

2 juillet 2019

Cour d'appel de Paris

RG n° 17/04411

Pôle 6 - Chambre 11

## Texte de la décision

### Entête

Copies exécutoires RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

délivrées le : AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 11

ARRET DU 02 JUILLET 2019

(n° , 8 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 17/04411 - N° Portalis 35L7-V-B7B-B27LX

Décision déferée à la Cour : Jugement du 29 Mars 2016 - Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de PARIS - RG n° F 15/03963

APPELANT

Monsieur [F] [W]

[Adresse 1]

[Adresse 1]

[Adresse 1]

Représenté par Me Simon EDELMANN, avocat au barreau de PARIS, toque : E1366

INTIMÉE

SNC CAFE DU TROCADERO

[Adresse 2]

[Adresse 2]

Représentée par Me Sylvie BUCHALET, avocat au barreau de PARIS, toque : B0410

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 786 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 07 Mai 2019, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant M. Denis ARDISSON, Président de chambre, chargé du rapport.

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

Monsieur Denis ARDISSON, président

Madame Anne HARTMANN, présidente

Monsieur Didier MALINOSKY, vice-président placé

Greffier, lors des débats : Mme Caroline GAUTIER

ARRET :

- Contradictoire

- Mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile.

- Signé par Monsieur Denis ARDISSON, président, et par Mme Caroline GAUTIER, greffière à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

## Exposé du litige

Vu le jugement du conseil des prud'hommes de Paris du 29 mars 2016 qui a condamné la société Café du Trocadéro à verser à M. [F] [W] les sommes de 20.202,34 euros à titre de rappel d'heures supplémentaires, outre 2.020,33 euros pour les congés payés afférents, 8.594,68 euros au titre du complément de l'indemnité de licenciement, 3.708 euros au titre du complément de l'indemnité compensatrice de préavis, 1.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et débouté le salarié du surplus de ses demandes ;

Vu l'appel interjeté le 27 juin 2017 par M. [W] ;

## Moyens

\* \*

Vu les conclusions notifiées par le réseau privé virtuel des avocats le 22 mars 2019 pour M. [F] [W] afin de voir :

- confirmer le jugement en ce qu'il a reconnu l'existence d'heures supplémentaires non réglées et condamné la société au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- réformer le jugement en toutes ses autres dispositions,
- débouter la société Café du Trocadéro de son appel incident et de l'ensemble de ses demandes,
- dire M. [W] bien fondé dans sa demande de rappel d'heures supplémentaires, et fixer en conséquence le salaire mensuel brut de référence à 7.649,50 euros
- dire le licenciement dénué de cause réelle et sérieuse

- condamner la société Café du Trocadéro à verser les sommes suivantes :

77.0452,64 euros à titre de rappel des heures supplémentaires,

7.745,26 euros au titre des congés payés afférents,

8.413,70 euros à titre de reliquat sur l'indemnité compensatrice de préavis,

841,40 euros au titre des congés payés afférents,

24.814,68 euros à titre de reliquat sur l'indemnité spéciale de licenciement,

45.897 euros à titre d'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé,

5.000 euros à titre de dommages et intérêts pour violation des durées maximales du travail,

137.690 euros à titre d'indemnité sur le fondement de l'article L.1226-15 du code du travail, et subsidiairement à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

5.000 euros à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral,

- dire que ces condamnations porteront intérêts aux taux légaux à compter de la réception de la convocation en bureau de conciliation,

- ordonner la société Café du Trocadéro ) remettre des documents sociaux conformes bulletins de salaires, certificat de travail, attestation Pôle emploi,

- condamner la société Café du Trocadéro au paiement de la somme de 3.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel, ainsi qu'aux entiers dépens.

