

REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

C O U R D ' A P P E L D ' O R L É A N S  
CHAMBRE SOCIALE  
PRUD'HOMMES  
ARRÊT DU 23 AVRIL 2020

N° : 108 – 20

N° RG 16/04057 – N° Portalis DBVN-V-B7A-FLQW

DÉCISION DE PREMIÈRE INSTANCE : Conseil de Prud'hommes – Formation paritaire de  
TOURS en date du 05 Décembre 2016 - Section : INDUSTRIE

ENTRE

APPELANTE :

SA PAC agissant en la personne de son représentant légal domicilié

en cette qualité audit siège

[...]

[...]

représentée par Me Nathalie BLANCHET, avocat au barreau de TOULOUSE

ET

INTIMÉ :

Monsieur P O

né le [...] à COMPIEGNE

[...]

[...]

comparant en personne, assisté de la SELARL 2BMP prise en la personne de Me Philippe  
BARON, avocat au barreau de TOURS, subsitué par Me Sylvie GUILLEMAIN, avocat au  
barreau de TOURS

Ordonnance de clôture : 06 février 2019

Après débats et audition des parties à l'audience publique du 14 Mars 2019

LA COUR COMPOSÉE DE :

Madame U V-W, Présidente de Chambre

Madame Carole VIOCHE, Conseiller

Madame Florence CHOUVIN-GALLIARD, Conseiller

Assistées lors des débats de Mme I-S T, Greffier.

Puis ces mêmes magistrats ont délibéré dans la même formation et le 23 AVRIL 2020, (délibéré initialement fixé au 04 Juillet 2019 prorogé au 17 Octobre, 07 Novembre, 28 Novembre, 19 Décembre 2019, 09 Janvier, 20 Février, 02 Avril 2020), Madame U V-W, Présidente de Chambre, assistée de Mme I-S T, Greffier, a rendu l'arrêt par mise 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.

FAITS ET PROCÉDURE :

La société PAC, dont le siège social et administratif mais aussi les ateliers de fabrication sont situés à Saint-Sulpice sur Lèze (31) en région toulousaine, commercialise des abris de piscine sous la marque Venus International Abris en France et en Espagne, sous la marque Aqua Telescopic notamment en Allemagne et sous la marque Aqua Telescopic Enclosures en Angleterre.

Elle emploie habituellement au moins onze salariés (trente-deux dans le dernier état de la relation de travail).

Les parties s'accordent pour indiquer que, suivant contrat de travail à durée indéterminée du 16 février 2011, la société PAC a embauché M. P O en qualité d'agent technico-commercial Centre Ouest.

Le 19 décembre 2011, les parties ont signé un contrat de travail à durée indéterminée mentionnant : 'Annule et remplace le précédent contrat de travail signé le 16 février 2011'.

L'article 1 énonçait : 'A compter du 1er janvier 2012, la société PAC emploiera Monsieur P O comme agent technico-commercial Centre Ouest, étant entendu que Monsieur P O garde le bénéfice de l'ancienneté acquise sous le contrat initial soit depuis le 16 février 2011'.

Le salarié était classé «filière administratif-technicien niveau III, 1er échelon – coefficient 215» de la convention collective régionale de la métallurgie de Midi Pyrénées moyennant un salaire brut annuel de 22'800 € pour 218 jours de travail par an, soit 1 900 € bruts par mois et, à cette rémunération fixe de base, s'ajoutaient une prime d'ancienneté et une rémunération variable constituée d'une prime de fin de mois et de commissions sur ventes.

Il exerçait sa mission depuis son domicile tourangeau, ses frais professionnels étaient pris en charge et ce, 'au réel' pour les frais d'hébergement et de nourriture dans une limite déterminée et il disposait d'un véhicule de société et de matériels divers mis à sa dispositions par l'employeur pour les besoins de sa mission.

Par courriers des 04 et 07 septembre 2012, M. P O s'est plaint d'une erreur dans le calcul de ses congés payés afférents au mois d'août précédent. L'employeur lui a répondu en admettant une erreur de calcul de 186 € mais en contestant toute mauvaise application des règles relatives aux

congés payés et en s'insurgeant contre ce qu'il estimait constituer une remise en cause de son honnêteté.

Le 12 novembre 2012, M. P O a fait valoir qu'une prime ne lui avait pas été payée du chef du mois d'octobre alors que trois fabrications d'abris de piscine avaient été lancées.

Par courriel du 21 décembre 2012 valant expressément avertissement, l'employeur lui a fait grief de propos insultants ayant consisté à remettre en cause son honnêteté.

Courant janvier, mars et avril 2013, le salarié s'est plaint d'oublis ou d'insuffisances dans le paiement de ses primes et commissions.

Le 25 septembre 2013 s'est tenue une 'réunion téléphonique' entre M. P O, d'une part, le dirigeant de la société PAC et le supérieur hiérarchique du salarié, d'autre part, afin d'évoquer les différends opposant salarié et employeur au sujet du paiement de certaines commissions et de la rémunération des congés payés mais aussi les écrits jugés 'offensants' du salarié.

Par avenant du 18 décembre 2013 à effet au 1er janvier 2014, il a été convenu d'un nouveau système de rémunération avec maintien de la partie fixe annuelle à 22'800 € bruts pour 218 jours de travail par an, soit 1 900 € bruts par mois, et maintien de la prime d'ancienneté mais remplacement de l'ancien système de rémunération variable et de la prime de fin de mois par un commissionnement proportionnel au chiffre d'affaires réalisé et une prime annuelle versée sous condition de réalisation d'un certain montant de facturations HT.

Le salarié a été placé en arrêt de travail pour maladie du 17 au 22 février 2014.

Par lettre recommandée du 12 juin 2014 faisant suite à une entrevue s'étant déroulée le 02 juin précédent dans les locaux de l'entreprise, la société PAC a reproché à M. P O ses attitudes irrespectueuses envers ses collègues et la direction, l'insuffisance de ses résultats estimés très inférieurs à ceux de ses collègues, d'avoir exposé un collègue à des risques sur un chantier de pose en n'informant pas l'usine de la difficulté de pose afférente à l'abri de piscine concerné et le caractère très exagéré de ses frais professionnels, ceux-ci étant du double de ceux de ses collègues et de son supérieur hiérarchique.

Par courrier recommandé du 25 juillet 2014, l'employeur a convoqué M. P O à un entretien préalable à une éventuelle sanction pouvant aller jusqu'au licenciement, entretien fixé le 26

août 2014. Par courrier du 28 août suivant, ce dernier a contesté les griefs avancés lors de cet entretien et tenant à des dysfonctionnements de son compte 'frais professionnels'.

Il a été placé en arrêt de travail pour maladie de droit commun du 20 au 25 août 2014 puis du 02 septembre 2014 au 15 décembre 2014.

Par lettre recommandée du 05 septembre 2014, l'employeur lui a fait connaître que, sauf justification, sous huitaine, du caractère indu du solde négatif de son compte «frais professionnels» d'un montant de 1 680 € cette somme serait retenue sur ses prochaines rémunérations. Il lui demandait en outre d'explicitier les erreurs dont il se plaignait dans la rémunération de ses congés payés et arrêts de maladie.

Le 1er décembre 2014, à l'issue du premier examen de la visite de reprise, le médecin du travail a déclaré M. P O inapte à son poste de travail.

Le 16 décembre 2014, à l'issue du second examen de visite de reprise, il l'a déclaré définitivement inapte à son poste de travail et à tout poste dans l'entreprise.

Par courrier recommandé du 10 janvier 2015, la société PAC a proposé à M. P O un poste de reclassement comme monteur d'abris de piscine et spa, à Saint-Sulpice sur Lèze, filière ouvrier niveau 2, échelon 1, coefficient 170 moyennant une rémunération brute mensuelle de 1 478 € pour 151,67 heures de travail par mois et ce, à compter du 02 février 2015. Par lettre du 20 janvier 2015, le salarié a refusé cette proposition de reclassement.

Par courrier recommandé du 20 janvier 2015, l'employeur lui a proposé, à titre de reclassement, un poste d'agent d'atelier polyvalent situé à Saint-Sulpice sur Lèze, filière ouvrier, niveau 3, échelon 1, coefficient 215 moyennant une rémunération brute mensuelle de 1 600 € pour 151,67 heures de travail. Le 05 février 2015, le salarié a déclaré refuser cette offre.

Après avoir, par courrier recommandé du 18 février 2015, convoqué M. P O un entretien préalable à un éventuel licenciement fixé au 06 mars 2015, par lettre recommandée du 11 mars suivant, la société PAC lui a notifié son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Le 23 juin 2015, M. P O a saisi le conseil de prud'hommes de Tours pour contester cette mesure, voire déclarer nulle la convention de forfait en jours et obtenir le paiement d'un rappel de salaire de janvier 2015 au 12 mars 2015, d'un rappel de commissions, d'un rappel de salaire pour heures supplémentaires, d'un rappel de salaire pour 14 jours de RTT non pris déduits à tort, d'un rappel de frais de déplacement afférents au mois de juillet 2013, des indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement injustifié, de dommages et intérêts pour non-respect des dispositions contractuelles relatives à la méthode de calcul des commissions.

Dans le dernier état de la procédure de première instance, il sollicitait des dommages-intérêts pour harcèlement moral et poursuivait la nullité de son licenciement.

Par jugement du 05 décembre 2016 auquel il est renvoyé pour un ample exposé, le conseil de prud'hommes de Tours a :

— déclaré nulle la clause de forfait en jours insérée au contrat de travail de M. P O ;

— déclaré 'nulle et dépourvue de cause réelle et sérieuse' la rupture de son contrat de travail ;

— condamné la société PAC à lui payer les sommes suivantes :

⌘ 10'000 € nets de dommages-intérêts pour harcèlement moral,

⌘ 897,04 € bruts de rappel de salaire au titre de la période du 15 janvier 2015 au 12 mars 2015 outre 89,70 euros bruts de congés payés afférents,

⌘ 2 567 € bruts de rappel de commissions outre 256,70 € bruts de congés payés afférents,

⌘ 14'638,95 € bruts de rappel de salaire pour heures supplémentaires outre 1 463,90 € bruts de congés payés afférents,

⌘ 1 932 € bruts de rappel de rémunération au titre des jours de RTT non pris déduits à tort outre 193,20 euros bruts de congés payés afférents,

⌘ 1 680 € nets au titre du compte «frais professionnels» indûment déduits des salaires,

⌘ 5 313,20 € bruts d'indemnité compensatrice de préavis outre 531,32 € bruts de congés payés afférents,

⌘ 16'000 € nets de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

⌘ 2 000 € nets de dommages-intérêts pour non-respect des dispositions contractuelles sur la méthode de calcul des commissions,

⌘ 1 200 € nets en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

— ordonné à la société PAC de remettre à M. P O un bulletin de salaire rectifié relatif aux créances salariales susvisées et conforme aux dispositions de l'article R. 3243-1 du code du travail, un certificat de travail conforme aux dispositions de l'article D. 1234-6 du même code, une attestation pôle emploi rectifiée et ce, dans les 30 jours de la notification du jugement sous peine, passé ce délai, d'une astreinte de 30 € par document et par jour de retard qu'il s'est réservé le pouvoir de liquider ;

— ordonné d'office, en application des dispositions de l'article L. 1235-4 du code du travail le remboursement par la société PAC à Pôle emploi, de tout ou partie des indemnités de chômage versées à M. P O du jour de son licenciement au jour du jugement et ce, dans la limite d'un mois d'indemnités de chômage ;

— rappelé que l'exécution provisoire était de droit pour les créances salariales, lesquelles seraient assorties des intérêts légaux à compter de la saisine du conseil, soit le 23 juin 2015, et fixé à la somme brute de 2 656,60 € la base moyenne mensuelle des trois derniers mois de salaire prévue à l'article R 1454-28 du code du travail ;

— dit n'y avoir lieu à ordonner l'exécution provisoire autre que de droit ;

— débouté M. P O de sa demande en paiement d'un complément d'indemnité de licenciement ;

— débouté la société PAC de sa demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile ;

— condamné cette dernière aux dépens de l'instance ainsi qu'aux frais éventuels d'exécution et émoluments d'huissier conformément aux dispositions de l'article 696 du code de procédure civile.

