12 juillet 2006 pour un salaire mensuel brut de 1685,45 pour 151,67 heures de travail.

Le 12 mai 2009 l'employeur notifie au salarié un avertissement dans les termes suivants: '*«vous êtes en congés depuis le 4 mai 2009, pendant votre absence, nous avons souhaité consulter les mails à usage professionnel sur l'ordinateur de votre poste, nous n'avons pas pu accéder à la boîte de réception - messagerie, celle-ci étant protégée par un mot de passe que vous avez mis en place sans notre autorisation et sans même nous en aviser.*

Après demande de nos services, vous deviez nous en communiquer le code d'accès, ce qui n'a, à ce jour, pas été fait de votre part.

Nous vous rappelons que la boîte mail orange «damien.vernet@orange.fr» est à votre disposition pour les besoins de votre poste professionnel (communication avec nos clients, nos fournisseurs, les architectes et les services de contrôles) et qu'il convient que nous puissions y accéder en votre absence pour assurer le bon suivi des dossiers ce qui n'est pas le cas depuis la prise de vos congés, nous empêchant ainsi de travailler dans des conditions normales.

Votre comportement est ainsi constitutif d'une entrave à la bonne marche du service et ce à titre fautif.

Nous vous adressons un avertissement formel, qui sera versé a votre dossier et vous demandons officiellement dès votre retour de supprimer le code d'accès personnel ou à tout du moins de nous le communiquer...».

Le 28 juin 2009 M. Damien Vernet qui souhaite obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail saisit le Conseil de Prud'hommes de Sète.

Le 26 août 2009 le médecin du travail sur visite de reprise après maladie émet l'avis suivant: «inapte temporaire» et le 11 septembre 2009 le médecin du travail déclare M. Damien Vernet inapte définitivement à son poste et à tout poste dans l'entreprise.

Le 30 octobre 2009 l'employeur notifie au salarié son licenciement dans les termes suivants : *«Nous vous avons convoqué à un entretien préalable de licenciement pour le 26 octobre 2009 à 15 heures. Vous ne vous êtes malheureusement pas présenté à cet entretien, et nous n'avons pas pu recueillir de votre part vos observations afin de vous aider au mieux à votre reclassement. Nous vous informons que nous avons décidé de vous licencier en raison de votre inaptitude constatée par le médecin du travail et à la suite de laquelle votre reclassement dans l'entreprise s'est révélé impossible, malgré nos recherches. Votre préavis d'une durée de 2 mois débutera à la date de la présentation de cette lettre. Votre état de santé ne vous permet pas de travailler pendant une durée couvrant celle du préavis qui, en conséquence, ne donnera pas lieu à une indemnité compensatrice de préavis. Nous vous informons que vous avez acquis 38.34 heures au titre du droit individuel à la formation. Vous pouvez demander, pendant votre préavis, à utiliser ces heures pour bénéficier notamment d'une action de formation, de bilan de compétences ou de validation des acquis de l'expérience...».*

Le 28 janvier 2013 le Conseil de Prud'hommes de Sète, section industrie, en formation de départage, sur audience de conciliation du 10 septembre 2009, procès verbal de partage de voix du 19 avril 2012 et de plaidoiries du 24 septembre 2012, déboute M. Damien Vernet de toutes ses demandes et le condamne aux dépens.

Le 22 février 2013 M. Damien Vernet interjette appel et demande, sur décision que les manquements suffisamment graves de l'employeur justifient la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse et que l'employeur n'a pas respecté son obligation en matière de reclassement, de fixer sa créance au passif de la société Hervelec aux sommes de:

- 25000 € de dommages-intérêts pour licenciement abusif';
- 3736 € d'indemnité compensatrice de préavis';
- 8578,92 € de rappel de salaire sur les heures supplémentaires';
- 2854,33 € d'indemnité équivalente à la contrepartie obligatoire en repos si l'entreprise justifie d'un effectif supérieur à 20 salariés et à 1427,16 € si l'entreprise justifie d'un effectif inférieur à 20 salariés';
- 11208 € d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé.

