

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE NÎMES
CHAMBRE CIVILE

5e chambre sociale
ARRÊT DU 14 JANVIER 2020

APPELANT :

Monsieur A X

né le [...] à [...]

Représenté par Me Eve SOULIER de la SCP EVE SOULIER, Plaidant/Postulant, avocat au
barreau D'AVIGNON

INTIMÉE :

Société Coopérative Anonyme KAZ KABAR SCIC

prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité au siège social sis

Rampe Cluchet

[...]

Représentée par Me Olivier BAGLIO de la SCP BAGLIO-ROIG-ALLIAUME-BLANCO,
Plaidant, avocat au barreau D'AVIGNON

Représentée par Me Philippe PERICCHI de la SELARL AVOUEPERICCHI, Postulant,
avocat au barreau de NÎMES

Maître Frédéric TORELLI

Représenté par Me Louis-alain LEMAIRE, Plaidant/Postulant, avocat au barreau
D'AVIGNON

Association AGS – CGEA ANNECY

Représentée par Me Emmanuelle JONZO de la SCP LOBIER & ASSOCIES,
Plaidant/Postulant, avocat au barreau de NÎMES

ORDONNANCE DE CLÔTURE rendue le 04 Septembre 2019

COMPOSITION DE LA COUR LORS DES DÉBATS :

Monsieur Lionel MATHIEU, Conseiller, a entendu les plaidoiries en application de l'article 786 du code de procédure civile, sans opposition des avocats, et en a rendu compte à la Cour lors de son délibéré.

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ :

Monsieur Thomas LE MONNYER, Conseiller faisant fonction de président

Monsieur Lionel MATHIEU, Conseiller

Madame Corinne RIEU, Conseiller,

GREFFIER :

Madame Isabelle DELOR, Greffière, lors des débats et du prononcé de la décision.

DÉBATS :

À l'audience publique du 11 Septembre 2019, où l'affaire a été mise en délibéré au 12 Novembre 2019, prorogé à celle de ce jour.

Les parties ont été avisées que l'arrêt sera prononcé par sa mise à disposition au greffe de la cour d'appel.

ARRÊT :

Arrêt contradictoire, prononcé et signé par Monsieur Thomas LE MONNYER, Conseiller faisant fonction de président, publiquement, le 14 janvier 2020, par mise à disposition au greffe de la Cour.

FAITS ET PROCÉDURE :

La société 'KAZ KABAR' exploitait depuis le 02 avril 2014 une salle de spectacle à JOYEUSE (07) sous la forme juridique d'une Société Coopérative d'Intérêt Collectif.

Du mois de mars 2013 au mois d'avril 2014, les porteurs du projet oeuvraient en amont de l'ouverture pour la mise en place de l'activité : gestion des demandes de financement et subventions, travaux de mise en conformité de la salle, définition des politiques comptable et financière, commerciale, communication et publicité, programmation, organisation de l'inauguration de la salle...

Dans un contexte qui est l'objet même du litige, monsieur A X intervenait aux côtés des administrateurs de la société 'KAZ KABAR' au cours de cette période préparatoire, en qualité de Directeur Général Adjoint selon décision du Conseil d'Administration du 18 juillet 2013.

Un contrat à durée indéterminée était ensuite conclu le 1er avril 2014 entre la société 'KAZ KABAR' et monsieur A X pour une embauche en qualité de 'Directeur technique Cadre Groupe 2' – Convention collective des entreprises du secteur privé du spectacle vivant, sous la réserve d'une période d'essai de quatre mois.

Par courrier du 13 mai 2014 la société 'KAZ KABAR' rompait la période d'essai et décidait de mettre fin au contrat de travail à compter du 28 mai 2014.

Contestant cette décision monsieur A X saisissait le Conseil des Prud'hommes d'AUBENAS le 16 février 2015 qui par un jugement du 08 mars 2017 le déboutait de l'ensemble de ses demandes, le condamnait au paiement de la somme de 500€ en application de l'article 700 du Code de Procédure Civile et laissait les dépens à sa charge.

Par déclaration reçue le 30 mars 2017 monsieur A X interjetait régulièrement appel de cette décision.

