

SOC.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 30 juin 2021

Rejet

M. CATHALA, président

Arrêt n° 861 FS-B

Pourvoi n° K 18-23.932

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 30 JUIN 2021

La société Polyclinique Saint François-Saint Antoine, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 1], a formé le pourvoi n° K 18-23.932 contre l'arrêt rendu le 4 septembre 2018 par la cour d'appel de Riom (4e chambre civile, sociale), dans le litige l'opposant :

1°/ à M. [U] [J], domicilié [Adresse 2],

2°/ à Pôle emploi Auvergne, dont le siège est [Adresse 3],

défendeurs à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les cinq moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Flores, conseiller, les observations de la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat de la société Polyclinique Saint François-Saint Antoine, de la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat de M. [J], et l'avis de Mme Molina,

avocat général référendaire, après débats en l'audience publique du 19 mai 2021 où étaient présents M. Cathala, président, M. Flores, conseiller rapporteur, M. Schamber, conseiller doyen, Mme Monge, MM. Sornay, Rouchayrole, Mme Lecaplain-Morel, conseillers, Mmes Ala, Prieur, Thomas-Davost, Techer, conseillers référendaires, Mme Molina, avocat général référendaire, et Mme Pontonnier, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Riom, 4 septembre 2018), M. [J] a été engagé le 21 janvier 2013, par la société Polyclinique Saint François-Saint Antoine, en qualité de directeur des ressources humaines. Le contrat de travail stipulait une convention de forfait en jours. Cette convention individuelle a été réitérée dans un avenant du 20 juillet 2015, après la conclusion, le 23 mai 2014, d'un accord d'entreprise prévoyant le recours à des conventions de forfait en jours.

2. Contestant son licenciement intervenu le 2 décembre 2015, le salarié a, le 27 avril 2016, saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes au titre de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail.

Examen des moyens

Sur les deuxième, troisième, quatrième et cinquième moyens, ci-après annexés

3. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

4. L'employeur fait grief à l'arrêt de rejeter la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action en paiement des heures supplémentaires, de le condamner à payer au salarié des sommes au titre des heures supplémentaires et les congés payés afférents, déduction étant faite de la provision déjà versée, alors « que tendrait-elle incidemment à un rappel de salaire, l'action en contestation d'une convention de forfait jours porte sur l'exécution du contrat de travail, de sorte qu'elle doit être engagée dans un délai de deux ans ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir que, se rapportant à l'exécution du contrat de travail, l'action en déclaration d'inopposabilité de la clause de forfait en jours contenue dans le contrat du salarié était prescrite puisqu'engagée le 27 avril 2016, plus de deux ans après la signature du contrat, le 21 janvier 2013, l'intéressé ayant, dès cette date, connaissance des faits lui permettant de l'exercer compte tenu de ses fonctions de directeur des ressources humaines ; que le conseil de prud'hommes avait lui-même constaté que la prescription était acquise ; qu'en jugeant le contraire, au prétexte inopérant que la nullité de la clause incriminée n'était pas réclamée par le salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 1471-1 du code du travail dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et l'article L. 3245-1 de ce même code. »

Réponse de la Cour

5. La durée de la prescription étant déterminée par la nature de la créance invoquée, l'action en paiement d'un rappel de salaire fondée sur l'invalidité d'une convention de forfait en jours est soumise à la prescription triennale prévue par l'article L. 3245-1 du code du travail.

6. Après avoir retenu que la convention de forfait en jours était inopposable au salarié, la cour d'appel, qui a constaté que ce dernier sollicitait un rappel d'heures supplémentaires exécutées en 2013, 2014, 2015 et durant les trois années

précédant la saisine du conseil de prud'hommes, a exactement décidé que la demande n'était pas prescrite.

7. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Polyclinique Saint François-Saint Antoine aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Polyclinique Saint François-Saint Antoine et la condamne à payer à M. [J] la somme de 3 000 euros ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat aux Conseils, pour la société Polyclinique Saint François-Saint Antoine.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action en paiement des heures supplémentaires, d'AVOIR condamné la société Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à payer à M. [J] les sommes de 28 032, 38 euros au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents, déduction étant faite de la provision de 50 000 euros déjà versée, d'AVOIR condamné la société Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à lui payer la somme de 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, d'AVOIR débouté l'employeur de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile et d'AVOIR condamné la Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à supporter les dépens d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « - Sur la demande au titre des heures supplémentaires :

-Sur l'opposabilité de la clause de forfait en jours et le moyen tiré de la prescription de l'action :

La SAS Polyclinique oppose à la demande formulée par M. [J] au titre des heures supplémentaires la prescription biennale prévue par l'article L. 1471-1 du code du travail, considérant qu'en se prévalant de la nullité de la convention de forfait en jours, celui-ci formule une demande relative à l'exécution du contrat travail, et soutient qu'en toute hypothèse elle pouvait valablement, à défaut d'accord d'entreprise prévoyant le recours au forfait en jours, conclure une convention de forfait en application de la convention collective nationale de l'hospitalisation privée à but lucratif du 18 avril 2002. Il sera observé en premier lieu que M. [J] ne demande pas à la cour de prononcer la nullité de la convention individuelle de forfait en jours intégrée à son contrat de travail, mais sollicite un rappel de salaire sur heures supplémentaires en concluant à l'inopposabilité de cette convention, conclue alors que la société n'était pas dotée d'un accord d'entreprise. Il résulte des dispositions de l'article R. 3121-39 du code du travail qu'une convention collective ou un accord collectif peut prévoir la conclusion d'une convention de forfait en jours.

