

SOC.

JT

COUR DE CASSATION

Audience publique du 21 septembre 2017

Rejet

M. FROUIN, président

Arrêt n° 1958 FS-P+B

Pourvoi n° R 16-14.016

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 l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par le syndicat des copropriétaires de la résidence Saint-Joseph II dont le siège est [...], pris en la personne de son syndic, M. Jean Pierre Y..., domicilié [...],

contre l'arrêt rendu le 21 janvier 2016 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (17e chambre B), dans le litige l'opposant à M. Marc Z..., domicilié [...],

défendeur à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 20 juin 2017, où étaient présents : M. Frouin, président, Mme Goasguen, conseiller rapporteur, M. Huglo, conseiller doyen, Mmes Vallée, Guyot, Aubert-Monpeyssen, Schmeitzky-Lhuillery, MM. Rinuy, Schamber, Ricour, Mmes Van Ruymbeke, Capitaine, conseillers, M. Flores, Mme Ducloz, MM. David, Silhol, Belfanti, Mme Ala, M. Duval, Mme Valéry, conseillers référendaires, Mme Courcol-Bouchard, premier avocat général, Mme Hotte, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Goasguen, conseiller, les observations de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat du syndicat des copropriétaires de la résidence Saint-Joseph II, l'avis de Mme Courcol-Bouchard, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 21 janvier 2016), que M. Z... a été engagé à compter du 1er septembre 2009 par contrat à durée déterminée à temps partiel en qualité d'employé d'immeuble par le syndicat de copropriétaires de la résidence Saint-Joseph II ; que le même jour, un contrat d'habitation vide a été signé avec le syndic de la résidence ; qu'un contrat à durée indéterminée a été signé le 17 février 2010 ; qu'il a été licencié le 20 décembre 2011 avec un préavis d'un mois ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes, notamment à titre d'indemnité compensatrice de préavis ;

Sur les premier, deuxième, troisième et quatrième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le cinquième moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié diverses sommes notamment à titre d'indemnité compensatrice de préavis alors, selon le moyen :

1°/ que la contradiction de motifs équivaut à une absence de motif ; qu'en l'espèce, pour déterminer le texte applicable pour le calcul de l'indemnité de préavis, la cour d'appel a retenu que « M. Z... relève de la catégorie B dès lors que la référence à un horaire, contenue dans son contrat de travail, ne correspondait pas à la situation effective de l'intéressé, qui a exercé son emploi en dehors de toute référence horaire, devant accomplir de nombreuses heures complémentaires pour assurer les remplacements de ses collègues » ; que cependant, pour accorder au salarié un rappel de salaire sur la base d'un temps plein, un rappel d'heures supplémentaires et diverses indemnités, la cour d'appel a jugé notamment qu'il existait une « durée de travail mentionnée dans le contrat » et qu'il résultait des « bulletins de paye, que les 40 heures de travail mensuelles prévues au contrat, ont été systématiquement très largement dépassées : - septembre 2009 : 151,67 heures, - octobre 2009 : 70,50 heures, - novembre 2009 : 80 heures, - décembre 2009 : 148 heures, - janvier 2010 : 85,50 heures, - février 2010 : 118,50 heures, - mars 2010 : 128,50 heures... etc. », et encore que « Monsieur Z... a effectué 67,83 heures qui n'ont pas été rémunérées », ces heures ayant été réalisées, « au-delà de la durée légale de 35 heures hebdomadaires, et au-delà des 8 heures suivantes » ; qu'en statuant ainsi par des motifs contradictoires, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que, subsidiairement, l'article 18 de la convention collective nationale des gardiens, concierges et employés d'immeubles, dans sa version applicable au litige, stipule que les salariés relevant de cette convention se rattachent soit au régime de droit commun (catégorie A) lorsqu'ils travaillent dans un cadre horaire mensuel devant être précisé sur le contrat de travail, soit au régime dérogatoire (catégorie B) défini par les articles L. 7211-1 et L. 7211-2 du code du travail, excluant toute référence à un horaire, leur taux d'emploi étant alors déterminé par l'application du barème d'évaluation des tâches en unités de valeur (UV) ; qu'en jugeant en l'espèce que M. Z... relève de la catégorie B sans constater que le taux d'emploi était déterminé par l'application du barème d'évaluation des tâches en unités de valeur (UV), mais au contraire qu'un horaire de travail avait été stipulé et qu'il y avait lieu de lui accorder diverses sommes à titre de rappel de

salaire et d'indemnité au regard du temps de travail qu'il avait effectivement consacré à l'exécution de son travail, la cour d'appel a violé l'article 18 de la convention collective nationale des gardiens, concierges et employés d'immeubles, dans sa version applicable au litige.