L'association Centre de Gestion et d'Etude AGS (CGEA) de Toulouse sollicite la confirmation.

Maître Pernaud-Orliac en sa qualité de liquidateur de la société (sarl) Hervelec demande à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'il reprend et fait sienne l'argumentation

développée par le CGEA.

Pour un plus ample exposé des faits, de la procédure et des prétentions respectives des parties, la cour se réfère au jugement du Conseil de Prud'hommes et aux conclusions des parties qui ont expressément déclaré s'y rapporter lors des débats du 8 avril 2015.

MOTIFS DE LA DÉCISION

1) sur la sanction disciplinaire

En cas de litige sur une sanction disciplinaire, la juridiction saisie apprécie la régularité de la procédure suivie et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction, l'employeur devant fournir les éléments retenus pour prendre la sanction.

Au vu de ces éléments et de ceux qui sont fournis par le salarié à l'appui de ses allégations, la juridiction forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles et si un doute subsiste, il profite au salarié.

L'avertissement du 12 mai 2009 intervient aux motifs que le salarié a protégé la boîte de réception-messagerie à usage professionnel sur l'ordinateur de son poste de travail sans l'autorisation de son employeur, sans l'aviser et qu'après demande le salarié n'a pas communiqué le code d'accès, faits empêchant le travail «*dans des conditions normales*» et constituant une «*entrave à la bonne marche du service*».

Or la société Hervelec ne communique aucun texte sur les conditions d'utilisation de l'outil informatique dans l'entreprise porté à la connaissance du salarié, aucun document prohibant l'emploi de code d'accès sur la boîte de réception-messagerie, pas plus qu'il ne justifie avoir donné quelque consigne que ce soit à ce titre, ni effectué de demande à M. Vernet pour qu'il communique son code d'accès.

En conséquence il ne peut exister aucun comportement fautif à ce titre et la demande d'annulation de l'avertissement doit être accueillie, sanction qui intervient effectivement après plus d'un an d'exécution du contrat de travail au moment où, le 30 avril 2009, M. Vernet formalise auprès de son employeur une première réclamation pour «*630 heures supplémentaires*» (pièce n°2).

2) sur les heures supplémentaires

Au soutien de sa demande M. Vernet expose que':

- il débutait sa journée de travail à 7 heures, ne la terminait pas avant 18 heures et même parfois bien au-delà, soit au minimum, avec la pause du midi de 12 à 14 heures, 2 heures supplémentaires par jour (5 jours à 9 heures soit 45 heures par semaine) alors que l'employeur ne l'a rémunéré que pour l'horaire de 8 à 12 heures et de 14 à 17 heures (5 jours à 7 heures soit 35 heures par semaine)';

- l'horodatage des courriels qu'il a adressé conforte cette demande puisque la période du 7 janvier au 15 avril 2009 fait apparaître l'envoi de mails à 7h24, 7h08, 7h18, 7h33, 7h10, 7h24, 7h19, soit bien avant sa prétendue heure d'embauche à 8 heures, à 18h42, 18h12, 18h11, 18h14, 18h25, 18h36, 19h04, soit bien après la prétendue heure de sortie à 17h, à 12h08, 12h05, 12h18, 12h10, 12h14, soit pendant la pause déjeuner';

- il en est de même pour les horaires d'envoi des télécopies qui témoignent du dépassement de ses horaires théoriques, télécopies adressées bien après 17 heures (pièces n° 15, 16 et 24 à 29)';

- les attestations précises et concordantes, celles de Messieurs Pena, Figuerolles, Charvet, Vernet, Polizzi, Letourneur, celle de Mme Carole Grandin corroborent et confirment la réalisation de ces heures supplémentaires';

- en ce qui concerne les horaires d'ouverture au public, la Cour de cassation ayant considéré que les horaires d'ouverture d'une agence étaient de nature à fonder la demande d'heures supplémentaire d'un salarié (Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 12-24.624), l'entreprise ne fermait pas au public à 17 heures, le site internet mentionnant une ouverture jusqu'à 18 heures (pièce n° 50) et certains salariés voyaient préciser dans leur contrat de travail leur embauche à compter de 7 heures le matin, ce qui confirme à nouveau le caractère mensonger des allégations de l'employeur, ce dernier soutenant que l'entreprise ne fonctionnait qu'à compter de 8 heures le matin (pièce n° 51)';