En l'espèce, l'article 7-3 de l'accord national du 27 janvier 2000 relatif à la réduction du temps de travail, applicable dans la branche de l'hospitalisation privée dispose :

« 7.3. Autres cadres Les cadres non soumis à l'horaire collectif et n'ayant pas la qualité de cadre dirigeant au sens de l'article L. 212-15-1 du code du travail bénéficient d'une réduction effective de leur temps de travail. Ils bénéficient des dispositions légales sur le repos quotidien et hebdomadaire.

L'ampleur de cette réduction du temps de travail sera déterminée par accord d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut après concertation avec les cadres concernés. En tout état de cause, cette réduction devra aboutir à accorder au moins 15 jours ouvrés de repos pris dans les conditions des dispositions de l'article 4.3, chapitre II, du présent accord. Ces dispositions ne font pas obstacle à la conclusion de conventions de forfait annuelles en heures ou en journées par accord d'entreprise ou d'établissement.

Indépendamment des dispositions résultant de l'application de l'article L. 212-15-3, l'accord d'entreprise ou d'établissement qui définira le forfait en heures ou en journées ne devra pas stipuler une durée annuelle supérieure à 1 700 heures, ou à 212 jours effectivement travaillés par an, sans que la durée hebdomadaire de présence n'excède 48 heures, dans cette hypothèse, ou à 205 jours effectivement travaillés par an (1).

L'accord d'entreprise mettant en oeuvre une convention de forfait en jours devra également préciser :

1° Les modalités de décompte des journées et demi-journées travaillées et de prise des journées ou demi-journées de repos ;

2° Les conditions de contrôle de son application, ainsi que les modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte. »

Il résulte de ces dispositions que l'accord national renvoie à des accords d'entreprise ou d'établissement pour la mise en place de conventions de forfait en jours.

Or, en l'espèce un accord d'entreprise n'a été conclu au sein de la SAS Polyclinique Saint-François que le 23 mai 2014, de sorte que la convention de forfait en jours insérée au contrat de travail du 21 janvier 2013, en l'absence d'accord collectif préalable, est nécessairement inopposable à M. [J], sans que puisse être accueilli le moyen tiré de la prescription de l'action en nullité de la clause incriminée, alors que le prononcé d'une telle nullité n'est pas réclamé.

Le salarié est ainsi fondé à solliciter, jusqu'au 1er juillet 2015, date d'effet de l'avenant au contrat de travail du 20 juillet 2015 ayant réitéré la convention individuelle de forfait en jours, dont la régularité n'est pas en elle-même contestée, la rémunération de son temps de travail sur la base de la durée légale du travail, et à formuler une demande au titre des heures supplémentaires, dans les limites de la prescription applicable en matière de créances salariales prévue par l'article L. 3245-1 du code du travail, et qui en l'espèce n'était pas acquise à la date de la saisine du conseil de prud'hommes.

Pour conclure à l'inopposabilité de la convention de forfait en jours pour la période postérieure au 1er juillet 2015, M. [J] se prévaut de l'absence d'organisation de l'entretien annuel portant notamment sur la charge de travail du salarié, prévu par l'article L. 3121-46 code du travail.

Cette argumentation ne résiste toutefois pas à l'analyse alors que M. [J] a été licencié le 2 décembre 2015, et que l'employeur disposait d'un délai d'un an à compter de la signature de l'avenant du mois de juillet 2015 pour organiser l'entretien annuel prévu par les dispositions légales.

Il résulte de ces explications que M. [J] est fondé à réclamer un rappel de salaire au titre des heures supplémentaires éventuellement réalisées pour les années 2013 et 2014, et seulement jusqu'au 30 juin au titre de l'année 2015.

(?) - Sur les dépens et les frais irrépétibles :

La polyclinique Saint-François Saint-Antoine devra supporter les entiers dépens d'appel ce qui exclut qu'elle puisse bénéficier des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Il serait en revanche inéquitable de laisser M. [J] supporter l'intégralité des frais qu'il a dû exposer pour faire assurer la défense de ses intérêts. La SAS Polyclinique Saint-François Saint-Antoine sera condamnée à lui payer une indemnité de 1500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais exposés en cause d'appel » ;

ALORS QUE tendrait-elle incidemment à un rappel de salaire, l'action en contestation d'une convention de forfait jours porte sur l'exécution du contrat de travail, de sorte qu'elle doit être engagée dans un délai de deux ans ; qu'en l'espèce, la société Polyclinique Saint-François ? Saint-Antoine faisait valoir que, se rapportant à l'exécution du contrat de travail, l'action en déclaration d'inopposabilité de la clause de forfait en jours contenue dans le contrat du salarié était prescrite puisqu'engagée (le 27 avril 2016) plus de deux ans après la signature dudit contrat (le 21 janvier 2013), l'intéressé ayant, dès cette date, connaissance des faits lui permettant de l'exercer compte tenu de ses fonctions de Directeur des Ressources Humaines ; que le conseil de prud'hommes avait lui-même constaté que la prescription était acquise ; qu'en jugeant le contraire, au prétexte inopérant que la nullité de la clause incriminée n'était pas réclamée par le salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 1471-1 du code du travail dans sa rédaction à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et l'article L. 3245-1 de ce même code.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à payer à M. [J] les sommes de 28 032, 38 euros au titre des heures supplémentaires et des congés payés afférents, déduction étant faite de la provision de 50 000 euros déjà versée, d'AVOIR condamné la société Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à payer au salarié la somme de 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, d'AVOIR débouté

l'employeur de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile et d'AVOIR condamné la Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à supporter les dépens d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « -Sur la demande en paiement au titre des heures supplémentaires :

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 accomplies, l'employeur fournit au juge des 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. »

S'il résulte de ces dispositions que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge les 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.