\* \*

Vu les conclusions notifiées par le réseau privé virtuel des avocats le 1er avril 2019 pour la société Café du Trocadéro afin de voir, au visa des articles L. 1226-15, L. 3244-1 et 2, L. 8221-5, L. 1152-1 et L. 1235-3 du code du travail :

- déclarer recevable mais mal fondé M. [W] en son appel,

- réformer le jugement,

- débouter M. [W] de sa demande afférente aux heures supplémentaires et aux congés payés y afférents,

- réduire, subsidiairement, le paiement d'heures supplémentaires et aux congés payés y afférents et dans les plus larges proportions et en tout état de cause dire que les condamnations afférentes aux heures supplémentaires ne pourront pas excéder 17.432,05 euros et au titre des congés payés y afférents, 1.742,20 euros,
- débouter M. [W] de sa demande au titre du reliquat sur l'indemnité compensatrice de préavis, des congés payés y afférents et du reliquat sur indemnité spéciale de licenciement,
- débouter M. [W] de toutes ses demandes au titre des frais irrépétibles,
- condamner M. [W] aux entiers dépens.

## Motivation

SUR CE,

Pour un exposé complet des faits et de la procédure, la cour renvoie expressément au jugement déféré et aux écritures des parties ainsi que cela est prescrit à l'article 455 du code de procédure civile.

Il sera succinctement rapporté que par contrat du 31 octobre 2002, M. [W] a été engagé par la brasserie Café du Trocadéro en qualité de chef de rang, à temps plein, échelon 1, niveau II et a perçu de juin à août 2014 avant les arrêts et la maladie professionnelle un salaire moyen de 4.193,24 euros bruts pour un service assuré du mercredi au dimanche sans interruption, la convention collective des hôtels, cafés, restaurants étant applicable aux parties et la société Café du Trocadéro employant 37 salariés.

Alors qu'il était âgé de 59 ans, M. [W] a été placé en arrêt maladie à compter du 29 septembre 2014, à la suite d'un diagnostic d'une lombosciatique sur hernie discale puis à l'issue de la première visite médicale de reprise du 27 novembre 2014, il a été déclaré temporairement inapte avant que le médecin du travail ne déclare lors de la seconde visite le 22 janvier 2015 l'inaptitude définitive de M. [W] au poste avec possibilité d'occuper un poste assis ou assis-debout. M. [W] a été convoqué à un entretien préalable à son éventuel licenciement qui s'est tenu le 18 février 2015, puis la société Café du Trocadéro lui a notifié le 21 février 2015 son licenciement pour inaptitude d'origine professionnelle et impossibilité de reclassement.

### 1. Sur les heures supplémentaires d'août 2011 à août 2014

Aux termes de ses conclusions, l'employeur conteste le jugement qui a arrêté le montant du rappel des heures supplémentaires à 20.202,34 euros outre les congés payés afférents et conteste M. [W] qui prétend voir fixer à

77.0452,64 euros outre les congés payés afférents.

Au demeurant et en premier lieu, il ne se déduit pas des dispositions de l'article L. 3244-1 du code du travail invoquées par l'employeur que les pourboires versés au salarié se substituent aux heures supplémentaires effectuées par le salarié régies par l'avenant de la convention collective n° 2 du 5 février 2007 relatif à l'aménagement du temps de travail et stipulant en son article 5.2. que 'la rémunération tirée du pourcentage service calculé sur le chiffre d'affaires est réputée rémunérer l'intégralité des heures de travail. Toutefois, l'entreprise devra ajouter au pourcentage service le paiement des majorations prévues à l'article 4 du présent avenant au titre des heures supplémentaires exécutées. La rémunération du salarié payé au pourcentage service ainsi composée devra être au moins égale au salaire minimal de référence dû en application de la grille de salaire et en raison de la durée de travail effectuée, augmenté des majorations afférentes aux heures supplémentaires'.

En second lieu, au soutien de la preuve des heures supplémentaires qu'il revendique avoir exécutées, M. [W] met aux débats les 1400 tickets de caisse qu'il a quotidiennement édités avec son badge du 10 août 2011 au 31 août 2014 et mentionnant les heures auxquelles il terminait son service ainsi que l'attestation du chauffeur de bus déclarant de M. [W] qu'il 'était passager sur ma ligne Noctilien N33 au départ de la Gare de [Localité 1] destination [Localité 2] aux horaires suivants : 1h30 ou 2h30 du matin pour arriver à [Localité 3] vers 2h15 ou 3h15 du matin. Cela plusieurs fois par semaine et depuis plusieurs années jusqu'à fin septembre 2014'. Sur la base de ces horaires, M. [W] établit un tableau récapitulatif des majorations des rémunérations d'après les taux de majoration fixés à l'article 4 de l'avenant de la convention collective précité.