Mais attendu, d'une part, que, selon l'article L. 7211-2 du code du travail, est considérée comme concierge, employé d'immeuble, femme ou homme de ménage d'immeuble à usage d'habitation, toute personne salariée par le propriétaire ou par le principal locataire et qui, logeant dans l'immeuble au titre d'accessoire au contrat de travail, est chargée d'en assurer la garde, la surveillance et l'entretien ou une partie de ces fonctions et d'autre part, qu'aux termes de l'article 18 de la convention collective nationale des gardiens concierges et employés d'immeubles dans sa version alors en vigueur, se rattachent au régime dérogatoire de la catégorie B excluant toute référence à un horaire, les salariés dont l'emploi répond à la définition légale du concierge ;

Et attendu qu'ayant constaté que le salarié travaillait sans référence à un horaire précis et fait ressortir qu'il bénéficiait d'un logement accessoire au contrat de travail, la cour d'appel en a exactement déduit, hors toute contradiction, qu'il avait droit à une indemnité de préavis de trois mois en application de la convention collective nationale des gardiens concierges et employés d'immeubles ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne le syndicat des copropriétaires de la résidence Saint-Joseph II, pris en la personne de son syndic, M. Y... ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt et un septembre deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour le syndicat des copropriétaires de la résidence Saint-Joseph II

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision infirmative attaquée d'AVOIR dit que le contrat de travail liant M. Marc Z... au syndicat des copropriétaires de la communauté immobilière Saint Joseph II à [...], constitue un contrat de travail à temps complet et d'AVOIR condamné le syndicat des copropriétaires de la communauté immobilière Saint Joseph II, représenté par son syndic en exercice, aux dépens et à payer à M. Marc Z... les sommes de 20 328,53 euros à titre de rappel de salaire outre 2032,85 euros au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés y afférents, 1000 € de dommages-intérêts pour dépassement de la durée légale du travail à temps partiel, 4000 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 4500 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, 981,79 euros au titre du rappel de salaire sur les heures supplémentaires non rémunérées du mois d'août 2010, outre une somme par application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la demande de requalification du contrat : il résulte des pièces versées aux débats, et il n'est pas contesté, que par contrat daté du 24 août 2009, Monsieur Z... a été engagé à temps partiel en CDD de 6 mois à compter du 1er septembre 2009 en qualité d'employé d'immeuble "ayant la responsabilité de la distribution et de l'affichage de documents du syndicat ainsi que la surveillance générale en l'absence du gardien titulaire Monsieur C... ". La veille de la prise d'effet de ce contrat il a signé, par document distinct du 31 août 2009, un engagement auprès du syndic en ces

termes : "objet : lettre d'engagement Monsieur le syndic, Je soussigné Marc Z... employé comme gardien à compter du 1er septembre 2009, m'engage à être physiquement présent dans la copropriété tous les jours, après ma fin de service (à savoir après 18 heures). Je m'engage également à répondre au téléphone fixe de service et au portable professionnel, à tout moment, et à intervenir en cas de nécessité ou d'urgence. J'accepte aussi d'effectuer tous les remplacements que l'on demandera et serai indemnisé en conséquence (SMIC). J'exercerai une surveillance permanente en l'absence du gardien titulaire". Par contrat du 17 février 2010 mentionnant "annule et remplace le CDD établi le 1er septembre 2009" le syndicat des copropriétaires a engagé Monsieur Z... en CDI à temps partiel. L'article 2 reprend les mêmes fonctions et indique en outre "Il sera également autorisé à remplacer un membre du personnel lors de congés ou d'arrêt maladie et rémunéré en conséquence". L'employeur soutient que ce contrat à durée indéterminée, mettait à néant non seulement le CDD, mais également l'engagement du 1er septembre 2009, et que dans le CDI, le salarié avait l'autorisation de faire des remplacements et non pas l'obligation. Toutefois, par lettre RAR du 7 juin 2011, l'employeur a reproché à Monsieur Z... d'avoir "refusé de remplacer Monsieur B... (préposé aux conteneurs) pendant ses congés, du 2 au 23 avril inclus. (...) Les remplacements sont pourtant bien prévus dans votre contrat". Dans le courrier de licenciement, l'employeur énonce : "votre contrat de travail prévoit que vous remplaciez vos collègues en cas de congé ou d'arrêt maladie (article 4). Vous avez pourtant refusé de remplacer votre collègue chargé des containers, Monsieur Nabil B... pendant le mois d'août 2011". Monsieur Z... verse également aux débats le planning du mois d'août 2010 visé par le syndic avec cette mention "Marc, voici votre programme pour le mois d'août sous réserve des changements de dates de congés des autres". Il résulte de ce document, incontestablement établi par l'employeur, que celui-ci attendait du salarié, qu'il effectue au mois d'août 2010, 225 heures de remplacement, outre ses 40 heures "normales", avec une souplesse dans la mesure où ce planning était susceptible d'être modifié en fonction des changements de dates de congés des autres salariés. En demandant des remplacements fréquents, et en faisant grief au salarié de ne pas accepter ces remplacements en plus du temps partiel prévu au CDI, l'employeur l'a contraint à rester à sa disposition sans pouvoir vaguer librement à ses occupations personnelles. Au surplus, il apparaît que la durée de travail mentionnée dans le contrat était en réalité tout à fait symbolique, la durée réelle étant variable et nettement supérieure à celle mentionnée dans l'écrit. Il résulte en effet de l'examen des bulletins de paye, que les 40 heures de travail mensuelles prévues au contrat, ont été systématiquement très largement dépassées : - septembre 2009 : 151,67 heures, - octobre 2009 : 70,50 heures, - novembre 2009 : 80 heures, - décembre 2009 : 148 heures, - janvier 2010 : 85,50 heures, - février 2010 : 118,50 heures, - mars 2010 : 128,50 heures... etc. La demande de requalification en contrat à temps complet doit être accueillie. Il y a lieu en conséquence de faire droit à la demande de rappel de salaire sur la base d'un temps complet. Le calcul précis et conforme aux fiches de paye, proposé par Monsieur Z... (pages 5 et 6 de ses écritures oralement reprises) est fondé. Il n'est d'ailleurs pas sérieusement contesté par l'employeur. Le syndicat des copropriétaires devra donc verser la somme de 20 328,53 euros à titre de rappel de salaire outre celle de 2032,85 euros au titre des congés payés y afférents. Sur la demande de dommages-intérêts pour les heures complémentaires effectuées au-delà de la limite légale Monsieur Z... soutient qu'il a effectué des heures complémentaires qui excédaient à chaque fois le 10e de la durée hebdomadaire et mensuelle de travail prévue au contrat. À l'examen des fiches de paye, il apparaît qu'en effet l'intéressé a systématiquement effectué de novembre 2009 à avril 2011 des heures complémentaires au-delà de 10 % de la durée fixée au contrat. Pour la plupart d'entre elles, ces heures n'ont pas fait l'objet d'une rémunération majorée. La limite posée à l'exécution d'heures complémentaires est une règle d'ordre public. Le dépassement de cette limite cause nécessairement un préjudice au salarié, qui sera indemnisé en l'espèce par l'allocation d'une somme de 1000 € à titre de dommages et intérêts » ;

