

AFFAIRE PRUD'HOMALE

N° RG 18/04280 - N° Portalis DBVX-V-B7C-LYGD

[H]

C/

SAS STO

APPEL D'UNE DÉCISION DU :

Conseil de Prud'hommes - Formation de départage de LYON

du 24 Mai 2018

RG : F 14/01206

COUR D'APPEL DE LYON

CHAMBRE SOCIALE B

ARRÊT DU 11 SEPTEMBRE 2020

APPELANT :

[F] [H]

né le [Date naissance 3] 1962 à [Localité 4]

[Adresse 1]

Représenté par Me Géraldine HUET de la SELARL SOREL-HUET-LAMBERT MICOUD, avocat au barreau de LYON

INTIMÉE :

SAS STO

[Adresse 2]

Représentée par Me Emmanuel GINDRE de la SCP GINDRE & ASSOCIES, avocat au barreau de LYON

Ayant pour avocat plaidant Me Gaston SCHEUER, avocat au barreau de STRASBOURG

DÉCISION RENDUE SANS AUDIENCE

Vu l'état d'urgence sanitaire, la présente décision est rendue sans audience suite à l'absence d'opposition des parties et en application de l'article 8 de l'ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale ;

La décision est portée à la connaissance des parties par le greffe par tout moyen en application de l'article 10 de l'ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale, tel que précisé par l'article 2.i de la circulaire du 26 mars 2020 CIV/02/20 - C3/DP/202030000319/FC.

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ :

- Olivier GOURSAUD, président
- Natacha LAVILLE, conseiller
- Sophie NOIR, conseiller

ARRÊT : CONTRADICTOIRE

Prononcé publiquement le 11 Septembre 2020 par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées par tout moyen ;

Signé par Olivier GOURSAUD, Président et par Gaétan PILLIE, Greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES :

Suivant contrat à durée indéterminée, la société STO a engagé [F] [H] en qualité de conseiller technico-commercial, niveau 3 classification technicien coefficient 275, à temps complet à compter du 1er août 2005 moyennant un salaire mensuel forfaitaire de 1 530 € outre une rémunération variable liée à la réalisation d'objectifs de vente, de chiffre d'affaires, de marges et d'activités définies avec le responsable commercial régional.

La relation de travail a été soumise à la convention collective des industries chimiques.

En dernier lieu, [F] [H] a perçu une rémunération mensuelle brute de 1 881.99 € comprenant un salaire de base de 1 683 € outre une prime d'ancienneté de 198.99 €.

Le 20 juillet 2010, [F] [H] a été reconnu travailleur handicapé du 1er mars 2010 au 28 février 2015.

Cette reconnaissance a été prolongée jusqu'au 29 février 2020.

Au début de l'année 2012, [F] [H] a été placée sous la subordination hiérarchique de [L] [B].

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 24 avril 2013, la société STO a notifié à [F] [H] un avertissement pour une mauvaise gestion des visites aux clients, pour un temps de présence au bureau excessif par rapport au travail fourni et pour une gestion défectueuse des problèmes liés aux litiges clients.

Le 19 septembre 2013, [F] [H] a été placé en arrêt de travail pour maladie d'origine non professionnelle.

Durant cet arrêt maladie prolongé et par lettre recommandée avec accusé de réception du 22 janvier 2014, la société STO a notifié à [F] [H] un second avertissement pour ne pas avoir repris son poste de travail à l'issue de son arrêt de travail pour maladie le 17 janvier 2014 et pour s'être abstenu d'avoir renvoyé sa ligne téléphonique durant son absence.

[F] [H] a repris son activité le 17 février 2014 et aucun visite de reprise n'a été organisée.

Le 19 février 2014, au cours d'un entretien avec la directrice des ressources humaines, [F] [H] a remis un courrier dénonçant les faits de harcèlement moral dont il se trouvait victime de la part de [L] [B].

[F] [H] a été à nouveau placé en arrêt de travail pour maladie à compter du 20 février 2014.

Le 26 mars 2014, [F] [H] a saisi le conseil de prud'hommes de LYON d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail et paiement de diverses sommes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail.

Par courrier du 05 septembre 2014, le docteur [K], médecin du travail, a fait savoir à la société STO que l'examen de [F] [H] intervenu le même jour dans le cadre d'une visite de pré-reprise avait révélé que l'état de santé du salarié ne permettait pas d'envisager une reprise à son poste de travail et qu'une inaptitude avec reclassement professionnel ou modification importante de ses conditions d'emploi (changement de service et de responsable) s'imposaient afin de préserver sa santé.

Dans le cadre de la visite de reprise de son poste dans l'entreprise, [F] [H] a été examiné le 18 septembre 2014 par le médecin du travail qui a conclu son unique examen comme suit:

'En application de l'article R 4624-3 du code du travail, compte tenu du danger immédiat pour sa santé si le salarié reprenait son poste, inapte à son emploi dans l'entreprise.

Un reclassement peut être envisagé selon les critères évoqués par le Docteur [K] dans le courrier adressé à l'entreprise le 05/09/14'.