La société 'KAZ KABAR' était placée sous le régime de la sauvegarde de justice par un jugement du Tribunal de Commerce d'AUBENAS du 23 mai 2017 puis faisait l'objet d'une liquidation judiciaire par décision du même Tribunal rendue le 10 avril 2018.

MOYENS ET PRÉTENTIONS DES PARTIES:

Par conclusions récapitulatives déposées le 31 mai 2018, monsieur A X demande à la Cour d'infirmer la décision entreprise et de:

— requalifier la relation en contrat de travail à durée indéterminée à compter du 18 juillet 2013 en qualité de Directeur Général Coordinateur de statut cadre groupe 2

— dire que l'employeur est redevable des salaires pour la période allant du 18 juillet 2013 au 31 mars 2014

— dire que la période d'essai était injustifiée et qu'en conséquence la rupture intervenue est abusive

— condamner la SELARL ETUDE BALINCOURT représentée par Me Frédéric TORELLI, à inscrire sur l'état des créances de la société 'KAZ KABAR' la créance qui s'établit comme suit :

— 22.695€ de rappels de salaire pour la période allant du 18 juillet 2013 au 31 mars 2014

— 2.269,50 € de congés payés y afférent

— 10.000€ de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat de travail

— 8.010€ à titre d'indemnité compensatrice de préavis

— 801€ de congés payés y afférent

— 2.500€ de dommages et intérêts en raison du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat

— 2.500€ de dommages et intérêts en raison de l'exécution déloyale du contrat de travail par l'employeur

-16.020€ au titre du travail dissimulé

— 1 500€ au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile

— ordonner la délivrance des bulletins de paie et documents de fin de contrat (solde de tout compte, certificat de travail, attestation Pôle emploi) conformes au jugement à intervenir, portant mention de l'embauche au 18 juillet 2013 en contrat à durée indéterminée en qualité de directeur général coordinateur cadre de groupe 2, sous astreinte de 100 € par jour de retard à compter de la notification de la décision à intervenir

Il soutient :

— avoir répondu à une offre d'emploi pour un poste salarié de Directeur général coordinateur, qu'il devait occuper dans les mois à venir

— que la société a détourné l'embauche de Mr X et a dissimulé son salariat

— il exécutait une véritable prestation de travail en qualité de Directeur Général Coordinateur

— qu'il existait un véritable lien de subordination, puisqu'il devait rendre des comptes à la société sur la réalisation de ses missions et devait également obéir aux diverses directives qu'il recevait de la part de la Présidente mais aussi de la part du Conseil d'administration

— qu'il travaillait pour la société 'KAZ KABAR' depuis le 18 juillet 2013 sans percevoir aucun salaire et la réparation s'impose

— que l'existence d'une relation de travail depuis le 18 juillet 2013 ne peut être valablement contestée et la requalification en contrat à durée indéterminée s'impose à compter de cette date

— que la société 'KAZ KABAR' n'a délivré, en toute connaissance de cause, aucun bulletin de paie, n'a pas procédé à la déclaration préalable à l'embauche et n'a procédé à aucune cotisation : le délit de travail dissimulé est caractérisé et l'indemnité légale est due

— lorsque l'employeur a déjà pu se convaincre antérieurement des compétences de son salarié, la période d'essai ne se justifie pas

— que la période d'essai était totalement injustifiée, puisque depuis le 18 juillet 2013, il remplissait parfaitement ses missions

— que la rupture est abusive et s'assimile à un licenciement sans cause réelle et sérieuse

— concernant le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat, il est établi que le comportement d'un membre du Conseil d'Administration a amené Mr X à être placé en arrêt de travail à compter du 5 mai 2014 au 10 mai 2014, pour un syndrome d'anxiété

— il est manifeste que l'employeur, qui n'a pas ménagé Mr X, a manqué à son obligation de sécurité de résultat

— concernant l'exécution déloyale du contrat de travail par l'employeur, les faits de l'espèce démontrent une exécution déloyale et justifient une indemnisation

Par conclusions récapitulatives déposées le 31 juillet 2018 , la société 'KAZ KABAR', représentée par son liquidateur judiciaire la 'SELARL ETUDE BALINCOURT' demande à la Cour de confirmer la décision entreprise et de:

