

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 3

ARRÊT DU 13 Mars 2018

(n° , 9 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : S 14/09919

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 05 Juin 2014 par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de PARIS RG n° 13/03972

APPELANT

Monsieur [E] [K]

[Adresse 1]

[Adresse 1]

né le [Date naissance 1] 1958 à [Localité 1]

représenté par Me Yann BOURHIS, avocat au barreau de BEAUVAIS

substitué par Me Amélie MARTINEZ, avocat au barreau de BEAUVAIS

INTIMEE

Société DG URBANS EXERCANT A L'ENSEIGNE VILLA BELLAGIO

[Adresse 2]

[Adresse 2]

représentée par Me Laurent RIQUELME, avocat au barreau de PARIS, toque : D0295

#### COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 945-1 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 23 Janvier 2018, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Laurence SINQUIN, Conseillère, chargée du rapport.

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

Monsieur Daniel FONTANAUD, Président de Chambre

Madame Roselyne NEMOZ, Conseillère

Madame Laurence SINQUIN, Conseillère

Greffier : Mme Sylvie FARHI, lors des débats

#### ARRET :

- contradictoire

- prononcé par mis à disposition 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 Daniel FONTANAUD, Président de Chambre et par Madame Sylvie FARHI, Greffier, auquel la minute

de la décision a été remise par le magistrat signataire.

## EXPOSÉ DU LITIGE

Monsieur [E] [K] a été engagé à compter du 12 avril 2011, en qualité de Chef de cuisine par la société Bussy Saint Georges Marne La Vallée. Cette société, liquidée le 13 avril 2012, a cédé son fond à la société DG RESIDENCES, reprise par la société DG URBANS à compter du 10 mai 2012. Le contrat de travail de Monsieur [K] a été transféré à compter du 29 avril 2012 à cette dernière.

Monsieur [K] a été affecté initialement à l'hôtel [Établissement 1] (et ultérieurement sur la période du 17 juin au 17 juillet 2014 et du 1er au 8 mars 2017), puis à la pizzeria Gusti à [Localité 2] dans le 10e arrondissement.

Monsieur [K] a été en arrêt de travail à compter du 26 mai 2012 jusqu'au 29 mai 2013 et après des congés sans solde, a repris le travail le 16 juillet 2013.

Plusieurs avenants au contrat de travail sont intervenus à partir d'avril 2014, pour une affectation du salarié au profit de la société Normandie Country Club, avec un lieu de travail à [Localité 3] du 28 avril au 31 mai 2014 puis du 8 août 2014 au mois de mai 2015.

Du 17 juin 2015 au 30 novembre 2016, il a travaillé au Château [Établissement 2].

À compter du 20 mars 2017, il a été muté à l'hôtel [Établissement 3] jusqu'au 28 avril 2017.

Il a saisi le conseil de prud'hommes de [Localité 2], le 2 avril 2013, d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail.

Par jugement du 5 juin 2014, le conseil de prud'hommes de [Localité 2] a débouté Monsieur [K] de l'ensemble de ses demandes et la société DG URBANS de sa demande reconventionnelle sur le fondement de l'article 700 du code de

procédure civile.

Monsieur [E] [K] a relevé appel de cette décision.

Par conclusions visées au greffe le 23 janvier 2018, au soutien de ses observations orales auxquelles il est expressément fait référence en ce qui concerne ses moyens, Monsieur [K] demande à la Cour l'infirmerie du jugement.

Il estime que sa convention de forfait en jours est nulle ou inopposable et demande en conséquence le paiement de :

' 111'884,63 euros d'heures supplémentaires de juillet 2013 au 31 décembre 2017 et les congés payés afférents,

' 5000 euros à titre de dommages-intérêts pour non-respect des durées maximales journalières et hebdomadaires de travail,

' 84'747,25 euros à titre de dommages-intérêts pour absence de repos compensateur de juillet 2013 à décembre 2016 et les congés payés afférents,

' 342,99 euros de rappel d'heures de nuit pour les années 2013 à 2017 et les congés payés afférents,

' 26'825,64 euros de dommages-intérêts pour travail dissimulé.