Par courrier électronique du 22 décembre 2016, la société PAC a régulièrement relevé appel général de cette décision dont elle avait reçu notification le 08 décembre précédent.

#### PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES :

Vu les dernières conclusions remises au greffe le 27 juin 2017, auxquelles il est renvoyé pour plus ample exposé et aux termes desquelles la société PAC demande à la cour de :

— infirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions ;

— juger que le licenciement de M. P O repose sur une cause réelle et sérieuse;

— lui donner acte du paiement de la somme de 75 € bruts au titre du solde de commissions dû sur le dossier «B» ;

— débouter M. P O de l'ensemble de ses prétentions et de ses demandes incidentes ;

— le condamner à lui payer la somme de 4 000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens conformément aux dispositions des articles 696 et 699 du code de procédure civile avec distraction au profit de la SCP Laval-Firkowski, avocat, ainsi qu'aux frais et honoraires d'huissier pour l'exécution et le recouvrement des condamnations dont le créancier doit faire l'avance auprès de l'huissier et ce, concernant les droits de recouvrement ou d'encaissement dont bénéficient les huissiers de justice au titre de l'article 10 du décret 'n° 96-101080" du 12 décembre 1996 modifié par le décret numéro 2001- 2012 du 8 mars 2001 si dans le délai d'un mois qui suivra la signification de la décision, aucun règlement n'est intervenu, contraignant le créancier à poursuivre par voie de huissier.

L'employeur fait valoir en substance que :

sur le harcèlement moral et la demande de nullité du licenciement :

— le salarié n'a pas subi d'agissements de harcèlement moral et les faits qu'il invoque à cet égard ne sont pas établis ; sa personnalité 'agressive et dominatrice' ne s'accorde pas avec l'allégation d'un harcèlement moral et il était, en réalité, 'le seul fauteur de troubles' ;

— le constat d'un état dépressif par le médecin traitant est sans lien avec une prétendue relation de travail anormale dès lors que le médecin du travail n'a pas constaté de lien entre l'inaptitude et l'exercice professionnel ;

— la demande de nullité du licenciement et toutes les demandes subséquentes doivent en conséquence être rejetées ;

sur la demande tendant à voir déclarer le licenciement injustifié pour manquement à l'obligation de reclassement :

— il a parfaitement respecté son obligation de recherche de reclassement en interne mais ne disposait pas d'autre poste que ceux proposés ; il a même procédé à une recherche de reclassement en externe à laquelle il n'était pas obligé ;

sur la convention de forfait en jours :

— elle est parfaitement valable ; les obligations qui lui incombaient en vertu de l'accord du 28 juillet 1998, notamment celles relatives au suivi et au contrôle du temps de travail, ont été respectées ;

— seuls les manquements de l'employeur relatifs aux conditions de fond du forfait sont susceptibles d'entraîner l'annulation de la convention de forfait en jours ; la circonstance qu'il n'ait pas organisé d'entretien annuel portant sur la charge de travail du salarié et l'articulation entre sa vie professionnelle et familiale ne permet pas d'entraîner la nullité de la clause de forfait en jours ; le salarié doit donc être débouté de cette demande ;

à titre subsidiaire, sur les heures supplémentaires :

— les décomptes produits ne présentent aucun caractère probant en ce que, notamment, aucun élément ne permet de relier les heures qui y figurent à du travail effectif ;

à titre subsidiaire, sur le licenciement :

— si la cour confirmait le caractère injustifié du licenciement, elle devrait confirmer le montant des dommages-intérêts alloués limités à six mois de salaire dans la mesure où l'intimé ne justifie ni de sa situation postérieure à la rupture, ni d'aucune recherche d'emploi ;

— son inaptitude ne trouvant pas son origine dans un accident du travail ou une maladie professionnelle, il ne peut pas prétendre à l'application des dispositions de l'article L 1226-12 du code du travail prévoyant le doublement de l'indemnité de licenciement.

Vu les dernières conclusions remises au greffe le 29 janvier 2019, auxquelles il est renvoyé pour plus ample exposé et aux termes desquelles M. P O demande à la cour de :

— confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a invalidé son licenciement pour inaptitude et annulé la clause de forfait en jours et s'agissant des sommes qui lui ont été allouées au titre du harcèlement moral, du rappel de salaire pour la période du 15 janvier au 12 mars 2015, du rappel de salaire pour heures supplémentaires, du rappel de rémunération au titre des jours de RTT non pris indûment déduits, de la somme de 1 680 € indûment déduite de ses salaires, de l'indemnité compensatrice de préavis, des dommages et intérêts pour non-respect des dispositions contractuelles relatives à la méthode de calcul des commissions, de l'indemnité de procédure ;

— infirmer le jugement entrepris pour le surplus et, statuant à nouveau, condamner la société PAC à lui payer les sommes suivantes :

⊗ 1 974 € au titre des commissions non perçues outre 19,74 € de congés payés afférents,

⊗ 40'000 € de dommages-intérêts pour licenciement nul ou, à défaut, dépourvu de cause réelle et sérieuse,

⊗ 3 130 de complément d'indemnité de licenciement ;

— condamner la société PAC aux entiers dépens qui comprendront les frais éventuels d'exécution et au paiement d'une somme de 3 000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Le salarié fait valoir en substance que :

sur le harcèlement moral et la nullité du licenciement :

— il n'a jamais contesté avoir 'un fort caractère et parfois le verbe haut' mais de tels traits de caractère ne sont nullement incompatibles avec l'existence d'un épuisement psychologique lié à des agissements répétés de sa hiérarchie à son égard visant à atteindre sa rémunération, à le déstabiliser, à le rabaisser via des reproches non fondés et à l'amener à devoir constamment veiller à ce que ses droits soient respectés ;

— les relations de travail se sont dégradées en septembre 2012 lorsqu'il a sollicité la rectification d'une erreur de calcul concernant ses congés payés ; il lui a alors été proposé une rupture conventionnelle ;

— à partir de là, il a subi des agissements répétés de harcèlement moral tenant à des mesures de rétorsion financière, à des reproches non fondés formalisés le 12 juin 2014, au fait que le contenu de son ordinateur a fait l'objet d'une copie intégrale, y compris les éléments de nature privée, et qu'il a dû conserver son ancien PC, à des pressions caractérisées, d'une part, par la procédure disciplinaire initiée le 25 juillet 2014 pour un motif non fondé, puis abandonnée, d'autre part, par la suppression de ses outils de travail et les agissements perpétrés en vue



d'obtenir la justification du solde débiteur de son compte 'frais professionnels', le tout, alors qu'il était en arrêt de maladie ;

— ces agissements ont entraîné une dégradation telle de ses conditions de travail que sa santé en a été altérée au point d'aboutir à l'avis d'inaptitude prononcé le 16 décembre 2014 ;

— son inaptitude trouvant son origine dans les agissements de harcèlement moral dont il a été victime, son licenciement ne peut qu'être déclaré nul ;

— en application de l'article L. 1226-14 du code du travail, il a droit au versement d'une indemnité spéciale équivalente au double de l'indemnité de licenciement ;

— depuis son licenciement, compte tenu de la faiblesse des revenus tirés de son activité d'agent commercial, il perçoit l'allocation de retour à l'emploi ; le préjudice lié à la perte de son emploi justifie une indemnisation à hauteur de 40 000 €;

subsidiairement, sur le caractère injustifié du licenciement :

— il émet toutes réserves quant à la teneur du mail circulaire adressé par la société PAC « aux entreprises de sa connaissance » et fait valoir que l'absence de postes disponibles au sein des entités situées à l'étranger relève seulement de l'affirmation mais n'est nullement établie ;

sur la convention de forfait en jours :

— la clause de forfait en jours stipulée à son contrat de travail n'est pas suffisamment précise au regard des exigences légales et jurisprudentielles des lors qu'elle ne précise pas les modalités de décompte des journées ou demi-journées travaillées, pas plus que celles de prise des journées ou demi-journées de repos ;

— en outre, jamais son supérieur hiérarchique ou la direction n'a assuré de suivi régulier de l'organisation de son travail et de sa charge de travail pas plus qu'ils n'ont organisé l'entretien annuel conventionnellement requis ;

— en conséquence, cette clause doit être considérée comme irrégulière et n'a pas lieu de s'appliquer, et son temps de travail doit être déterminé selon les dispositions légales habituelles en la matière, notamment en considération de la réglementation sur les heures supplémentaires ;

sur le rappel de salaire pour heures supplémentaires :

— le décompte des heures supplémentaires qu'il produit est étayé par divers documents qui justifient d'une importante amplitude horaire dont l'employeur a toujours été informé;

— ce dernier ne produit aucun élément de nature à justifier les horaires effectivement accomplis ;

sur les rappels de rémunération :

— si l’employeur a bien repris le paiement de son salaire à compter du 15 janvier 2015, il ne l’a fait que sur la base de sa rémunération fixe mensuelle, soit 1 900 €; or il devait régler le salaire comprenant l’ensemble des éléments constituant sa rémunération, soit 2 603,30 € correspondant à son salaire de référence (moyenne des trois derniers mois précédant son arrêt de maladie) ;

— l’employeur l’a d’autorité placé en RTT pendant 14 jours où il était en arrêt de maladie ce qui caractérise une récupération prohibée par l’article L. 3122-27 du code du travail ;

— le solde débiteur né sur le compte bancaire commun entre la société PAC et lui, destiné à payer ses frais professionnels, est uniquement né du fait que l’employeur ne lui a pas réglé l’intégralité de ses frais ; la retenue de 1680 € opérée sur ses salaires est indue.

#### MOTIFS DE LA DÉCISION :

1°) Sur le forfait annuel en jours :

Toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires. Et il appartient au juge de le vérifier, même d’office.

Aux termes de l’article L. 3121-39 du code du travail dans sa version applicable à l’espèce, la conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l’année doit être prévue par un accord collectif d’entreprise ou d’établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche qui détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi et qui fixe les caractéristiques principales de ces conventions.

Selon l’article L. 3121-43 du code du travail dans sa version applicable à l’espèce, peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l’année, dans la limite de la durée annuelle du travail fixée par l’accord collectif prévu à l’article L. 3121-39 susvisé :

1) – les cadres disposant d’une autonomie dans l’organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduisent pas à suivre l’horaire collectif applicable au sein de l’atelier, du service ou de l’équipe auquel ils sont intégrés ;

2) – les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d’une réelle autonomie dans l’organisation de leur emploi du temps pour l’exercice des responsabilités qui leur sont confiées.

L’article L. 3121-46 du code du travail dans sa version applicable à l’espèce prévoit l’organisation, par l’employeur, d’un entretien annuel individuel avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l’année, ledit entretien portant sur la charge de travail du salarié, l’organisation du travail dans l’entreprise, l’articulation entre l’activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, ainsi que sur la rémunération du salarié.

La conclusion d'une convention individuelle de forfait, établie sur une base hebdomadaire, mensuelle ou annuelle, requiert l'accord du salarié. La convention doit être établie par écrit.

Au cas d'espèce, il ne fait pas débat que la convention de forfait en jours appliquée à M. P O a été stipulée en vertu des dispositions de l'accord national du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie dont la Cour de cassation a estimé que le respect était de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours.