— constater que Monsieur A X était bien titulaire d'un mandat social de Directeur Général Adjoint au sein de la société 'KAZ KABAR' à compter du 18 juillet 2013

— dire qu'aucun lien de subordination entre Monsieur A X et la société KAZ KABAR n'est caractérisé sur la période du 18 juillet 2013 au 31 mars 2014

— dire que les relations professionnelles ne peuvent en aucun cas être requalifiées en contrat de travail sur la période du 18 juillet 2013 au 31 mars 2014,

— dire que la rupture de la période d'essai intervenue le 13 mai 2014 est parfaitement valable

— débouter Monsieur A X de l'ensemble de ses demandes

— à titre reconventionnel le condamner au paiement de la somme de 1000€ à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral subi en raison des manoeuvres dilatoires et abusives

Elle soutient que :

— l'état de subordination caractérisant le contrat de travail doit concerner les fonctions techniques distinctes de celles découlant du mandat social

— en l'absence de contrat de travail écrit, c'est à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail d'en apporter la preuve

— jusqu'à l'ouverture de la salle de spectacle au mois d'avril 2014, aucun salarié permanent n'était recruté par la société et seuls les porteurs du projet et des bénévoles ont oeuvré pour la mise en place de la structure

— le salarié ne démontre pas qu'il exerçait des fonctions techniques distinctes de son mandat social de Directeur Général Adjoint en charge du pilotage et de la gestion financière de la société, et que dans le cadre de ces fonctions techniques distinctes, il était soumis à un lien de subordination vis-à-vis de la société

— Monsieur A X bénéficiait du statut d'intermittent du spectacle parallèlement à ses interventions bénévoles pour la société 'KAZ KABAR' et il a mis en place avec la Compagnie 'Zarina Khan' qui refacturait à la société un financement de droits fictifs vis-à-vis de Pôle Emploi, dont lui seul tirait bénéfice et qui ne peut avoir pour finalité de masquer une activité salariée : ces manoeuvres ont causé préjudice à la société

— à l'ouverture de la salle de spectacle au public, au mois d'avril 2014, monsieur A X a sollicité la conclusion d'un contrat de travail dont il a lui-même défini la date d'effet et les termes

— une période d’essai peut être justifiée lorsque la signature du contrat de travail intervient après notamment l’exercice par le salarié d’une activité indépendante afin de mesurer la capacité de ce dernier à passer de cette activité au statut de salarié

— en droit, Monsieur X n’a jamais été employé en qualité de salarié de la société 'KAZ KABAR'

pendant les périodes du 18 juillet 2013 au 31 mars 2014 et aucune période d’activité salariée ne peut donc s’imputer sur la période d’essai prévue au contrat.

— le différend avec un membre du Conseil d’administration est intervenu le 21 mai 2014, après l’arrêt de travail (du 5 au 10 mai) et la rupture de la relation contractuelle (13 mai) et avait pour objet la restitution par Monsieur A X de l’ensemble des documents appartenant à la société 'KAZ KABAR' qu’il avait conservé à son domicile et refusait de restituer : ce fait ne constitue pas un manquement à l’obligation de sécurité de résultat.

— s’agissant de la demande au titre de l’exécution déloyale du contrat de travail, elle ne repose là encore sur aucun fondement et monsieur A X ne justifie d’aucun préjudice spécifique.

Par conclusions récapitulatives déposées le 31 juillet 2019, l’UNEDIC Délégation AGS CGEA d’ANNECY demande à la Cour de confirmer la décision entreprise et de:

— prendre acte de ce que l’UNEDIC reprend et fait sienne l’argumentation soutenue par la société 'KAZ KABAR' et son mandataire liquidateur

— débouter monsieur X de l’ensemble de ses demandes et le condamner aux entiers dépens

— faire application des dispositions du Code de Commerce et du Décret

— donner acte à l’UNEDIC et l’AGS de ce qu’ils revendiquent le bénéfice exprès et d’ordre public des textes légaux et décrets réglementaires applicables, tant au plan de la mise en oeuvre du régime d’assurance des créances des salariés, que de ses conditions et étendues de garantie, plus précisément les articles L. 3253-8, L. 3253-17 et D. 3253-5 du Code du Travail

Elle soutient que :

— en l’absence de tout élément permettant d’apporter la contradiction, elle sollicite de la Cour qu’il soit pris acte de ce qu’elle reprend et fait sienne l’argumentation soutenue par la société KAZ KABAR visant à l’exclusion de toute relation de travail salarié entre les parties avant le 1er avril 2014 et le bien-fondé de la rupture de la période d’essai intervenu le 13 mai 2014.