En l'espèce, M. [J] sollicite la condamnation de l'employeur à lui verser la somme de 173909,12 euros au titre des heures supplémentaires effectuées de janvier 2013 à novembre 2015.

A l'appui de ses prétentions, il produit ses plannings annuels, le tableau des horaires qu'il dit avoir effectués depuis janvier 2013, jour par jour, mois par mois, établi à partir d'une part des factures détaillées de télépéage pour le voyage aller et le voyage retour entre son domicile à [Localité 1] et le lieu de travail, et qui sont versées aux débats, des courriels adressés dans le cadre de son activité professionnelle en début de journée et en fin de journée pour chaque journée travaillée, un décompte détaillé de l'amplitude des journées de travail à partir de ces éléments, et un décompte détaillé des heures finalement réclamées, après déduction des trajets aller/retour entre son domicile et l'entreprise, le procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise en date du 29 octobre 2014 mentionnant la possibilité pour le personnel de l'équipe de nuit d'être reçu dans le cadre de la permanence ressources humaines (RH) par M. [J], présent dès 7 heures le matin le mardi.

Les documents produits comportent ainsi des éléments vérifiables qui sont de nature à étayer les prétentions du salarié quant à l'exécution des heures supplémentaires alléguées, étant observé que l'employeur de son côté n'est pas en mesure de justifier des horaires réellement effectués par le salarié.

Si comme le souligne justement la Polyclinique Saint-François, la seule production de courriels professionnels en début et en fin de journée n'est pas suffisante pour justifier de la réalisation d'heures supplémentaires, il apparaît que M. [J] communique en l'occurrence d'autres éléments précis permettant de recouper les informations résultant des horaires constatés sur les courriels.

L'intimée fait valoir également que M. [J] a également inclus dans son décompte certaines heures de travail pour les samedis et les dimanches qui paraissent excessives, et déduites cette fois-ci uniquement des courriels, et encore qu'il y a lieu de tenir compte en toute hypothèse des temps de trajet entre le péage et le lieu de travail ainsi que du temps de stationnement, et en outre du temps de pause pour déjeuner.

Toutefois, ces observations, qui permettent de débattre du montant de la créance réclamée, ne sont pas de nature en revanche à démontrer que, comme le soutient la société Polyclinique Saint-François, le décompte produit comporterait des erreurs manifestes ou des incohérences telles que sa crédibilité dans son ensemble serait affectée.

Aussi, en considération des éléments produits, et des observations de l'employeur qui permettent de considérer que la preuve du montant de la créance n'est pas rapportée pour l'intégralité des heures réclamées, la demande de M. [J] sera accueillie à hauteur de 70 938,53 euros.

Ce montant correspond au calcul suivant : 173 909,12 euros dont sont déduites d'une part les sommes réclamées pour les heures de travail les samedis et dimanches, pour le temps de trajet entre les péages et le lieu de travail, le temps de stationnement et les temps de pause (soit 84'851,23 euros), étant précisé que le mode de calcul proposé par le salarié pour évaluer les heures supplémentaires n'est pas contesté en lui-même, d'autre part les sommes réclamées pour la période de juillet 2015 à octobre 2015 (soit en juillet 2015 : 56 48,61 euros, en août 2015 : 2 048,79 euros, en septembre 2015 : 4 221,91 euros, en octobre 2015 : 6 200,05 euros).

Il convient d'allouer en outre à M. [J] la somme de 7 093,85 euros au titre des congés payés afférents aux heures supplémentaires.

La société Polyclinique Saint-François sera dès lors condamnée à payer à M. [J] la somme de 28 032,38 euros, déduction faite de la provision de 50'000 euros déjà versée.

Le jugement, qui a débouté M. [J] de sa demande au titre des heures supplémentaires sera infirmé.

(?) - Sur les dépens et les frais irrépétibles :

La polyclinique Saint-François Saint-Antoine devra supporter les entiers dépens d'appel ce qui exclut qu'elle puisse

bénéficiaire des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Il serait en revanche inéquitable de laisser M. [J] supporter l'intégralité des frais qu'il a dû exposer pour faire assurer la défense de ses intérêts. La SAS Polyclinique Saint-François Saint-Antoine sera condamnée à lui payer une indemnité de 1500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais exposés en cause d'appel » ;

1°) ALORS QUE le salarié doit au préalable étayer sa demande d'heures supplémentaires par la production d'éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ; qu'en l'espèce, au soutien de sa demande d'heures supplémentaires, le salarié produisait, outre un procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise en date du 29 octobre 2014 mentionnant sa présence le mardi matin dès 7 heures, des plannings annuels ne comportant aucune indication horaire, des factures de télépéages, des courriels matinaux et tardifs envoyés dans le cadre de son activité qu'il organisait librement ainsi que des tableaux et décomptes établis unilatéralement à partir de ces mêmes éléments et dont la cour d'appel a constaté qu'ils faisaient état d'une ampleur de travail excessive (horaires exagérés les week-ends, non-déduction des temps de trajet entre les péages et le lieu de travail, du temps de stationnement et des temps de pause) ; qu'en se fondant sur ces seuls éléments, pour dire que la demande du salarié était suffisamment étayée, la cour d'appel a privé sa décision au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail ;