L'article 14 de cet accord prévoit que 'Conformément à l'article L. 212-15-3 III du code du travail, la formule du forfait défini en jours sur l'année peut être convenue avec les salariés qui ne sont pas occupés selon l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés, de telle sorte que la durée de leur temps de travail ne soit pas prédéterminée.[...]'

Il n'est pas discuté que M. P O pouvait être soumis à une convention de forfait en jours sur l'année dans la mesure où il exerçait, depuis son domicile tourangeau, des fonctions d'agent technico-commercial qui lui laissaient une réelle autonomie dans l'organisation de son emploi du temps, étant observé qu'il se rendait très rarement au siège de l'entreprise. Il n'était pas occupé selon l'horaire collectif applicable au sein de l'entreprise et la durée de son temps de travail ne pouvait pas être déterminée.

La clause de forfait en jours insérée au contrat de travail conclu entre les parties le 19 décembre 2011 est ainsi rédigée : 'En considération des caractéristiques précitées de sa fonction, Monsieur P O est rémunéré sur la base d'un forfait défini en fonction d'un nombre de jours de travail sur l'année de 218 et ce à compter du 1er janvier 2012'.

Cette clause respecte bien les dispositions de l'article 14.2 de l'accord national du 28 juillet 1998 et les exigences jurisprudentielles selon lesquelles, la convention individuelle de forfait ou la clause du contrat de travail stipulant le forfait doit déterminer le nombre de jours sur la base duquel le forfait est défini, lequel nombre est bien conforme à celui maximum de 218 jours fixé par l'article L. 3121-44 du code du travail, dans sa rédaction applicable à l'espèce.

En l'état des textes applicables au contrat de travail de M. P O et de la jurisprudence, contrairement à ce que soutient l'intimé, il n'est pas exigé que la convention individuelle de forfait ou la clause du contrat de travail le stipulant précise les modalités de décompte des journées ou demi-journées travaillées et de prise des journées et demi-journées de repos.

Il est seulement exigé que la convention collective ou l'accord collectif précise ces modalités, ce qui est bien le cas en l'occurrence puisque, selon l'article 14.2 de l'accord national du 28 juillet 1998, le forfait en jours s'accompagne d'un contrôle du nombre de jours travaillés, afin de décompter le nombre de journées ou de demi-journées travaillées, ainsi que celui des journées ou demi-journées de repos prises ; l'employeur est tenu d'établir un document de contrôle faisant apparaître le nombre et la date des journées ou demi-journées travaillées, ainsi que le positionnement et 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 ; ce

document peut être tenu par le salarié sous la responsabilité de l'employeur ; le supérieur hiérarchique du salarié ayant conclu une convention de forfait défini en jours assure le suivi régulier de l'organisation du travail de l'intéressé et de sa charge de travail ; en outre, le salarié ayant conclu une convention de forfait défini en jours bénéficie, chaque année, d'un entretien avec son supérieur hiérarchique au cours duquel seront évoquées l'organisation et la charge de travail de l'intéressé et l'amplitude de ses journées d'activité ; cette amplitude et cette charge de travail devront rester raisonnables et assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé.

M. P O reconnaît que la société PAC a bien mis en oeuvre un contrôle du nombre de jours travaillés via la tenue et l'édition d'un planning mensuel généré en interne par une base de données. Ce document mentionnait mois par mois, pour chaque jour, s'il s'agissait d'un jour travaillé ou d'un jour non travaillé avec, dans ce dernier cas, la qualification de la nature du repos (week-end, RTT, congés payés) ou l'indication d'un arrêt de maladie.

En début d'année, le salarié adressait à la direction son calendrier prévisionnel annuel mentionnant les jours travaillés, les jours de RTT et les congés payés. Chaque mois, l'employeur adressait au salarié le planning mensuel ci-dessus décrit signé par lui, le salarié le contrôlait et le signait.

Par contre, comme l'oppose exactement le salarié, il n'est pas justifié que son supérieur hiérarchique ait assuré le suivi régulier de l'organisation de son travail et de sa charge de travail. La société PAC ne tente pas même d'expliquer comment elle y aurait procédé.

Enfin, cette dernière ne méconnaît pas qu'en violation des dispositions tant de l'article L. 3121-46 du code du travail que des dispositions de l'accord collectif du 28 juillet 1998 l'imposant expressément, elle n'a jamais organisé en faveur de M. P O un entretien portant spécifiquement sur sa charge de travail, l'amplitude de ses journées d'activité, l'organisation de son travail et du travail dans l'entreprise, l'articulation entre son activité professionnelle et sa vie personnelle et familiale, ainsi que sur sa rémunération.

L'inobservation par la société PAC des dispositions de l'accord collectif du 28 juillet 1998 dont le respect était de nature à assurer la protection de la sécurité et de la santé de M. P O soumis au régime du forfait en jours prive d'effet la clause de forfait en jours stipulée au contrat de travail de ce dernier, laquelle ne doit pas être déclarée nulle mais inopposable au salarié.

En conséquence de cette inopposabilité, ce dernier peut revendiquer l'application des règles de droit commun de décompte et de rémunération de ses heures de travail.

2°) Sur la demande de rappel de salaire pour heures supplémentaires :

S'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, en cas de litige relatif à l'existence et au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient toutefois 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.

Il résulte des pièces produites par M. P O que sa demande de rappel de salaire pour heures supplémentaires s'établit comme suit :

— année 2011, du chef des semaines 18 et 19 : 67 heures supplémentaires pour un montant de 1 656,34 €;

— année 2012, du chef des semaines 10, 15,16, 18,19, 35 à 37, 43 et 44 : 220 heures supplémentaires pour un montant de 5 331,62 €;

— année 2013, du chef des semaines 2, 6, 17 à 19, 35, 37, 38, 49 et 50 : 202 heures supplémentaires pour un montant de 4 891,80 €;

— année 2014, du chef des semaines 18, 19, 23 et 24 : 112,50 heures supplémentaires pour un montant de 2 759,14 €

Pour étayer sa demande, l'intimé produit :

— un relevé mentionnant, pour chaque jour du chef duquel l'accomplissement d'heures supplémentaires est invoqué, l'heure de début de travail, la durée de la ou des pauses repas, l'heure de fin de journée, le nombre total d'heures de travail accomplies, la mention 'week-end' ou 'dimanche' le cas échéant ;

— un tableau mentionnant, pour chacune des années en cause, pour chaque semaine concernées, le nombre total d'heures réalisées au cours de la semaine, le nombre total d'heures supplémentaires réalisées au cours de la semaine avec distinction du nombre d'heures supplémentaires majorées à 25 % et de celles majorées à 50 %, le rappel de salaire sollicité pour les heures supplémentaires majorées à 25 % et pour celles majorées à 50 % ;

— des notes de frais relatives aux journées de travail sur les foires (des déplacements à Angoulême et à La Rochelle du 23 au 25 avril 2013 avec mention des noms des clients visités, foire de Tours les samedi 04 et dimanche 05 mai 2013 puis du lundi 06 au dimanche 12 mai 2013 où il mentionne avoir été seul, foire de Paris les samedi et dimanche 07 et 08 décembre 2013, puis du mercredi 11 au dimanche 15 décembre 2013, foire de Tours du vendredi 02 au dimanche 04 mai 2014 puis du lundi 05 au dimanche 11 mai 2014 mentionnant qu'il était seul sur la foire les vendredis, samedis et dimanches) ;

— un courriel de nature professionnelle envoyé le 04 février 2013 à 21 H 56 ; un courriel du 17 janvier 2013 par lequel le salarié a sollicité, outre l'attribution d'un GPS pour le véhicule mis à sa disposition, de revoir la clause de son contrat de travail interdisant de circuler après 21 heures en argumentant sa demande par le fait qu'il était difficile de maîtriser le temps à passer chez les 'futurs clients' et que ces particuliers acceptaient plus facilement des rendez-vous en soirée.

Par ces éléments suffisamment précis auxquels l'employeur peut répondre, M. P O étaye sa demande.

De son côté, la société PAC se contente de dénier l'accomplissement d'heures supplémentaires mais

ne produit aucune pièce pour tenter de justifier des horaires effectivement accomplis.

M. P O ne prétend pas avoir accompli des heures supplémentaires de façon systématique, chaque semaine. Outre les périodes de foires, ses décomptes font ressortir de manière cohérente d'importantes amplitudes journalières de travail et l'accomplissement d'heures supplémentaires au cours de mois correspondant usuellement à des périodes de construction et de réception de piscines. L'employeur ne pouvait pas ignorer que certains rendez-vous avec les clients ne pouvaient avoir lieu que tard le soir et il n'a pas contesté l'horaire de 21 heures avancé par le salarié pour assurer certains rendez-vous.

En l'état de ces éléments, du nombre d'heures supplémentaires accomplies, du taux horaire et des majorations applicables, le jugement déféré mérite d'être confirmé en ce qu'il a alloué à M. P O la somme de 14 638,95 € de rappel de salaire pour heures supplémentaires outre 1 463,90 € de congés payés afférents.

3° ) Sur la demande de rappel de salaire afférente à la période du 15 janvier au 12 mars 2015 :

L'avis d'inaptitude ayant été émis le 16 décembre 2014 et M. P O n'ayant été ni reclassé ni licencié dans le mois suivant, la société PAC se devait de reprendre le paiement du salaire, ceci entendu de l'ensemble des éléments constituant sa rémunération.

Or, il résulte des bulletins de paie des mois de janvier, février et mars 2015, qu'elle a repris le paiement du salaire seulement sur la base du salaire brut mensuel fixe de 1 900 €

En considération du salaire de référence correspondant à la moyenne des salaires des trois derniers mois d'activité ayant précédé l'arrêt de travail de M. P O, c'est à juste titre que les premiers juges lui ont alloué un rappel de salaire d'un montant de 897,04 € outre 89,70 € de congés payés afférents.

La société PAC ne discute ni la réclamation du salarié, ni les dispositions du jugement entrepris sur ce point, lequel sera en conséquence confirmé.

4° ) Sur la demande en remboursement de la retenue de 1 680 € opérée sur les salaires :

Il résulte des explications des parties et des pièces produites que, pour le paiement des frais professionnels exposés par M. P O, un compte bancaire 'carte affaire' a été ouvert dans les livres de la Société Générale au nom de 'M. P O c/o PAC' le 23 novembre 2011.

Il ne fait pas débat qu'une avance de 600 € a été versée par l'employeur sur ce compte et il résulte des relevés de compte produits que la société PAC y effectuait régulièrement des virements pour régler les notes de frais produites par le salarié.

Ce dernier soutient que sa note de frais du mois de juillet 2013, d'un montant de 1 241,21 €ne lui a été payée par la société PAC qu'à hauteur de 240 €d'où des incidents bancaires dont il l'a avisée sans qu'elle en tienne compte. Selon l'intimé, l'employeur a préféré considérer qu'il était le responsable du solde débiteur généré ainsi sur ce compte et, du mois d'octobre 2014 au mois de janvier 2015, il s'est arrogé le droit d'en retenir le montant de 1.680 €de façon échelonnée (600 €en octobre 2014, 300 €en novembre, 300 €en décembre et 480 €en janvier 2015). Ces retenues figurent bien sur les bulletins de paie produits. Elles font suite à la convocation à l'entretien préalable adressée à M. P O le 25 juillet 2014 pour le 26 août suivant. Après cet entretien, la société PAC n'a pas prononcé de sanction au motif, explique-t-elle dans le cadre de la présente instance, qu'au cours de l'entretien, le salarié aurait reconnu lui devoir la somme de 1 680 €. Par lettre recommandée du 05 septembre 2014 faisant suite à cet entretien, elle lui a donc écrit à ce sujet : 'Nous vous informons que sauf justification de votre part, sous huit jours à compter de la présente, de ce que le solde négatif de votre compte 'frais professionnels', qui s'élève ce jour à la somme de 1.680 €ne serait pas dû, nous pratiquerons une retenue sur vos prochaines rémunérations, dans les conditions légales et réglementaires, pour régulariser ce découvert.'