Saisi d'un recours formé par la société STO à l'encontre de cet avis d'inaptitude, l'inspecteur du travail a par décision du 18 décembre 2014 décidé que [F] [H] était inapte au poste de conseiller technico-commercial qu'il occupait et a ajouté:

'Compte tenu de l'état de santé de Monsieur [F] [H], les propositions de reclassement sont:

- au sein de l'entreprise un poste de technico-commercial ou tout autre poste dans un autre contexte organisationnel,
- ou
- dans une autre entreprise,

et en veillant à la contre-indication au port de charges lourdes formulées en 2009 et aux postures contraignantes à éviter'.

Le 19 février 2015, la société STO a formé un recours à l'encontre de cette décision de l'inspecteur du travail auprès du ministre du travail qui n'a rendu aucune décision.

Par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 10 mars 2015, la société STO a proposé à [F] [H] pour son reclassement un poste de formateur technique et un poste d'assistant commercial pôle bardage, avec la précision qu'une absence de réponse du salarié dans le délai de 8 jours était assimilé à un refus de nature à donner lieu à la rupture du contrat de travail.

Ces propositions sont restées sans réponse de la part de [F] [H].

Par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 08 avril 2015, la société STO a convoqué [F] [H] le 21 avril 2015 en vue d'un entretien préalable à son licenciement.

Par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 04 mai 2015, la société STO a notifié à [F] [H] son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Au dernier état de ses réclamations, [F] [H] a demandé au conseil de prud'hommes:

- de prononcer l'annulation des deux avertissements;

- de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de la société STO,
- à titre subsidiaire de juger que le licenciement pour inaptitude est nul ou dépourvu de cause réelle et sérieuse;
- d'allouer à [F] [H] diverses sommes au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail avec remise des bulletins de salaire rectifiés sous astreinte.

Par jugement rendu le 24 mai 2018, le juge départiteur du conseil de prud'hommes:

- a prononcé l'annulation des avertissements des 24 avril 2013 et 22 janvier 2014;
- a déclaré sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour manquement à l'obligation de reclassement;
- a condamné la société STO à payer à [F] [H] les sommes suivantes:
 - * 5 372.26 € au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et 537.22 € au titre des congés payés afférents,
 - * 24 200 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse;
- a débouté [F] [H] du surplus de ses demandes;
- a condamné la société STO à remettre à [F] [H] dans le délai d'un mois suivant la notification du jugement un bulletin de salaire récapitulatif sous astreinte de 50 € par jour de retard passé un délai d'un mois suivant la notification du jugement, la formation de départage se réservant le droit de liquider l'astreinte,
- a condamné la société STO aux dépens.

oooooooooooooooo

La cour est saisie de l'appel interjeté le 13 juin 2018 par [F] [H].

Par ses dernières conclusions régulièrement notifiées, [F] [H] demande à la cour de déclarer son appel recevable et bien fondé, et:

- de prononcer l'annulation des avertissements notifiés les 24 avril 2013 et 22 janvier 2014;

- de condamner la société STO au paiement des sommes suivantes:

* 4 861.06 € à titre de rappel de salaire pour la rémunération variable de septembre 2014 à novembre 2014 et 486.11 € au titre des congés payés afférents;

* 6 000 € au titre de l'intéressement de 2014 et 600 € au titre des congés payés afférents;

* 29 052.67 € à titre de rappel de salaire pour des heures supplémentaires et 2 905.27 € au titre des congés payés afférents;

* 15 246.98 € au titre des repos compensateurs et 1 524.70 € au titre des congés payés afférents;

* 33 418.47 € à titre d'indemnité pour travail dissimulé;

* 30 000 € à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral et à titre subsidiaire pour manquement à l'obligation de sécurité;

- de prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de la société STO et de condamner la société STO en conséquence au paiement des sommes suivantes:

* 32 587.98 € au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et 3 258.80 € au titre des congés payés afférents;

* 110 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse;

- à titre subsidiaire de juger que le licenciement pour inaptitude est nul pour harcèlement moral ou pour non-respect par la société STO de ses obligations prévues par l'article L 4121-1 du code du travail, et de condamner la société STO en conséquence au paiement des sommes suivantes:

* 32 587.98 € au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et 3 258.80 € au titre des congés payés afférents;

* 110 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement nul;

- à titre infiniment subsidiaire de juger que le licenciement pour inaptitude est dépourvu de cause réelle et sérieuse pour manquement de la société STO à son obligation de reclassement et de condamner la société STO en conséquence au paiement des sommes suivantes:

* 32 587.98 € au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et 3 258.80 € au titre des congés payés afférents;

* 110 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse;

- de condamner la société STO à lui remettre ses bulletins de salaire rectifié jusqu'à la date de la résiliation judiciaire soit au plus tard le 06 mai 2015 sous astreinte de 100 € par jour de retard à compter du 15ème jour suivant la notification du 'jugement à intervenir, la juridiction prud'homale se réservant la faculté de liquider l'astreinte';

- de condamner la société STO au paiement de la somme de 3 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais en cause d'appel;

- de condamner la société STO aux dépens.