2°) ALORS QUE le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motifs ; que dans ses conclusions (cf. p. 21, §8), l'employeur faisait valoir, preuves à l'appui (pièce d'appel n° 3 et 11 ? production n° 6 et 21), que la demande du salarié tendant au paiement de prétendues heures supplémentaires était incompatible avec l'action que celui-ci avait par ailleurs engagée visant à obtenir la requalification de sa relation avec une autre entreprise, la Polyclinique de la Marche à [Localité 2], en contrat à temps complet sur la même période ; qu'en faisant droit à la demande de rappel d'heures supplémentaires formée par le salarié, sans s'expliquer sur la contradiction de cette demande avec l'invocation parallèle d'une relation de travail à temps plein avec une autre société, sur la même période, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à payer à M. [J] la somme de 1 400 euros au titre de la prime sur objectifs pour l'année 2014, d'AVOIR condamné la société Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à payer au salarié la somme de 1500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, d'AVOIR débouté l'employeur de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile et d'AVOIR condamné la Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à supporter les dépens d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « -Sur la demande de rappel de salaire sur prime d'objectifs :

L'article 5 du contrat de travail du 21 janvier 2013 (Durée du travail et rémunération) est libellé de la façon suivante (sic) : « M. [U] [J] bénéficiera d'une rémunération annuelle brute de base de 50 K euros avec prime d'objectif de 10 %.

Les parties s'entendent de manière explicite sur le caractère forfaitaire de cette rémunération, cela inclus donc toutes les primes trimestrielles, semestrielles ou annuelles qui sont en vigueur dans l'établissement.

Compte tenu de son appartenance à la catégorie des cadres, de l'importance des responsabilités qui lui sont confiées, de la fonction exercée et du degré d'autonomie inhérente à celle-ci, M. [U] [J] dispose d'une grande indépendance dans l'organisation de son temps de travail.

En conséquence, il est convenu que la rémunération inclut tous éventuels dépassements d'horaires nécessaires à l'accomplissement de la fonction.

Le forfait jour est de 212. »

Cette clause est particulièrement imprécise, dès lors qu'elle n'indique pas si les objectifs à atteindre devaient être fixés d'un commun accord entre les parties, hypothèse dans laquelle il incombe au juge, en l'absence d'accord, de fixer lui-même la rémunération en fonction des critères visés au contrat de travail et des accords conclus les années précédentes, ou bien déterminés unilatéralement par l'employeur, auquel cas il appartient à ce dernier de les porter à la connaissance du salarié en début d'exercice, le défaut de fixation des objectifs n'autorisant pas le juge à les fixer lui-même. Le salarié doit en toute hypothèse être en mesure de vérifier que le calcul de sa rémunération a été effectué conformément aux modalités prévues par le contrat de travail ou l'engagement unilatéral de l'employeur.

En l'occurrence, M. [J] indique qu'il a perçu en 2014 la prime intégrale pour l'année 2013, mais qu'il n'a perçu en 2015 qu'une partie de la prime au titre de l'année 2014, soit la somme de 3600 euros et n'a rien perçu au titre de l'année 2015.

L'employeur soutient que cette prime ne devait être versée que si M. [J] atteignait l'ensemble des objectifs fixés par la direction, ce qui n'aurait pas été le cas en 2014 et 2015.

Toutefois, faute pour l'employeur d'avoir précisé au salarié les objectifs à réaliser ainsi que les conditions de calcul vérifiables, et en l'absence de période de référence dans le contrat de travail, la prime sur objectifs devait être versée intégralement à M. [J] au titre de l'année 2014.

En revanche, s'agissant de la prime au titre de l'année 2015, M. [J] a justement été débouté de sa demande, alors que l'avenant régularisé le 20 juillet 2015 n'a pas repris au paragraphe concernant la rémunération l'existence d'une prime sur objectifs, la rémunération annuelle brute étant fixée à 55 337,50 euros.

En conséquence, M. [J] peut prétendre au versement de la somme de 400 euros correspondant au reliquat de la prime sur objectifs pour l'année 2014. Le jugement sera infirmé sur ce point, et l'employeur sera condamné au paiement de cette somme. »

(?)« -Sur la rupture du contrat de travail :

Il résulte des dispositions des articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du code du travail que tout licenciement pour motif personnel doit être justifié par une cause réelle et sérieuse, et, qu'en cas de litige, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

Ainsi, l'administration de la preuve concernant le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement n'incombe pas spécialement à l'une ou l'autre des parties, les motifs invoqués par l'employeur à l'appui de cette mesure devant cependant reposer sur des faits précis et matériellement vérifiables.

L'insuffisance professionnelle, étrangère à la notion de faute et caractérisée par l'incapacité du salarié à exécuter son travail de façon satisfaisante, peut légitimer un licenciement à condition que l'incompétence alléguée ne soit pas fondée sur une appréciation purement subjective de l'employeur. L'employeur doit avoir mis en alerte le salarié sur ses erreurs ou son incompétence afin de lui permettre de se ressaisir, en lui laissant à cette fin un délai raisonnable.

