

SOC.

IK

COUR DE CASSATION

Audience publique du 16 octobre 2019

Rejet non spécialement motivé

Mme FARTHOUAT-DANON, conseiller doyen
faisant fonction de président

Décision n° 11045 F

Pourvoi n° P 18-16.207

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu la décision suivante :

Vu le pourvoi formé par M. X... V..., domicilié [...],

contre l'arrêt rendu le 7 mars 2018 par la cour d'appel de Versailles (15e chambre), dans le litige l'opposant à la société Adrexo, société par actions simplifiée, dont le siège est [...],

défenderesse à la cassation ;

La société Adrexo a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 17 septembre 2019, où étaient présents : Mme Farthouat-Danon, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Duval, conseiller référendaire rapporteur, M. Ricour, conseiller, Mme Pontonnier, greffier de chambre ;

Vu les observations écrites de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de M. V..., de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat de la société Adrexo ;

Sur le rapport de M. Duval, conseiller référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 1014 du code de procédure civile ;

Attendu que les moyens de cassation annexés, tant au pourvoi principal qu'au pourvoi incident, qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée, ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Qu'il n'y a donc pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée ;

REJETTE les pourvois ;

Laisse à chaque partie la charge de ses dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du seize octobre deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES à la présente décision

Moyens produits, au pourvoi principal, par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat aux Conseils, pour M. V...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué D'AVOIR rejeté la demande de requalification du contrat de travail à temps partiel modulé en contrat de travail à temps plein, D'AVOIR rejeté les demandes en paiement en paiement d'un rappel de salaire fondé sur un temps plein, de dommages et intérêts pour harcèlement moral, d'indemnité pour travail dissimulé, de dommages et intérêts formées en cause d'appel, D'AVOIR rejeté les demandes au titre de la classification 1.2 et de la discrimination en matière de formation et de carrière et les demandes présentées par l'UL Chatou et débouté M. V... de sa demande de dommages et intérêts pour discrimination et D'AVOIR ordonné la déconsignation de la somme de 85 000 € au profit de la société Adrexo ;

AUX MOTIFS QUE M. V... fonde sa demande de requalification sur les dispositions de l'article L. 3123-14 du code du travail sur le contrat de travail à temps partiel qui doit notamment mentionner : « la qualification du salarié, les éléments de la rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et, sauf pour les salariés des associations et entreprises d'aide à domicile et les salariés relevant d'un accord collectif de travail conclu en application de l'article L. 3122-2, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois » et soutient que son contrat ne mentionne pas la durée de son travail ni les éléments de sa rémunération, seule la rémunération mensuelle brute étant précisée ; qu'il ajoute que le système conventionnel de pré-quantification du temps de travail ne lui est pas opposable suite à l'annulation par le Conseil d'Etat des deux décrets des 4 janvier 2007 et 8 juillet 2010 qui introduisaient un régime dérogatoire en matière de décompte de la durée du travail ; qu'il convient dès lors d'appliquer les dispositions de l'article L.3171-4 du code du travail et que les heures de travail définies par la grille de cadence et mentionnées sur les feuilles de route ne correspondent pas à la réalité de son activité, compte tenu notamment d'une sous-évaluation de la