En réalité, il résulte de l'examen des pièces versées aux débats, notamment des courriels adressés par l'employeur à M. P O au mois de juillet 2014, et des relevés du compte bancaire 'carte affaire', du compte bancaire de la société PAC et de son 'grand livre des comptes fournisseurs' que la somme de 1 680 €ne correspond pas au solde débiteur du compte 'carte affaire' de M. P O mais à une somme dont l'employeur s'estime créancier envers le salarié au titre des frais professionnels qu'il lui a remboursés et à raison du fonctionnement de ce compte.

Cette somme se décompose comme suit :

- 600 €correspondant à l'avance créditée sur le compte 'carte affaire' lors de son ouverture ;
- 802,30 €(315,30 €+ 280,56 €) de frais d'hôtel pour la Foire de Paris en décembre 2013 remboursés à M. P O sur présentation de sa note de frais alors que la réservation de l'hôtel avait été réalisée et payée directement par la société PAC ;
- 280,56 €rejetés du compte 'carte affaire' et prélevés sur le compte bancaire de la société PAC le 27 juin 2014.

Aucune corrélation n'est établie entre la note de frais du mois de juillet 2013, d'un montant de 1 241,21 €qui n'aurait été payée par l'employeur qu'à hauteur de 240 €et la somme de 1 680 €dont il s'estime créancier et du chef de laquelle il a opéré des retenues sur les salaires de l'intimé.

En effet, il résulte bien des notes de frais de M. P O que ses frais pour le mois de juillet 2013 se sont élevés à la somme de 1 241,21 €et du relevé du compte 'carte affaire' que, le 2 août 2013, la société PAC a procédé à un virement de 240 €intitulé : 'MOTIF : FRAIS JUILLET'. Cependant, un nouveau virement de 400 €intitulé 'FRAIS' a été opéré le 31 août 2013.

Alors que le solde du compte 'carte affaire' était créditeur de 97,60 € au 12 juillet 2013, il était débiteur de 650,93 € au 14 août 2013 et de 250,93 € au 31 août 2013. Il est resté débiteur d'une somme de l'ordre de 650 € jusqu'au mois de novembre 2013 ; au 13 novembre 2013, il était créditeur de 357 €, au 12 décembre 2013, il l'était de 900 €, au 12 avril 2014 de 947 €. Il est ainsi établi que, si le remboursement des frais de juillet 2013 a pu être insuffisant dans un premier temps, cette situation a été rattrapée au bout de trois mois et demi et que la somme de 1 680 € en débat est sans lien avec cet épisode.

Aux termes de sa note constitutive de sa pièce n° 28 bis, l'appelante expose avoir arrêté le système des comptes 'carte affaire' pour les cinq salariés concernés (trois commerciaux et deux poseurs) et avoir résilié les cartes 'en mai 2014". Cette indication est corroborée par le fait que le dernier virement pour remboursement de frais qu'elle a opéré sur le compte 'carte affaire' de M. P O se situe au 17 mai 2014, si ce n'est un rattrapage de 44,10 € pour 'oubli semaine 14" effectué le 02 juillet 2014. Par courriel du 30 juin 2014, l'employeur indiquait à M. P O qu'il attendait une réponse de la Société Générale pour la fermeture du compte une fois qu'il serait soldé.

Au 31 mai 2014, ce compte présentait un solde débiteur de 109,87 € et un solde débiteur de 147,62 € au 17 juillet 2014. Aucun relevé de ce compte n'est produit au-delà de cette date. Aux termes de son courrier du 28 août 2014, M. P O a indiqué à son employeur qu'il clôturerait le compte 'carte affaire'.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'au moment où il a été clôturé, ce compte présentait un solde débiteur de l'ordre de 147 € tout au plus. M. P O n'a plus eu de dépenses à exposer au-delà du 25 juillet 2014, correspondant à son dernier jour de travail avant ses congés d'été. Ensuite, du mercredi 20 août au lundi 25 août 2014, puis à compter du mardi 02 septembre 2014, il a été placé en arrêt de maladie et n'a pas repris le travail jusqu'à son licenciement notifié le 11 mars 2015.

L'absence de lien entre le possible défaut de paiement intégral des frais de juillet 2013 et la somme de 1 680 € en litige est donc clair et cette somme ne correspond pas au solde débiteur du compte 'carte affaire' au moment de sa clôture.

La société PAC explique qu'au-delà du mois de mai 2014, les frais professionnels des salariés ont été remboursés chaque semaine sur leur compte bancaire personnel sur lequel elle avait procédé à une avance de 600 €.

Les avances de 600 € effectuées sur le compte 'carte affaire' et sur le compte personnel de M. P O sont corroborées par un courriel explicatif que Mme J K a adressé à ce dernier le 30 juin 2014 et aux termes duquel, elle lui demandait de rembourser les 600 € avancés sur le compte 'carte affaire'. L'intimé ne conteste pas la teneur de ce message.

Comme le fait observer la société PAC, il résulte de l'examen des relevés du compte 'carte affaire' de M. P O qu'il a assez régulièrement, au moyen de cette carte, procédé à des retraits d'espèces dont il n'est pas discuté qu'ils n'ont pas été assortis, pour l'intégralité, d'un justificatif de dépenses professionnelles. Ces retraits se sont élevés à 300 € en 2012 dont



239,75 € non justifiés, à 310 € en 2013 dont 204,27 € non justifiés et à 230 € du 1er janvier au 5 mai 2014 dont 64,89 € non justifiés.

Il apparaît également des paiements par carte bancaire qui ne peuvent pas correspondre à des dépenses professionnelles pour déplacement et que le salarié n'a pas remboursées (à titre d'exemples : le 15 juin 2012, dépense de restaurant pour 14,80 € dans l'établissement Le Mistral à Tours et à nouveau le 30 avril 2014 pour 23,20 € et 12,80 € le 31 mai 2013, dépense de 30,30 € à La Crêperie à Tours, le 28 avril 2014 dépense de 10,90 € au Café d'Isa à Tours, les 3 et 4 mai 2014 dans le restaurant Dubois Yannick à Esvres-sur-Indre à 8 km de Tours – M. P O étant domicilié à Tours, ces dépenses ne peuvent pas correspondre à des frais de repas liés à des déplacements professionnels ; le 25 avril 2013, dépense de pharmacie pour 3,90 € à Tours ; le 02 mai 2014, dépense de 28 € à la charcuterie Hardouin à Tours).

La société PAC est en conséquence bien fondée à soutenir que le salarié a utilisé l'avance de 600 € à des fins personnelles et à en solliciter le remboursement.

Il est par ailleurs démontré qu'à l'occasion de la Foire de Paris, du 06 au 15 décembre 2013, M. P O a établi des notes de frais comportant des dépenses d'hôtel B&B pour des montants de 315,30 € et 487 €. Il a sollicité et obtenu le remboursement de ces notes d'hôtel (virement d'un montant de 319,34 € sur son compte 'carte affaire' le 17 janvier 2014) alors qu'il résulte clairement du relevé de ce compte qu'il n'a pas payé ces frais d'hôtel avec la carte bancaire mise à sa disposition par l'entreprise. L'appelante justifie de ce qu'elle avait retenu l'hôtel et payé ces frais par débit sur son propre compte Société Générale des sommes de 315,30 € le 6 décembre 2013 et de 487 € le 11 décembre 2013.

Le virement limité à la somme de 319,34 € le 17 janvier 2014 s'explique par le fait que le salarié avait obtenu une avance de 300 € le 29 novembre 2013 en vue de la Foire de Paris (avance qui apparaît bien sur le relevé de compte qu'il produit lui-même -pièce n° 110) et qu'un rejet de 1 170,08 € enregistré sur son compte 'carte affaire' le 7 novembre 2013 alors qu'il avait reçu des virements de 272,24 € le 19/10/2013 + 403,41 € le 23/10/2013 + 594,44 € le 31/10/2013 (soit un montant total de 1 270,09 €) a donné lieu à un prélèvement de ce montant sur le compte ouvert pour la société PAC dans les livres de la Société Générale. L'employeur a donc déduit de son virement du 17 janvier 2014 destiné à couvrir les notes de frais des quatre semaines du mois de décembre 2013, l'avance de 300 €

et le montant du rejet qu'il a honoré, soit le décompte suivant : (727,25 € frais semaine 49 + 815,05 € frais semaine 50 + 134,70 € frais semaine 51 + 111,92 € frais semaine 52) – (300 € d'avance + 1 170,08 € de rejet).

Il suit de là que M. P O a bien obtenu le remboursement des frais d'hôtel B&B pour 802,30 € alors qu'il ne les a pas réglés. Ce remboursement est donc indu.

Par contre, il n'est pas produit de relevés du compte 'carte affaire' et du compte personnel de la société PAC qui permettent de faire preuve de ce qu'un prélèvement 280,56 € aurait été rejeté du premier et honoré par le second.

La société PAC est donc fondée à réclamer à M. P O, à titre de frais professionnels indûment remboursés, la somme de 1 402,30 €

Les demandes et décomptes afférents aux sommes ainsi réclamées à M. P O lui ont été expliqués en détail par courriels des 16 avril, 30 juin, 07, 08, 17 juillet 2014. Le 08 juillet 2014, il a répondu qu'il ne pourrait examiner la question que plus tard en soulignant qu'il signalait lui-même des difficultés sur son compte 'carte affaire' depuis le mois de juillet 2013 sans avoir obtenu de réponse. In fine, le salarié n'a jamais répondu aux demandes, explications et relances qui lui ont été adressées.

Par voie d'infirmerie du jugement entrepris s'agissant de la somme allouée à M. P O, la société PAC sera condamnée à lui rembourser la somme de 277,70 € indûment retenue sur ses salaires (1 680 € - [600 € + 802,30 €]).

5° ) Sur le harcèlement moral :

Aux termes de l'article L. 1152-1 du code du travail, aucun salarié ne doit subir des agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des 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 application de l'article L. 1154-1 du même code dans sa version applicable au présent litige, lorsque le salarié établit des éléments de faits laissant supposer l'existence d'un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments 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 ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à tout harcèlement.

A l'appui du harcèlement moral, M. P O invoque des mesures de rétorsion financière, le caractère non fondé des reproches formalisés le 12 juin 2014, le 'clonage de son PC', le moyen de pression qu'a été la procédure disciplinaire initiée le 25 juillet 2014 pour un motif non fondé et qui a été abandonnée, la suppression de ses outils de travail et la pression exercée pendant son arrêt de maladie (la lettre du 05 septembre 2014).

Sur les mesures de rétorsion financière :

A l'appui du harcèlement moral dont il se prévaut, M. P O invoque tout d'abord des mesures de rétorsion financière consécutives à la réclamation qu'il a formée par courriel et courrier des 04 et 07 septembre 2012 relativement au calcul de ses congés payés.

A réception de son bulletin de paie du mois d'août 2012, par courriel du 04 septembre suivant, le salarié a, en termes courtois, indiqué à son employeur qu'il pensait qu'une erreur avait été commise s'agissant du calcul de ses congés payés et il lui a demandé de bien vouloir l'étudier.

Par courrier recommandé du 07 septembre 2012 faisant suite à un échange téléphonique avec son employeur, le salarié a pris note de ce que ce dernier refusait de lui régler ses congés

payés au motif que cela n'avait jamais été de coutume dans le fonctionnement de l'entreprise, qu'il lui avait dit : 'si vous n'êtes pas content, on se dit au revoir et vous partez', 'puisque vous pensez que l'entreprise PAC est malhonnête, démissionnez' et lui avait proposé une rupture conventionnelle.