L'employeur, à condition de respecter les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement, peut invoquer dans la lettre de licenciement des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié, dès lors qu'ils procèdent de faits distincts.

En l'espèce, la lettre de licenciement, qui fixe définitivement les termes du litige, énonce :

« Le 16 novembre 2015, nous vous avons convoqué pour le 25 novembre 2015 à un entretien préalable à un éventuel licenciement par lettre remise en main propre contre décharge.

Lors de cet entretien, au cours duquel vous étiez assisté de M. [K], représentant du personnel, nous vous avons exposé les motifs qui nous amenaient à envisager votre licenciement, et nous avons recueilli vos explications.

Aujourd'hui, et après réflexion, nous sommes au regret de vous notifier par la présente votre licenciement pour les motifs suivants :

Lorsque j'ai pris mes fonctions au sein de l'Hôpital privé Saint-François au mois de mai 2014, j'ai indiqué à chaque membre de l'équipe de Direction, que j'attendais quelques mois pour prendre la mesure des aptitudes et de l'implication de chacun.

Ce n'est donc que le 9 octobre 2014 que je vous ai adressé un courrier dans lequel je vous demandais de prendre en compte un certain nombre d'axes d'amélioration, et vous proposais toute l'assistance que vous jugeriez nécessaire, en particulier s'agissant des relances pour des enquêtes, des procédures à engager, des absences aux audiences prud'homales, du respect de notre agenda social au regard de nos obligations en droit du travail, de la nécessité de partager au sein du management des indicateurs opérationnels, de fiabiliser les sources des données de paye, de ne pas oublier la validation des comptes rendus du CHSCT'

J'ai également évoqué à cette occasion la nécessité de contribuer à la cohésion de l'équipe de Direction et, déjà, je vous ai demandé de revenir vers moi sous quinzaine avec des propositions concrètes.

A nouveau au début de l'année 2015, je vous ai reçu avec la Directrice adjointe, Mme [C] [C], pour votre entretien annuel d'évaluation.

Là encore, nous vous avons fixé les objectifs et comme axe de progrès et de développement, l'empathie dans vos relations avec les salariés.

Malgré cela, force a été de constater l'absence totale d'amélioration au cours de l'année 2015, bien au contraire, puisque les choses ont continué progressivement à se dégrader, ainsi qu'en attestent les exemples suivants :

- Versement indu de la gratification pour assiduité de Mme [R] [A] : vous omettez (sciemment ?) de m'en informer. Je l'apprends par une de ses collègues, qui, du coup, réclame cette gratification. Je vous interpelle à ce sujet le 5 novembre.

Vous ne me répondez pas. J'apprends ensuite par M. [B] votre collaborateur, que vous avez répondu qu'on ne faisait rien, que c'était « une erreur de la banque en faveur de Mme [A] ». Il ne s'agit bien entendu pas du montant (150 euros), mais d'une illustration de la désinvolture avec laquelle vous traitez vos propres erreurs, la manifestation de cette désinvolture s'avérant délétère pour votre entourage, vos collaborateurs et les personnes concernées en particulier.

- Erreur dans les tableaux de suivis des effectifs soignants, dits « ARHA », que nous devons envoyer au siège : Vous ne répondez pas au mail qui vous est adressé par le DRH Groupe le 4 novembre .Et lorsque je vous interpelle sur le sujet, vous me dites qu'il n'y avait pas lieu de répondre car le tableau est produit par le siège. Je supplée donc en servant d'intermédiaire et le DRH Groupe me répond que « ce calcul doit être fait en local par le DRH (qui est le garant du bon fonctionnement d'Arha-mobilisation, et de sa bonne production) et que je n'ai pas eu de retour de mon mail ».

- Vous avez également été sollicité par le DRH Groupe pour fournir des éléments d'explications sur l'évolution du salaire moyen des effectifs CDI dans le cadre de notre procédure budgétaire (mail du DRH Groupe du 3 novembre 2015). Ne voyant pas passer de réponse, je vous interroge à ce sujet et vous me répondez avec une certaine morgue, qui vous est coutumière, que je n'ai pas vu passer le mail de réponse de notre Directrice financière, Mme [F] à ce sujet. Pour en avoir le coeur net, je relis à nouveau tous les mails de Mme [F]; ne trouvant pas la réponse, je l'interroge et elle m'écrit qu'elle a bien « répondu aux questions du CDG sur la masse salariale mais pas sur le salaire moyen ».

Pour en avoir le coeur net, j'interroge le DRH Groupe qui m'informe de l'échange de mails qu'il a eu avec vous à ce sujet, échange non conclusif :

. Vous lui écrivez le 3/11/2015 : « Quels sont les éléments que tu prends en considération pour ce salaire moyen ? Je pourrai te répondre avec précision »

. Il vous répond immédiatement : « Comme c'est tracé dans pms : ligne salaire cdi (yc primes) ». Et la conversation en reste là. C'est donc sciemment : 1/ que vous ne me mettez pas en copie de cet échange et 2/ que vous me mentez en m'indiquant que votre collègue a répondu à la question.