Pour un plus ample exposé des faits et de la procédure, ainsi que des moyens et prétentions des parties, il convient de se référer à leurs écritures.

MOTIFS :

I) SUR L’EXISTENCE D’UN CONTRAT DE TRAVAIL AU 18 JUILLET 2013 :

Le contrat de travail est celui par lequel une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la subordination d'une autre, moyennant une rémunération.

L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs : le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.

En l'absence d'écrit, il incombe à celui qui se prévaut d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve. À l'inverse, en présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en justifier

A l'appui de sa prétention de l'existence d'une relation de travail ayant débuté à compter du mois de juillet 2013 monsieur A X produit:

- un ordre de mission de la part de la Présidente Mme B Y
- une carte professionnel programmeur d'accès au festival de théâtre d'Avignon
- seize souches de billets et de brefs comptes-rendus manuscrits de spectacles Avignon juillet 2013
- une proposition de réponse à une enquête de satisfaction du Festival OFF juillet 2013
- une demande d'avis de la part d'une compagnie sur un spectacle vu en juillet 2013
- un projet de promesse d'embauche d'un Directeur général adjoint en date du 06 septembre 2013
- un courriel de Mme Y du 15/09/2013 sur la proposition d'embauche
- un courriel d'un administrateur du 25/09/2013 sur la proposition d'embauche
- un courriel d'un administrateur du 27/09/2013 sur la proposition d'embauche
- un courriel d'un administrateur du 07/10/2013
- un courriel de Mr X en demande / réponse du 01/10/2013 à une proposition de contrat d'intermittence
- un courriel du 30/10/2013 proposant un type de contrat intermittent du spectacle
- un courriel de Mr A X du 13/01/2014 relatif aux frais annexes d'intermittence
- un courriel de Mr A X du 25/10/2013 relatif à une formation SSIAP
- justificatif de prise en charge de formation SSIAP et diplôme

- procuration de signature du PDG de la société 'KAZ KABAR' du 02/11/2013
- un courrier d'audit du 20/12/2013
- un courriel d'information de l'ouverture de la salle du 11/02/2014
- des comptes rendu de réunion du 17/10/2013, du 14/11/2013
- un procès-verbal du conseil d'administration de la société 'KAZ KABAR' du 11/01/2014
- un courriel d'une conseillère Pôle Emploi Aubenas du 28/02/2014
- un courriel transmettant à Mr A X un compte rendu du conseil d'administration de la société 'KAZ KABAR' du 27/02/2014

L'examen de ces pièces révèle que :

- l'ordre de mission est confié au Directeur général es qualité de mandataire social aux fins d'assister à des spectacles de théâtre en vue de la programmation 2013/2014 – 2014/2015.
- seize spectacles ont été vus pendant les trois semaines du Festival 'Off' d'Avignon 2013 puis commentés par monsieur X dans le respect de l'ordre de mission donné
- la demande d'un avis sur un spectacle n'est que la manifestation d'une démarche commerciale d'une compagnie de théâtre auprès d'un programmateur et n'éclaire pas en soit le statut de celui-ci
- la lettre du 06 septembre 2013 constitue un projet d'embauche pour un poste de Directeur général adjoint qui était soumis à l'avis de Mr X
- le courriel du 15/09/2013 de la Présidente du Conseil d'administration souligne l'actualité de la participation bénévole de Mr X et révèle des échanges dans la perspective d'un contrat de travail avec une perspective demandée par Mr X d'être fixé sur le 'passage de DGA à DG'
- le courriel d'un administrateur du 25/09/2013 évoque une proposition d'intermittence dans la perspective de 'passer en contrat à durée indéterminée courant 2014" et précise clairement que 'l'intermittence ... n'est pas le projet'
- le courriel d'un administrateur du 27/09/2013 évoque les négociations sur les prétentions de rémunération de Mr X et l'accueil des suggestions de ce dernier : ' par ailleurs tu nous a fait savoir par différents arguments qui nous ont paru convaincants qu'il te paraissait plus avantageux de part et d'autre de prévoir dans un premier temps une période d'intermittence jusqu'à la fin de l'année, ce qui te permettrait de renouveler tes droits à l'intermittence et te mettre à l'abri financièrement' ; ce courriel précise : ' nous recherchons réellement quelqu'un qui souhaiterait s'investir en tant que directeur coordonnateur de ce lieu et n'envisageons pas de poursuivre sur un contrat intermittent pour ce poste à partir de janvier 2014" et évoquant une proposition d'embauche pour un poste de Régisseur général au statut d'intermittent : ' ces deux propositions sont les dernières propositions du CA. Nous espérons sincèrement que l'une ou l'autre te conviendra car le CA n'a ni le temps ni l'énergie de continuer les négociations'.