Pour contester ce dénombrement et soutenir que M. [W] n'accomplissait aucune heure supplémentaire au delà de la trente-cinquième heure, l'employeur relève que le salarié n'a jamais revendiqué ces heures et sur les pièces produites, relève d'autre part des erreurs sur des heures relevées sur trois tickets, relevant que des tickets étaient complétés d'annotations écrites du salarié ou que certains n'étaient pas lisibles Il soutient d'autre part que tous les dénombrements des heures supplémentaires ont été falsifiés de la semaine 32 à 42 ainsi que pour toute la période postérieure.

De telles affirmations ou dénégations ponctuelles sont particulièrement insuffisantes pour renverser la charge de la preuve que supporte l'employeur d'établir l'horaire effectif de travail du salarié, l'employeur manquant en outre à l'obligation qu'il tient de l'article 5.1 de l'avenant précité d'[enregistrer] sur un registre ou tout autre document l'horaire nominatif et individuel de chaque salarié ainsi que les périodes de travail qu'il a réellement effectuées pour chacun des jours où il n'est pas fait une stricte application de celui-ci. Ce document est émargé par le salarié au moins une fois par semaine et tenu à la disposition de l'inspecteur du travail.'

Il convient par conséquent d'infirmier le jugement en ce qu'il a limité le rappel de des heures supplémentaire et de condamner l'employeur à verser la somme de 77.0452,64 euros outre 7.745,26 euros au titre des congés payés afférents.

2. Sur le salaire de référence pour la détermination de l'indemnité de licenciement et l'indemnité compensatrice de préavis

En suite de la majoration de salaire qui résulte des heures supplémentaires retenues au point 1 ci-dessus, M. [W] est bien fondé à voir fixer son salaire mensuel moyen à la somme de 7649,50 euros bruts.

L'indemnité compensatrice de préavis de deux mois due par l'employeur sera en conséquence fixée à 15.299 euros outre 1.529,90 euros au titre des congés afférents et l'indemnité légale de licenciement due sur la base de l'ancienneté acquise depuis le 31 octobre 2002 sera fixée à 43.134,68 euros.

### 3. Sur l'indemnité de travail dissimulé et les dommages et intérêts pour violation des durées maximales du travail

Pour voir rejeter la demande d'indemnité au titre du travail dissimulé, l'employeur soutient avoir de bonne foi justement rémunéré M. [W] en fonction d'un pourcentage du chiffre d'affaires en application de l'article 5.2 de l'avenant n° 2 de la convention collective et que le seul défaut de mention de l'intégralité des heures de travail sur le bulletin de paie ne permet pas déduire preuve de la dissimulation intentionnelle de l'employeur.

Toutefois, l'avenant relatif aux heures supplémentaires des salariés rémunérés au pourcentage service est ancien et ne souffre pas d'une interprétation particulière, et alors ainsi que cela est relevé au point 1 ci-dessus, que l'employeur est totalement défaillant dans la tenue de son registre ou de tout autre document sur l'horaire nominatif du salarié, ne démentant par ailleurs pas M. [W] en ce qu'il devait signer des fiches hebdomadaires de temps de présence pré-remplies sans possibilité d'ajustement aux horaires réellement accomplis, l'intention de la dissimulation est acquise et l'employeur sera condamné à verser l'indemnité pour travail dissimulé de six mois pour la somme de 43.134,68 euros.

En revanche, M. [W] n'établit pas la preuve du préjudice distinct qui est résulté du manquement de l'employeur à la rémunération des heures supplémentaires, de sorte que le jugement sera confirmé en ce qu'il a écarté la demande de dommages et intérêts de ce chef.

### 3. Sur le bien fondé du licenciement

L'employeur tient des articles L. 4121-1, L. 4121-2 et L. 4121-3 du code du travail l'obligation de prendre des mesures de nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés.