- Le jeudi 29 octobre 2015, la Directrice des soins, Mme [L], s'inquiète de ne pas avoir vu de lettre de licenciement de Mme [U], reçue en entretien préalable le 19/10/2015 avec vous, et pour laquelle elle vous a préparé tous les éléments par un mail qu'elle vous avait adressé le 20/10/2015. Je vous interroge immédiatement (car nous n'avons déjà pas pu, très récemment, sanctionner une voie de fait d'un salarié sur un autre, pour cause de délai de convocation supérieure à deux mois) et vous imputez ce délai à Mme [L], ce qui manifestement faux.

- Je vous ai demandé à plusieurs reprises, et vainement, d'apporter des modifications au contrat de travail cadre, dit " forfait jour ". Il s'agit d'un contrat de travail standard que nous utilisons fréquemment. J'ai effectué les modifications que je vous ai retournées en vous indiquant de les intégrer au standard. Vainement, ce qui m'a amené à demander ces modifications à plusieurs reprises. Le dernier en date est le contrat du Dr [S] (modifications demandées le 12/10/2015 et le 22/10/2015). Je finis par trouver épuisant de lire les articles 7 à 11 (respectivement " discrétion et concurrence ", " confidentialité ", " fidélité ", " exclusivité ", et " non-concurrence ", où l'on trouve même parfois des phrases répétées plusieurs fois) pour le Dr [S], pour Mme [F]... (modifications demandées le 1/10/2015) pour Mme [X]?

- Il m'est difficile d'être exhaustive dans l'évocation de vos lacunes concernant le suivi du calendrier social. Outre la réception régulière de courriers en recommandés avec AR de la part de la DIRECCTE, le dernier en date concernant l'ensemble de nos obligations vis-à-vis du CHSCT, de relance sur des statistiques obligatoirement envoyées (comme la déclaration mensuelle obligatoire des mouvements de main d'oeuvre pour les établissements employant au moins 50 salariés).

Vous avez également traité avec le plus grand mépris les services de santé au travail, en n'assurant aucun suivi des visites médicales (alors que vous savez que cette ressource est rare !), allant jusqu'à " laisser sur le trottoir " le médecin du travail à qui vous aviez donné rendez-vous à 8h00 du matin pour lui remettre la clé de son bureau, rendez-vous que vous n'avez pas honoré. Lorsque je vous ai interpellé à ce sujet, votre seule réponse a été : " ah oui, j'ai oublié ! " De même, [E] [O], Ingénieur en prévention des risques professionnels, a attendu vainement, et pendant des mois, que vous lui accordiez un rendez-vous " confer son mail du 6 août 2015, conclusions d'une conversation entamée le 21/04/2015 !). Mon assistante ayant fini par caler une date le 7/10/2015 en s'assurant que vous étiez disponible, vous n'avez pas honoré ce rendez-vous que j'ai dû assurer moi-même. Dès le 8/10, je vous ai adressé un mail en vous demandant de répondre à ses questions. Je reste aujourd'hui dans l'attente d'une réponse à ce mail.

Ces lacunes, que vous avez toujours mises sur le compte d'une surcharge de travail, en prenant soin d'adresser des mails dans la nuit profonde, ou pendant vos congés, sont en fait le reflet d'une grande désorganisation, puisqu'étant amené à vous suppléer dans vos défaillances, j'ai moi-même pris en charge la question des risques professionnels, des relations avec les services de santé au travail, ou du plan de formation, sans forcément y consacrer un temps infini, mais simplement en me plaçant à l'écoute de mes interlocuteurs et en situation de management des ressources qui étaient

déjà à votre disposition.

Enfin, il est extrêmement lassant, voir à la fin humiliant, de se voir systématiquement rappelé en séance par la secrétaire du Comité d'Entreprise des obligations basiques telles que les délais de présentation du plan de formation au Comité d'Entreprise, ce qui a semblé pourtant vous laissez indifférent, à tel point que j'ai dû moi-même, cette année, intervenir directement auprès de vos services pour organiser la préparation du plan de formation. Vous me l'avez en plus reproché - alors que vous êtes resté sans réagir lorsque la secrétaire du CE nous a interpellé. Le PV du CE du 29/09/2015 est à ce titre exemplaire.

- Il en est de même des informations à transmettre à l'expert-comptable du CE pour l'exercice N-1 (c'est-à-dire 2014) : Mme [N] qui vous a adressé en juillet un courrier de demande d'informations, attend toujours votre réponse, malgré de nombreuses relances de septembre à novembre.

- Vous négligez également de répondre à des demandes simples de salariés. Certes, vous êtes souvent amené, par vos fonctions, à répondre par la négative, mais un minimum d'écoute de compréhension, éviterait de donner à beaucoup d'entre eux, le sentiment d'être méprisés. Ce complet laisser-aller dans les relations avec les salariés, conduit à des situations conflictuelles que vous négligez complètement de traiter, qui nous conduisent à des situations proprement ingérables, que vous dissimulez, ce qui est un comble !

J'ai donc décidé de vous rencontrer le 23 octobre dernier pour échanger avec vous sur la réalisation de vos missions et l'atteinte de vos objectifs.

Au cours de cet entretien, j'ai insisté sur deux points : La tenue de vos échéances et la qualité de vos relations de travail, dans la mesure où je ne voyais toujours pas d'évolution positive malgré l'ancienneté de mes demandes.

En conclusion de cet entretien, je vous ai laissé une dizaine de jours pour y réfléchir et me proposer des solutions susceptibles de conduire à un redressement de la situation.

A cette occasion, j'ai même suggéré une prestation de coaching externe.