- la demande qu'il effectue le 30 avril 2009 résulte d'une démarche collective d'un certain nombre de salariés reprochant à leur employeur le non paiement des heures supplémentaires et il s'avère que certains des salariés concernés ont obtenu satisfaction (pièces n°s 52, 61, 62), l'employeur considérant que les employés administratifs devaient dépasser leurs horaires sans revendiquer le paiement de ces dépassements';

- ces éléments vont très au-delà de ce qu'exige la Cour de Cassation s'agissant des éléments susceptibles d'étayer la demande du salarié et faute pour l'employeur d'apporter des éléments probants s'agissant des horaires effectifs réalisés par le salarié, la Cour ne pourra que faire droit, suivant décompte précis figurant aux pages 16 et 17 des conclusions, aux demandes en paiement des sommes de':

1) 4373,91 € pour les 302,60 heures supplémentaires et majorations du 21 janvier 2008 au 31 septembre 2008';

2) 3599,62 € pour les 227 heures supplémentaires et majorations du 1er octobre 2008 au 31 mars 2009';

3) 605,39 € pour les 37,8 heures supplémentaires et majorations d'avril 2009.

Toutes ces précisions et les justificatifs qui y correspondent constituent des éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments de nature à justifier les horaires réalisés par le salarié.

Alors que la salariée justifie d'une réclamation d'heures supplémentaires au cours de l'exécution contractuelle, le 30 avril 2009, il est surprenant que l'association Centre de Gestion et d'Etude AGS de Toulouse puisse conclure (cf page 9/23 de ses conclusions) que *«le caractère fallacieux de la demande est donc d'ores et déjà incontestablement établi»*, qu'elle est *«incohérente»* aux motifs *«qu'entre mai et octobre 2009, M. Vernet a adressé pas moins de 4 courriers à l'employeur (11/5, 28/7, 21/9, 09/10) pour des réclamations diverses et variées, congés payés indemnités journalières.. mais à aucun moment il n'a réclamé d'heures supplémentaires'»*, rappel devant tout de même être fait que l'absence de réclamation préalable d'heures supplémentaires ne permet pas d'en déduire leur inexistence.

La seule affirmation de nature générale et imprécise qu'il «*est très facile de différer l'envoi de mails, à une heure choisie, de même que les fax, dont on peut au demeurant très facilement aussi modifier la date et l'heure*» et que «*M. Vernet «a très certainement usé de ce stratagème*» (sic) reste sans portée en l'absence de toute autre élément probatoire.

Les éléments de nature à justifier les horaires réalisés produits par l'employeur résident en deux documents, les deux attestations de voisins (pièces n°s 24 et 25), affirmatives et imprécises, puisqu'il y est écrit que «*les jours de semaine il fallait sonner pour pouvoir rencontrer M. Chabert et/ou sa secrétaire comptable restaient (sic) plus tardivement (que 17 heures) au bureau*» et qu'aux alentours de 17h30 les locaux étaient fermés et dépourvu de tout employé.

Au vu des éléments de preuve versées de part et d'autre et de l'absence de justifications des heures de récupération alléguées par l'employeur (cf page 11/23 de ses conclusions), la demande présentée doit être accueillie.

3) sur les repos compensateurs

En plus des majorations prévues en contrepartie des heures supplémentaires ci-dessus reprises, le salarié a droit à une contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel (220 heures en l'espèce, non contesté) qui est fixée par la loi à 50 % pour les entreprises jusqu'à 20 salariés, 100% pour les entreprises de plus de 20 salariés.

Le contingent annuel s'apprécie par année civile.

Le salarié qui n'a pas été en mesure du fait de son employeur de formuler une demande de repos compensateur a droit à l'indemnisation du préjudice subi qui comporte le montant de l'indemnité de repos compensateur et le montant de l'indemnité de congés payés afférents.

