

Copies exécutoires REPUBLIQUE FRANCAISE

délivrées le : AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 6

ARRET DU 17 JUIN 2020

(n° 2020/ , 2 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 18/01633 - N° Portalis 35L7-V-B7C-B46N4

Décision déferée à la Cour : Jugement du 12 Décembre 2017 - Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire d'EVRY - RG n° 16/01023

APPELANT

Monsieur [J] [R]

[Adresse 2]

Représenté par Me Frédéric INGOLD, avocat au barreau de PARIS, toque : B1055

INTIMEE

SA INSTRUMENTS ET CONTROLS Agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège.

[Adresse 1]

Représentée par Me Jean-claude CHEVILLER, avocat au barreau de PARIS, toque : D0945

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 09 Mars 2020, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Nadège BOSSARD, conseillère chargée du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Madame Anne BERARD, Présidente de chambre

Madame Nadège BOSSARD, Conseillère

Monsieur Stéphane THERME, Conseiller

Greffier : Madame Pauline MAHEUX, lors des débats

ARRÊT :

- contradictoire,
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, le prononcé de l'arrêt, initialement fixé dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile, ayant été modifié en raison de l'état d'urgence sanitaire,
- signé par Madame Anne BERARD, Présidente de chambre et par Madame Pauline MAHEUX, Greffière, présente lors de

la mise à disposition.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE :

M. [J] [R] a été engagé par la SA Instruments et Controls par lettre d'engagement en date du 7 septembre 1984 en qualité d'agent technico-commercial.

La société Instruments et Controls est une société de distribution d'instruments et d'équipements électroniques et de télécommunications pour la mesure et le contrôle des fluides. Elle emploie plus de dix salariés.

M. [R] est ensuite devenu chef de département.

Puis par avenant en date du 29 juin 2005, il a été chargé de la direction du département pétrole avec une rémunération de 4245 euros bruts par mois outre une prime annuelle sur objectifs.

La société Instruments et controls a créé une filiale en Algérie dénommée SARL Insko Services Sarl dont M. [R] était gérant mandataire social jusqu'au 24 juin 2016.

A compter du 27 décembre 2005, il a également été nommé directeur général de la société avec des pouvoirs définis dans l'annexe B de l'avenant à son contrat de travail.

Au dernier état de la relation contractuelle, la rémunération mensuelle brute de base de M. [R] était de 5375 euros.

La convention collective applicable est la convention collective du commerce de gros du 23 juin 1970.

Le 18 avril 2016, M. [R] a été convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement fixé au 3 mai 2016 à 11 heures et a été mis à pied à titre conservatoire.

Par lettre recommandée avec avis de réception adressée le 24 mai 2016, la société Instruments et controls a notifié à M. [R] son licenciement pour faute grave aux motifs qu'il avait accepté la présidence d'une société concurrente dénommée Tradexo dont le siège social a été fixé dans les locaux d'Instruments et controls et qu'il avait fait travailler des salariés d'Instruments et controls pour Tradexo.

M. [R] a saisi le conseil de prud'hommes d'Evry le 24 novembre 2016 afin de voir juger son licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et d'obtenir des rappels de salaire.

Par jugement en date du 12 décembre 2017, le conseil a :

- jugé que le licenciement pour faute grave était bien fondé,
- donné acte à la société Instruments et controls de ce qu'elle accepte de verser à M. [R] la somme de 959,43 euros à titre de solde de congés payés en deniers ou quittances,
- débouté M. [R] de l'intégralité de ses autres demandes,
- condamné M. [R] à payer à la société Instruments et Controls la somme de 1000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné M. [R] aux dépens.

M. [R] a interjeté appel le 15 janvier 2018.

Selon ses dernières conclusions remises au greffe et signifiées par le réseau privé virtuel des avocats le 30 janvier 2018 et auxquelles la cour se réfère expressément, M. [R] demande de :

- déclarer recevable et bien fondé, M. [R] en son appel du jugement du 12 décembre 2017 réformant partiellement le jugement entrepris (le confirmant sur l'octroi du rappel de congés payés)
- condamner la société Instruments et Controls à verser à M. [R] la prime annuelle contractuelle sur objectifs d'avril 2016 : 18.000 € + CP afférents 1.800 €
- fixer le salaire moyen de M. [R] à 7.516,66 €
- constater que :
- M. [R] engagé en 1984 a été désigné mandataire social (directeur général en 2005)
- les motifs de licenciement concernaient ses fonctions de directeur général et non de salarié ;