typologie des secteurs ; qu'il a ainsi travaillé au-delà d'un temps partiel et qu'il a noté mois par mois les heures de travail réellement effectuées, récapitulées sous forme de tableau qu'il produit ; qu'en ne prenant pas en compte son temps de travail réel, la société Adrexo ne lui assure pas une rémunération au moins égale au SMIC et au minimum conventionnel, ce qui caractérise également un travail dissimulé ; que la société Adrexo rétorque que le contrat de travail à temps partiel modulé n'a pas à mentionner la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine et les semaines du mois, que le contrat de travail à temps partiel modulé de M. V... mentionne les éléments de rémunération, que les modalités conventionnelles de décompte du temps de travail sont conformes aux dispositions légales et réglementaires, la durée conventionnelle étant mentionnée sur les feuilles de route, que la durée du travail nécessaire à M. V... a été décomptée conformément aux dispositions légales et conventionnelles, sans aucune sous-évaluation de la durée du travail, qu'il n'y a eu aucune dissimulation d'heures ; que le contrat de travail de M. V... est soumis aux anciens articles L. 3123-14 et suivants du code du travail qui organisaient un temps partiel modulé, mis en place par convention ou accord collectif de travail étendu ou accord d'entreprise ou d'établissement et qui excluaient l'obligation de mentionner la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, par dérogation aux dispositions de l'article L. 212-4-3 (devenu L. 3123-14) du code du travail portant sur le contrat de travail à temps partiel ; que ces dispositions, issues de la loi du 19 janvier 2000 ont été abrogées par la loi du 20 août 2008 qui a néanmoins expressément prévu que les accords déjà conclus restaient valables ; que le dispositif légal permettait à une convention ou un accord collectif de travail étendu ou un accord d'entreprise ou d'établissement de prévoir que la durée du travail hebdomadaire ou mensuelle pouvait varier dans certaines limites sur tout ou partie de l'année, à condition que sur un an la durée n'excède pas en moyenne la durée stipulée au contrat (ancien article L. 3123-25) et que la rémunération versée mensuellement aux salariés était indépendante de l'horaire réel et calculée dans les conditions prévues par la convention ou l'accord (ancien article L. 3123-27) ; que devaient être mentionnés : dans l'accord collectif : notamment les catégories de salariés concernés, les modalités selon lesquelles la durée du travail est décomptée, la durée minimale de travail hebdomadaire ou mensuelle ; dans le contrat de travail : la qualification du salarié, les éléments de sa rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue, l'ancien article L. 3123-14 excluant expressément l'obligation de mentionner la répartition du temps de travail dans le contrat à temps partiel modulé ; que la convention collective nationale de la distribution directe du 9 février 2004 applicable à la société Adrexo a créé un statut spécifique adapté à cette activité avec des dispositions particulières qui régissent le statut du distributeur, notamment au regard du temps de travail et de la rémunération ; qu'ainsi, la convention prévoit notamment un contrat de travail à temps partiel modulé sur l'année, un mécanisme de référencement horaire a priori, appelé "pré-quantification" de la durée du travail, un décompte du temps de travail récapitulé grâce aux feuilles de route, en application des dispositions de la grille de correspondance de la convention collective (annexe III qui fixe un cadencement horaire selon le nombre de boîtes aux lettres à distribuer par heure, en fonction du poids de la poignée de prospectus et de la densité du secteur), un décompte récapitulatif a posteriori détaillé effectué tous les mois et adressé au salarié en même temps que sa fiche de paie ; que la société Adrexo a également conclu un accord d'entreprise le 11 mai 2005, qui reprend ces dispositions et spécificités ; que le contrat de travail à temps partiel modulé de M. V... mentionnait sa qualification, une durée annuelle contractuelle moyenne de référence de 1560 heures, une durée indicative mensuelle moyenne de travail variable selon planning de 130 heures et une rémunération mensuelle brute moyenne correspondante de 1.043,90 €, la modulation de la durée du travail se faisant sur une année glissante de 52 semaines ; qu'il précisait également les règles applicables à la durée du travail, à la possibilité de réaliser des prestations additionnelles (article 5), à la détermination de la rémunération (article 6) et que le salarié reconnaissait que son employeur ne lui imposait pas d'horaire de travail, l'exécution de celui-ci se faisant dans une complète autonomie ; que le contrat a ainsi été établi conformément aux dispositions légales et conventionnelles en vigueur en matière de contrat de travail à temps partiel modulé et il n'y a donc pas lieu à requalification du contrat en temps plein de ce chef, étant relevé qu'en tout état de cause un manquement relatif à la mention de la rémunération n'était pas de nature à entraîner la requalification du contrat à temps plein ; qu'en second lieu, l'annulation du décret du 4 janvier 2007 relatif aux modalités d'application du décompte du temps de travail et du décret du 8 juillet 2010 venant en remplacement du précédent n'a remis en cause ni la licéité du temps partiel modulé ni la validité de la convention collective et des modalités de pré-quantification qu'elle prévoit ; qu'en revanche, la quantification préalable de l'ensemble des missions confiées et accomplies par le distributeur, dans le cadre de l'exécution de son métier, en fonction des critères associés à un référencement horaire du temps de travail prévue par l'article 2.2.1.2 du chapitre IV de la convention collective, ne saurait, à elle seule, satisfaire aux exigences de l'article L. 3171-4 du code du travail et l'annulation de ces décrets a donc imposé aux parties d'appliquer les règles habituelles en matière de preuve du temps de travail en cas de contestation ; qu'en application de l'article L. 3171-4 du code du travail, si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit être en

mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande ; qu'ainsi, le salarié n'a pas à apporter des éléments de preuve mais seulement des éléments factuels, pouvant être établis unilatéralement par ses soins, mais revêtant suffisamment de précision quant aux horaires effectivement réalisés afin que l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail accomplies, puisse y répondre utilement ; qu'à l'appui de sa demande, M. V... produit un tableau établi pour les années 2004 à 2009 mentionnant globalement pour chaque mois les heures payées, les heures non payées, le taux du smic et le rappel de salaire réclamé ; que ce tableau ne précise ni les jours travaillés, ni les horaires effectués et n'est pas accompagné des notes manuscrites évoquées par le salarié ; qu'en outre, la cour relève qu'il est mentionné tous les mois de ces 6 années le même total d'heures travaillées et précisément 151,67 heures, soit un temps plein ; que cette constance, alors que le nombre des heures payées diffèrait d'un mois sur l'autre, ôte tout sérieux au tableau ainsi présenté qui s'apparente en réalité à un décompte de rappel de salaire sur un temps plein ; quant aux attestations de collègues de travail, ils font état de leur propre situation et n'évoquent pas celle de M. V... ; qu'ainsi le salarié ne fournit pas d'éléments préalables de nature à étayer sa demande et le jugement sera donc infirmé en ce qu'il a alloué un rappel de salaire à ce titre ; que la demande de requalification en temps plein fondée également sur ce document sera rejetée ; qu'enfin, il en ira de même des demandes pour non-respect du SMIC et du salaire minimum conventionnel, pour violation de l'obligation de rémunération et pour travail dissimulé puisque fondées sur la reconnaissance d'un travail à temps complet qui n'a pas été retenu par la cour, le salarié précisant dans ses conclusions que son employeur faisait « une juste mention du taux horaire SMIC sur les feuilles de route ainsi que sur les bulletins de salaire » ;

ALORS QUE la quantification préalable de l'ensemble des missions confiées et accomplies par le distributeur, dans le cadre de l'exécution de son métier, en fonction des critères associés à un référencement horaire du temps de travail prévue par l'article 2.2.1.2 du chapitre IV de la convention collective nationale de la distribution directe ne saurait, à elle seule satisfaire aux exigences de l'article L. 3171-4 du code du travail et qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ; qu'en statuant comme elle l'a fait, en se fondant exclusivement sur la quantification préalable des missions confiées ou accomplies bien que M. V... ait produit d'une part un tableau indiquant mois par mois les heures payées et le nombre d'heures non payées nécessaires à ses missions et d'autre part plusieurs attestations de distributeurs travaillant comme lui dans l'établissement d'Orgeval faisant tous état d'un écart important entre leur temps réel de travail et celui pré-quantifié sur leur feuille de route, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué D'AVOIR rejeté les demandes de dommages et intérêts formées en cause d'appel et D'AVOIR rejeté les demandes au titre de la classification 1.2 et de la discrimination en matière de formation et de carrière et les demandes présentées par l'UL Chatou et D'AVOIR ordonné la déconsignation de la somme de 85 000 € au profit de la société Adrexo ;

AUX MOTIFS QUE M. V... fait valoir qu'il a sollicité à plusieurs reprises son employeur pour pouvoir suivre une formation et intégrer le secteur cartographique de l'entreprise, d'autant que tous les postes de cartographe n'étaient pas pourvus mais que la société n'a jamais accédé à cette demande, qui aurait permis de l'associer à la réévaluation des secteurs ; que la société rétorque que M. V... ne présente aucun élément factuel et que le refus qui lui a été opposé à sa demande d'intégration à un poste de cartographe, d'un niveau bien supérieur à celui qu'il occupait (maîtrise niveau 2.1 selon la convention collective) était justifié par la nécessité de compétences spécifiques et la maîtrise de logiciels particuliers, le cartographe mettant au point « selon les instructions de la hiérarchie des graphiques, bases de données, statistiques, cartouches, plans, cartes et légendes et est responsable de leur mise à jour » ; qu'elle ajoute que si elle n'a pas donné suite à la demande de formation de M. V... liée à cet objectif, c'est parce qu'elle souhaitait recruter des collaborateurs expérimentés et que même avec une formation importante, M. V... n'avait pas les compétences et le profil recherché ; que lorsque le salarié présente des éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination ; qu'il n'est pas contestable que le poste de cartographe, auquel M.

V... souhaitait accéder aux termes de plusieurs courriers adressés à son employeur, était d'un niveau supérieur à celui de distributeur et nécessitait des compétences spécifiques ; que ce seul refus de l'employeur de donner suite à une demande de promotion ne saurait laisser supposer la discrimination alléguée, d'autant que M. V... n'a présenté aucune autre demande de formation ; que le jugement sera donc confirmé en ce qu'il a rejeté la demande à ce titre et confirmé également en ce qu'il a condamné la société Adrexo au paiement d'une indemnité au titre du DIF.