Par ses dernières conclusions régulièrement notifiées, la société STO demande à la cour d'infirmier partiellement le jugement entrepris, de débouter [F] [H] de l'intégralité de ses demandes et de le condamner au paiement de la somme de 3 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

L'ordonnance de clôture de la procédure a été rendue le 12 mai 2020.

Conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, la cour se réfère, pour un plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, à leurs conclusions écrites précitées.

MOTIFS

1 - sur les avertissements

Aux termes des articles L 1333-1 et L 1333-2 du code du travail, le juge du contrat de travail peut, au vu des éléments que doit fournir l'employeur et de ceux que peut fournir le salarié, annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise.

En l'espèce, force est de constater que la société STO ne justifie par aucune des pièces qu'elle verse aux débats le bien-fondé des avertissement du 24 avril 2013 et du 22 janvier 2014 que cet employeur a notifié à [F] [H], alors que ce dernier conteste intégralement les faits qui lui sont reprochés.

En conséquence, la cour confirme le jugement déféré en ce qu'il a prononcé l'annulation de ces avertissements.

2 - sur la rémunération variable

Il est constant que le contrat de travail de [F] [H] stipule qu'en complément du salaire mensuel forfaitaire de 1 530 €, il a été prévu au profit du salarié une rémunération variable liée à la réalisation d'objectifs de vente, de chiffre d'affaires, de marges et d'activités définies avec le responsable commercial régional.

Il y a lieu de constater qu'il n'existe dans le dossier de chacune des parties aucune pièce relative aux modalités de calcul de cette rémunération variable.

[F] [H] expose que la société STO s'est abstenue de lui verser sa part variable de rémunération durant les mois de septembre, octobre et novembre 2014; il réclame un rappel de salaire à cet titre en tenant compte toutefois d'une rémunération variable versée en novembre à hauteur de 823.91 €; il invoque une rémunération variable mensuelle d'un montant de 1 894.99 €, somme qui correspond à une 'somme forfaitaire' qui lui a été allouée par l'employeur de décembre 2014 à avril 2015.

La société STO conteste la demande en son principe en faisant valoir que [F] [H] a été absent pour cause de maladie au cours de la période visée par la demande.

La cour relève d'abord qu'il ressort des pièces du dossier que:

- [F] [H] a été placé en arrêt de travail pour maladie du 20 février 2014 au 17 septembre 2014;
- un avis d'inaptitude au poste de travail a été rendu par la médecin du travail à l'égard de [F] [H] le 18 septembre 2014;
- un recours ayant été formé à l'encontre de cet avis d'inaptitude, l'inspecteur du travail a décidé le 18 décembre 2014 que [F] [H] était inapte à son poste de technico-commercial;
- la société STO a formé le 19 février 2015 un recours hiérarchique auprès du ministre du travail;
- le ministre du travail n'a rendu aucune décision et la société STO a engagé alors une procédure de licenciement pour inaptitude après que les propositions de reclassement faites par l'employeur par courrier du 10 mars 2015 sont restées sans réponse.

Par ailleurs, l'analyse par la cour des bulletins de paie versés aux débats révèle que [F] [H]:

- a perçu tout au long de la relation de travail une rémunération variable intitulée 'commission variable' pour un montant mensuel de 1 894.99 €, y compris durant son premier arrêt de travail pour maladie du 19 septembre 2013 au 17 février 2014;
- a été privé de cette rémunération variable durant la totalité du mois de septembre 2014 et du mois d'octobre 2014;
- a perçu la somme de 823.91 € en novembre 2014 au titre de sa rémunération variable alors que le salarié était en arrêt maladie pour la seconde fois.

Enfin, il convient de relever que la société STO ne justifie par aucune pièce son allégation selon laquelle aucune rémunération variable ne serait pas due à [F] [H] durant son arrêt maladie, et ne donne aucune explication aux faits que le salarié a perçu sa rémunération variable durant son précédent arrêt de travail pour maladie et que le paiement de la rémunération variable a été suspendu durant les mois de septembre et octobre 2014 pour reprendre partiellement au mois de novembre 2014 alors que la procédure de contestation de l'avis d'inaptitude était en cours.

Dans ces conditions la cour dit que [F] [H] a droit au rappel de rémunération variable pour la période de septembre à novembre 2014.

S'agissant du montant de ce rappel, il convient de relever que dans le dispositif de ses conclusions [F] [H] sollicite le paiement de la somme de 4 861.06 € au titre du rappel de salaire variable alors qu'en page 13 l'appelant sollicite au même titre la somme de 3 000.71 €.

La cour retient qu'elle est saisie d'une demande à hauteur de 3 000.71 € pour laquelle [F] [H] a établi en page 13 de ses écritures un décompte qui n'appelle aucune observation critique et qui doit être validé, étant précisé que [F] [H] a entendu calculer sa rémunération variable de septembre 2014 au prorata de son temps de présence dans l'entreprise.