— le courriel d'un administrateur du 07/10/2013 évoque la mise en place des modalités de portage du statut d'intermittence pour le poste de Régisseur avec une perspective au 25 octobre 2013

— dans sa réponse du 1er octobre 2013 Mr X fait savoir : ' de mon côté il est fondamental que je garde la protection ou le salaire que m'offrait jusque là l'intermittence soit 1800€net. . Je n'accepte donc pas un contrat à durée indéterminée au 08 novembre à 1920€brut. J'accepte donc la solution de technicien de fin octobre / début novembre jusqu'à fin décembre 2013. Pôle emploi verserait la différence. J'accepte de commencer bénévolement le 14 ou 15 octobre avec vos conditions de logement';

— le courriel du 30 octobre 2013 est accompagné d'un contrat à durée déterminée d'intermittent du spectacle pour un poste de Régisseur porté par la Cie ZARINA KHAN'

— dans son courriel du 13 janvier 2014 Mr X explique comment il mettra en place le nombre de cachets d'intermittence nécessaires au renouvellement de son statut notamment par le biais de facturations de sa propre Compagnie de théâtre à la société 'KAZ KABAR

— le courriel de Mr A X du 25/10/2013 est relatif à son acceptation à suivre une formation de sécurité SSIAP, formation des personnels ou administrateurs de l'établissement de certains établissements recevant du public en fonction de l'effectif admissible et de leur activité

— les procurations sont données à Mr X par la Présidente du CA pour signer ' tout document concernant la dite société' ou procéder à des opérations bancaires : il ne s'agit pas d'une délégation de pouvoirs

— le rapport d'audition évoque la présence de Mr X en qualité de coordinateur de la société

— le courriel informatif sur les activités de la salle 'KAZ KABAR' a été envoyé par la société à monsieur X le 11 février 2014

— les comptes rendus de réunion de travail retracent l'évolution vers la date d'ouverture et sont rédigés par Mr X et ne concernent que les membres du Conseil d'Administration

— le procès-verbal du CA du 11 janvier 2014 mentionne la présence de Mr X 'hors CA', ce qui apparaît cohérent en l'état de son contrat de travail intermittent de Régisseur; le document évoque la perspective d'un contrat à durée déterminée de responsable opérationnel pour Mr X à compter du 1er avril sous réserve de la compatibilité de la fonction avec le statut d'intermittence

— le courriel d'une conseillère Pôle Emploi Aubenas du 28/02/2014 à Mr X évoque une demande de conseils de celui-ci pour la rédaction de son contrat de travail en cours de négociation

— le compte rendu du conseil d'administration de la société 'KAZ KABAR' du 27/02/2014 évoque les discussions sur l'embauche de Mr X : titre, fonction, salaire, mi-temps ou temps plein à partir du mois d'avril 2014

Il se déduit de l'ensemble que :

— Monsieur A X qui est président d'une association 'AAACY – Ateliers artistiques amateurs de la compagnie de l'Yerres à COMBS LA VILLE (Seine et Marne) a reçu le 18 juillet 2013 par une délibération du Conseil d'Administration de la société 'KAZ KABAR' une mission de Directeur Général Adjoint en qualité d'administrateur; ce procès-verbal évoque une embauche à programmer en janvier 2014 selon l'avancée des négociations avec le futur salarié.