Par ailleurs,

- requalifier la mise à pied à titre conservatoire du 18 avril 2016 en mise à pied à titre disciplinaire ayant déjà sanctionné

les faits et dire que le licenciement du 24 mai 2016 était sans cause réelle et sérieuse, les mêmes ayant déjà été sanctionnés par la mise à pied à titre disciplinaire

A titre subsidiaire,

- constater
- que M. [D], Président, connaissait ou à tout le moins ne pouvait ignorer la domiciliation de Tradexo dans ses locaux
- qu'elle n'était pas concurrente de Instruments et Controls
- que Instrument et Controls avait demandé à M. [J] [R] d'être gérant de Insco sa société algérienne,
- que les associés de Tradexo ont facilité les démarches d'Instruments et Controls en Algérie,
- que Tradexo était cliente de Instruments et Controls
- qu'en licenciant Monsieur [R], âgé de 60 ans, Instruments et Controls échappait au paiement de son indemnité de fin de carrière de 65.394,93 €

en conséquence, dire sans cause réelle et sérieuse son licenciement,

- condamner Instruments et Controls à lui verser :

1. Rappel de salaire de mise à pied : 7.516,66 € X 24 jours / 30 mai 2016 : 6.013,32 € + CP afférents 601,33 €
2. Indemnité de licenciement : 65.394,93 €
3. préavis : 22.549,98 €+ CP afférents 2.254,99 €
4. Indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : 273.239,84 €
5. Solde de congés payés : 959,43 €
6. Jours supplémentaires : 23.314,48 €
7. Perte d'une chance sur l'indemnité de fin de carrière de 65.394,93 €
8. Contrepartie financière de la clause de non concurrence : 20% de 7.516,66 € x 24 mois : 36.079,96 € + CP afférents 3.607,99 €
9. Article 700 CPC : 3000 €

- condamner Instruments et Controls aux entiers dépens.

Selon ses dernières conclusions remises au greffe et signifiées par le réseau privé virtuel des avocats le 28 janvier 2020 et auxquelles la cour se réfère expressément, la société Instruments et Controls demande de :

- confirmer le jugement du conseil de prud'hommes en toutes ses dispositions ;

Par conséquent

- condamner M. [R] à verser la somme de 3.000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

L'ordonnance de clôture a été prononcée le 10 février 2020.

MOTIFS :

Sur la prime annuelle 2015 :

L'annexe A du contrat de travail de M. [R] stipule :

'Définition des objectifs à atteindre par le Directeur :

- Réalisation du budget consolidé déterminé par le Conseil d'administration
- Ce budget est exprimé en montant de commandes reçues mensuellement, trimestriellement et sur l'année hors TVA. Il comprend également la marge brute à réaliser. Le développement minimum attendu est de l'ordre de 2% au delà de l'inflation.
- L'objectif de rentabilité des exercices est fixé à un minimum de 5% du chiffre d'affaires (profit avant IS). De nombreux critères peuvent affecter le résultat tel que : cours des devises, impayés, etc ' Il est tenu compte de ces éléments si ils ne sont pas prévisibles.
- par consolidé, il faut entendre les trois critères majeurs : rentabilité, budget, commandes reçues et chiffre d'affaires
- Un bilan social sera présenté chaque fin d'exercice.

Période concernée :

- 12 mois du 1er janvier au 31 décembre

Prime annuelle :

Cette prime annuelle sera calculée par le Président et versée par acomptes trimestriels en fonction des objectifs réalisés et des résultats attendus et estimés au 31 décembre.'

Le chiffre d'affaires réalisé par la société s'est élevé à :

- 2014 : 5.257.574 € ;

-2015 : 3.355.825 €,

-2016 : 2.505.498 €.

L'objectif de rentabilité des exercices défini par la clause est fixé à un minimum de 5% du chiffre d'affaires. Au cours de l'année 2016, le résultat d'exploitation s'est révélé négatif ce qui signifie qu'aucune rentabilité n'a été réalisée. M. [R] ne peut dès lors prétendre à une prime d'objectifs.

Le jugement entrepris ayant rejeté cette demande sera confirmé de ce chef.

Sur la demande de paiement d'heures supplémentaires:

Selon l'article L3171-4 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.

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 aux dispositions légales et réglementaires précitées. 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.

M. [R] sollicite le paiement de :

- du 1^{er} au 30 avril 2016 : 9 jours
- du 22 janvier au 10 décembre 2015 : 19 jours
- du 24 décembre 2013 au 18 décembre 2014 : 18 jours.