En conséquence, et infirmant le jugement déféré, la cour condamne la société STO à payer à [F] [H] la somme de 3 000.71 € et celle de 300.07 € au titre des congés payés afférents, ces sommes produisant des intérêts au taux légal à compter du 12 septembre 2018, date de la notification des conclusions de [F] [H] valant mise en demeure.

3 - sur l'intéressement

[F] [H] demande à la cour de condamner la société STO à lui payer la somme de 6 000 € au titre de l'intéressement pour l'année 2014 en faisant valoir que tous les salariés de la société STO avaient bénéficié de cette prime qui leur avait été payée en avril 2015.

Force est de constater que [F] [H] ne verse aux débats aucun élément laissant présumer de la réalité de son assertion.

En conséquence, le jugement déféré sera confirmé en ce qu'il a débouté la société L'UNION promesse d'embauche ce chef.

4 - sur les heures supplémentaires

La durée légale du travail effectif des salariés est fixée à 35 heures par semaine soit 151.67 heures par mois.

Les heures effectuées au-delà sont des heures supplémentaires qui donnent lieu à une majoration de salaire de 25% pour chacune des 8 premières heures (de la 36ème à la 43ème incluse) et de 50% à partir de la 44ème heure.

La durée du travail hebdomadaire s'entend des heures de travail effectif et des temps assimilés.

Selon l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.

Il résulte de ces dispositions, qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées ci-dessus. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

En l'espèce, la durée du travail a été fixée à 35 heures par semaine.

[F] [H] sollicite le paiement d'heures supplémentaires qu'il a accomplies pour la somme de 29 052.67 € qui au vu des écritures se décompose comme suit:

- 8 491.61 € du 20 mars au 31 décembre 2011;
- 11 322.15 € en 2012;
- 9 238.91 € du 1^{er} janvier au 18 septembre 2013.

Il verse aux débats:

- un décompte pour l'année 2011 correspondant à un prorata des heures supplémentaires accomplies en 2012 en l'absence de tout élément produit par la société STO, étant précisé que pour l'année 2011 [F] [H] a établi un agenda électronique qui est en possession de la société STO et qu'une demande de communication des reportings d'agenda hebdomadaire pour cette année 2011 faite le 24 février 2015 au conseil de la société STO est encore restée à ce jour sans effet;
- un tableau mentionnant pour chaque semaine des années 2012 et 2013 une colonne correspondant au nombre d'heures 'totales' de travail et une seconde colonne correspondant au nombre d'heures supplémentaires majorées à 50%;
- ses agendas pour les années 2012 et 2013 visant à corroborer le tableau précité.

La cour dit que [F] [H] présente à l'appui de sa demande des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies.

En réponse à ces éléments, la société STO ne verse aux débats aucun élément et se borne à critiquer, sans en justifier, l'exactitude des agendas, en ce que les heures de rendez-vous sont approximatives, ainsi que leur authenticité en ce que:

- [F] [H] a établi de faux rapports d'activité;
- le vendredi 30 août 2013 [F] [H] n'a pas visité les trois clients inscrits sur son agenda dont deux se trouvaient fermés pour congés annuels;
- [F] [H] a accompli durant son arrêt de travail pour maladie des distances équivalentes à celles qu'il parcourait durant son temps de travail.

En conséquence, la cour dit que [F] [H] a accompli les heures supplémentaires qu'il revendique.

Dans ces conditions, et infirmant le jugement déféré, la cour condamne la société STO à payer à [F] [H] la somme de 29 052.67 € à titre de rappel de salaire pour les heures supplémentaires accomplies en 2011, 2012 et 2013, outre celle de 2 905.27 € au titre des congés payés afférents, ces sommes produisant des intérêts au taux légal à compter du 12 septembre 2018, date de la notification des conclusions de [F] [H] valant mise en demeure.

5 - sur l'indemnité de la contrepartie obligatoire en repos

Il résulte de l'article L 3121-11 du code du travail dans sa rédaction applicable que:

- la contrepartie obligatoire en repos est due pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel au salarié défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou à défaut par une convention ou un accord de branche;
- à défaut d'accord collectif, un décret détermine ce contingent annuel et les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel;
- toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel ouvre droit à une contrepartie obligatoire en repos fixée à 50% pour les entreprises de 20 salariés au plus et 100% pour celles de plus de 20 salariés.

Le contingent annuel d'heures supplémentaires est fixé par décret à deux cent vingt heures par salarié.

En vertu de l'article D 3121-14 du code du travail, le salarié qui, du fait de la rupture de son contrat de travail n'a pas été en mesure de formuler la demande de repos compensateurs à laquelle il avait droit, reçoit une indemnité en espèces dont le montant correspond à ses droits acquis; l'indemnité de la contrepartie obligatoire en repos, qui donne lieu à une indemnité de congés payés afférents, a le caractère de salaire.

En l'espèce, eu égard aux heures supplémentaires dont la réalisation a été reconnue ci-dessus, la cour fait droit à la demande au titre de l'indemnité de la contrepartie obligatoire en repos pour la somme de 15 246.98 € dont le montant n'est pas contesté même à titre subsidiaire.