Pour voir confirmer le jugement qui a dit bien fondé le licenciement de M. [W] après avoir écarté tout manquement de la société Café Trocadéro à son obligation de sécurité de résultat, l'employeur retient que l'origine professionnelle de l'inaptitude du salarié n'est pas de nature à caractériser par elle-même le manquement, que M. [W] a occupé avant son emploi à la brasserie d'autres emplois notamment de caviste et de poissonnier qui ont aussi bien pu être à l'origine de sa maladie professionnelle, affirmant que le salarié a régulièrement été employé comme 'extra' en plus de son activité dans la brasserie. Enfin au titre des mesures de prévention, l'employeur se prévaut de ce que M. [W] a passé trois visites en 2014 auprès du médecin du travail, que l'entreprise est dotée d'un registre de sécurité ainsi que d'un document 'hygiène / HACCP' mis à jour chaque année par un consultant, que dans la cuisine et à l'office est installée pour chaque rang une desserte ou un repose plateau, que les plateaux sont en plastique et de petit diamètre d'un poids d'un kilogramme, que

le sol de la brasserie est recouvert de linoléum pour circuler entre les rangs sans trop de fatigue, que les chaises intérieures de la brasserie ont été choisies pour qu'elles puissent être glissées et non soulevées., que les tables et les chaises de la terrasse sont légères.

Néanmoins, si M. [W] est passé devant le médecin du travail pour constater l'origine professionnelle de son inaptitude, il est constant qu'il n'a pas vu le médecin du travail entre avril 2010 et mars 2013, en contravention pour l'employeur à son obligation de provoquer une visite tous les vingt-quatre mois. Il est encore constant que le salarié n'a reçu aucune formation pendant toute la durée de son emploi dans l'entreprise. Enfin, l'origine professionnelle de l'inaptitude de M. [W] est définitivement acquise par la prise en charge de sa maladie professionnelle par l'assurance maladie du Val-de-Marne qui a notifié au salarié le 24 mars 2015 'il ressort que votre maladie Sciatique par hernie discale inscrite au tableau n° 98 - affection chronique du rachis lombaire provoquée par la manutention manuelle de charges lourdes - est d'origine professionnelle'. Cette maladie professionnelle est en relation directe avec les conditions de travail de M. [W] associées aux dépassements des horaires légaux de travail relevés au point 1. de l'arrêt, et ceci, alors que non seulement l'employeur n'a pas pris de mesures propres à empêcher ces dépassements, mais qu'il les a encouragés y compris par dissimulation, ce qui caractérise le manquement de la société Café Trocadéro à son obligation de sécurité de résultat, de sorte qu'il s'en déduit que le licenciement de M. [W] était dépourvu de cause réelle et sérieuse. Le jugement sera infirmé de ce chef.

Pour prétendre fixer à 137.690 euros le montant des dommages et intérêts au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse, M. [W] se prévaut au jour de la rupture de son âge, 59 ans, et de son ancienneté dans l'entreprise, 12 ans, de la période de chômage sans discontinuer qu'il a connue à compter de la rupture puis de l'aide au retour à l'emploi qu'il a perçue jusqu'au terme en novembre 2017, de la perte de 26 trimestres de cotisations à la retraite dont il a été privé pour espérer une pension à taux plein ainsi que des difficultés financières auxquelles il a été confronté avec son épouse pour le remboursement d'un prêt immobilier de 795 euros en cours jusqu'en février 2022.

Sur la base de ces éléments, il convient de fixer à 100.000 euros, le montant de l'indemnité propre à réparer les conséquences du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur délivrera les documents au salarié suivant les modalités décidées ci-dessous.

Enfin, en application de l'article L. 1235-4, alinéa 2, du code du travail, l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement justifie que soit ordonné d'office à l'employeur le remboursement à Pôle emploi des indemnités que cet organisme a versées à M. [W] dans la limite de 6 mois.

#### 4. Sur la demande de dommages et intérêts au titre du harcèlement moral

Aux termes des dispositions de l'article L 1152-1 du code du travail, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir

professionnel.