ALORS QUE la requalification d'un contrat de travail à temps partiel, dont la validité formelle n'est pas contestée, en contrat à temps complet suppose soit que la durée du travail a été portée, du fait de l'accomplissement d'heures complémentaires, au niveau de la durée légale, soit que le salarié a été contraint de se tenir à la disposition permanente de son employeur faute de délai de prévenance suffisant précédant une modification de ses horaires de travail ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a requalifié le contrat de travail conclu le 17 février 2010 en contrat à temps plein sans constater qu'après sa conclusion le temps de travail aurait été porté à 151,67 heures de travail par mois, ni constater que le salarié n'aurait pas été prévenu dans un délai suffisant de l'augmentation de ses horaires, notamment en cas de remplacements, bien qu'il était constant que M. Z... avait pu les refuser à plusieurs reprises et que des plannings étaient remis au salarié comme cela ressort des motifs de l'arrêt attaqué ; qu'il en résulte que la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 3123-14 et L. 3123-17 du code du travail.

Il est fait grief à la décision infirmative attaquée d'AVOIR dit que le contrat de travail liant M. Marc Z... au syndicat des copropriétaires de la communauté immobilière Saint Joseph II à [...], constitue un contrat de travail à temps complet et d'AVOIR condamné le syndicat des copropriétaires de la communauté immobilière Saint Joseph II, représenté par son syndic en exercice, aux dépens et à payer à M. Marc Z... les sommes de 20 328,53 euros à titre de rappel de salaire outre 2032,85 euros au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés y afférents, 1000 € de dommages-intérêts pour dépassement de la durée légale du travail à temps partiel, outre une somme par application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la demande de requalification du contrat : il résulte des pièces versées aux débats, et il n'est pas contesté, que par contrat daté du 24 août 2009, Monsieur Z... a été engagé à temps partiel en CDD de 6 mois à compter du 1er septembre 2009 en qualité d'employé d'immeuble "ayant la responsabilité de la distribution et de l'affichage de documents du syndicat ainsi que la surveillance générale en l'absence du gardien titulaire Monsieur C... ". La veille de la prise d'effet de ce contrat il a signé, par document distinct du 31 août 2009, un engagement auprès du syndic en ces termes : "objet : lettre d'engagement Monsieur le syndic, Je soussigné Marc Z... employé comme gardien à compter du 1er septembre 2009, m'engage à être physiquement présent dans la copropriété tous les jours, après ma fin de service (à savoir après 18 heures). Je m'engage également à répondre au téléphone fixe de service et au portable professionnel, à tout moment, et à intervenir en cas de nécessité ou d'urgence. J'accepte aussi d'effectuer tous les remplacements que l'on demandera et serai indemnisé en conséquence (SMIC). J'exercerai une surveillance permanente en l'absence du gardien titulaire". Par contrat du 17 février 2010 mentionnant "annule et remplace le CDD établi le 1er septembre 2009" le syndicat des copropriétaires a engagé Monsieur Z... en CDI à temps partiel. L'article 2 reprend les mêmes fonctions et indique en outre "Il sera également autorisé à remplacer un membre du personnel lors de congés ou d'arrêt maladie et rémunéré en conséquence". L'employeur soutient que ce contrat à durée indéterminée, mettait à néant non seulement le CDD, mais également l'engagement du 1er septembre 2009, et que dans le CDI, le salarié avait l'autorisation de faire des remplacements et non pas l'obligation. Toutefois, par lettre RAR du 7 juin 2011, l'employeur a reproché à Monsieur Z... d'avoir "refusé de remplacer Monsieur B... (préposé aux conteneurs) pendant ses congés, du 2 au 23 avril inclus. (...) Les remplacements sont pourtant bien prévus dans votre contrat". Dans le courrier de licenciement, l'employeur énonce : "votre contrat de travail prévoit que vous remplaciez vos collègues en cas de congé ou d'arrêt maladie (article 4). Vous avez pourtant refusé de remplacer votre collègue chargé des containers, Monsieur Nabil B... pendant le mois d'août 2011". Monsieur Z... verse également aux débats le planning du mois d'août 2010 visé par le syndic avec cette mention "Marc, voici votre programme pour le mois d'août sous réserve des changements de dates de congés des autres". Il résulte de ce document, incontestablement établi par l'employeur, que celui-ci attendait du salarié, qu'il effectue au mois d'août 2010, 225 heures de remplacement, outre ses 40 heures "normales", avec une souplesse dans la mesure où ce planning était susceptible d'être modifié en fonction des changements de dates de congés des autres salariés. En demandant des remplacements fréquents, et en faisant grief au salarié de ne pas accepter ces remplacements en plus du temps partiel prévu au CDI, l'employeur l'a contraint à rester à sa disposition sans pouvoir vaguer librement à ses occupations personnelles. Au surplus, il apparaît que la durée de travail mentionnée dans le contrat était en réalité tout à fait symbolique, la durée réelle étant variable et nettement supérieure à celle mentionnée dans l'écrit. Il résulte en effet de l'examen des bulletins de paye, que les 40 heures de travail mensuelles prévues au contrat, ont été systématiquement très largement dépassées : - septembre 2009 : 151,67 heures, - octobre 2009 : 70,50 heures, - novembre 2009 : 80 heures, - décembre 2009 : 148 heures, - janvier 2010 : 85,50 heures, - février 2010 : 118,50 heures, - mars 2010 : 128,50 heures... etc. La demande de requalification en contrat à temps complet doit être accueillie. Il y a lieu en conséquence de faire droit à la demande de rappel de salaire sur la base d'un temps complet. Le calcul précis et conforme aux fiches de paye, proposé par Monsieur Z... (pages 5 et 6 de ses écritures oralement reprises) est fondé. Il n'est d'ailleurs pas sérieusement contesté par l'employeur. Le syndicat des copropriétaires devra donc verser la somme de 20 328,53 euros à titre de rappel de salaire outre celle de 2032,85 euros au titre des congés payés y afférents. Sur la demande de dommages-intérêts pour les heures complémentaires effectuées au-delà de la limite légale Monsieur Z... soutient qu'il a effectué des heures complémentaires qui excédaient à chaque fois le 10e de la durée hebdomadaire et mensuelle de travail prévue au contrat. À l'examen des fiches de paye, il apparaît qu'en effet l'intéressé a systématiquement effectué de novembre 2009 à avril 2011 des heures complémentaires au-delà de 10 % de la durée fixée au contrat. Pour la plupart d'entre elles, ces heures n'ont pas fait l'objet d'une rémunération majorée. La limite posée à l'exécution d'heures complémentaires est une règle d'ordre public. Le dépassement de cette limite cause nécessairement un préjudice au salarié, qui sera indemnisé en l'espèce par l'allocation d'une somme de 1000 € à titre de dommages et intérêts » ;