En conséquence, infirmant le jugement déféré, la cour condamne la société STO à payer à [F] [H] la somme de 15 246.98 € au titre de l'indemnité de la contrepartie obligatoire en repos outre celle de 1 524.70 € au titre des congés payés afférents, ces sommes produisant des intérêts au taux légal à compter du 12 septembre 2018, date de la notification des conclusions de [F] [H] valant mise en demeure.

6 - sur le harcèlement moral et l'obligation de sécurité

[F] [H] demande à la cour de condamner la société STO au paiement de la somme de 30 000 € à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral à titre principal et pour manquement à l'obligation de sécurité à titre subsidiaire.

6.1. sur le harcèlement moral

En application des dispositions des articles L1152-1 et L 1154-1 du code du travail dans leur rédaction applicable au litige, aucun salarié ne doit subir des agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet des dégradations de ses conditions de travail susceptible notamment d'altérer sa santé physique ou mentale; en cas de litige reposant sur des faits de harcèlement moral, le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants qui pris dans leur ensemble permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral; il incombe ensuite 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; le juge forme alors sa conviction.

Le harcèlement moral peut être le fait de l'employeur, de son représentant ou d'un supérieur hiérarchique.

Un acte isolé et unique ne peut pas constituer un harcèlement, quand bien même cet acte se serait maintenu dans le temps.

L'article R 4624-22 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige prévoit que le salarié bénéficie d'un examen de reprise du travail par le médecin du travail après une absence d'au moins trente jours pour cause d'accident du travail, de maladie ou d'accident non professionnel.

En l'espèce, [F] [H] invoque les faits suivants à l'appui de sa demande au titre d'un harcèlement moral:

- [L] [B] a proféré des menaces à son encontre lors de l'entretien mensuel du 05 juillet 2013;
- [L] [B] a pré-rempli le compte-rendu d'entretien individuel de juillet 2013 de sorte que [F] [H] a été contraint de signer le document sans pouvoir faire aucun commentaire;
- l'entretien individuel de l'année en date du 19 février 2013 comporte des pages vierges;
- il a été victime d'un burn-out du 19 septembre 2013 au 16 février 2014;
- la société STO s'est abstenue de lui faire passer une visite de reprise lorsque son arrêt de travail pour maladie a expiré le lundi 17 février 2014;
- la société STO n'a pris aucune mesure de nature à éviter la souffrance du salarié au travail alors que ce dernier a remis à la directrice des ressources humaines le 19 février 2014 durant second son arrêt de travail pour maladie un courrier par lequel [F] [H] a dénoncé le harcèlement moral dont il était victime de la part de [L] [B], l'employeur s'étant contenté de proposer au salarié une rupture conventionnelle.

La cour relève au vu des pièces du dossier que:

- les faits reposant sur les menaces proférées par [L] [B] ne sont pas établis dès lors que [F] [H] se borne à verser aux débats en pièce n°71 un document intitulé 'entretien individuel mensuel' qui se trouve dépourvu de toute signature notamment de celle de [L] [B] de sorte que l'authenticité de cette pièce n'est pas établie; il convient d'ajouter que l'attestation établie par l'épouse de [F] [H] pour indiquer que ce salarié a été victime de menaces de la part de [L] [B] se trouve dépourvue de valeur probatoire pour ne comporter aucune précision sur la nature des menaces alléguées;
- les faits reposant sur le compte-rendu d'entretien individuel de juillet 2013 ne sont pas établis dès lors que [F] [H] se borne à verser aux débats en pièce n°9 un document intitulé 'entretien individuel mensuel' qui mentionne une date portée en mention manuscrite et qui se trouve dépourvu de toute signature;
- les faits reposant sur le compte-rendu d'entretien annuel en date du 19 février 2013 ne sont pas plus établis dès lors que [F] [H] se borne à produire en pièce n°8 un compte-rendu qui n'est pas signé, ni par la société STO ni par [F] [H];
- les faits reposant sur l'absence de mesures prises par la société STO pour mettre fin au harcèlement moral dénoncé par le salarié dans son courrier du 19 février 2014 remis à l'employeur ne sont pas eux-mêmes susceptibles de caractériser des agissements de harcèlement moral dès lors qu'il n'est pas justifié que la réalité des faits dénoncés par le salarié pour invoquer un harcèlement moral était établie à la date du 19 février 2014;

- les faits reposant sur l'absence de visite de reprise sont établis; en effet, il ressort d'un courrier du 11 février 2014 que la société STO a indiqué à [F] [H] que l'entreprise est 'ravie' d'apprendre que le salarié allait reprendre le travail le 17 février 2014 et que ce dernier était attendu ce jour-là pour 'faire le point (...) sur les dossiers en cours'; il se déduit de ce courrier que la société STO s'est abstenue d'organiser une visite de reprise au profit de [F] [H] dont l'arrêt de travail pour maladie avait débuté dès le 19 septembre 2013, le salarié s'étant donc trouvé absent depuis plus de 30 jours; il y a lieu au surplus de relever que la société STO ne conteste à aucun moment de ses écritures cette absence de visite de reprise.