— Monsieur X relevait du statut particulier des intermittents du spectacle artiste ou technicien; pour avoir accès aux avantages de l'assurance chômage propre à ce statut, il devait attester de son emploi sous contrat à durée déterminée d'usage auprès de 'Pôle Emploi' et remplir plusieurs conditions dont celle principale d'avoir exercé dans une ou plusieurs sociétés reconnues par 'Pôle Emploi' une durée minimale d'heures de travail durant les 319 derniers jours.

— les pièces produites par ses soins démontrent son souci de conserver son statut d'intermittent du spectacle et de percevoir ses droits d'où la signature de contrats à durée déterminée en qualité de Régisseur dans le contexte d'un portage par une compagnie tierce.

— ces mêmes pièces montrent qu'il a occupé des fonctions d'administrateur au titre de la mission confiée par le Conseil d'Administration notamment au titre de : la programmation future du lieu, la sécurité, l'information des membres au travers des comptes-rendus.

— tous ces documents mettent en évidence de longues discussions pour parvenir à la rédaction d'un contrat à durée indéterminée dans le cours de l'année 2014, échanges tenant notamment aux exigences de statut et prétentions financière de Mr X et la trésorerie tendue de la société.

— aucune pièce ne caractérise l'exécution d'un travail précis sous l'autorité d'un employeur désigné à l'exception du contrat à durée déterminée de Régisseur pour les besoins du statut d'intermittence mais qui ne concerne pas la société 'KAZ KABAR'

— aucune attestation ne caractérise l'existence d'un lien de subordination dans la perspective d'une réelle activité.

— président d'une association et directeur d'une compagnie domiciliées en Seine et Marne, Mr X

ne justifie par aucune pièce de sa disponibilité et de son activité réelle de travail dans la société 'KAZ KABAR' dont la salle exploitée était en Ardèche.

— le contrat d'intermittent signé de sa main le 30 octobre 2013 au poste de Régisseur général contredit sa demande de requalification d'un contrat à durée indéterminée de Directeur Général Coordinateur

— il a ouvertement exprimé son accord d'un travail bénévole dans le cadre de son mandat social de Directeur Général Adjoint et la rédaction par ses soins des comptes rendus des conseils d'administration témoigne de sa participation aux conseils et donc à la direction de la société.

— l'exercice prétendu de fonctions techniques de Directeur Général Coordinateur se confondait avec son mandat social et aucune pièce ne caractérise un exercice distinct sous la subordination d'une hiérarchie

Il ne résulte en aucune façon des échanges de courriels depuis juillet 2013 entre M. X et les autres membres du Conseil d'administration que l'appelant puisse se prévaloir sur cette période d'une promesse d'embauche, en bonne et due forme, l'association intimée n'ayant jamais proposé un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction, ni davantage une promesse unilatérale de contrat de travail, accordant à M. X le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction auraient été déterminés.

En conclusion :

— il appartenait donc à monsieur X de démontrer qu'il exerçait des fonctions techniques distinctes de son mandat social de Directeur Général Adjoint en charge du pilotage et de la gestion financière et des ressources de la société, et que dans le cadre des fonctions distinctes qu'il allègue, il était soumis à un lien de subordination vis-à-vis de la société 'KAZ KABAR'

— or il ne résulte d'aucun élément communiqué par monsieur A X, qu'il ait concrètement exercé une activité de travail salarié sous un lien de subordination de la société 'KAZ KABAR' sur la période du 18 juillet 2013 au 1er avril 2014

Le jugement de débouté de ce chef et de ceux des rappels de salaire d'indemnité de travail dissimulé sera confirmé.

II) SUR LES DEMANDES AU TITRE DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL:

A) Sur le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat:

L'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité.

Cette obligation générale de sécurité s'impose à l'employeur quelle que soit la qualification des salariés et quelle que soit leur expérience; tous les risques auxquels sont exposés le salarié au travail, physiques et psychosociaux doivent être pris en compte.

L'employeur doit en conséquence prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale de chaque salarié; mis en cause il doit apporter la preuve qu'il a pris toutes les mesures de prévention nécessaires.