Après deux semaines, dont une de congés payés, vous n'avez pas pris la peine de revenir vers moi et j'ai donc été contraint de vous recevoir à mon initiative le vendredi 13 novembre 2015 pour savoir quelle proposition vous étiez susceptible de me faire.

Pour toute proposition, vous m'avez indiqué qu'il m'appartenait de faire des propositions, ce qui laissait entendre de votre part une volonté de quitter notre établissement, et nous sommes convenus de nous revoir le lundi 16 novembre 2015 au matin, entretien au cours duquel vous vous êtes présenté en m'indiquant d'emblée, que vous alliez m'attaquer au pénal, que vous alliez attaquer la Clinique ainsi que le groupe et le DRH groupe, que vous alliez également nous attaquer en référé, en invoquant un dossier de 2.500 fichiers et 25 items, sauf à ce que nous vous versions sous 48 heures, une somme de 300.000 euros.

Lors de cet entretien, vous m'avez précisé que vous avez enregistré à mon insu, notre entretien du 13 novembre précédent.

Compte tenu de vos menaces et de votre comportement déloyal, je n'ai eu d'autre choix que de vous mettre à pied immédiatement à titre conservatoire et de vous convoquer à un entretien préalable à licenciement.

Depuis cette date, j'ai dû reprendre un certain nombre de dossiers dont vous aviez la charge et ai été amené à faire le constat supplémentaire suivant :

- Dossier [Q] : au mois de juin 2013, vous avez adressé à Mme [Q] un bulletin de salaire mentionnant une régularisation de 6.670,43 euros bruts, alors que celle-ci était en congé parental d'éducation.

Le 4 août 2015, vous avez adressé un courrier à Mme [Q] un courrier comportant de nombreuses erreurs, tant sur la date de la créance que sur sa nature pour solliciter le remboursement de cette somme.

Le 19 août 2015, Mme [Q] vous a adressé sa lettre de démission et ce n'est que le 5 octobre 2015, que vous en avez accusé réception, tout en la relançant sur cette créance.

En reprenant ce dossier, j'ai découvert que Mme [Q] vous avait répondu de façon très juridique le 15 octobre 2015, que ce courrier ne figurait pas dans son dossier et que vous ne l'aviez transmis à notre conseil pour avis que le 9 novembre 2015, sans m'informer à aucun moment de quoi que ce soit.

- Vous n'avez pas transmis à notre conseil le dossier [Z] qui est appelé à l'audience de conciliation du 3 décembre 2015.

- Dossier [H] : vous n'avez pas répondu à notre conseil sur sa demande d'instruction en prévision de l'audience du 4 décembre prochain.

- Alors que nous nous sommes engagés à plusieurs reprises auprès des instances représentatives du personnel à régulariser les coefficients et qualifications le 1er janvier 2015, sur la base d'un travail que vous aviez effectué avec deux déléguées syndicales, j'apprends que vous n'avez transmis aucune information au bureau du personnel ni au service du siège, de sorte que nous ne pourrions tenir notre engagement, lequel sera encore une fois reporté sur le mois de

décembre.

J'apprends également de nos déléguées syndicales, qu'un certain nombre de salariés sont manquants et que sur les 55 personnes ayant demandées une évolution de leur qualification, seuls 27 ont été traités. Encore une fois, cela établit que ce dossier, comme les autres, est incomplet et comporte de nombreuses inexactitudes. Lors de l'entretien préalable, vous m'avez fait observé, sur ce point, qu'en tant que Directeur je devrais savoir que se sont à vos services qu'il incombait d'effectuer des modifications dans la paye.

Vérification faite, c'est faux, et heureusement car les informations portées dans votre document s'avèrent fausses.

Au cours de l'entretien préalable qui s'est tenu le 25 novembre dernier, vous n'avez présenté, en dehors de ce dernier point, aucune observation, ne souhaitant pas réagir à ces différents reproches.

Compte tenu de ce qui précède, nous vous notifions par la présente votre licenciement.

Votre préavis d'une durée de 3 mois débutera à la date de première présentation de ce courrier.

Nous vous dispensons de l'effectuer et il vous sera rémunéré aux échéances habituelles de paye, de même que la période de mise à pied conservatoire.

Au terme de votre préavis, nous vous remettrons votre solde de tout compte et vos documents de fin de contrat (...) »

Il sera observé en premier lieu que si la société Polyclinique Saint-François fait référence à un licenciement pour insuffisance professionnelle dans ses écritures, l'employeur, dans la lettre de rupture du contrat de travail, n'a pas qualifié la nature du licenciement prononcé. Or, l'examen du courrier de licenciement révèle que si certains reproches relèvent de l'insuffisance professionnelle, d'autres revêtent un caractère disciplinaire, lorsque notamment il est reproché au salarié des mensonges ou la dissimulation volontaire de certains faits, et encore un comportement méprisant, le recours à des procédés déloyaux, ou l'usage de menaces.

Les reproches suivants sont ainsi formulés à l'encontre de M. [J] :

-L'absence de prise en compte des orientations de travail définies par M. [Y], directeur de l'hôpital Saint-François, dans un courriel du 9 octobre 2014 :

L'employeur produit un courriel adressé le 9 octobre 2014 à M. [J], attirant son attention sur des améliorations à apporter dans le traitement de certaines missions, notamment dans le domaine de l'agenda social, de la fiabilisation des sources des données de paie, des procédures prud'homales à engager, du suivi des comptes-rendus du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) et donnant comme objectif au salarié l'établissement d'une feuille de route sur ces différents sujets, en y intégrant une réflexion quant à l'organisation d'un séminaire de cohésion. Il était demandé à M. [J] d'avoir " fait le tour de cette question " le 22 octobre au plus tard.