Il s'ensuit que seule l'absence de visite de reprise est établie.

Compte tenu du caractère isolé et unique de ce fait, il ne peut pas constituer un harcèlement.

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que [F] [H] n'établit pas la matérialité de faits précis et concordants qui, pris dans leur ensemble, soient de nature à laisser présumer l'existence d'un harcèlement moral en ce qu'ils auraient eu pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible notamment d'altérer sa santé physique ou mentale.

Confirmant le jugement déféré, la cour déboute [F] [H] de sa demande à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral.

6.2. sur l'obligation de sécurité

Aux termes de l'article L 4121-1 du code du travail, l'employeur est tenu, pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, de prendre les mesures nécessaires qui comprennent des actions de prévention des risques professionnels et de la pénibilité au travail, des actions d'information et de formation et la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés; l'employeur doit veiller à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes.

L'article R 4624-22 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige prévoit que le salarié bénéficie d'un examen de reprise du travail par le médecin du travail après une absence d'au moins trente jours pour cause d'accident du travail, de maladie ou d'accident non professionnel.

Seule la visite de reprise marque la fin de la suspension du contrat de travail.

L'obligation de la visite de reprise qui pèse sur l'employeur relève de l'obligation de sécurité de l'employeur.

En l'espèce, [F] [H] fait valoir à l'appui de sa demande à titre de dommages et intérêts pour manquement de l'employeur son à obligation de sécurité que:

- [L] [B] a pré-rempli le compte-rendu d'entretien individuel de juillet 2013 de sorte que [F] [H] a été contraint de signer le document sans pouvoir faire aucun commentaire;

- la société STO n'a organisé aucune visite de reprise au retour du salarié dans l'entreprise le 17 février 2014 à l'issue de son premier arrêt de travail pour maladie;

- la société STO n'a pris aucune mesure pour mettre fin à la souffrance au travail du salarié alors que cet employeur avait été averti de d'état de santé dégradé de [F] [H] par le courrier que [F] [H] a lui-même remis à la direction des ressources humaines le 19 février 2014, que le médecin du travail a fait état dans son courrier du 14 mars 2014 adressé à l'employeur des souffrances professionnelles importantes de [F] [H], que le médecin du travail a établi à l'occasion d'une visite de pre-reprise de [F] [H] un nouveau courrier du 05 septembre 2014 à destination de l'employeur pour lui indiquer que l'état de santé de [F] [H] ne lui permettait pas de reprendre son poste de travail actuel et qu'une reprise ne pouvait être envisagée qu'avec notamment une modification importante de ses conditions d'emploi (changement de service et de responsable) pour préserver sa santé; que ce courrier du 05 septembre 2014 a été repris dans l'avis d'inaptitude du 18 septembre 2014 qui a été confirmé par l'inspecteur du travail.

La cour relève d'abord qu'il résulte de ce qui précède que les faits reposant sur le compte-rendu d'entretien individuel de juillet 2013 ne sont pas établis.

Ensuite, les faits reposant sur l'absence de visite de reprise le 17 février 2014 à l'expiration du premier arrêt maladie de [F] [H] ne sont pas contestés, étant d'ailleurs précisé que cette absence de visite de reprise a empêché qu'il soit mis fin à la période de suspension du contrat de travail.

Enfin, la cour dit que les faits reposant sur l'absence de mesures prises par la société STO pour remédier à la souffrance de [F] [H] à partir du 19 février 2014 sont établis dès lors que la société STO ne conteste pas avoir été destinataire à compter du 19 février 2014 de l'intégralité des divers courriers invoqués par l'appelant (courriers émanant tant du salarié lui-même que du médecin du travail) et qu'il est indiscutable que cet employeur, ainsi alerté, n'a pris strictement aucune mesure de nature à remédier à la souffrance de [F] [H] au travail.

Dans ces conditions, il y a lieu de dire que la société STO a manqué à son obligation de sécurité à l'égard de [F] [H].

Au vu des éléments de la cause, la cour dit que ce manquement a occasionné à [F] [H] un préjudice qu'il convient d'indemniser à hauteur de 5 000 €.

En conséquence, et infirmant le jugement déféré, la cour condamne la société STO à payer à [F] [H] la somme de 5 000 € à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité, cette somme produisant des intérêts au taux légal à compter du présent arrêt conformément à l'article 1153-1 alinéa 2 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

7 - sur la résiliation judiciaire

Sur le fondement de l'article 1184 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier si l'inexécution de certaines des dispositions résultant d'un contrat synallagmatique présentent une gravité suffisante pour en justifier la résiliation.

Le manquement suffisamment grave de l'employeur est de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail.

Lorsqu'un salarié demande la résiliation de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, tout en continuant à travailler à son service, et que ce dernier le licencie ultérieurement pour d'autres faits survenus au cours de la poursuite du contrat, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation du contrat de travail était justifiée; c'est seulement dans le cas contraire qu'il doit se prononcer sur le licenciement notifié par l'employeur.