Par courrier du 14 septembre 2012, la société PAC a maintenu qu'il avait bien été payé de ses congés payés mais a reconnu une erreur de calcul d'un montant de 186 € brut dont elle s'est excusée en espérant qu'ainsi, il n'y aurait plus de doute dans l'esprit du salarié quant à l'honnêteté de l'entreprise. L'employeur lui confirmait que, s'il ne se plaisait pas dans l'entreprise, rien ne l'obligeait à y rester. Rien ne vient de corroborer la proposition d'une rupture conventionnelle.

Selon l'intimé, ces mesures de rétorsion financières ont notamment consisté en des retards volontaires de lancement de fabrication des commandes prises par lui, retards entraînant nécessairement un retard de paiement de sa prime de fin de mois puisqu'aux termes de son contrat de travail du 19 décembre 2011, elle était fixée en fonction des lancements en fabrication effectués en cours de mois.

Il invoque les dossiers des clients X, Y et Z.

Cependant, il résulte des pièces versées aux débats, notamment de nombreux courriels échangés entre M. L K ou M. M K (représentant la société PAC) et M. P O entre le mois de septembre 2011 et le mois d'avril 2013, que les bons de commande, les plans, les documents transmis par le salarié étaient régulièrement entachés d'erreurs, d'approximations, d'oublis rendant impossible le lancement en fabrication et que l'employeur a, régulièrement et de façon circonstanciée, attiré son attention sur l'importance du soin à apporter à la rédaction des bons de commandes, à la prise des cotes, à l'établissement des croquis, aux renseignements nécessaires pour l'atelier.

S'agissant de l'abri de piscine de M. X ayant fait l'objet d'un bon de commande le 30 mars 2012, M. P O avait prévu des dimensions insuffisantes (- 40 cm) de sorte qu'un avenant a dû être soumis au client générant un surcoût de 273 €. Il a été nécessaire de refaire l'ARC. C'est M. M K qui, par courriel du 30 octobre 2012, a fait observer à M. P O qu'il avait 'à nouveau' oublié de mentionner les flèches de translation nécessaires à la détermination du sens d'ouverture de l'abri sur le bon de commande et qui s'est déclaré inquiet de la largeur prévue soulignant qu'elle n'était envisageable que si les margelles de la piscine étaient parfaitement plates. M. P O a fait signer aux clients un avenant initial ne mentionnant pas les cotes rectifiées. Lorsque l'employeur s'en est ému auprès de lui, il lui a répondu qu'il valait mieux ce document signé qu'aucun avenant du tout et que les clients étaient informés de ce qu'ils recevraient un avenant en bonne et due forme.

S'agissant de l'abri de piscine de M. Y, les jeudi 20 et vendredi 21 décembre 2012, soit la veille et le jour de la fermeture de l'entreprise en vue des congés de Noël et de l'inventaire, M. P O avait adressé les commandes Darfeuille, Brouard et Y. Les deux premières ont été lancées en fabrication les 20 et 21 décembre 2012. S'agissant de l'abri Y, il devait être installé partiellement sur un mur qui n'était pas encore construit. C'est de façon tout à fait légitime et de bon sens que l'employeur a opposé au salarié qu'il ne pouvait pas prendre le risque de

lancer la fabrication de l'abri tant que le mur n'était pas construit alors qu'une fois cette construction réalisée, une visite technique serait nécessaire pour s'assurer de l'adaptation de l'abri au site. M. P O s'est permis d'écrire à son employeur que les clients étaient pris pour des 'abrutis' et que c'était à lui de leur écrire pour leur annoncer qu'ils n'auraient leur abri 'qu'à la St Glinglin'. Par courriel du 07 mars 2013, l'employeur écrivait à M. P O qu'il venait d'avoir longuement M. Y au téléphone, que celui-ci n'avait toujours pas renvoyé la lettre de décharge validée et signée par lui mais qu'il allait l'adresser par courrier et que l'abri serait lancé en production quoique la dalle n'était

pas finie de sorte qu'il était impossible de mesurer la hauteur entre le niveau zéro et le haut du mur.

L'abri de M. Z était un abri télescopique devant abriter une piscine ovoïde et nécessitant des prises de cotes nombreuses et précises.

Le 26 mars 2013, il a été indiqué au salarié que des cotes plus précises étaient nécessaires ainsi que des photographies car les mentions portées par lui sur le bon de commande ne permettaient pas de vérifier si 'l'abri passait', sa largeur étant de 4,20 mètres et celle de la piscine de 4,42 mètres. Il avait en outre omis de mentionner de quel côté se trouvait le point haut de l'abri. Le 27 mars 2013, le salarié a été informé de ce que le lancement en fabrication de l'abri avait été stoppé et qu'il devait absolument aller reprendre les cotes et matérialiser l'abri au sol. Par courriel du 19 avril 2013, M. M K a demandé à M. P O s'il avait bien transmis les cotes complémentaires et lui a rappelé que l'abri n'avait pas été lancé en fabrication. C'est seulement le 24 avril 2013 que ce dernier a transmis les cotes et photographies sollicitées et, à réception, l'employeur lui a indiqué que la mise en fabrication serait lancée le lendemain.

Les courriels produits par l'appelante démontrent de pareilles erreurs commises par le salarié en mai et juillet 2012 pour les abris des clients Renaudin et Courtin, des retards de transmission pour l'abri concernant M. A (le 28 octobre 2013, M. M K le relançait et lui indiquait que son retard empêchait le lancement en fabrication).

En l'état des éléments soumis à l'appréciation de la cour, il est ainsi établi que M. P O ne rapporte pas la preuve de retards volontaires de mise en fabrication imputables à son employeur en vue de retarder le paiement de sa part variable, mais que de nombreuses difficultés et retards de fabrication ont été imputables à ses propres erreurs, négligences et retards à apporter les éléments sollicités en dépit des demandes réitérées de vigilance et des réclamations qui lui ont été adressées sur ce point.

L'employeur fait observer de façon pertinente qu'eu égard aux difficultés de l'entreprise et à l'insuffisance d'activité, il n'avait aucun intérêt à retarder les mises en fabrication.

Selon l'intimé, ces rétorsions financières ont également consisté dans des retards de paiement des commissions dues.

Il invoque les dossiers des clients H, B, Courtin et C.

Par courriel du 05 octobre 2012, le salarié s'est ému de ne pas avoir été commissionné de la commande passée par M. C et il précisé que ce client avait passé une autre commande consistant en la pose d'une façade complémentaire d'un montant de 7 000 €. Au mois de décembre 2012, il a perçu la commission d'un montant de 789 € due sur la commande initiale, soit un retard de trois mois non discuté. Par courriel du 22 janvier 2013, il s'est ému de ce que la commission versée ne tenait pas compte du complément de commande. En réponse du même jour, l'employeur a admis que ce complément de commande ouvrait droit à commission et ne devait pas être traité comme une prestation de service après-vente n'ouvrant pas droit à commission et a promis de le verser en janvier 2013.

S'agissant du dossier H, le salarié avait vendu en novembre 2013 un abri de piscine sous déduction du prix de reprise de celui du client (reprise d'un montant de 9 500 €). En novembre 2013, l'employeur lui a versé une commission calculée sur le prix de vente moins la reprise, ce qui correspondait bien au chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise. Admettant que le salarié avait pu ne pas être informé de cette pratique, il lui a versé également en novembre 2013 un complément de commissions en lui précisant qu'à l'avenir toute reprise d'abri de piscine viendrait en déduction du prix de vente comme tel était l'usage dans l'entreprise. Au regard de ces circonstances, la preuve d'un retard ou d'une attitude fautive dans le paiement de la commission au titre de ce dossier n'est pas

rapportée.

S'agissant du dossier B, le salarié a perçu une commission de 627 € en juillet 2013 pour une vente conclue en mars ou avril 2013. Le retard est donc avéré. En outre, l'employeur a retenu un montant de commission de 75 € qui a été versé en cours de procédure.

Il est établi qu'en dépit de sa réclamation par courriel du 05 octobre 2012, le salarié a perçu seulement au mois de mars 2013 la commission d'un montant de 219 € qui lui était due sur la vente Courtin opérée au mois de septembre 2012.

Au titre de ces rétorsions, M. P O invoque encore le défaut de paiement de commissions pour un montant total de 2 567 € au titre des ventes E, A, Cuvillier, Racour, D et Declercq.

En cause d'appel, il admet, comme en justifie l'appelante au regard du bulletin de paie du mois de novembre 2014 que la commission due au titre de la vente Declercq lui a bien été payée.

S'agissant des ventes D et E, la société PAC justifie de l'annulation de ces commandes par les clients. L'intimé en reconnaît la réalité s'agissant de M. D mais affirme avoir vu un abri de piscine chez M. E sans pour autant en justifier, rien ne permettant en outre de considérer, à supposer avérée l'existence d'un tel abri, qu'il aurait été fourni par la société PAC. S'agissant de l'abri de M. A, l'appelante justifie de ce que la déclaration préalable déposée par ce client le 30 juillet 2014 a donné lieu à un arrêté municipal de rejet le 20 août suivant ce qui justifie suffisamment l'annulation de la commande. Là encore, l'intimé affirme, mais sans en justifier, avoir vu un abri de piscine Venus chez ce client.

S'agissant du dossier Cuvillier, la société PAC soutient que ce client n'aurait donné aucune suite à sa commande. Cependant, elle ne conteste pas qu'un bon de commande a bien été signé en vue d'une livraison en juin 2014 et elle produit un chèque d'acompte de 7 000 € émis par lui à son ordre le 14 décembre 2013 ainsi que des courriels desquels il résulte qu'elle lui a transmis, le 16 juillet 2014, le plan de l'abri de piscine commandé après prise de cotes par M. P O et, le 24 juillet 2014, 'le fichier autocad de l'abri de piscine'. Ces éléments ne permettent pas de faire preuve de l'annulation alléguée. Le défaut de paiement de cette commission d'un montant, non contesté, de 289 € est établi.

S'agissant du dossier Racour, l'appelante justifie avoir dû consentir à ce client une remise d'un montant de 950 € au motif que l'abri ne pouvait pas être ouvert en raison de dimensions inadéquates procédant du défaut de prise en compte d'une lame d'eau. Il résulte du courrier de protestation, précis et circonstancié, de ce client en date du 18 novembre 2014 que M. P O a pu se persuader de l'existence de cette lame d'eau, et de la nécessité d'en tenir compte, lors de sa visite du 14 octobre 2013 au cours de laquelle il a pris connaissance du cahier des charges établi par l'ingénieur commercial du pisciniste mentionnant l'option 'lame d'eau' et lors de sa visite du 24 avril 2014 ayant pour objet la validation des dimensions de l'abri. L'employeur était bien fondé à ne pas verser de commission à M. P O sur le montant de la remise qu'il a dû consentir en raison de son erreur. L'intimé est particulièrement mal fondé à soutenir que le client aurait été à l'origine de l'erreur puisqu'au moment de la commande du 03 octobre 2013, il n'avait pas définitivement validé un projet avec son pisciniste. Il n'en reste pas moins qu'en sa qualité de professionnel, c'était à lui de tenir compte de ce qu'une lame d'eau était susceptible d'être mise en oeuvre ou d'attirer l'attention du client sur le caractère prématuré de la prise de commande d'un abri avant que le projet avec le pisciniste ne soit définitivement arrêté. En outre, il ne conteste pas qu'il a pu se persuader de l'existence de cette lame d'eau lors de sa visite du 24 avril 2014 au cours de laquelle il devait arrêter les cotes exactes. Dans ces conditions, c'est à tort que M. P O soutient qu'il aurait dû être commissionné sur la remise consentie au client.