1) ALORS QUE les juges du fond ne peuvent pas, dans le même temps, requalifier un contrat de travail à temps partiel en contrat de travail à temps plein et accorder au salarié, pour la même période, une indemnisation au titre d'une méconnaissance de la limite légale du nombre d'heures complémentaires applicable aux seuls contrats à temps partiel ; qu'en l'espèce la cour d'appel a requalifié l'intégralité de la relation de travail en contrat de travail à temps plein et en a tiré toutes les conséquences salariales ; qu'elle a encore, dans le même temps, condamné l'employeur à payer une indemnisation au titre d'un dépassement de la durée légale du travail à temps partiel ; qu'il en résulte que la cour d'appel a violé les articles L. 3123-14 et L. 3123-17 du code du travail ;

2) ALORS en tout état de cause QUE le non-respect par l'employeur des dispositions relatives aux heures complémentaires ne peut donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts sans que soit caractérisé le préjudice occasionné au salarié ; qu'en se bornant en l'espèce à affirmer que la limite posée à l'exécution d'heures complémentaires est une règle d'ordre public et que le dépassement de cette limite cause nécessairement un préjudice au salarié qui sera indemnisé par l'allocation d'une somme de 1000 € à titre de dommages et intérêts, la cour d'appel a violé les articles 1147 du code civil et L. 3123-14 et L. 3123-17 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision infirmative attaquée d'AVOIR condamné le syndicat des copropriétaires de la communauté immobilière Saint Joseph II, représenté par son syndic en exercice, aux dépens et à payer à M. Marc Z... la somme de 4 000 € en réparation des astreintes tenues sans contrepartie outre une somme par application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Monsieur Z... soutient qu'il a été d'astreinte durant l'exécution de son contrat de travail et invoque plusieurs consignes données par l'employeur. Le syndicat des copropriétaires conteste qu'il ait été demandé à Monsieur Z... d'être présent après 18 heures ou le week-end et soutient qu'aucun grief en rapport avec cette prétendue obligation ne lui a jamais été adressé. L'employeur ajoute que le salarié ne prouve ni n'allègue avoir jamais été appelé le soir après 18 heures, la nuit ou le week-end, et soutient que si le nom de Monsieur Z... figure sur la liste des personnes joignables le week-end, c'est pour rassurer les nombreuses personnes âgées de la résidence. Les astreintes correspondent à des périodes pendant lesquelles le salarié, sans être à la disposition permanente de son employeur, a l'obligation de rester à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail pour celui-ci. Ces astreintes donnent lieu à des compensations pour le salarié. En l'espèce, il est constant qu'au moment de son embauche en CDD, l'employeur a fait signer au salarié, par un acte séparé du 31 août 2009, l'engagement d'être physiquement présent dans la copropriété tous les jours après la fin de service à savoir après 18 heures, de répondre au téléphone fixe de service et au portable professionnel à tous moments et à intervenir en cas de nécessité ou d'urgence. Bien que le CDD ait été remplacé par une CDI 6 mois plus tard, l'employeur a continué après le 1er mars 2010 à indiquer dans la liste des personnes utiles diffusée aux membres de la copropriété : "Marc Z... (gardien) après 16 heures et week-end", et a continué à afficher dans les parties communes les informations suivantes : "TELEPHONE DES GARDIENS : Serge (avant 16 heures) : [...] Marc (après 16 heures) : [...] ". En diffusant cette information aux membres de la copropriété, l'employeur a contraint son salarié à rester à disposition et à répondre aux appels le soir après 18 heures et les week-ends. La cour retient donc que Monsieur Z... était tenu d'une astreinte. Compte tenu de la durée des relations contractuelles, 2 ans et 3 mois, et du fait que l'attribution du logement n'était pas gratuite, il y a lieu de d'indemniser l'intéressé par l'allocation de la somme de 4000 € à titre de dommages-intérêts » ;