La prise d'effet de la résiliation est fixée en principe au jour du jugement qui la prononce dès lors qu'à cette date le salarié est toujours au service de l'employeur.

Lorsque le salarié n'est plus au service de son employeur au jour où il est statué sur la demande de résiliation judiciaire, cette dernière prend effet, si le juge la prononce, au jour du licenciement, de la prise d'acte de rupture, ou au jour à partir duquel le salarié a cessé de se tenir à la disposition de l'employeur.

En l'espèce, [F] [H] a introduit son action en résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de la société STO le 26 mars 2014 et le salarié a ensuite fait l'objet d'un licenciement pour inaptitude notifié par courrier du 04 mai 2015.

Il convient donc d'examiner en premier lieu la demande tendant à la résiliation judiciaire du contrat de travail.

Au soutien de sa demande en résiliation judiciaire, [F] [H] invoque les 'graves manquements de l'employeur à ses obligations'.

La cour déduit de cette rédaction pour le moins imprécise que [F] [H] se prévaut des manquements examinés ci-dessus.

Il convient ainsi de retenir notamment le manquement de la société STO à son obligation de sécurité pour des faits reposant sur l'absence de visite de reprise le 17 février 2014 à l'expiration du premier arrêt maladie de [F] [H].

Ce manquement de la société STO est de nature à lui seul à empêcher la poursuite du contrat de travail de sorte que la cour dit qu'il est suffisamment grave pour justifier, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le surplus des manquements, la résiliation judiciaire du contrat de travail au 04 mai 2015, date du courrier de notification du licenciement pour inaptitude par la société STO à [F] [H].

En conséquence, et infirmant le jugement déféré, la cour prononce la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de la société STO et dit que cette résiliation judiciaire prend effet au 04 mai 2015.

8 - sur les conséquences financières de la résiliation judiciaire

La résiliation judiciaire du contrat à durée indéterminée prononcée à l'initiative du salarié et aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et même d'un licenciement nul lorsque le manquement de l'employeur est constitué par un harcèlement moral à l'encontre du salarié.

En l'espèce, la cour dit que la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée ci-dessus produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse eu égard à la nature du manquement de l'employeur (manquement à l'obligation de sécurité).

8.1. sur l'indemnité compensatrice de préavis

La salariée peut prétendre d'abord à une indemnité compensatrice de préavis avec les congés payés afférents qui est équivalente à deux de mois de salaire en vertu de l'article 27 de la convention collective des industries chimiques sur la base du salaire que [F] [H] aurait perçu s'il avait travaillé pendant la durée du préavis, lequel comprend tous les éléments de la rémunération, soit la somme de 1 881.99 € figurant sur le dernier bulletins de paie.

[F] [H] a donc droit à une indemnité compensatrice de préavis de 3 763.98 €.

Infirmant le jugement déféré, la cour condamne la société STO à payer à [F] [H] la somme de 3 763.98 €. au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et celle de 376.40 € au titre des congés payés afférents, ces sommes produisant des intérêts au taux légal à compter du 12 septembre 2018, date de la notification des conclusions de [F] [H] valant mise en demeure

8.2. sur les dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse

[F] [H] a droit en outre en vertu des dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail droit à une indemnité mise à la charge de la société STO qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Compte tenu notamment de l'effectif de l'entreprise, des circonstances de la rupture, du montant de la rémunération versée à la société STO y compris celle des heures supplémentaires, de son âge au jour de son licenciement, de son ancienneté à cette même date, de sa capacité à trouver un nouvel emploi eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle et des conséquences du licenciement à son égard, tels que ces éléments résultent des pièces et des explications fournies, il y a lieu, en infirmant le jugement déféré de ce chef, d'allouer à [F] [H] une somme de 25 000 € à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Infirmant le jugement déféré, la cour condamne la société STO à payer à [F] [H] la somme de 25 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse; cette somme produira avec intérêts au taux légal à compter du présent arrêt conformément à l'article 1153-1 alinéa 2 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

9 - sur la remise des bulletins de salaire

Il convient d'ordonner à la société STO de remettre à [F] [H] les bulletins de salaire conformes au présent arrêt dans un délai de deux mois à compter de son prononcé.

[F] [H] sera débouté de sa demande d'astreinte.

10 - sur le remboursement des indemnités de chômage

En application de l'article 1235-4 du code du travail, il convient en ajoutant au jugement déféré d'ordonner d'office le remboursement par l'employeur aux organismes intéressés des indemnités de chômage versées au salarié licencié, du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé, dans la limite de trois mois d'indemnisation.

11 - sur le travail dissimulé

Il résulte de l'article L.8221-1 du code du travail qu'est prohibé le travail totalement ou partiellement dissimulé par dissimulation d'emploi salarié; aux termes des dispositions de l'article L 8221-5 du code du travail dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur:

- de se soustraire intentionnellement à la déclaration préalable à l'embauche,
- de mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli,
- de se soustraire intentionnellement à l'obligation de délivrer un bulletin de paie,
- de se soustraire intentionnellement aux déclarations relatives aux salaires ou aux cotisations sociales assises sur ceux-ci auprès des organismes de recouvrement des contributions et cotisations sociales ou de l'administration fiscale en vertu des dispositions légales.