Au vu du décompte établi par le salarié, non critiqué, il réalise pour l'année 2008, à partir du 21 janvier, 416 heures supplémentaires et pour l'année 2009, jusqu'en avril, 150 heures (566 ' 416).

Dès lors le nombre d'heures supplémentaires dépassant le contingent annuel intervient uniquement pour 2008 et pour 196 heures (416 ' 220).

Il est établi, notamment par l'attestation Pôle Emploi qui prévaut sur des renseignements glanés sur Internet à une date non précisée, que la société Hervelec ne comprenait pas plus de 20 salariés.

Dès lors l'indemnisation due à M. Vernet est égale à la somme de 1314,94€ [(196 X 12,198 € X 50%) + (196 X 12,198 € X 50% X 10%)].

4) sur l'indemnité de travail dissimulé

Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur, soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche, 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, soit de ne pas accomplir auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales les déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci.

Les heures supplémentaires réalisées depuis janvier 2008 n'ont jamais été rémunérées et le caractère intentionnel de la dissimulation résulte tant de ce déni sur la période d'exécution contractuelle de plus de 15 mois, les bulletins de paie ne comportant aucun paiement à ce titre, que de l'absence de toute réaction de l'employeur à la réclamation intervenue lors de l'exécution contractuelle.

Ces éléments justifient la fixation à la somme de 11208 € (6 fois 1868 €) de l'indemnité pour travail dissimulé.

5) sur la résiliation judiciaire

Lorsqu'un salarié demande la résiliation de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, il appartient au juge de vérifier si les faits invoqués par le salarié à l'appui de sa demande sont établis et, dans l'affirmative, si ces manquements présentent une gravité suffisante de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail pour justifier la résiliation aux torts de l'employeur.

La résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

En l'espèce l'absence totale de paiement sur 15 mois des heures supplémentaires pour un montant important de rémunération constitue un manquement présentant une gravité suffisante de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail.

En conséquence il convient de faire droit à la demande de résiliation présentée par M. Vernet, la date de la rupture devant être fixée au jour de la date d'envoi par l'employeur de la lettre de licenciement, le 30 octobre 2009.

6) sur les conséquences du licenciement sans cause réelle et sérieuse

En raison de l'ancienneté (en tout état de cause inférieure à deux ans), de l'âge du salarié au moment du licenciement (né en février 1974), du montant du salaire brut (1868 €) et des précisions et justificatifs sur sa situation ultérieure, il y a lieu de fixer l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse à la somme de 5000 €.

Au regard des dispositions conventionnelles et contractuelles, M. Vernet est également fondé à obtenir 3736 € d'indemnité compensatrice de préavis (2 mois).

Sur les dépens

En raison de la solution apportée au présent litige et de l'issue du présent recours les dépens de première instance et d'appel seront mis à la charge de Maître Pernaud-Orliac en sa qualité de liquidateur de la société Hervelec.

PAR CES MOTIFS

La Cour,

Statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort,

Infirme le jugement du 28 janvier 2013 du Conseil de Prud'hommes de Sète, section industrie, en formation de départage';

Statuant à nouveau';

Annule l'avertissement du 12 mai 2009';

Prononce au 30 octobre 2009 et aux torts de l'employeur la résiliation judiciaire du contrat de travail';

En présence de Maître Pernaud-Orliac en sa qualité de liquidateur de la société Hervelec, fixe la créance de M. Vernet au passif de cette société aux sommes de':

- 5000 € d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- 3736 € d'indemnité compensatrice de préavis';
- 8578,92 € d'heures supplémentaires';
- 1314,94€ d'indemnité au titre de la contrepartie obligatoire en repos';
- 11208 € d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé.

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

Dit la présente décision opposable à l'AGS dans les limites de sa garantie;

Ordonne sans astreinte la délivrance du bulletin de paie récapitulatif, du certificat de travail et de l'attestation Pôle Emploi rectifiés selon les prescriptions du présent arrêt ;

Laisse les dépens de première instance et d'appel à la charge de Maître Pernaud-Orliac en sa qualité de liquidateur de la société Hervelec.

LA GREFFIERE, LE PRÉSIDENT,