Toutefois si un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité est susceptible d'ouvrir droit pour le salarié à des dommages-intérêts, il appartient alors au salarié d'établir le préjudice qui en serait découlé pour lui.

Monsieur X fait valoir qu'il a été placé en arrêt de travail à compter du 05 mai 2014 jusqu'au 10 mai 2014, pour un syndrome d'anxiété dont il impute l'origine aux agissements de Mr Z, administrateur de la société; que ce dernier n'avait cessé de le critiquer sans aucune raison, exerçant à son encontre de fortes pressions.

Il soutient également qu'il ne rencontrait aucun problème de santé auparavant et que son état de santé s'est dégradé suite à la dégradation de ses conditions de travail.

Il est établi par l'attestation de madame B C que le différend allégué comme cause unique du syndrome d'anxiété est intervenu le 21 mai 2014 soit postérieurement à la rupture de la relation de travail qui avait été notifiée le 13 mai 2014; ce différend concernait la restitution de l'ensemble des documents appartenant à la société 'KAZ KABAR' que monsieur X avait conservé à son domicile et notamment des documents comptables et des archives.

Il s'en déduit que le manquement n'est pas caractérisé et que le jugement de débouté de ce chef doit être confirmé.

B) Sur l'exécution déloyale du contrat de travail par l'employeur :

Le Conseil des Prud'hommes n'a pas statué sur cette demande;

Monsieur A X fait valoir : 'En l'espèce, il a été largement démontré, au long des débats, que l'employeur avait exécuté le contrat de travail de façon déloyale' et qu'il est 'donc parfaitement fondé à solliciter des dommages et intérêts à hauteur de 2500€.

Le contrat de travail implique son exécution de bonne foi, en application des dispositions de l'article L.1222-1 du code de travail qui énonce que «le contrat de travail est exécuté de bonne foi».

Le salarié, sur que pèse la charge de la preuve, a l'obligation de démonstration d'une exécution déloyale du contrat de travail par l'employeur par l'exposé d'éléments factuels voir la production d'éléments concrets.

En l'espèce s'agissant de la période ayant courue du 1er avril au 13 mai 2014 monsieur A X ne procède que par voie d'affirmation, ne fait état d'aucun élément concret et ne produit aucune attestation ni pièce.

Il s'en déduit que l'exécution déloyale du contrat de travail n'est pas établie et que monsieur X doit être débouté de sa prétention indemnitaire.

III) SUR LES DEMANDES AU TITRE DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL:

La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent; elle se situe impérativement au commencement de l'exécution du contrat de travail.

Par dérogation légale les règles régissant la rupture du contrat de travail ne sont pas applicables durant la période d'essai comme en dispose l'article 1231-1 du Code du Travail : «' Le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord, dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre.

Ces dispositions ne sont pas applicables pendant la période d'essai.»

Dans la perspective de la proche ouverture de la salle, le Conseil d'Administration de la société 'KAZ KABAR' a présenté le 26 mars 2014 une proposition d'embauche de monsieur A X au

poste de Directeur technique Cadre niveau II à temps plein forfaitaire et la résolution a été adoptée.

Le contrat à durée indéterminée du 1er avril 2014 définissait les fonctions du poste : gestion financière de la salle de spectacles, gestion de l'équipe, supervision de la logistique de la technique pour les spectacles, coordination de la communication interne et externe, suivi du sociétariat de la coopérative.

Monsieur A X soutient la nullité de la période d'essai en ce qu'il exerçait depuis le 18 juillet 2013 les fonctions de 'Directeur général coordinateur'.

Il convient de rappeler que :

— le fait de prévoir une période d'essai n'est jamais une obligation pour l'employeur et qu'il s'agit d'une clause facultative du contrat de travail comme en dispose l'article L.1221-19 du Code du travail.

— il est impossible de prévoir une période d'essai dans le cas d'une précédente collaboration sur les mêmes fonctions et pour le même employeur, celui-ci ayant déjà été en mesure d'apprécier les capacités professionnelles du salarié.

En l'espèce monsieur X a occupé :

— des fonctions en 2013 dans le cadre d'un mandat social assurant "d'ici à l'ouverture le pilotage et la gestion de la structure, – la gestion financière et la gestion des ressources humaines, – en collaborant étroitement avec le PDG et en s'appuyant sur une équipe de Directeurs Généraux Délégués '.