1°) ALORS QUE le juge doit examiner l'ensemble des faits invoqués par le salarié pour étayer sa demande au titre de la discrimination syndicale sans en négliger aucun ; que, dans ses conclusions d'appel déposées et réitérées oralement à l'audience, M. V... a fait valoir qu'au bout de dix ans d'ancienneté au sein de la société Adrexo, sa progression de carrière était au point mort et son niveau de classification était resté le même depuis son embauche et que ses heures de délégation étaient systématiquement incluses dans son temps de travail pré quantifié alors qu'elles étaient réalisées en dehors de ses heures de travail ; qu'en s'abstenant de rechercher si ces éléments, de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination syndicale, étaient établis et dans l'affirmative, si l'employeur démontrait qu'ils étaient justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination syndicale, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail dans leur rédaction applicable au litige ;

2°) ALORS QUE M. V... a produit aux débats (pièce n° 11a), une lettre qu'il a adressé à la direction du personnel et des affaires sociales de la société Adrexo et qui était ainsi rédigée « pourriez-vous me faire parvenir le compte des heures de formation auquel j'ai droit. Je vous rappelle qu'avant ADREXO j'ai travaillé pour la société SDP. Je n'ai jamais caché mon intérêt pour une autre fonction dans la société ADREXO et à ce titre monsieur D... K... me propose d'exercer la fonction de cartographe. J'aimerais bénéficier de la formation qui accompagnera ce changement de statut et de fonction » ; qu'en affirmant que M. V... n'avait adressé aucune demande de formation sans examiner cette pièce régulièrement produite aux débats, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué D'AVOIR rejeté la demande de dommages et intérêts pour harcèlement moral et D'AVOIR ordonné la déconsignation de la somme de 85 000 € au profit de la société Adrexo ;

AUX MOTIFS QUE M. V... fait valoir qu'il a été soumis à des objectifs irréalisables de distribution fixés par son employeur, dont dépendait directement sa rémunération et qu'il a fait l'objet de brimades et insultes régulières de ses supérieurs, et d'une discrimination dans le déroulement de sa carrière du fait de ses qualités de délégué syndical et délégué du personnel ; que la cour n'a pas fait droit à la demande de requalification du contrat en temps plein et n'a pas retenu de discrimination en matière de formation et de carrière ; que pour les autres faits, M. V... produit des mails qu'il a adressés à la direction en février 2011 dans lesquels il relatait une altercation l'ayant opposé à M. N... (adjoint chef de centre) qui l'aurait traité de "connard", un mail adressé par sa hiérarchie à la suite de sa demande de réponse aux questions DP, du 3 janvier 2011 rédigé de la sorte : "avant de réclamer, lisez vos tableaux, cela vous évitera de vous rendre ridicule" et "une demande orale vous aurait évité un mail, certes plus officiel mais aussi plus ridiculisant" ; que si l'existence d'un incident en janvier 2011 avec l'adjoint au chef de centre n'est pas contesté par l'employeur, la teneur des échanges n'est relatée que dans les mails de M. V... et ne peut donc être retenue comme établie ; quant à la réponse de M. M... du 3 janvier 2011, si elle apparaît sèche, elle ne saurait à elle seule caractériser des brimades ou insultes répétées à son égard ; qu'enfin l'arrêt de travail en date du 11 mars 2011 s'il évoquait un "état dépressif réactionnel" ne mentionnait pas le contexte professionnel ; qu'ainsi le salarié n'établit pas de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral à son égard et le jugement sera donc infirmé en ce qu'il a alloué des dommages intérêts à ce titre ;

1°) ALORS QUE lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui 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 ; qu'en procédant à une appréciation séparée de chaque élément invoqué par le salarié sans rechercher si, pris dans leur ensemble, ces éléments, y compris les certificats médicaux, ne laissaient pas présumer l'existence d'un harcèlement moral, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles L 1152-1 et L 1154-1 du code du travail dans leur rédaction applicable au litige ;

2°) ALORS QUE le salarié n'étant tenu que d'apporter des éléments qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral, le juge ne peut rejeter la demande du salarié au motif qu'il ne démontre pas l'existence d'une relation de cause à effet entre son état de santé et ses conditions de travail ; qu'en relevant, pour dire que le salarié n'établissait pas de fait laissant présumer l'existence d'un harcèlement moral, que l'arrêt de travail daté du 11 mars 2011 évoquait un « état dépressif réactionnel » mais sans mentionner le contexte professionnel, la cour d'appel a statué par un motif inopérant et a privé son arrêt de base légale au regard des articles L 1154-1, L 1152-2 du code du travail dans leur rédaction applicable au litige ;