ALORS QUE constitue une astreinte la période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu que, bien que le contrat à durée déterminée prévoyant des astreintes ait été remplacé par un contrat à durée indéterminée n'en prévoyant pas, l'employeur avait continué à indiquer dans la liste des personnes utiles diffusée aux membres de la copropriété : « Marc Z... (gardien) après 16 heures et week-end », et a continué à afficher dans les parties communes les informations suivantes : « TELEPHONE DES GARDIENS : Serge (avant 16 heures) : [...] Marc (après 16 heures) : [...] » ; qu'en statuant par des motifs ne caractérisant pas l'obligation pour le salarié, contestée par l'employeur, de demeurer à son domicile ou à proximité en vue de répondre à un appel de son employeur ou d'un copropriétaire pour effectuer un travail au service de la copropriété, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3121-5 du

code du travail.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision infirmative attaquée d'AVOIR dit que le licenciement de M. Marc Z... est dépourvu de cause réelle et sérieuse et d'AVOIR condamné le syndicat des copropriétaires de la communauté immobilière Saint Joseph II, représenté par son syndic en exercice, aux dépens et à payer à M. Marc Z... les sommes de 4000 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 4500 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse outre une somme par application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur le licenciement : les termes de la lettre établissent qu'il est reproché au salarié le refus d'exécuter une tâche (peinture des portes) et le refus de remplacer son collègue en contravention avec les clauses du contrat de travail. Il s'agit en conséquence d'un licenciement disciplinaire qui doit dès lors en respecter les règles spécifiques. Or aucun fait fautif ne peut à lui seul donner lieu à sanction passé un délai de 2 mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance. En l'espèce il n'est pas contesté ni contestable que l'employeur a eu connaissance des 2 fautes qu'il impute à M. Z..., plus de 2 mois avant le début de la procédure de licenciement. Il y a lieu dès lors de juger le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Sur les conséquences du licenciement dénué de cause réelle et sérieuse ; indemnité de préavis : Monsieur Z... soutient qu'aux termes de la convention collective des gardiens concierges et employés d'immeubles, applicable en l'espèce, le préavis est de 3 mois pour les gardiens concierges se rattachant au régime dérogatoire "catégorie B" (ne travaillant pas dans un cadre horaire, dont les tâches correspondent à des unités de valeur UV, et qui doivent être logés par l'employeur). Le syndicat des propriétaires conteste cette analyse, et soutient qu'aux termes du contrat l'intéressé était bien employé dans un cadre horaire, et pas du tout dans un cadre d'unité de valeur, qu'il était donc gardien de catégorie A. L'employeur ajoute que les gardiens de catégorie B se voient allouer un logement sans bail et sans loyer ce qui n'est nullement le cas de Monsieur Z.... Aux termes de l'article 18 de la convention collective des gardiens concierges et employés d'immeuble, les salariés relevant de cette convention se rattachent en deux catégories A. - Soit au régime de droit commun (catégorie A) lorsqu'ils travaillent dans un cadre horaire : 151,67 heures, correspondant à un emploi à temps complet ; l'horaire mensuel contractuel (H) devant être précisé sur le contrat de travail. B. - Soit au régime dérogatoire (catégorie B) défini par les articles L. 7211-1 et L. 7211-2 du code du travail articles L. 7211-1 et L. 7211-2 du code du travail (excluant toute référence à un horaire) lorsque leur emploi répond à la définition légale du concierge. Leur taux d'emploi étant déterminé par l'application du barème d'évaluation des tâches en unités de valeur (UV). La définition légale de concierge résulte de l'article L. 7211-2 du code du travail, à savoir : Est considéré comme concierge, employé d'immeubles, femme ou homme de ménage d'immeuble à usage d'habitation, toute personne salariée par le propriétaire ou par le principal locataire et qui, logeant dans l'immeuble au titre d'accessoire au contrat de travail, est chargée d'en assurer la garde, la surveillance et l'entretien ou une partie de ces fonctions. En l'espèce, Monsieur Z... relève bien du statut de concierge dès lors que : concomitamment au contrat de travail, la copropriété lui a délivré un bail dans ses locaux, pour un loyer modeste, et en prenant à sa charge la totalité des charges, la copropriété a recherché et obtenu l'expulsion de l'intéressé après la rupture du contrat de travail au motif qu'il était devenu sans droit ni titre, ce qui démontre bien le lien entre le contrat de travail et le logement de fonction, le contrat de bail porte d'ailleurs les mentions : "profession autorisée : gardien", "logement réservé au gardien en fonction" dans sa communication à l'égard de ses membres, la copropriété qualifie Monsieur Z... de "gardien" et son contrat de travail précise bien qu'il a pour mission de surveiller la copropriété en l'absence du gardien titulaire. M. Z... relève de la catégorie B dès lors que la référence à un horaire, contenue dans son contrat de travail, ne correspondait pas à la situation effective de l'intéressé, qui a exercé son emploi en dehors de toute référence horaire, devant accomplir de nombreuses heures complémentaires pour assurer les remplacements de ses collègues. Il y a lieu dès lors de faire droit à la demande du salarié qui apparaît fondée tant dans son principe que dans son montant. Le syndicat des copropriétaires sera condamné à lui verser la somme de 4000 € de ce chef.

Dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : Monsieur Z... sollicite la somme de 15 000 €, soutenant qu'il avait 2 ans et 5 mois d'ancienneté au moment de son licenciement, et qu'il n'a pas retrouvé d'emploi depuis, et a perçu le RSA jusqu'en octobre 2014. Il résulte de la fiche de synthèse sur la situation du salarié, produite à l'audience par Monsieur Z..., que le nombre de salariés employés habituellement par le syndicat des copropriétaires est inférieur à 11. Il verse aux débats une attestation de la CAF du 7 mars 2013 selon laquelle il percevait depuis le 1er février 2012 le revenu de solidarité active, et une attestation de la CAF du 16 mars 2015 dont il résulte qu'il a continué à

percevoir le RSA jusqu'en octobre 2014. Il ne verse aucun élément pour justifier de sa situation postérieurement à octobre 2014, ni pour justifier de ses démarches de recherche d'emploi. Au regard de ces éléments, de son ancienneté, et de son âge au moment du licenciement, 42 ans, il y a lieu de condamner le syndicat des copropriétaires à lui verser la somme de 4 500 € à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse » ;

ALORS QUE l'employeur peut prendre en considération un fait antérieur à deux mois à l'engagement de la procédure de licenciement, même disciplinaire, lorsque le comportement du salarié s'est poursuivi dans ce délai ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de la cour d'appel que le salarié avait été licencié pour avoir notamment refusé d'exécuter des travaux de peinture (arrêt page 9, Sur le licenciement) et plus précisément, selon les termes de la lettre de licenciement, de n'avoir « plus voulu continuer ce travail malgré mes très nombreux rappels à l'ordre » ; qu'en omettant de rechercher si le salarié n'avait pas persisté dans son attitude dans les deux mois précédant la mise en oeuvre de la procédure de rupture avant de juger les faits prescrits, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1332-4 du code du travail.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision infirmative attaquée d'AVOIR condamné le syndicat des copropriétaires de la communauté immobilière Saint Joseph II, représenté par son syndic en exercice, aux dépens et à payer à M. Marc Z... les sommes de 20 328,53 euros à titre de rappel de salaire outre 2032,85 euros au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés y afférents, 1000 € de dommages-intérêts pour dépassement de la durée légale du travail à temps partiel, 4000 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 4500 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, 981,79 euros au titre du rappel de salaire sur les heures supplémentaires non rémunérées du mois d'août 2010, outre une somme par application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS « Sur la demande de requalification du contrat : il résulte des pièces versées aux débats, et il n'est pas contesté, que par contrat daté du 24 août 2009, Monsieur Z... a été engagé à temps partiel en CDD de 6 mois à compter du 1er septembre 2009 en qualité d'employé d'immeuble "ayant la responsabilité de la distribution et de l'affichage de documents du syndicat ainsi que la surveillance générale en l'absence du gardien titulaire Monsieur C... ". La veille de la prise d'effet de ce contrat il a signé, par document distinct du 31 août 2009, un engagement auprès du syndic en ces termes : "objet : lettre d'engagement Monsieur le syndic, Je soussigné Marc Z... employé comme gardien à compter du 1er septembre 2009, m'engage à être physiquement présent dans la copropriété tous les jours, après ma fin de service (à savoir après 18 heures). Je m'engage également à répondre au téléphone fixe de service et au portable professionnel, à tout moment, et à intervenir en cas de nécessité ou d'urgence. J'accepte aussi d'effectuer tous les remplacements que l'on demandera et serai indemnisé en conséquence (SMIC). J'exercerai une surveillance permanente en l'absence du gardien titulaire". Par contrat du 17 février 2010 mentionnant "annule et remplace le CDD établi le 1er septembre 2009" le syndicat des copropriétaires a engagé Monsieur Z... en CDI à temps partiel. L'article 2 reprend les mêmes fonctions et indique en outre "Il sera également autorisé à remplacer un membre du personnel lors de congés ou d'arrêt maladie et rémunéré en conséquence". L'employeur soutient que ce contrat à durée indéterminée, mettait à néant non seulement le CDD, mais également l'engagement du 1er septembre 2009, et que dans le CDI, le salarié avait l'autorisation de faire des remplacements et non pas l'obligation. Toutefois, par lettre RAR du 7 juin 2011, l'employeur a reproché à Monsieur Z... d'avoir "refusé de remplacer Monsieur B... (préposé aux conteneurs) pendant ses congés, du 2 au 23 avril inclus. (...) Les remplacements sont pourtant bien prévus dans votre contrat". Dans le courrier de licenciement, l'employeur énonce : "votre contrat de travail prévoit que vous remplaciez vos collègues en cas de congé ou d'arrêt maladie (article 4). Vous avez pourtant refusé de remplacer votre collègue chargé des containers, Monsieur Nabil B... pendant le mois d'août 2011". Monsieur Z... verse également aux débats le planning du mois d'août 2010 visé par le syndic avec cette mention "Marc, voici votre programme pour le mois d'août sous réserve des changements de dates de congés des autres". Il résulte de ce document, incontestablement établi par l'employeur, que celui-ci attendait du salarié, qu'il effectue au mois d'août 2010, 225 heures de remplacement, outre ses 40 heures "normales", avec une souplesse dans la mesure où ce planning était susceptible d'être modifié en fonction des changements de dates de congés des autres salariés. En demandant des remplacements fréquents, et en faisant grief au salarié de ne pas accepter ces remplacements en plus du temps partiel prévu au CDI, l'employeur l'a contraint à rester à sa disposition sans pouvoir vaguer librement à ses occupations personnelles. Au surplus, il apparaît que la durée de travail mentionnée dans le contrat était en réalité tout à fait symbolique, la durée réelle étant variable et nettement supérieure à celle mentionnée dans l'écrit. Il résulte en effet