Monsieur [K] sollicite en outre la résiliation judiciaire de son contrat de travail et réclame en conséquence :

' 5280 4,65 euros d'indemnité de licenciement,

' 13'412,82 euros d'indemnité compensatrice de préavis et les congés payés afférents,

' 50'000 euros à titre de dommages-intérêts pour rupture abusive,

' 1000 euros à titre de dommages-intérêts pour absence de visite médicale de reprise,

' 500 euros à titre de dommages-intérêts pour les astreintes effectuées les 18, 19 et 20 mai 2012.

Il sollicite enfin, la remise des documents sociaux conformes la rectification de ses bulletins de salaire des années de 2012 à 2017, 160 avantages en nature « nourriture » supplémentaires, la condamnation de la société à 5000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Par conclusions visées au greffe le 23 janvier 2018, au soutien de ses observations orales auxquelles il est expressément fait référence en ce qui concerne les moyens, la société DG URBANS demande à titre liminaire, le rejet de la pièce 82. Elle sollicite la confirmation du jugement, le rejet de l'intégralité des demandes de Monsieur [K], sa condamnation à la

somme de 5000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Pour plus ample exposé des faits de la procédure et des prétentions des parties, la Cour se réfère à leurs conclusions visées par le greffier et développées lors de l'audience.

## MOTIFS

Sur la validité de la convention de forfait en jours.

Une convention de forfait en jours pour être valable doit être prévue par un accord collectif de branche étendu ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement lequel doit définir les catégories de cadres concernés, fixer le volume des forfaits (nombre normal, dépassements maximum), les principales caractéristiques du forfait. Ces stipulations doivent assurer la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos journaliers et hebdomadaires. Le juge doit vérifier, au besoin d'office, si les accords de branche et/ou d'entreprise offrent les garanties exigées, l'un pouvant suppléer la carence de l'autre.

Si l'accord collectif est invalidé, il entraîne la nullité de la convention individuelle de forfait en jours.

Si l'employeur ne respecte pas les clauses précisément destinées à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours, la convention individuelle de forfait en jours est privée d'effet.

L'article 7 du contrat de travail de Monsieur [K] mentionne : « ... Le salarié sera rémunéré sur la base de 218 jours de travail dans l'année en contrepartie de la mission qui lui est confiée.

Le salarié, soumis à un forfait annuel en jour de travail, organisera selon sa convenance son travail dans le cadre de ce forfait annuel, sous réserve de respecter les les règles relatives au repos quotidien et au repos hebdomadaire.

Les jours de repos seront pris en concertation avec la direction. Le salarié établira un décompte précis des jours travaillés, des jours de repos et de congés. Le salarié aura droit à deux jours de repos consécutifs ou non par semaine.' »

Dans le cadre des avenants intervenus à partir de 2014, l'organisation du temps de travail du salarié a été reprise à l'identique.

La convention collective applicable est celle des hôtels, cafés, restaurants accompagné de son avenant numéro 1 du 13 juillet 2004 relative à la durée, l'aménagement du temps de travail, aux congés payés, au travail de nuit et à la prévoyance.

L'article 13. 2 de cet avenant qui organise la convention individuelle de forfait en jours sur l'année a été invalidé par la Cour de Cassation dans un arrêt du 7 juillet 2015, en raison des garanties insuffisantes qu'il comportait sur la répartition du temps de travail des salariés.

Ainsi, la convention de forfait en jours de Monsieur [K] doit nécessairement être annulée par l'effet de l'invalidation par la Cour de Cassation des accords collectifs sur lesquels elle se fonde.

Un nouvel accord a été trouvé par les partenaires sociaux, le 16 décembre 2014, et un avenant numéro 22 a été signé, mais ces conventions n'ont été étendues que le 29 février 2016 et ne sont applicables qu'à compter du 1er avril 2016.

La société ne peut se prévaloir de ces nouvelles dispositions dès lors que la convention de forfait en jours de Monsieur [K] avait été précédemment annulée. Il lui appartenait de soumettre au salarié une nouvelle convention de forfait, conforme aux nouveaux accords.

En conséquence de la nullité de la convention de forfait en jours, la demande relative aux heures supplémentaires est recevable.

Sur la demande d'heures supplémentaires

La société demande le rejet d'une pièce numéro 82, constituée par un échange de mails du 30 juin 2015 qui reproduit des propos intervenus entre Monsieur [L] [C], assistant de direction et Madame [V], responsable des ressources humaines.