3°) ALORS QUE lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral ; que dans ses conclusions d'appel, M. V... a fait valoir qu'en 10 ans d'ancienneté dans l'entreprise, il n'avait jamais bénéficié d'une visite médicale d'embauche, ni de visite périodique avant 2011 alors qu'il présentait une malformation à un bras et qu'il a finalement été déclaré inapte à son poste de distributeur en décembre 2011 et à tout poste nécessitant des ports de charges supérieures à 1 kg de façon répétée ; qu'il a également invoqué des conditions de travail « contraires à la dignité humaine » dans des locaux non chauffés dans lesquels la température pouvait descendre à - 10 ° C ; qu'en estimant que M. V... n'établissait pas de faits laissant présumer l'existence d'un harcèlement moral sans rechercher si l'ensemble de ces éléments - dont elle a constaté qu'ils étaient établis et qu'ils justifiaient la résiliation du contrat de travail en ce qu'ils touchaient la santé du salarié - ne permettaient pas également de présumer l'existence d'un harcèlement moral, la Cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles L 1152-1 et L 1154-1 du code du travail dans leur rédaction applicable au litige. Moyens produits, au pourvoi incident, par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils pour la société Adrexo

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision attaquée D'AVOIR condamné la société Adrexo à payer à M. V... les sommes de 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure de première instance, 5 000 euros de dommages intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité, 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure d'appel, D'AVOIR ordonné la capitalisation des intérêts dus pour une année entière, et D'AVOIR ordonné à la société Adrexo de remettre au salarié une attestation pôle emploi, un certificat de travail et une fiche de paie récapitulative conformes à l'arrêt attaqué ;

AUX MOTIFS QUE - Sur l'obligation de sécurité M. V... soutient en premier lieu qu'en 10 années d'ancienneté consécutives, il n'a jamais bénéficié d'une visite médicale d'embauche et n'a rencontré qu'une seule fois: la médecine du travail, et ce, postérieurement à la résiliation judiciaire de son contrat (la prise de rendez-vous ayant été faite juste avant la résiliation), le médecin l'ayant d'ailleurs déclaré inapte à la fonction de distributeur. La société Adrexo, qui ne conteste pas l'absence de visite médicale, invoque le turn-over important des distributeurs en son sein, certains ne restant que quelques jours et des difficultés matérielles des centres de médecine du travail pour expliquer qu'elle privilégie une procédure sur demande du distributeur, seule à même de permettre que les visites médicales soient effectivement réalisées et que M. V... n'a jamais demandé à passer de visite médicale d'aptitude. Selon l'article L. 4121-1 du code du travail : "l'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer la santé et la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs".

En application des articles R. 4624-10, R 4624-16 & R 4624-18 du code du travail, le salarié bénéficie d'un examen médical avant l'embauche ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai par le médecin du travail, puis tous les 24 mois au plus tard. La visite médicale d'embauche, comme les examens périodiques concourent à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dont l'employeur est tenu d'assurer l'effectivité. Le salarié produit un avis d'aptitude du 18 mai 2001 et les avis d'inaptitude rédigés après la résiliation de son contrat le 16 novembre et le 1^{er} décembre 2011.

L'absence de toute visite périodique entre 2001 et 2011 caractérise un manquement à l'obligation de sécurité, d'autant plus grave que M. V... présentait une malformation à un bras et que dans ses avis des 16 novembre et 1^{er} décembre 2011, le médecin du travail le déclarait inapte à son poste de distributeur et à tout autre nécessitant des charges supérieures à 1 kilogramme de façon répétée. M. V... fait valoir également des conditions de travail dégradées, qu'il a été employé pendant 10 ans, dans des locaux non chauffés, la température descendant à - 10°C en période de grand froid, que l'employeur a été mis en demeure par l'inspection du travail d'installer un dispositif de chauffage pour la saison froide, qu'il a été repéré dans les locaux des matériaux susceptibles de contenir de l'amiante, pour lesquels des