Sur le caractère non fondé des reproches formalisés le 12 juin 2014 :

Aux termes de ce courrier du 12 juin 2014, la société PAC a reproché à M. P O :

- de continuer à ne respecter ni ses collègues, ni la direction, de ne pas toujours répondre aux courriels, de refuser d'utiliser le nouveau système d'établissement des devis ;
- ses résultats insuffisants, très inférieurs à ceux de ses collègues, même s'ils s'étaient récemment améliorés ;
- d'être à l'origine du fait que son collègue poseur, M. N F s'était fait mal au dos sur un chantier ;
- ses dépenses de déplacements très élevées comme étant du double de celles de ses collègues et de celles de son supérieur hiérarchique.

M. P O soutient que ces reproches ne sont pas fondés.

Outre qu'il reconnaît lui-même dans le cadre de la présente instance qu'il 'avait un fort caractère et parfois le verbe haut', la réalité du manque de respect qu'il manifestait à l'égard de la direction est établie par la teneur de ses propres écrits (exemples : alors qu'il a été ci-dessus mis en évidence que le refus de son employeur de lancer en fabrication l'abri de M. Y était plus que justifié compte tenu des aléas techniques liés à l'adossement partiel de cet abri à un mur à construire, le 21 décembre 2012, M. P O s'est permis de lui écrire que les clients étaient pris pour des 'abrutis' et que c'était à lui de leur annoncer qu'ils n'auraient leur abri 'qu'à la St Glinglin' ; s'agissant de l'abri de M. X pour lequel il avait prévu des dimensions insuffisantes de 40 centimètres, il a fait signer aux clients un avenant initial ne mentionnant pas les cotes rectifiées et, lorsque l'employeur s'en est légitimement ému auprès de lui, il lui a répondu qu'il valait mieux ce document signé qu'aucun avenant du tout ; le 30 juin 2014, à la proposition de son employeur qu'il vienne une fois par mois au siège pour se former, suivre de près la production et l'organisation de pose des abris objets de ses prises de commandes et pour tenter d'établir un meilleur relationnel, il a rétorqué qu'une fois tous les deux mois suffirait).

Les propos insultants tenus au sujet de l'absence de mise en fabrication de l'abri de M. Y lui ont valu un avertissement notifié le jour même. Alors que le risque pris pour l'entreprise de lancer la fabrication de cet abri sans savoir comment se présenterait exactement le mur sur lequel il devait reposer en partie était une évidence, sa réponse a consisté à opposer qu'il n'avait commis aucune erreur et que son employeur devait comprendre son 'étonnement' à l'annonce de cette absence de mise en fabrication alors qu'elle lui aurait permis d'atteindre le seuil de 1200 € de prime, qu'il restait 'dubitatif' quant à l'absence de lancement en fabrication puisqu'il était convenu qu'il contrôle la planéité du mur avant la pose de l'abri.

Trois de ses anciens collègues, le directeur commercial et deux dirigeants, respectivement anglais et espagnol, de sociétés partenaires de la société PAC témoignent de façon circonstanciée et concordante de ce que M. P O ne supportait pas la contradiction, cherchait toujours à imposer son point de vue dès qu'une difficulté se présentait, devenait désagréable et péremptoire, s'emportait facilement, de ce qu'aucune discussion constructive n'était possible avec lui.

Le directeur commercial, son supérieur hiérarchique direct, témoigne de ce qu'il lui arrivait de s'emporter et d'avoir des propos déplacés suite à des relances répétées qui lui étaient adressées.

M. N F, poseur, indique qu'il ne respectait ni le travail d'équipe, ni ses collègues ; qu'il l'a mis dans des situations de pose très compliquées, voire dangereuses, faute d'avoir donné des informations indispensables.

Ses entretiens annuels d'évaluation, dont il a signé les compte-rendus sans réserve, ont systématiquement donné lieu à des observations relativement à son comportement : il lui était reproché de s'exprimer 'trop durement' ou 'd'avoir des propos durs' à l'égard de ses interlocuteurs et, au terme des deux entretiens 2012 et 2013, il s'est engagé 'à rester calme et respectueux' envers eux.

Les défauts de réponse aux demandes qui lui étaient adressées sont illustrés, notamment, par le dossier Z dans lequel il a mis près d'un mois à aller reprendre des cotes et prendre des photographies, mais aussi par des relances relatives à ses notes de frais.

Par courriel du 17 avril 2013 à 10 h 51, M. M K lui rappelait qu'il attendait son appel pour faire le point sur un dossier. Le même jour à 19 h 27, il lui indiquait qu'en dépit de deux appels téléphoniques et d'un courriel, il n'avait pas réussi à le joindre et qu'il comptait sur son appel le lendemain. Le 22 avril 2013, il lui écrivait être toujours dans l'attente de son appel pour le dossier Z. Aux termes d'un courriel du même jour, il est mentionné : 'P ne répond pas aux filles pour les lancements en fabrication et cela retarde les productions malgré nos relances'. Le 28 octobre 2013, M. M K lui rappelait que sa collègue chargée de l'établissement des plans était toujours dans l'attente d'éléments pour lancer la fabrication de l'abri de M. A.

Le directeur commercial atteste de ce qu'il est arrivé à plusieurs reprises que le service technique 'élaboration des plans et traitement des commandes' attende et n'obtienne pas les pièces et réponses attendues de M. P O suite à des imprécisions dans ses dossiers.

Les compte-rendus d'entretien d'évaluation font systématiquement état de ce qu'il n'utilisait pas la base de données destinée 'à ne rien oublier' et à assurer une information entre lui et les autres acteurs au sein de l'entreprise.

Aux termes de sa réponse du 30 juin 2014 au courrier de son employeur du 12 juin précédent, il n'a pas contesté son refus d'utiliser le nouveau système d'établissement des devis tant qu'il n'aurait pas reçu de formation à l'usine et son refus de tenter, comme ses collègues, de commencer à l'utiliser en étant guidé par téléphone dans un premier temps.

En l'état des éléments soumis à l'appréciation de la cour, le reproche lié au manque de respect est tout à fait établi et le courrier du 12 juin 2014 parfaitement justifié sur ce point.

L'insuffisance des résultats est également caractérisée en 2013 par le compte-rendu d'entretien d'évaluation, signé sans réserve et non discuté par le salarié, qui mentionne qu'au 02 décembre 2013 (date de l'entretien), le montant des prises de commandes était équivalent à la moitié de celui réalisé en 2012 et inférieur à la moitié de l'objectif fixé. L'intimé ne soutient pas que cet objectif aurait été trop élevé ou irréalisable et n'avance aucune explication à ces mauvais résultats.

Il ressort des données chiffrées qu'il produit lui-même que, du 1er janvier au 30 avril 2014, son chiffre d'affaires total s'est élevé à 65 560 € contre 206 371 € pour l'autre commercial, 376 371 € pour le directeur commercial, 169.039 € pour M. L K et 128 481 € pour M. M K. Au mois de mai 2014, son chiffre d'affaires a nettement progressé à 117 887 €, tandis qu'il s'élevait au montant cumulé de 189 505 € pour les mois de mai et juin 2014.

Il n'en reste pas moins qu'au 12 juin 2014, son employeur était parfaitement fondé à se plaindre de la très nette insuffisance de ses résultats pour 2013 et les quatre premiers mois de 2014. Les éléments médicaux versés aux débats : une semaine d'arrêt de travail en février 2014 et cinq prescriptions médicamenteuses échelonnées de mai à décembre 2014 ne sont pas



de nature à faire preuve de difficultés de santé propres à expliquer les résultats très insuffisants de 2013 et des quatre premiers mois de 2014.

Ce grief est donc fondé et le courrier du 12 juin 2014 également justifié sur ce point.

En troisième lieu, il était reproché à M. P O d'être à l'origine du fait que son collègue, M. N F, poseur, s'était fait mal au dos sur un chantier objet d'une commande prise par lui car il n'avait informé ni l'usine, ni lui-même de la difficulté que présenterait cette pose. En effet, la largeur de l'abri de piscine à poser était de 2,40 mètres alors que le chemin d'accès ne faisait que 2,20 mètres de large. M. F a donc été contraint de porter l'abri de manière non conventionnelle, sur le champ, de sorte qu'il s'est fait mal au dos et que l'abri a été abîmé, ce qui a généré le mécontentement des clients. M. F et M. G, responsable installation et SAV, témoignent respectivement, de ce qu'au téléphone, M. P O a estimé avoir fait son travail et que le poseur devait 'se débrouiller', et qu'il a ignoré le problème.

L'intimé ne conteste ni qu'il n'a pas signalé l'insuffisance de largeur, ni les difficultés rencontrées par le poseur, ni la réponse qu'il a faite à ses deux collègues. Aux termes de son courrier du 30 juin 2014, il a seulement indiqué être 'désolé' pour le poseur mais que ce dernier était 'responsable de son chantier' et qu'il avait un 'droit de réserve, de refus, ce qui n'a pas été le cas', concluant qu'il ne ferait 'pas de commentaire' car 'ses propos [étaient] déplacés'.

Ce troisième grief est parfaitement fondé, il illustre en outre le défaut de respect manifesté par M. P O envers ses collègues et son défaut d'esprit d'équipe. Contrairement à ce que soutient le salarié, le courrier du 12 juin 2014 était tout à fait justifié sur ce point.

Enfin, aux termes de ce courrier, il lui est reproché le montant excessif de ses frais de déplacement, du double de ceux engagés par ses collègues ou sa hiérarchie.

La société PAC ne produit aucun élément pour tenter de justifier ce grief. Le 30 juin 2014, M. P O l'a contesté en arguant de son attitude économe mais du fait que son secteur géographique s'était considérablement agrandi du fait du départ de deux commerciaux. Il n'est pas contredit sur ce point. Ce dernier grief n'apparaît donc pas fondé.

Sur le clonage de son PC :

L'intimé soutient que, début juin 2014, lors de son passage au siège de l'entreprise, son ordinateur portable professionnel a fait l'objet d'une copie intégrale, y compris les éléments de vie privée.

Il produit un courriel du 29 juillet 2014 aux termes duquel, entre autres sujets, il a demandé à son employeur de lui expliquer 'pour quelle raison exacte, lors de sa dernière venue à l'usine', il avait procédé à la copie globale de son PC portable vers un autre PC soulignant que cela le 'blessait terriblement car certaines de ces données étaient strictement d'ordre privé'. Il reconnaissait qu'il lui était interdit par son contrat de travail d'utiliser ce matériel professionnel à titre privé mais indiquait l'avoir fait en raison de difficultés rencontrées avec son matériel personnel.

Il résulte de la réponse que l'employeur lui a adressée le 09 août 2014 et qu'il a confirmée le 05 septembre suivant, mais aussi de l'attestation établie par le directeur de la société informatique sise à Toulouse qui a été chargée de transférer les données de l'ancien PC de M. P O sur un nouveau PC que, lors de sa venue au siège de l'entreprise les 02 et 03 juin 2014, il s'est plaint de dysfonctionnements de son PC, que l'employeur lui a proposé de lui en fournir un nouveau et de faire transférer les données par une société d'informatique de Toulouse en lui demandant s'il y avait des données personnelles, ce à quoi, il a répondu négativement ; que l'informaticien est venu au siège social pour récupérer les deux ordinateurs et qu'il était convenu que lui-même irait à Toulouse rechercher le nouveau ; qu'il s'est bien rendu à Toulouse comme cela résulte de sa note de frais d'hôtel en date du 03 juin 2014 mais qu'il est reparti avec le vieil ordinateur sans attendre la fin de la copie ; que l'informaticien a facturé sa prestation pour un montant de 180 € et rapporté le nouvel ordinateur à l'entreprise.

Aucun élément ne vient corroborer l'allégation de l'intimé selon laquelle il aurait attendu que la copie soit réalisée mais que le nouveau PC lui aurait été refusé. Le 09 août 2014, M. M K écrivait au salarié que son nouveau PC l'attendait à l'entreprise et que personne ne l'avait ouvert.