Rien dans ces pièces ne démontre que Monsieur [K] ait obtenu ces documents frauduleusement ou que le membre de la direction qui les lui a transmis en copie, ait commis une irrégularité ou un abus dans le cadre de l'exécution de ses fonctions.

Le salarié qui a été normalement destinataire de ces documents dans le cadre de ses fonctions, est en droit de les produire à l'appui de ses demandes dans le cadre du contentieux qui l'oppose à son employeur.

Il convient en conséquence, de rejeter la demande consistant à écarter des débats cette pièce 82.

Aux termes de l'article L 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ;

Le juge forme sa conviction au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Ainsi, si la preuve des horaires de travail effectués n'incombe ainsi spécialement à aucune des parties et si l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande.

Il convient d'emblée de rejeter le moyen tiré de la prescription soulevé par la société.

Les principes relatifs à l'entrée en vigueur de la loi sur la prescription civile résultent de l'article 2222 du Code civil, des dispositions transitoires de l'article 26, de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile et des dispositions transitoires de l'article V, de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 (JO du 16) relative à la sécurisation de l'emploi.

En application de ces dispositions, l'action engagée par Monsieur [K] l'a été dans le délai légal et l'action est recevable, la saisine du conseil de prud'hommes ayant interrompu la prescription.

Quelque soit la date à laquelle la demande d'heures supplémentaires est formée et la demande suit l'action principale et n'est donc pas prescrite.

À l'appui de sa demande d'heures supplémentaires, Monsieur [K] transmet des échanges de mail et les témoignages de plusieurs collègues de travail.

L'échange de mails du 30 juin 2015 démontre clairement que pendant la période de son affectation au restaurant le Château Golf des Sept Tours, le salarié était amené à travailler sans discontinuer et sans que soient respectés les temps de repos hebdomadaires.

Les différents messages adressés à partir du mois de mai 2014 par Monsieur [K] à sa hiérarchie font état de ces

contraintes horaires largement induites par le sous effectif chronique des équipes de cuisine, supposées alléger la tâche d'encadrement de Monsieur [K].

A plusieurs reprises, le salarié a alerté son employeur de ce qu'il effectuait 15 heures par jour, 7 jours sur 7, notamment depuis le 18 avril 2014 sur l'établissement de [Localité 3] puis sur l'été 2015 et ensuite en 2016, sur restaurant le Château Golf des Sept Tours.

Ces messages sont corroborés par les attestations de Messieurs [X], [N], [R] et Mesdames [A] et [Z].

S'agissant de ces attestations, il convient de rappeler que les dispositions de l'article 202 du code de procédure civile ne sont pas prescrites à peine de nullité et les attestations litigieuses, régulièrement communiquées, dont l'auteur est clairement identifiable, ne comportent aucun indice de nature à mettre en doute leur authenticité. Il n'y a pas lieu de les écarter.

Pour contester la demande d'heures supplémentaires, l'employeur transmet des tableaux de relevés mensuels depuis 2013 qui n'apportent pas d'éclairage sur le temps de travail quotidien ou hebdomadaire du salarié.

Pour 2013 et début 2014, il produit les plannings du restaurant Villa Bellagio qui attestent simplement des repos hebdomadaires sur cette période.

Avant 2016, aucun contrôle ou relevé horaire n'est communiqué.

L'employeur communique un courrier de novembre 2016 et l'avertissement du 27 avril 2017 où apparaît pour la première fois l'existence de feuilles de présence. Toutefois, la valeur probante des feuilles de présence est contestable dès lors que le salarié, en désaccord avec les horaires inscrits par l'employeur, refusera de les signer.

A compter de décembre 2016, la société a mis en place un système de récupération des heures supplémentaires par l'attribution de congés jusqu'à janvier 2017.

L'ensemble des éléments produits par la société ne permettent pas de contredire les preuves adverses qui démontrent que depuis avril 2014 jusqu'à novembre 2016, le temps de travail du salarié était largement supérieur aux dispositions conventionnelles.