investigations et des analyses devaient être effectuées, que l'employeur a exposé ses salariés au risque d'être en contact avec une substance toxique. Sur les locaux non chauffés, la société rétorque que la mise en demeure du 6 juillet 2009 ordonnant l'installation d'un système de chauffage dans l'entrepôt d'Orgeval a été motivée par le constat le 25 juin 2009 que deux salariés de la société Adrexo, Messieurs I... et R..., étaient en train d'y préparer les poignées de prospectus publicitaires qu'ils devaient distribuer, mais que M. V... n'est pas mentionné, car comme la majorité des distributeurs, il effectuait à son domicile, la tâche de préparation des poignées lorsque celle-ci est nécessaire. Si M. V... ne démontre pas avoir effectivement accompli ses tâches de préparation au sein de l'entrepôt non chauffé, il n'en demeure pas moins qu'il se rendait sur les lieux ne serait-ce que pour retirer les prospectus et sa feuille de route et qu'il a donc été exposé à l'absence de chauffage constatée par l'administration mais également dénoncée par d'autres distributeurs. S'agissant de l'amiante, la société rétorque à juste titre que le courrier de l'Inspecteur du Travail du 6 juillet 2009 ne permet pas de démontrer que les salariés ont été exposés à un risque d'amiante, le repérage effectué mentionnant uniquement qu'il a "été repéré des matériaux susceptibles de contenir de l'amiante" et que le rapport d'expertise du 23 septembre 2009 a conclu au contraire que le dépôt ne contenait pas d'amiante. Certains manquements de l'employeur à son obligation de sécurité étant établis, il sera alloué de ce chef au salarié la somme de 5.000 euros, le jugement étant infirmé quant au montant alloué.

1°) ALORS QUE le juge doit faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'il ne peut fonder sa décision sur un moyen relevé d'office sans mettre les parties en mesure d'en débattre contradictoirement ; qu'en l'espèce, en retenant que l'absence de visite périodique entre 2001 et 2011 caractérise un manquement à l'obligation de sécurité, d'autant plus grave que M. V... présentait une malformation à un bras et que dans ses avis des 16 novembre et 1er décembre 2011, le médecin du travail le déclarait inapte à son poste de distributeur et à tout autre nécessitant des charges supérieures à 1 kilogramme de façon répétée (cf. arrêt attaqué p. 11), ce qui n'avait à aucun moment été invoqué par le salarié (cf. conclusions d'appel du salarié p.35), sans provoquer les observations préalables des parties, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°) ALORS QUE tout jugement doit être motivé ; que les juges du fond doivent répondre aux conclusions des parties ; qu'en l'espèce, en ne répondant à aucun moment au moyen de la société Adrexo tiré de son organisation et des contraintes auxquelles elle devait faire face dans l'organisation de visites médicales pour ses distributeurs (cf. conclusions d'appel de l'employeur p.57), la cour d'appel a violé les articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE même en présence d'un manquement de l'employeur, il appartient au salarié de démontrer la réalité et l'étendue du préjudice allégué, que le juge doit apprécier sans pouvoir le présumer ni l'induire de manière « nécessaire » de la seule existence du manquement ; qu'en l'espèce, en allouant au salarié des dommages et intérêts du seul fait que « certains manquements de l'employeur à son obligation de sécurité étaient établis », sans à aucun moment constater l'existence du préjudice du salarié, la cour d'appel a violé le principe de la réparation intégrale, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision attaquée D'AVOIR prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail de M. V... à la date du 25 octobre 2011, condamné la société Adrexo à payer à M. V... les sommes de 1 149 euros au titre du DIF et 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure de première instance, 2 585,60 euros à titre d'indemnité de préavis, 258,56 euros au titre des congés payés afférents, 3 242,33 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, 16 000 euros à titre d'indemnité pour licenciement illicite, 1 032,75 euros à titre d'indemnité pour violation du statut protecteur, 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure d'appel ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE - Sur la demande de résiliation judiciaire du contrat En application de l'article 1184 du code civil, le salarié peut demander la résiliation de son contrat de travail en cas de manquements de son employeur à ses obligations. Il appartient au salarié de rapporter la preuve des manquements invoqués. Le juge apprécie si la gravité des manquements justifie la résiliation du contrat. Le manquement suffisamment grave est celui qui empêche la poursuite