Il suit de là que M. P O n'établit pas que la société PAC aurait 'cloné' son PC aux fins d'en connaître le contenu et qu'il aurait refusé de lui remettre le nouveau PC.

Sur le moyen de pression qu'aurait constitué la procédure disciplinaire engagée le 25 juillet 2014 pour un motif non fondé, puis abandonnée, et sur la pression constituée par le courrier adressé par l'employeur le 05 septembre 2014 :

Par courrier du 25 juillet 2014, la société PAC a convoqué M. P O à un entretien préalable à sanction pouvant aller jusqu'au licenciement et ce, pour le 26 août suivant.

Il ne fait pas débat que cette convocation avait pour objet la somme de 1.680 € dont elle lui réclamait le remboursement au titre de l'avance de 600 € faite sur son compte 'carte affaire', du remboursement des frais d'hôtel B&B à Paris indûment effectué pour 802,30 € sur ce compte et du rejet de 280,56 € qu'elle soutient avoir couvert.

Ensuite de l'entretien du 26 août 2014, le 05 septembre 2014, la société PAC a adressé à M. P O un courrier lui indiquant notamment : 'Nous vous informons que sauf justification de votre part, sous huit jours à compter de la présente, de ce que le solde négatif de votre compte 'frais professionnels', qui s'élève ce jour à la somme de 1.680 € ne serait pas dû, nous pratiquerons une retenue sur vos prochaines rémunérations, dans les conditions légales et réglementaires, pour régulariser ce découvert.'

Il est exact que le 25 juillet 2014 correspondait au dernier jour travaillé par M. P O avant ses congés d'été et qu'il a donc reçu la convocation à l'entretien préalable au tout début de ses congés. Ensuite, le courrier recommandé du 05 septembre 2014 lui a été adressé alors qu'il était en arrêt de maladie depuis le 20 août 2014.

Ces agissements sont établis.

Sur la suppression des outils de travail :

M. P O affirme que 'ses outils de travail', à savoir 'téléphone et boîte mail', lui ont été supprimés dès le 03 septembre 2014, soit dès le deuxième jour de son arrêt de maladie sans que l'employeur attende de savoir s'il était prolongé, de sorte qu'il aurait été 'placé dans l'impossibilité de synchroniser les données avec l'entreprise'.

Il ne rapporte pas la preuve de la privation de ses outils de travail ainsi alléguée. L'employeur lui a seulement écrit le 05 septembre 2014 que, compte tenu de son arrêt de maladie, et pour permettre d'assurer le suivi de ses dossiers, il allait transférer vers l'entreprise les appels téléphoniques arrivant sur son téléphone mobile professionnel. Il était légitime que l'employeur assure la continuité de l'activité relative au secteur du salarié pendant son arrêt de maladie sans que lui ait à être importuné par des appels. Rien ne vient corroborer qu'il ait été privé de l'accès à sa messagerie professionnelle.

Aux termes de la lettre de licenciement du 11 mars 2015, la société PAC lui a demandé de tenir à sa disposition, à compter du 16 mars suivant, l'ensemble des équipements et du matériel qu'elle lui avait confiés pour l'exercice de ses fonctions (véhicule Peugeot 308 et documents administratifs afférents ainsi que le GPS, téléphone mobile, ordinateur, imprimante, modem Internet, les documents relatifs à la Société et les échantillons) en lui précisant qu'elle viendrait les chercher chez lui le 23 mars 2015.

La suppression des outils de travail n'est pas établie.

\*\*\*\*

Les agissements établis par M. P O au titre du harcèlement moral sont donc les suivants :

— trois retards de paiement de commissions (dossier C : 789 €/ retard de deux mois, dossier B : 627 €/ retard de trois à quatre mois et solde de 75 € payé en cours de procédure, dossier Courtin : 219 €/ retard de cinq mois ;

— un défaut de paiement de commission pour un montant de 289 € dans le dossier Cuvillier ;

— le reproche injustifié émis dans la lettre du 12 juin 2014 lié à des dépenses de déplacement du double de celles de ses collègues et du supérieur hiérarchique ;

— l'engagement d'une procédure disciplinaire, le 25 juillet 2014, au début de ses congés d'été 2014 et d'un courrier recommandé lui annonçant des retenues sur salaire au cours de son arrêt de maladie, le 05 septembre 2014.

Il justifie également d'arrêts de maladie (relevés de la caisse primaire d'assurance maladie) du 25 avril au 3 mai 2013, du 30 octobre au 8 novembre 2013, du 17 au 22 février 2014, du 20 au 25 août 2014, du 02 septembre au 15 décembre 2014.

Il produit des prescriptions médicamenteuses des 16 mai, 16 juin, 20 août, 02 septembre et 03 décembre 2014 et un courrier établi en ces termes le 3 décembre 2014 par son médecin traitant à l'intention d'une consœur : 'Je vois ce jour Mr O P, que je suis, médicalement depuis plus de 20 ans ; il présente depuis 1 an une dépression réactionnelle à un conflit du travail avec son employeur à la suite de différence de point de vue sur la rémunération, des congés payés et des primes. Son employeur semble ne pas supporter une remise en cause de son comportement et affiche un mépris évident et dévastateur à l'égard de Mr O ce qui semble générer un 'burn out' sous la forme d'une dépression grave'.

Pris dans leur ensemble, ces faits permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral.

S'agissant du retard de paiement de la commission due au titre du dossier B, la société PAC établit qu'il était justifié par une grave erreur de dimensionnement de l'abri imputable à M. P O et un litige subséquent avec la cliente.

En effet, il résulte d'un courrier adressé par la fille de Mme H (personne âgée de 78 ans), photos à l'appui, à la société PAC, qu'alors que M. P O avait certifié que l'abri vendu permettrait d'installer un fauteuil autour de la piscine, il s'était avéré que les mesures prises par ce dernier étaient fausses au point que toute déambulation autour de la piscine s'est avérée impossible, ce qui était de nature à rendre objectivement inacceptable une telle prestation. L'employeur établit la réalité du litige auquel a donné lieu cette vente. Il démontre ainsi que le retard de paiement de la commission et la retenue de 75 € finalement payée en cours de procédure, étaient objectivement justifiés par les graves erreurs imputables au salarié dans la prise des cotes et étaient étrangers à tout harcèlement moral.

S'agissant de la procédure disciplinaire engagée le 25 juillet 2014 et de la lettre recommandée adressée au salarié le 05 septembre 2014, il résulte des développements précédents qu'elles étaient objectivement justifiées par le fait qu'à la faveur du changement de personne chargée de contrôler les frais professionnels et l'usage des 'cartes affaires' au sein de l'entreprise et de l'épluchage de tous les relevés du compte de M. P O, l'employeur a pu se convaincre du fait qu'il utilisait cette carte affaire à des fins personnelles et qu'il s'était fait rembourser pour un montant de 802,30 € des frais d'hôtel qu'il n'avait pas payés et par le fait que le salarié a laissé sans réponse les nombreux courriels explicatifs et de relances aux fins de remboursement que l'employeur lui a adressés à ce sujet entre la mi-avril 2014 et la mi-juillet 2014. Au regard de ce silence et des attitudes plus qu'indélicates commises par le salarié dans l'usage de sa 'carte affaire' et dans le traitement de ses demandes de remboursement de frais, l'employeur n'avait d'autre solution que d'engager une procédure disciplinaire. L'appelante justifie de ce que M. P O avait été licencié pour faute grave le 28 décembre 2006 par la société Abridéal pour avoir présenté à cette dernière des notes de frais indues (notamment, des dépenses de restaurant à Tours) et pour avoir fait établir de fausses notes de frais de restaurant.

La convocation à l'entretien préalable du 25 juillet 2014 et le courrier recommandé du 05 septembre 2014 ne constituaient pas des pressions mais étaient justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Enfin, le courrier du médecin traitant de M. P O est purement référendaire s'agissant du comportement de l'employeur, notamment quant au 'mépris évident et dévastateur' dont aurait fait preuve ce dernier alors que les éléments du dossier ne reflètent pas une telle attitude de mépris, ni des propos déplacés ou désobligeants et qu'il a été au contraire mis en évidence qu'en dépit des rappels à l'ordre qui lui ont été adressés et de ses engagements à modérer ses attitudes et propos, le salarié a régulièrement fait preuve d'attitudes et de propos tout à fait irrespectueux tant à l'égard de ses collègues qu'à l'égard de son employeur. Les réponses ou rappels à l'ordre de l'employeur, l'avertissement du 21 décembre 2012 et le courrier recommandé du 12 juin 2014 étaient ainsi objectivement justifiés par les propres attitudes et propos déplacés du salarié, éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Dans ces conditions, les seuls agissements restants établis, à savoir : deux retards de paiement de commissions de deux mois et cinq mois entre l'automne 2012 et mars 2013, un défaut de paiement de commission pour 289 € en juillet 2014 et le reproche non justifié lié au caractère élevé des frais de déplacement, émis aux termes du courrier du 12 juin 2014, ne permettent pas de considérer que M. P O ait été victime d'agissements de harcèlement moral de la part de la société PAC.

Le jugement entrepris sera infirmé sur ce point et M. P O sera débouté de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour harcèlement moral.

6° ) Sur la demande en paiement d'un rappel de commissions :

Comme la cour l'a précédemment mis en évidence, M. P O a bien été payé de la commission qui lui était due au titre du dossier Declercq et il n'était pas fondé à obtenir le paiement de commissions au titre des dossiers E, A, Racour et D.

C'est donc à tort que les premiers juges ont condamné la société PAC de ces chefs.

Seule lui est due la commission afférente au dossier Cuvillier pour un montant de 289 €

Par voie d'infirmerie du jugement déféré s'agissant du montant alloué, la société PAC sera condamnée à payer à M. P O la somme de 289 € à titre de rappel de commission outre 28,90 € de congés payés afférents.

7° ) Sur la demande indemnitaire pour exécution déloyale du contrat de travail s'agissant du paiement des commissions :

M. P O sollicite le paiement de la somme de 2 000 € de dommages et intérêts en réparation du préjudice qui est résulté pour lui des retards dans le paiement de ses commissions dont certains sont, selon lui, liés au retard volontairement apporté par l'employeur à lancer la fabrication des abris commandés par son intermédiaire.

Les premiers juges ont fait droit à cette demande.

Il résulte des développements ci-dessus qu'il n'est pas établi que l'employeur ait volontairement retardé desancements en fabrication mais que les retards étaient liés à des manquement s imputables au salarié.

Le préjudice qui est résulté pour M. P O du défaut de paiement d'une commission de 289 € et du retard de paiement de deux commissions sera justement réparé par l'allocation d'une somme de 500 €. Le jugement déféré sera infirmé s'agissant du montant alloué.

8° ) Sur le rappel de rémunération au titre des jours de RTT :

A l'appui de sa demande en paiement de la somme de 1 932 € (138,79 € [montant de l'indemnité journalière de congés payés figurant sur le bulletin de paie du mois d'août 2014] x 14 jours), M. P O fait valoir que la société PAC l'a, d'autorité, placé en RTT pendant quatorze jours où il était en arrêt de maladie, ce qui constitue, selon lui, des récupérations interdites par l'article L. 3122-27 du code du travail applicable aux conventions de forfait en jours.

Ces quatorze jours sont, selon lui, les suivants : le 17 février 2014, les 3, 8, 9, 15 et 22 septembre 2014, les 3, 17 et 24 novembre 2014, les 3, 4, 10, 17 et 23 décembre 2014.