Il produit un mail échangé avec un partenaire commercial fixant une rencontre au dimanche 1^{er} novembre 2015 et un article de presse relatif à la fixation des jours de repos hebdomadaire au vendredi et au samedi en Algérie depuis le 14

août 2009 et des documents relatifs aux jours et heures d'ouverture des administrations en Algérie.

M. [R] ne produit aucun décompte hebdomadaire précis quant aux heures non rémunérées.

Les seuls éléments produits ne permettent pas à l'employeur d'y répondre utilement.

Le jugement entrepris ayant débouté M. [R] de cette demande sera donc confirmé de ce chef.

Sur le licenciement :

Bien que M. [R] ait été mis à pied à titre disciplinaire le 18 avril 2016, M. [R] continuait de travailler pour la société Instruments et Controls. Il s'est déplacé en Algérie le 21 avril 2016 pour l'ouverture de plis d'appels d'offres fixée au 25 avril 2016 soit entre la notification de la mise à pied et l'entretien préalable. Il a adressé des courriels aux partenaires des sociétés le 17 mai 2016 indiquant qu'il serait au bureau le lendemain et a établi une procuration en tant que directeur général d'Instruments et Controls à son correspondant en Algérie pour retirer un appel d'offres soit pendant la période comprise entre l'entretien préalable et la notification de son licenciement le 24 mai 2016. Ces actes étaient tous en lien avec son activité spécifique d'export vers l'Algérie.

Il en résulte que la mise à pied prononcée a été interrompue par une reprise du travail et que le licenciement a été prononcé pour des faits similaires à ceux ayant motivé la mise à pied de sorte que la mise à pied conservatoire doit être requalifiée en mise à pied disciplinaire.

En application du principe 'non bis in dem', le licenciement prononcé pour les mêmes faits que ceux ayant motivé la mise à pied est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Sur le rappel de salaire relative à la mise à pied :

La mise à pied a débuté le 18 avril 2016 et pris fin le 24 mai 2016 par la notification du licenciement.

M. [R] a été payé en avril de l'intégralité de son salaire. Il a en revanche travaillé en mai 2016 pendant vingt-quatre jours sans être payé.

Eu égard à son salaire mensuel brut de 5375 euros, le rappel de salaire dû au titre de la période travaillée pendant la mise à pied s'élève à 4300 euros outre 430 euros de congés payés y afférents.

La société Instruments et controls est condamnée à lui payer ces sommes et le jugement entrepris est infirmé de ce chef.

Sur l'indemnité compensatrice de préavis :

Selon l'article L1234-1 du code du travail, lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave, le salarié a droit:

1° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus inférieure à six mois, à un préavis dont la durée est déterminée par la loi, la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession ;

2° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus comprise entre six mois et moins de deux ans, à un préavis d'un mois ;

3° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus d'au moins deux ans, à un préavis de deux mois.

Toutefois, les dispositions des 2° et 3° ne sont applicables que si la loi, la convention ou l'accord collectif de travail, le contrat de travail ou les usages ne prévoient pas un préavis ou une condition d'ancienneté de services plus favorable pour le salarié.

L'article 35 de la convention collective du commerce de gros du 23 juin 1970 fixe la durée du préavis des cadres à trois.

En vertu de l'article L1234-5 du même code, lorsque le salarié n'exécute pas le préavis, il a droit, sauf s'il a commis une faute grave, à une indemnité compensatrice.

M. [R] ayant trente et une années d'ancienneté, il a droit à une indemnité compensatrice de préavis de deux mois laquelle représente une somme de 16 125 euros et à 1612,50 euros de congés payés y afférents.

La société Instruments et controls est condamnée à lui payer cette somme et le jugement entrepris est infirmé de ce chef.

Sur l'indemnité de licenciement :

Selon l'article L1234-9 du code du travail, dans sa rédaction applicable au présent litige, le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement.

Les modalités de calcul de cette indemnité sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail. Ce taux et ces modalités sont déterminés par voie réglementaire.

L'article R1234-2 du code du travail dans sa rédaction applicable prévoit que l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté.

Compte tenu de l'ancienneté de M. [R] de trente et une années et dix mois et de son salaire mensuel brut au cours des douze derniers mois de 6016 euros, primes incluses, l'indemnité qui lui est due par la société Instruments et Controls s'élève à 55 815,10 euros.

$$(6016 \times 1/5 \times 31) + (6016 \times 1/5 \times 10/12) + (6016 \times 2/15 \times 21) + (6016 \times 2/15 \times 10/12)$$

La société Instruments et controls est condamnée à lui payer cette somme et le jugement entrepris est infirmé de ce chef.