Au vu de ces motifs, des tableaux transmis par le salarié, des calculs opérés à partir d'un taux horaire de 19,75 euros et des observations faites par l'employeur sur les montants sollicités par Monsieur [K], la Cour retient pour la période précitée, un total de 3103 heures supplémentaires correspondants à la somme de 85 317 euros.

Au regard de ces mêmes éléments, il est incontestable que durant cette période, Monsieur [K] a travaillé sans que soit respecté la durée maximale de travail.

Il y a lieu en conséquence, de faire droit à la demande de réparation du salarié en tenant compte néanmoins du fait que le préjudice financier est déjà réparé par le paiement des heures supplémentaires et leur majoration. A défaut d'élément particulier sur le préjudice et au vu des circonstances particulières de l'espèce, il sera limité au préjudice moral et fixé à hauteur de 1000 euros.

Le contingent annuel d'heures supplémentaires fixé par voie conventionnelle est de 360 heures. Il existe pour 2014, 2015 et 2016 un dépassement qui justifie la demande du salarié au titre des repos compensateurs et il lui sera alloué à ce titre, la somme de 39953 euros.

Enfin, Monsieur [K] justifie par plusieurs mails et courriers de la nécessité de faire rectifier ses bulletins de salaire pour y intégrer les termes corrects concernant ses congés, jours de repos.

Sur la demande concernant le travail de nuit

La nature du travail de Monsieur [K], l'attestation de Madame [P] et les planning de cuisine produits par l'employeur pour avril 2017 démontrent qu'une partie des fonctions du salarié s'exerçait de nuit.

Au regard des dispositions de l'article 12.2 de l'avenant numéro 2 du 5 février 2007 et des éléments au débat, il est établi que le salarié a bien effectué au moins 280 heures de travail dans la plage d'horaires de nuit, sur les années civiles retenues au titre des heures supplémentaires.

Il convient dès lors, d'allouer au salarié la somme de 235,05 euros et les congés payés y afférents.

Sur le travail dissimulé

En vertu de l'article L 8221-5 du code du travail, est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :

1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la

déclaration préalable à l'embauche ;

2° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre Ier de la troisième partie ;

3° Soit 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.

Les circonstances particulières de l'espèce et notamment l'existence d'une convention de forfait, le fait que les heures supplémentaires soient nées des difficultés de la société à recruter les équipes de cuisine, permettent d'écarter l'intention frauduleuse de la part de l'employeur dans les déclarations salariales.

La demande formée au titre du travail dissimulé doit être rejetée.

Sur la résiliation judiciaire du contrat de travail

Les manquements de l'employeur susceptibles de justifier la résiliation judiciaire à ses torts doivent être d'une gravité suffisante. La résiliation judiciaire aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Monsieur [K] invoque à l'appui de cette demande le non respect par l'employeur de ses obligations relatives au paiement du salaire, au respect des amplitudes journalières et hebdomadaires de travail, à la mise en place de la prévoyance et enfin le fait d'avoir confié au salarié un poste dévalorisant dans une pizzeria.

Si le salarié ne justifie aucunement des deux derniers griefs qu'il invoque à l'encontre de son employeur, il est à l'inverse bien justifié que malgré de très nombreuses réclamations sur l'organisation et ses conditions de travail depuis 2012, le salarié n'a guère eu de réponse satisfaisante pendant toutes ces années jusqu'en 2017.

L'atteinte aux droits du salarié en ce qui concerne l'organisation de son temps travail, son temps de repos et les conséquences inévitables que cette situation fait peser sur sa vie personnelle constitue un motif suffisamment grave pour justifier de la résiliation judiciaire du contrat de travail.

Il sera donc fait droit à la demande ainsi qu'aux conséquences indemnitaires relatives à l'indemnité de licenciement, l'indemnité compensatrice de préavis les congés payés afférents.

Compte-tenu de l'absence d'heures supplémentaires retenues à compter du mois de décembre 2016, le salaire de référence sera fixe à 4430 euros et au regard d'une ancienneté qui doit être évalué compte-tenu des périodes de suspension du contrat de travail à six ans et sept mois l'indemnité de licenciement devra être fixée à la somme de 5236,26 euros.

Il sera alloué la somme de 13'290 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et celle de 1329 euros au titre des congés payés afférents.