— à sa demande et pour les seuls besoins d'atteindre son quota d'heures d'intermittence, avec la Compagnie 'ZARINA KHAN' des fonctions de 'Régisseur général' par deux contrats d'intermittent pour dix huit jours au mois de novembre 2013 et sept jours au mois de décembre 2013; les fonctions de poste tiennent à la préparation et coordination en amont de l'accueil des spectacles, la faisabilité des projets, l'élaboration du budget technique pour chaque manifestation (location de matériel...) et relations avec les prestataires de services.

Monsieur A X a librement souscrit sans réserves au principe de la période d'essai en régularisant de sa signature le contrat à durée indéterminée du 1er avril 2014 et en ne faisant figurer aucun avenant au titre de cette période.

Il est constant que monsieur X n'a pas exercé une 'collaboration sur les mêmes fonctions et pour le même employeur', son activité de mandataire social n'emportant aucune subordination et les missions n'étant celles de l'ensemble défini dans le contrat de travail, ce d'autant que la salle de spectacle n'était pas ouverte au public à cette époque.

En effet embauché au statut de Cadre Niveau II, il se devait d'assurer des fonctions de gestion financière et technique, une supervision de l'équipe technique et des moyens à mettre en

oeuvre dans la salle et pour les spectacles ainsi qu'une coordination de la communication interne et externe et suivi du sociétariat de la coopérative.

S'agissant de l'embauche d'un cadre à des fonctions non-exercées dans la structure et pour un poste opérationnel dès l'ouverture de la salle au public, la stipulation d'une période d'essai se justifiait.

En conséquence le jugement sera confirmé en ce qu'il a débouté monsieur X de sa demande tendant à voir annuler la clause stipulant la période d'essai.

La décision de mettre fin à l'essai, qu'elle émane de l'employeur ou du salarié, n'est soumise à aucun formalisme particulier sauf dispositions contractuelles ou conventionnelles contraires : chacune des parties dispose en principe d'un droit de résiliation discrétionnaire sans avoir ainsi à alléguer des motifs.

Si l'employeur peut sans motif et sans formalité mettre fin à la période d'essai, il doit, lorsqu'il invoque un motif disciplinaire, respecter la procédure disciplinaire.

En l'espèce monsieur X ne conteste pas en soit le motif de l'interruption de la période d'essai ni que l'appréciation de l'employeur portait exclusivement sur l'insuffisance des compétences et capacités professionnelles.

Il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris de ce chef de débouté.

IV) SUR LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE :

La société 'KAZ KABAR', représentée par son liquidateur judiciaire sollicite à titre reconventionnelle que l'action de monsieur A X soit déclarée comme abusive et que les manoeuvres dilatoires et abusives décrites ont causé un préjudice moral à la société qu'il convient de réparer par l'allocation de dommages et intérêts à hauteur de 1000€ au visa de l'article 32-1 du Code de Procédure Civile ;

Il s'agit d'une demande nouvelle.

Toutefois au visa des dispositions de l'article 954 du Code de Procédure Civile il est constant que la Cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examine les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion.

En l'espèce cette demande n'est pas reprise au dispositif des conclusions récapitulatives déposées le 31 juillet 2018 : par voie de conséquence la Cour n'étant pas valablement saisie de cette prétention, celle-ci ne sera pas examinée.

Aucune circonstance économique et d'équité ne commande de faire application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile en cause d'appel.

Partie perdante au sens de l'article 696 du Code de Procédure Civile monsieur A X supportera les dépens d'appel.

PAR CES MOTIFS

LA COUR ,

Statuant publiquement, contradictoirement, en matière prud'homale, par mise à disposition,

CONFIRME le jugement entrepris en toutes ses dispositions

ET Y AJOUTANT :

DÉBOUTE monsieur A X de sa demande indemnitaire pour exécution déloyale du contrat de travail par l'employeur

DIT n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile en première instance et en instance d'appel

CONDAMNE monsieur A X aux dépens d'appel.

Arrêt signé par Monsieur LE MONNYER, Conseiller faisant fonction de président et par Madame DELOR, Greffière.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,