Il résulte de l'article L 8223-1 du code du travail qu'en cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel l'employeur a recours en commettant les faits prévus à l'article L.8221-5 du code du travail a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

La dissimulation d'emploi prévue par l'article L. 8221-5 du code du travail, à l'occasion de l'omission d'heures de travail sur le bulletin de salaire, n'est caractérisée que si l'employeur a agi de manière intentionnelle, le caractère intentionnel du travail dissimulé ne pouvant se déduire de la seule absence de mention des heures supplémentaires sur les bulletins de paie.

En l'espèce, [F] [H] fait valoir au soutien de sa demande d'indemnités pour travail dissimulé:

- qu'il a accompli des heures supplémentaires non rémunérées;
- que la société STO contraignait les salariés à faire travailler leurs épouses compte tenu de la charge de travail qui leur était imposée.

La cour relève d'abord que la charge de travail excessive d'un salarié n'est pas un fait de l'employeur de nature à caractériser un travail dissimulé.

Ensuite, s'il est établi que [F] [H] a accompli des heures supplémentaires, il n'en demeure pas moins que l'appelant, qui se prévaut de ses fiches de paie qui ne mentionnent pas ces heures supplémentaires, ne justifie d'aucun élément justifiant du caractère intentionnel du travail dissimulé.

Il s'ensuit que la demande au titre du travail dissimulé est mal fondée de sorte que le jugement déféré sera confirmé en ce qu'il a débouté [F] [H] de ce chef.

12 - sur les demandes accessoires

L'équité et les situations économiques respectives des parties justifient qu'il soit fait application de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais de première instance et d'appel dans la mesure énoncée au dispositif.

La société STO sera condamnée aux dépens de première instance et d'appel.

PAR CES MOTIFS,

La Cour,

CONFIRME le jugement déféré en ce qu'il a:

- prononcé l'annulation des avertissements du 24 avril 2013 et du 22 janvier 2014,
- débouté [F] [H] de ses demandes au titre de l'intéressement, d'un harcèlement moral et du travail dissimulé,

INFIRME le jugement déféré en toutes ses autres dispositions,

STATUANT à nouveau sur les chefs infirmés et Y AJOUTANT,

CONDAMNE la société STO à payer à [F] [H] la somme de 3 000.71 € à titre de rappel de salaire pour la rémunération variable et celle de 300.07 € au titre des congés payés afférents ,ces sommes produisant des intérêts au taux légal à compter du 12 septembre 2018 ,

CONDAMNE la société STO à payer à [F] [H] la somme de 29 052.67 € à titre de rappel de salaire pour les heures supplémentaires accomplies en 2011, 2012 et 2013, outre celle de 2 905.27 € au titre des congés payés afférents, ces sommes produisant des intérêts au taux légal à compter du 12 septembre 2018,

CONDAMNE la société STO à payer à [F] [H] la somme de 15 246.98 € au titre de l'indemnité de la contrepartie obligatoire en repos outre celle de 1 524.70 € au titre des congés payés afférents, ces sommes produisant des intérêts au taux légal à compter du 12 septembre 2018,

CONDAMNE la société STO à payer à [F] [H] la somme de 5 000 € avec intérêts au taux légal à compter du présent arrêt à titre de dommages et intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité,

PRONONCE la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de la société STO,

DIT que la résiliation judiciaire du contrat de travail prend effet au 04 mai 2015,

DIT que la résiliation judiciaire du contrat de travail produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse,

CONDAMNE la société STO à payer à [F] [H] la somme de 3 763.98 €. au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et celle de 376.40 € au titre des congés payés afférents, ces sommes produisant des intérêts au taux légal à compter du 12 septembre 2018,

CONDAMNE la société STO à payer à [F] [H] la somme de 25 000 € avec intérêts au taux légal à compter du présent arrêt à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

ORDONNE à la société STO de remettre à [F] [H] les bulletins de salaire conformes au présent arrêt dans un délai de deux mois à compter de son prononcé,

DEBOUTE [F] [H] de sa demande d'astreinte,

ORDONNE d'office à la société STO le remboursement à Pôle Emploi des indemnités de chômage versées à [F] [H] dans la limite de trois mois d'indemnisation,

DIT que les sommes allouées par le présent arrêt supporteront, s'il y a lieu, les cotisations et contributions prévues par le code de la sécurité sociale,

DEBOUTE [F] [H] du surplus de ses prétentions,

CONDAMNE la société STO à payer à [F] [H] la somme de 2 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais de première instance et d'appel,

DEBOUTE la société STO de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

CONDAMNE la société STO aux dépens de première instance et d'appel.

Le GreffierLe Président

Gaétan PILLIEOlivier GOURSAUD