L'article L. 1154-1 du code du travail, dans sa version en vigueur au moment du litige, fait supporter au salarié la preuve de la matérialité de faits précis et répétés qui permettent, pris dans leur ensemble, de présumer l'existence d'un harcèlement moral. Dans l'affirmative, il incombe à l'employeur la preuve que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Pour voir infirmer le jugement qui a écarté sa demande de dommages et intérêts du chef de harcèlement moral dont il soutient avoir été l'objet, M. [W] se prévaut des insomnies et des troubles de l'anxiété qu'il a connus à compter de 2009 ainsi que l'atteste son médecin traitant, ces troubles l'ayant conduit à envisager sa démission avant d'être hospitalisé, troubles qui ont persisté en 2014, qui ont donné lieu à des arrêts de travail et qui ont motivé M. [W] à adresser au gérant de la brasserie ainsi qu'à l'inspection du travail une lettre dans laquelle il dénonçait : 'Je n'ai pas demandé à être malade ainsi que tous les ennuis que cela comporte. Je suis obligé de remplir des formulaires de la sécurité sociale. Pour cela le restaurant doit me fournir des documents pour compléter mon dossier. Cela dérange au point de me faire traiter de « connard » par Monsieur [N], directeur d'exploitation de votre établissement. Communication téléphonique du 3.12.2014 à 16h). Pendant plusieurs années Monsieur [E] [N] m'a poussé à démissionner. Terrible épreuve et non sans laisser de traces, je vous passe les détails de ses méthodes. Et là, même malade, il continue !!! Son attitude tout à fait indigne et immature mérite que soyez informé de cette situation honteuse et irresponsable.'

Toutefois, les avis au certificats médicaux ainsi que les dernières déclarations de M. [W] ne sont pas de nature à établir la matérialité de faits faisant présumer la dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, de sorte que le jugement sera confirmé de ce chef.

#### 5. Sur les frais irrépétibles et les dépens

L'employeur succombant à l'action, il convient de confirmer le jugement en ce qu'il a statué sur les frais irrépétibles et les dépens. En cause d'appel, il convient de le condamner aussi à supporter les dépens et de le condamner à verser à la salariée la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

## Dispositif

PAR CES MOTIFS,

La cour,

Confirme le jugement en ce qu'il a débouté M. [F] [W] de ses demandes de dommages et intérêts des chefs du dépassement de la durée du travail et de harcèlement moral et condamné la société Café du Trocadéro à payer des frais irrépétibles et aux dépens,

L'infirmes pour le surplus et statuant à nouveau,

Fixe le salaire mensuel de M. [F] [W] à 7.649,50 euros bruts ;

Condamne la société Café du Trocadéro à payer à M. [F] [W] :

77.0452,64 euros au titre de rappel des heures supplémentaires ,

7.745,26 euros au titre des congés payés afférents,

43.134,68 euros d'indemnité au titre de la dissimulation de l'emploi,

Condamne la société Café du Trocadéro à payer à M. [F] [W], en deniers ou quittance avec les sommes versées en application du jugement :

15.299 euros au titre de l'indemnité de préavis,

1.529,90 euros au titre des congés afférents,

43.134,68 euros au titre de l'indemnité légale de licenciement,

Dit dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement de M. [F] [W] le 21 février 2015 par la société Café du Trocadéro ;

Condamne la société Café du Trocadéro à payer à M. [F] [W] 100.000 euros de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Ordonne à la société Café du Trocadéro la remise à M. [F] [W] d'un certificat de travail, d'une attestation Pôle emploi et d'un bulletin de salaire conformes à l'arrêt dans le délai de deux mois après le 2 juillet 2019 ;

Ordonne à la société Café du Trocadéro le remboursement à Pôle Emploi des indemnités chômage perçues par M. [F] [W] dans la limite de six mois ;

Ajoutant au jugement,

Condamne la société Café du Trocadéro aux dépens y compris pour l'exécution de l'arrêt ;

Condamne la société Café du Trocadéro verser à M. [W] la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure ;

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

## **Décision de la Cour de cassation**

Cour de cassation Chambre sociale 20 janvier 2021

**[VOIR LA DÉCISION](#)**

## **Les dates clés**

- [Cour de cassation Chambre sociale 20-01-2021](#)
- [Cour d'appel de Paris L2 02-07-2019](#)