Sur l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse :

Selon l'article L1235-3 du code du travail, si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9.

Eu égard à l'ancienneté de M. [R], à son salaire des six derniers mois et à son âge de 60 ans lors de son licenciement, son préjudice sera réparé par l'allocation de la somme de 80 000 euros.

Sur le solde de congés payés :

La cour constate que la société Instruments et controls a procédé au paiement de la somme de 959,43 euros le 30 novembre 2018 dont le principe et le montant n'était pas contestée par celle-ci.

Sur la demande de dommages-intérêts pour perte de chance d'obtenir une indemnité de fin de carrière :

L'article 41 de la convention collective de commerce de gros dispose que :

1. Le départ ou la mise à la retraite s'effectuent dans les conditions prévues par la loi.

Toutefois, en cas de mise à la retraite, le préavis est de 3 mois à compter de la notification de celle-ci.

2. Une allocation de départ en retraite est versée dans les conditions suivantes :

a) Montant :

- 1/10 de mois par année de présence, sans pouvoir dépasser un maximum de 3 mois pour les salariés ayant 2 ans et plus de présence.

Le calcul est effectué sur la base des rémunérations moyennes des 12 derniers mois à temps plein.

Le taux déterminé par l'ancienneté est appliqué sur la totalité des années de présence.

b) Si le salarié prend l'initiative de son départ en retraite, l'allocation correspondante lui est due s'il peut bénéficier d'une retraite à taux plein.

Par dérogation à cette disposition générale, et pour tenir compte de la crise de l'emploi, l'allocation de retraite sera également versée en cas de retraite avec abattement.

3. Si la mise à la retraite est du fait de l'employeur, l'allocation ne pourra être inférieure à l'indemnité légale du licenciement.

L'indemnité de départ à la retraite ne se cumule pas avec l'indemnité de licenciement car elles ont le même objet qui est de verser une somme au salarié quittant son emploi en fonction de son ancienneté.

Il en résulte que le salarié ne peut pas réclamer une perte de chance d'obtenir une indemnité de départ à la retraite en plus de l'indemnité de licenciement perçue.

Le jugement entrepris sera en conséquence confirmé en ce qu'il a rejeté cette demande.

Sur la contre-partie financière de la clause de non concurrence :

Le contrat de travail de M. [R] stipule une clause de non concurrence 'sur le monde entier' et d'une 'durée égale à vingt-quatre mois à compter du jour de la fin normale du préavis, que celui-ci soit exécuté ou non' et précise : 'il est rappelé que l'indemnisation de la mise en oeuvre de la clause de non concurrence est prévue de la manière suivante : dans la mesure où la rupture du contrat de travail interviendrait à l'initiative de l'employeur le montant de l'indemnité qui vous serait due sera égale à 20% de votre rémunération annuelle brute.'

La société Instruments et controls n'a pas renoncé au bénéfice de cette clause. Elle est donc redevable à l'égard de M. [R] de la somme de 18 039,98 euros.

La société Instruments et controls est condamnée à payer cette somme à M. [R]. Il sera ajouté au jugement entrepris de ce chef.

Sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile :

La société Instruments et controls est condamnée aux dépens de première instance et d'appel et au paiement de la somme de 2000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR

INFIRME le jugement entrepris sauf sur le solde de congés payés, le rappel de prime 2016, les heures supplémentaires et l'indemnité pour perte de chance de percevoir une indemnité de fin de carrière,

Statuant à nouveau et y ajoutant,

DIT que le licenciement de M. [J] [R] est dépourvu de cause réelle et sérieuse,

CONDAMNE la société Instruments et controls à payer à M. [J] [R] les sommes de :

- 4300 euros à titre de rappels de salaire sur mise à pied,
- 430 euros à titre de congés payés y afférents,
- 16 125 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis,
- 1612,50 euros à titre de congés payés y afférents,
- 55 815,10 euros à titre d'indemnité légale de licenciement,
- 80 000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 18 039,98 euros à titre de contrepartie pécuniaire de la clause de non concurrence,

CONSTATE que le solde de congés payés dû d'un montant de 959,43 euros a été payé,

CONDAMNE la société Instruments et controls à payer à M. [J] [R] la somme de 2000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

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

LA GREFFIÈRE LA PRÉSIDENTE