La société PAC oppose que le raisonnement du salarié serait exact, comme correspondant à l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 03 novembre 2011 (p n° 10-18762), s'il était concerné par une convention de forfait annuel en jours comportant une méthode dite acquisitive des jours de RTT, c'est à dire un régime dans le cadre duquel les jours de RTT sont acquis au fur et à mesure de l'année.

Selon elle, il en va différemment dans un système, tel celui appliqué à M. P O, dans lequel le nombre de jours de RTT est déterminé forfaitairement en début d'année. Dans ce cas, le salarié qui est en arrêt de maladie un jour de RTT ne peut pas demander à bénéficier d'un autre jour en compensation. Elle estime donc avoir, à juste titre, comptabilisé les jours de RTT que le salarié ne pouvait pas prendre compte tenu de ses arrêts de travail pour maladie comme du temps de travail effectif pour le calcul des 218 jours de travail effectif dus par lui sur l'année mais ces jours ne pouvaient pas donner lieu à report et à récupération ultérieure.

\*\*\*\*\*

Il résulte de la pièce n°59 de la société PAC que le 05 janvier 2014, M. P O a adressé à son employeur le projet de son planning 2014 mentionnant les dates auxquelles il serait en congés payés ou en RTT. Y apparaît le positionnement de 21 jours de RTT.

La pièce n° 103 de l'intimé est son planning annuel 2014 édité le 04 février 2015, signé par l'employeur le 31 décembre 2014. Il y est mentionné que le nombre de jours qui devaient être travaillés en 2014 était de 213 jours et que le salarié a travaillé 142 jours, bénéficié de 75 jours d'arrêt de maladie, de 30 jours de congés payés, d'un jour de congés payés 'événement', de 26 jours de RTT et de 83 week-end.

Ce planning, établi sous forme d'un calendrier mentionne, pour chaque date du mois, si elle a été comptabilisée en jour travaillé, en jour de congés payés, en jour de RTT, en jour d'arrêt de maladie, comme jour férié ou en jour de 'week-end'.

Il résulte du rapprochement de la pièce n° 35 de l'intimé (relevé de ses arrêts de travail pour maladie entre le 25 avril 2013 et le 15 décembre 2014) avec ce planning constitutif de sa pièce n° 103 que :

— en 2014, M. P O a été placé en arrêt de maladie du 17 au 22 février, du 20 au 25 août, puis sans interruption du 2 septembre au 15 décembre ;

— 25 jours ont été effectivement comptabilisés comme jours de RTT ;

— le 17 février 2014 a été comptabilisé comme jour de RTT tandis que les dates du 18 au 21 février l'ont été en arrêt de maladie ;

— les 3, 8, 9, 15 et 22 septembre, les 3, 17 et 24 novembre et les 3, 4, 10, 17 et 23 décembre 2014 ont été comptabilisés comme jours de RTT.

Par ailleurs, il résulte du rapprochement du planning prévisionnel adressé par M. P O à son employeur le 05 janvier 2014 et du planning définitif signé par ce dernier le 31 décembre 2013 que, fort logiquement, les jours effectivement pris à titre de congés payés ou de RTT ne correspondent pas nécessairement à ceux mentionnés à titre prévisionnel. A titre d'exemple, M. P O avait prévu de prendre onze jours de RTT du début janvier à fin juillet 2014, or il n'en avait pris effectivement que neuf au 31 juillet 2014 en ce inclus le 17 février.

En l'état des pièces ainsi soumises à l'appréciation de la cour, c'est à juste titre que M. P O fait valoir que la société PAC a comptabilisé en jours de RTT le 17 février, les 3, 8, 9, 15 et 22 septembre, les 3, 17 et 24 novembre et les 3, 4 et 10 décembre 2014 alors qu'à ces dates, il était en arrêt de maladie.

Il est mal fondé à se prévaloir d'une telle situation s'agissant des 17 et 23 décembre 2014 dans la mesure où son arrêt de maladie a pris fin le 15 décembre au soir. Le 16 décembre 2014 a été comptabilisé comme jour travaillé, puis, du 17 au 31 décembre 2014, ont été comptabilisés deux jours de RTT, neuf jours de congés payés, quatre jours de week-end et un jour férié.

Ce sont donc douze jours que la société PAC a comptabilisés comme jours de RTT alors que M. P O était, à ces dates, en arrêt de maladie.

Selon l'article L. 3121-48 du code du travail, les salariés ayant conclu une convention de forfaits en jours ne sont pas soumis aux dispositions relatives :

1° à la durée légale hebdomadaire prévue à l'article L. 3121-10 ;

2° à la durée quotidienne maximale de travail prévue à l'article L. 3121-34 ;

3° aux durées hebdomadaires maximales de travail prévues au premier alinéa de l'article L. 3121-35 et aux premier et deuxième alinéas de l'article L. 3121-36.

Il en résulte que les dispositions de l'article L. 3122-27 de ce même code sont applicables aux conventions de forfaits en jours.

En vertu de ce texte, seules peuvent être récupérées par l'employeur, les heures perdues par suite d'interruption collective du travail résultant, soit de causes accidentelles, d'intempéries ou de force majeure, soit d'inventaire, soit du chômage d'un jour ou de deux jours ouvrables compris entre un jour férié et un jour de repos hebdomadaire ou d'un jour précédant les congés annuels.

Le retrait d'un jour de réduction de temps de travail en raison d'une absence pour maladie ayant pour effet d'entraîner une récupération prohibée par ce texte, M. P O est bien fondé à solliciter le paiement de la somme de 1 665,48 € (12 jours x 138,79 €) outre 166,55 € de congés payés afférents.

Le jugement déféré sera infirmé s'agissant du montant alloué.

9° ) Sur le licenciement :

M. P O ayant été débouté de sa demande de reconnaissance d'une situation de harcèlement moral, il est mal fondé à soutenir que son inaptitude trouverait son origine dans des agissements de harcèlement moral commis par la société PAC.

Il sera en conséquence débouté de sa demande tendant à voir déclarer son licenciement nul.

Son inaptitude ne trouvant pas son origine dans un accident du travail ou une maladie professionnelle, le jugement doit être confirmé en ce qu'il l'a débouté de sa demande tendant à lui voir un complément d'indemnité de licenciement pour atteindre le montant correspondant à l'indemnité spéciale prévue par l'article L. 1226-14 du code du travail.

A titre subsidiaire, l'intimé soutient que son licenciement doit être déclaré dépourvu de cause réelle et sérieuse motif pris du manquement de l'employeur à son obligation de reclassement.

La société PAC a proposé au salarié deux postes de reclassement qu'il a refusés. Elle établit, par la production de son livre des entrées et sorties du personnel qu'elle ne disposait pas d'autre poste disponible, ce qui n'est pas contesté.

Elle a interrogé, aux fins de recherche de reclassement du salarié, les sociétés anglaise et espagnole partenaires mais avec lesquelles elle ne constitue nullement un groupe, ainsi que des entreprises de sa connaissance implantées en Indre-et-Loire alors qu'elle n'était pas tenue à une recherche de reclassement externe. Les critiques faites par le salarié au sujet des courriers circulaires qu'elle a envoyés à ces sociétés à titre de recherche de reclassement externe, outre qu'elles sont injustifiées, sont inopérantes dès lors qu'elle n'était pas tenue à une recherche de reclassement externe.



Le moyen tiré du manquement à l'obligation de reclassement s'avérant mal fondé, M. P O ne peut qu'être débouté de sa demande tendant à voir déclarer son licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Le licenciement n'étant ni nul ni dépourvu de cause réelle et sérieuse, le salarié sera débouté de ses demandes en paiement d'une indemnité compensatrice de préavis et de dommages et intérêts pour licenciement nul ou injustifié.

Le licenciement n'étant pas invalidé, il n'y a pas lieu à mise en oeuvre des dispositions de l'article L. 1235-4 du code du travail dans sa rédaction applicable à l'espèce.

Le jugement entrepris sera infirmé en toutes ses dispositions relatives au licenciement.

10° ) Sur les documents de fin de contrat :

Il sera ordonné à la société PAC de remettre à M. P O un bulletin de paie conforme aux dispositions du présent arrêt, lesquelles rendent sans objet la remise d'un certificat de travail et d'une attestation Pôle emploi rectifiée.

Aucune circonstance ne justifie d'assortir ces dispositions d'une astreinte pour en garantir l'exécution.

11° ) Sur les dépens et les frais irrépétibles :

Il sera infirmé en ses dispositions relatives aux dépens.

En effet, les frais et dépens afférents aux procédures d'exécution susceptibles d'être mises en oeuvre en vue de l'exécution d'une décision de justice sont étrangers aux dépens de l'instance qui a abouti à cette décision.

Le juge de l'instance principal ne peut pas se prononcer, pour l'avenir, sur le sort des frais et dépens afférents à ces éventuelles procédures d'exécution, lesquels relèvent de l'appréciation du juge de l'exécution.

La demande de M. P O tendant à ce que les dépens comprennent les éventuels frais d'exécution sera rejetée.

La société PAC sera condamnée aux dépens de première instance et chaque partie conservera la charge de ses dépens d'appel et frais irrépétibles d'appel.

Le jugement sera confirmé en ses dispositions relatives à l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

La cour, statuant par arrêt contradictoire, par mise à disposition au greffe et en dernier ressort ;

Confirme le jugement entrepris en :

— ses dispositions relatives à la clause de forfait en jours sauf à la déclarer inopposable à M. P O et non pas nulle ;

— ce qu'il a débouté M. P O de sa demande en paiement d'un complément d'indemnité de licenciement ;

— ce qu'il a condamné la société PAC à payer à M. P O les sommes suivantes :

⊗ 897,04 € de rappel de salaire au titre de la période du 15 janvier au 12 mars 2015 outre 89,70 € de congés payés afférents ;

⊗ 14 638,95 € de rappel de salaire pour heures supplémentaires (année 2011 : 1 656,34 €; année 2012 : 5 331,62 €; année 2013 : 4 891,80 €; année 2014 : 2 759,14 €) outre 1 463,90 € de congés payés afférents ;

⊗ 1 200 € en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

— ce qu'il a débouté la société PAC de sa demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile et l'a condamnée aux dépens de première instance ;

L'infirmes en toutes ses autres dispositions ;

Statuant à nouveau des chefs infirmés et ajoutant,

Déboute M. P O de sa demande de reconnaissance d'une situation de harcèlement moral et de sa demande indemnitaire afférente, de ses demandes tendant à voir déclarer son licenciement nul, en tout cas dépourvu de cause réelle et sérieuse et en paiement d'une indemnité compensatrice de préavis et de dommages et intérêts pour licenciement nul ou, en tout cas, injustifié ;

Dit n'y avoir lieu à application de l'article L. 1235-4 du code du travail dans ses dispositions applicables à l'espèce ;

Condamne la société PAC à payer à M. P O les sommes suivantes :

⊗ 289 € de rappel de commissions outre 28,90 € de congés payés afférents,

⊗ 1 665,48 € de rappel de salaire au titre de douze jours de RTT outre 166,55 € de congés payés afférents,

⊗ 277,70 € de rappel de rémunération au titre des frais professionnels objets d'une retenue sur salaire,

≈ 500 € de dommages et intérêts en réparation du préjudice né du retard dans le paiement des commissions ;

Ordonne à la société PAC de remettre à M. P O un bulletin de paie conforme aux dispositions du présent arrêt et déclare sans objet la demande de remise d'un certificat de travail et d'une attestation Pôle emploi rectifiées ;

Dit n'y avoir lieu à mesure d'astreinte ;

Déboute la société PAC et M. P O de leurs demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel ;

Rejette la demande de M. P O tendant à voir dire que les dépens de première instance et d'appel comprendront les éventuels frais d'exécution ;

Dit que chaque partie conservera la charge de ses dépens d'appel et ce, sous le bénéfice des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile au profit de la SCP Laval- Firkowski, avocat.