Au vu de l'ensemble des éléments versés aux débats, compte tenu du fait que Monsieur [K] a plus de 6 ans d'ancienneté mais que les causes de la résiliation judiciaire concernent les modalités d'organisation du temps de travail du salarié dont le préjudice financier a déjà été réparé, la Cour dispose des éléments nécessaires et suffisants pour fixer à 26'000 euros le montant de la réparation du préjudice.

Sur la demande relative à l'absence de visite médicale de reprise

Il n'est pas contesté qu'après son arrêt du 26 mai 2012, le salarié a repris son travail le 1er juin 2013 et que la visite médicale de reprise n'a eu lieu que le 17 juillet 2013.

Néanmoins, l'employeur explique que le salarié avait posé un congé sans solde du 1er juillet au 14 juillet 2013.

Le salarié ne peut dès lors soutenir que le dépassement du délai lui a occasionné un préjudice. Il n'en justifie d'ailleurs pas.

La demande sera donc rejetée.

Sur l'avantage 'nourriture'

Monsieur [K] estime que sur les 1512 repas payés, 160 ne lui ont pas été réglés et demande que ses bulletins de salaire sur les années 2012 à 2017 soient rectifiés en ce sens. La demande est contestée par la société.

La demande sera rejetée dans la mesure où Monsieur [K] ne justifie pas d'un manquement de l'employeur sur ce point et ne transmet aucune réclamation écrite formulée à cet égard à sa hiérarchie durant toute la période d'exécution de son

contrat de travail.

Sur l'astreinte des 18, 19 et 20 mai 2012

Monsieur [K] sollicite la somme de 500 euros à titre de rappel de salaire pour l'astreinte effectuée les 18, 19 et 20 mai 2012.

Il ressort d'un courriel en date du 10 juin 2012 adressé à Monsieur [J] que le salarié a travaillé «' les 18 19 et 20 mai non stop c'est-à-dire j'ai effectué les présences en journée et remplacé le veilleur de nuit [Y] qui était de mariage durant tout ce week-end. Je vous ai prévenu et vous m'avez répondu que vous ne comptiez pas vos heures' »

Monsieur [S] corrobore ces déclarations dans son attestation et précise que Monsieur [K] à remplacer [Y] [G], le veilleur de nuit, absent pour mariage, « le restaurant et l'hôtel étant fermés, il fallait un gardien ».

La société transmet les bulletins de paie de plusieurs salariés mais ces éléments ne démontrent par leur présence durant la période litigieuse.

Néanmoins, eu égard au fait que la fermeture de l'établissement n'est pas contesté, il convient de minorer la demande du salarié qui évalue son temps de présence à 17 heures par jour et il sera fait droit à la demande à hauteur de 300 euros.

PAR CES MOTIFS

INFIRME le jugement ;

Et statuant à nouveau sur les chefs infirmés:

CONSTATE la nullité de la convention de forfait en jours prévu au contrat de travail de Monsieur [K] ;

PRONONCE la résiliation judiciaire du contrat de travail de Monsieur [K] à compter de la date du présent arrêt ;

CONDAMNE la société DG URBANS à payer à Monsieur [K] la somme de :

- 26'000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- 13'290 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et celle de 1329 euros au titre des congés payés afférents ;
- 5236,26 euros à titre d'indemnité de licenciement ;
- 300 euros à titre de rappel de salaire pour les astreinte des 18,19 et 20 mai 2013 ;
- 85 317 euros à titre d' heures supplémentaires pour la période d'avril 2014 jusqu'à novembre 2016 et 8531,70 euros au titre des congés payés afférents aux heures supplémentaires ;
- 235,05 euros au titre du travail de nuit et 23,50 euros au titre des congés payés y afférents ;
- 39953 euros au titre des repos compensateurs et 3995,30 euros au titre des congés payés y afférents ;
- 1000 euros à titre de dommages-intérêts pour non respect par l'employeur des durées journalières et hebdomadaires de travail ;

Y ajoutant ;

ORDONNE la remise par la société DG URBANS à Monsieur [K] des documents sociaux rectifiés conformes au présent arrêt ;

VU l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNE la société DG URBANS à payer à Monsieur [K] en cause d'appel la somme de 1500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

DEBOUTE les parties du surplus des demandes ;

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

LE GREFFIER LE PRESIDENT