de l'examen des bulletins de paye, que les 40 heures de travail mensuelles prévues au contrat, ont été systématiquement très largement dépassées : - septembre 2009 : 151,67 heures, - octobre 2009 : 70,50 heures, - novembre 2009 : 80 heures, - décembre 2009 : 148 heures, - janvier 2010 : 85,50 heures, - février 2010 : 118,50 heures, - mars 2010 : 128,50 heures... etc. La demande de requalification en contrat à temps complet doit être accueillie. Il y a lieu en conséquence de faire droit à la demande de rappel de salaire sur la base d'un temps complet. Le calcul précis et conforme aux fiches de paye, proposé par Monsieur Z... (pages 5 et 6 de ses écritures oralement reprises) est fondé. Il n'est d'ailleurs pas sérieusement contesté par l'employeur. Le syndicat des copropriétaires devra donc verser la somme de 20 328,53 euros à titre de rappel de salaire outre celle de 2032,85 euros au titre des congés payés y afférents. Sur la demande de dommages-intérêts pour les heures complémentaires effectuées au-delà de la limite légale : Monsieur Z... soutient qu'il a effectué des heures complémentaires qui excédaient à chaque fois le 10e de la durée hebdomadaire et mensuelle de travail prévue au contrat. À l'examen des fiches de paye, il apparaît qu'en effet l'intéressé a systématiquement effectué de novembre 2009 à avril 2011 des heures complémentaires au-delà de 10 % de la durée fixée au contrat. Pour la plupart d'entre elles, ces heures n'ont pas fait l'objet d'une rémunération majorée. La limite posée à l'exécution d'heures complémentaires est une règle d'ordre public. Le dépassement de cette limite cause nécessairement un préjudice au salarié, qui sera indemnisé en l'espèce par l'allocation d'une somme de 1000 € à titre de dommages et intérêts » ;

Sur la demande au titre des heures supplémentaires : Monsieur Z... soutient qu'au mois d'août 2010, il a effectué 265,50 heures de travail, alors que son bulletin de salaire ne mentionne qu'un total de 197,67 heures. Il sollicite la rémunération de ces heures supplémentaires, avec une majoration de 50 %. À l'appui de sa demande, l'intéressé produit le planning du mois d'août 2010, signé par le syndic bénévole, qui fait ressortir 265,50 heures en ce qui concerne Monsieur Z.... Le syndicat des copropriétaires conteste cette demande, et soutient que ce document annoté de la mention manuscrite suivante du syndic : « Marc, voici votre programme pour le mois d'août, sous réserve de changement de date de congés des autres », est un planning théorique susceptible d'être modifié, et que Monsieur Z... « sait fort bien que les horaires ont été changées et que Monsieur C... a effectué en réalité ses propres heures ». Le document produit par Monsieur Z..., qui émane de l'employeur lui-même, est précis et met parfaitement en mesure l'employeur de débattre utilement de la réclamation du salarié. La cour constate à cet égard, que l'employeur n'apporte aucun élément pour justifier de ses allégations. En particulier il n'établit pas que Monsieur C... n'aurait pas pris de congés au mois d'août 2010 contrairement à ce qui était prévu. La cour retient dès lors que Monsieur Z... a effectué 67,83 heures qui n'ont pas été rémunérées. S'agissant d'heures effectuées au-delà de la durée légale de 35 heures hebdomadaires, et au-delà des 8 heures suivantes, il y a lieu d'appliquer la majoration de 50 %. Dès lors le syndicat des copropriétaires sera condamné à payer de ce chef la somme réclamée par Monsieur Z..., soit 980,79 euros » ;