du contrat. M. V... fonde sa demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail sur les manquements d'ores et déjà évoqués mais également sur l'entrave à ses mandats de DS et DP. Il fait ainsi grief à la société d'avoir entravé ses mandats de délégué du personnel et de délégué syndical, en ne mettant pas à disposition des instances représentatives du personnel les moyens nécessaires à l'exercice de leur fonction, à savoir une armoire et un ordinateur, en refusant de mettre à disposition une ligne téléphonique indépendante, en refusant d'associer les délégués syndicaux et les délégués du personnel au processus de réévaluation des secteurs de distribution, en ne mettant pas à disposition le registre du personnel et un exemplaire de la convention collective. Il ressort des pièces produites et notamment des courriers du salarié et des comptes rendus de réunion avec les délégués du personnel que la société ; si elle a tardé à fournir une armoire, a néanmoins mis à disposition un local et un téléphone aux représentants du personnel. En outre, il résulte de la convention collective de la distribution directe que la classification des secteurs relève de la seule compétence de l'employeur. Enfin, le salarié n'apporte aucun élément à l'appui de son allégation d'un registre du personnel et d'un exemplaire de la convention collective "hors de portée des salariés". Ce manquement, invoqué uniquement à l'appui de la demande de résiliation judiciaire n'est donc pas établi. En revanche, comme précédemment développé, la cour a reconnu établi à l'encontre de la société Adrexo des manquements dans le paiement des heures contractuelles garanties et dans la mise en oeuvre de l'obligation de sécurité. Ces manquements, qui ont perduré jusqu'à l'arrêt de travail du salarié en mars 2011, en ce qu'ils touchent d'une part à la rémunération du salarié et d'autre part à sa santé, étaient d'une gravité telle qu'ils empêchaient la poursuite de la relation contractuelle, d'autant plus que la tardiveté de la visite médicale périodique n'a pas permis la recherche d'un reclassement dans le cadre d'une procédure d'inaptitude. Le jugement sera donc confirmé en ce qu'il a prononcé la résiliation du contrat de travail aux torts de la société Adrexo, laquelle produit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur, M. V... étant alors titulaire d'un mandat électif ou de représentation. - Sur les demandes pécuniaires liées à la résiliation du contrat M. V... a droit, outre aux indemnités de rupture, à une indemnité au titre de la nullité du licenciement d'un montant au moins égal aux salaires des 6 derniers mois, l'article L. 1235-11 du code du travail qu'il invoque ne s'appliquant qu'aux licenciements économiques nuls pour défaut de PSE. En revanche, il ne saurait prétendre également à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Par ailleurs, le salarié protégé dont la demande de résiliation judiciaire est accueillie a droit, au titre de la violation de son statut protecteur, au paiement d'une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait dû percevoir jusqu'à l'expiration de la période de protection en cours au jour de la demande. Le fait que le salarié ait, entre temps, bénéficié d'un nouveau mandat est sans incidence et ne prolonge pas la période de protection à prendre en compte. S'agissant du salaire de référence, le salarié faisant état d'un salaire moyen à temps partiel de 1.116,59 euros brut (1.043,90 euros + 72,69 euros de prime d'ancienneté), il convient de retenir la somme de 1.292,80 euros fixée par la société Adrexo qui correspond au salaire minimum moyen au coefficient 1.1. selon les dispositions conventionnelles au mois d'octobre 2011, pour une durée du travail mensuelle de 130 heures conformément au contrat de travail. S'agissant de l'ancienneté, à la fin du préavis suivant le prononcé de la résiliation judiciaire, soit le 25 décembre 2011, M. V... avait une ancienneté de 10 ans, 1 mois et 6 jours, puisque l'ancienneté acquise au titre de son contrat du 30 septembre 1997 et au titre de son contrat du 9 juillet 1999, rompus par démissions les 26 novembre 1998 et 1er août 2001, comme en attestent les pièces produites par la société (registre du personnel et attestation pôle emploi) ne pouvait pas être prise en compte. M. V... peut ainsi prétendre au paiement des sommes suivantes : - 3.242,33 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement qui est de 20 % de mois par année d'ancienneté jusqu'à 5 ans, puis de 25 % de mois pour chaque année entre 5 et 10 ans, puis 30 % au-delà (article 16.3 de la convention collective), le tout majoré de 10% pour les salariés âgés de plus de 50 ans, - 2.585,60 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis de deux mois, outre 258,56 euros au titre des congés payés. En outre, compte tenu des mandats en cours à la date de la saisine du conseil le 20 juillet 2009, soit délégué du personnel titulaire, jusqu'au 19 novembre 2010 et délégué syndical, jusqu'au 19 novembre 2010, la période de protection au titre de ces mandats expirait le 19 mai 2011 au titre du premier et le 19 novembre 2011 au titre du second, conformément aux dispositions des articles L. 2411-3 et L. 2411-5 du Code du travail. La résiliation judiciaire ayant été prononcée à la date du 25 octobre 2011, l'indemnité au titre de la violation du statut protecteur doit être égale au montant du salaire dû entre le 25 octobre 2011 et le 19 novembre 2011, terme de la période de protection en cours au jour de la demande. En conséquence, le montant de l'indemnité pour violation du statut protecteur s'élève à la somme de 1.032,75 euros, calculée sur la base du taux horaire du SMIC applicable à un salarié au niveau 1.1. en vigueur au mois de novembre 2011, pour une durée du travail mensuelle de 130 heures. Enfin, M. V... justifie de la perception d'allocations pôle emploi jusqu'en août 2014 et eu égard également à son âge lors de la résiliation du contrat, à son ancienneté et au montant de sa rémunération, la cour dispose des éléments suffisants pour fixer à la somme de 16.000 euros l'indemnité pour licenciement illicite. Le jugement sera infirmé en ce sens sur les montants alloués.