ET QUE « Indemnité de préavis : Monsieur Z... soutient qu'aux termes de la convention collective des gardiens concierges et employés d'immeubles, applicable en l'espèce, le préavis est de 3 mois pour les gardiens concierges se rattachant au régime dérogatoire "catégorie B" (ne travaillant pas dans un cadre horaire, dont les tâches correspondent à des unités de valeur UV, et qui doivent être logés par l'employeur). Le syndicat des propriétaires conteste cette analyse, et soutient qu'aux termes du contrat l'intéressé était bien employé dans un cadre horaire, et pas du tout dans un cadre d'unité de valeur, qu'il était donc gardien de catégorie A. L'employeur ajoute que les gardiens de catégorie B se voient allouer un logement sans bail et sans loyer ce qui n'est nullement le cas de Monsieur Z.... Aux termes de l'article 18 de la convention collective des gardiens concierges et employés d'immeuble, les salariés relevant de cette convention se rattachent en deux catégories A. - Soit au régime de droit commun (catégorie A) lorsqu'ils travaillent dans un cadre horaire : 151,67 heures, correspondant à un emploi à temps complet ; l'horaire mensuel contractuel (H) devant être précisé sur le contrat de travail. B. - Soit au régime dérogatoire (catégorie B) défini par les articles L. 7211-1 et L. 7211-2 du code du travail (excluant toute référence à un horaire) lorsque leur emploi répond à la définition légale du concierge. Leur taux d'emploi étant déterminé par l'application du barème d'évaluation des tâches en unités de valeur (UV). La définition légale de concierge résulte de l'article L. 7211-2 du code du travail, à savoir : Est considéré comme concierge, employé d'immeubles, femme ou homme de ménage d'immeuble à usage d'habitation, toute personne salariée par le propriétaire ou par le principal locataire et qui, logeant dans l'immeuble au titre d'accessoire au contrat de travail, est chargée d'en assurer la garde, la surveillance et l'entretien ou une partie de ces fonctions. En l'espèce, Monsieur Z... relève bien du statut de concierge dès lors que : concomitamment au contrat de travail, la copropriété lui a délivré un bail dans ses locaux, pour un loyer modeste, et en prenant à sa charge la totalité des charges, la copropriété a recherché et obtenu l'expulsion de l'intéressé après la rupture du contrat de travail au motif qu'il était devenu sans droit ni titre, ce qui démontre bien le lien entre le contrat de travail et le logement de fonction, le

contrat de bail porte d'ailleurs les mentions : "profession autorisée : gardien", "logement réservé au gardien en fonction" dans sa communication à l'égard de ses membres, la copropriété qualifie Monsieur Z... de "gardien" et son contrat de travail précise bien qu'il a pour mission de surveiller la copropriété en l'absence du gardien titulaire. M. Z... relève de la catégorie B dès lors que la référence à un horaire, contenue dans son contrat de travail, ne correspondait pas à la situation effective de l'intéressé, qui a exercé son emploi en dehors de toute référence horaire, devant accomplir de nombreuses heures complémentaires pour assurer les remplacements de ses collègues. Il y a lieu dès lors de faire droit à la demande du salarié qui apparaît fondée tant dans son principe que dans son montant. Le syndicat des copropriétaires sera condamné à lui verser la somme de 4000 € de ce chef » ;

1) ALORS QUE la contradiction de motifs équivaut à une absence de motif ; qu'en l'espèce, pour déterminer le texte applicable pour le calcul de l'indemnité de préavis, la cour d'appel a retenu que « M. Z... relève de la catégorie B dès lors que la référence à un horaire, contenue dans son contrat de travail, ne correspondait pas à la situation effective de l'intéressé, qui a exercé son emploi en dehors de toute référence horaire, devant accomplir de nombreuses heures complémentaires pour assurer les remplacements de ses collègues » ; que cependant, pour accorder au salarié un rappel de salaire sur la base d'un temps plein, un rappel d'heures supplémentaires et diverses indemnités, la cour d'appel a jugé notamment qu'il existait une « durée de travail mentionnée dans le contrat » et qu'il résultait des « bulletins de paye, que les 40 heures de travail mensuelles prévues au contrat, ont été systématiquement très largement dépassées : - septembre 2009:151,67 heures, - octobre 2009:70,50 heures, - novembre 2009 : 80 heures, - décembre 2009 : 148 heures, - janvier 2010 : 85,50 heures, - février 2010 : 118,50 heures, - mars 2010 : 128,50 heures... etc. », et encore que « Monsieur Z... a effectué 67,83 heures qui n'ont pas été rémunérées », ces heures ayant été réalisées, « au-delà de la durée légale de 35 heures hebdomadaires, et au-delà des 8 heures suivantes » ; qu'en statuant ainsi par des motifs contradictoires, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2) ALORS subsidiairement QUE l'article 18 de la convention collective nationale des gardiens, concierges et employés d'immeubles, dans sa version applicable au litige, stipule que les salariés relevant de cette convention se rattachent soit au régime de droit commun (catégorie A) lorsqu'ils travaillent dans un cadre horaire mensuel devant être précisé sur le contrat de travail, soit au régime dérogatoire (catégorie B) défini par les articles L. 7211-1 et L. 7211-2 du code du travail, excluant toute référence à un horaire, leur taux d'emploi étant alors déterminé par l'application du barème d'évaluation des tâches en unités de valeur (UV) ; qu'en jugeant en l'espèce que M. Z... relève de la catégorie B sans constater que le taux d'emploi était déterminé par l'application du barème d'évaluation des tâches en unités de valeur (UV), mais au contraire qu'un horaire de travail avait été stipulé et qu'il y avait lieu de lui accorder diverses sommes à titre de rappel de salaire et d'indemnité au regard du temps de travail qu'il avait effectivement consacré à l'exécution de son travail, la cour d'appel a violé l'article 18 de la convention collective nationale des gardiens, concierges et employés d'immeubles, dans sa version applicable au litige.