ET AUX MOTIFS ADOPTES DES PREMIERS JUGES QUE Sur la résolution judiciaire du contrat de travail aux torts et griefs de l'employeur : Attendu qu'en application de l'article 1184 du Code civil, la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisferait pas à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est pas résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. Attendu de ce qui précède, il a été prouvé de graves manquements aux obligations de l'employeur : non-versement de prime d'ancienneté sur plusieurs années, absence d'élément de rémunération sur le contrat de travail, durée conventionnelle du travail jamais respecté, manquement d'obligation de sécurité, Attendu de ce qui suivra : absence de mesures prises par l'employeur permettant de protéger le salarié contre les agissements de harcèlement moral, d'un supérieur hiérarchique, Attendu que les faits invoqués sont suffisamment sérieux pour justifier l'action en résiliation judiciaire du contrat de travail, aux torts de l'employeur, et produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, Vu l'article L.1231-1 du Code du travail, la date d'effet de la résiliation judiciaire du contrat de travail sera fixée à la date de la décision judiciaire la prononçant, soit le 25 octobre 2011. A ce titre seront versés au salarié :

- Une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse de 16.600 euros.
- Une indemnité pour violation des statuts de représentant au CE, DP et DS car il n'est pas contesté que le salarié avait des mandats, comme en atteste la pièce n°10 de la partie défenderesse, soit jusqu'au 18 mai 2015, ce qui représente $1382,68 \text{ €} \times 43 \text{ mois} = 59\,455,24 \text{ euros}$,
- Une indemnité de préavis de deux mois soit 2765,36 euros ainsi que les congés payés afférents pour 276,53 euros,
- Une indemnité légale de licenciement, pour une ancienneté du 06/07/99 au 25/10/11 soit 12 ans et 4 mois, soit de 1 à 5 ans $1382,68 \text{ euros} + \text{de } 5 \text{ à } 10 \text{ ans} = 1728,35 + \text{de } 10 \text{ à } 12,35 \text{ ans} = 966,49 \text{ f}$ soit un total de 4077,52 euros ;

1°) ALORS QUE la cassation de l'arrêt sur le fondement du deuxième moyen, en ce qu'il a jugé à tort que l'employeur avait manqué à son obligation de sécurité, entraînera automatiquement, en application des articles 624 et 625 du code de procédure civile, la cassation de l'arrêt en ce qu'il a ordonné la résiliation judiciaire du contrat de travail, compte tenu du lien de dépendance nécessaire existant entre les chefs de l'arrêt concernés ;

2°) ALORS QUE seul un manquement de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail peut justifier la résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur ; qu'il appartient au salarié qui sollicite une telle résiliation de prouver la réalité et la gravité des manquements allégués, ainsi que l'obstacle qu'il crée à la poursuite du contrat ; qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier les manquements imputés à l'employeur au jour de leur décision ; qu'en l'espèce, en prononçant la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur en raison de manquements dans le paiement des heures contractuelles garanties et dans la mise en oeuvre de l'obligation de sécurité, après avoir pourtant relevé que ces manquements, à les supposer avérés, n'avaient pas empêché la poursuite du contrat de travail pendant dix ans, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles 1134 et 1184 du code civil, dans leur rédaction applicable au litige, et L. 1231-1 du code du travail ;

3°) ALORS QUE seul un manquement de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail peut justifier la résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur ; qu'il appartient au salarié qui sollicite une telle résiliation de prouver la réalité et la gravité des manquements allégués, ainsi que l'obstacle qu'il crée à la poursuite du contrat ; qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier les manquements imputés à l'employeur au jour de leur décision ; qu'en l'espèce, il ressortait des énonciations de la cour d'appel que les prétendus manquements de l'employeur, à les supposer avérés, s'étaient poursuivis sur plusieurs années ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans caractériser en quoi cette situation était de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1184 du code civil, dans leur rédaction applicable au litige, et L. 1231-1 du code du travail.