M. [J] conteste ne pas avoir donné suite à ce courriel, soulignant qu'il résulte du procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise (CE) du 29 octobre 2014 qu'il a remis à M. [Y] un " mémo sur ses souhaits pour réorganiser le bureau RH que celui-ci a validé ", ce qui est effectivement relaté dans le compte rendu de la réunion du CE (pièce n°284), étant observé d'une part que la société Polyclinique Saint-François ne formule remarque sur ce point précis, d'autre part qu'il est fait état, dans le même compte-rendu, de la surcharge de travail et du manque d'effectifs du service RH.

Il sera relevé en outre que les demandes formulées par l'employeur à l'endroit de M. [J] dans le courriel du 9 octobre étaient teintées d'une certaine ambiguïté alors que, tout en invitant fermement ce dernier à mener une réflexion en profondeur sur des sujets nombreux et variés, dans un laps de temps restreint, et en suggérant des axes d'amélioration, l'employeur précisait d'une part qu'il appréciait " énormément " les compétences et la capacité du travail de M. [J], soulignait que celui-ci était " la première victime [des] dysfonctionnements " constatés et qu'il avait d'ailleurs lui-même signalés, et encore faisait état de sa surcharge de travail, indiquant que la définition de moyens d'action devait lui permettre de " sortir la tête de l'eau".

Aucune autre pièce n'est produite antérieurement ou concomitamment à cette période pour démontrer les lacunes de M. [J] dans l'exécution de ses missions, à l'exception de l'entretien annuel d'évaluation pour l'année 2015, qui ne comporte pas d'information déterminante, et qui en tout état de cause n'est pas signé par le salarié.

-Le versement indu d'une gratification de 150 euros à Mme [R] [A] en septembre 2015 :

D'après les termes de la lettre de licenciement, et les écritures de la société Polyclinique Saint-François, il est reproché à M. [J] d'une part l'erreur de versement en elle-même, du fait qu'il était le signataire des ordres de virement, d'autre part la dissimulation volontaire de cette erreur.

M. [J] ne conteste pas l'erreur de versement en faveur de Mme [A], et le fait qu'il était signataire des ordres de virement, tout en se retranchant derrière " l'erreur de la banque ", qui n'est pas démontrée, et en soulignant qu'il appartenait à chaque responsable de service de procéder aux vérifications utiles, notamment en termes de présence, ce qui n'est pas contesté par la société Polyclinique Saint-François .

Ce fait est en toute hypothèse mineur et ne pourrait constituer un manquement ressortant d'une incompétence que si

de telles erreurs, imputables à M. [J], s'étaient multipliées ce qui n'est pas allégué.

S'agissant du caractère volontaire de la dissimulation, il sera observé d'une part qu'il n'est nullement démontré, d'autre part que si tel était le cas, le fait serait alors constitutif d'une faute, ne pouvant être évoquée, en application de l'article L1332-4 du code du travail, au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, alors qu'en l'occurrence la date de la connaissance de cette difficulté par M. [Y] n'est pas précisée.

-L'erreur dans le tableau de suivi des effectifs soignants ARHA et l'absence de réponse au courriel du DRH groupe à ce sujet en date du 4 novembre 2015 :

Il ressort d'un courriel adressé par M. [E], DRH adjoint du groupe le 4 novembre 2015, produit d'ailleurs par M. [J] lui-même, qu'une erreur, qui a été corrigée par M. [J], affectait une formule de calcul dans le tableau des effectifs soignants, dit " ARHA ".

Si d'après le courriel en date du 18 novembre 2015 adressé par M. [E] à M. [Y], le calcul dans ce tableau ressortait bien de la compétence de M. [J], qui ne conteste pas la réalité de l'erreur commise, les pièces produites de part et d'autre ne permettent pas de mesurer le degré de gravité et l'incidence de cette erreur.

Par ailleurs, ainsi que le souligne M. [J], le courriel en date du 4 novembre 2015 d'une part était adressé tant à lui-même, en sa qualité de DRH, qu'à [Y], en sa qualité de directeur de l'établissement, d'autre part n'appelait pas de réponse particulière, les deux destinataires de ce courriel étant seulement invités à corriger cette erreur sur les tableaux à venir.

-Le traitement inadapté apporté à la demande du DRH groupe quant au calcul du salaire moyen des effectifs en contrat à durée indéterminée :

Des pièces produites de part et d'autre, qu'il est nécessaire de recouper pour avoir une vision cohérente de la chronologie des faits reprochés à M. [J], il ressort que le 3 novembre 2015 M. [E] a interrogé l'ensemble des DRH du groupe Vitalia sur l'importante augmentation des salaires moyens des personnes employées en contrat à durée indéterminée constatée entre 2015 et 2016, que M. [J] a le jour même demandé des précisions concernant les éléments à prendre en considération pour calculer ce salaire moyen et a obtenu à ce sujet une réponse immédiate, et qu'à la date du 18 novembre 2015, M. [E], sollicité par M. [Y], lui a répondu qu'il n'avait toujours pas d'explication finale sur cette question de la part de M. [J].

Il est reproché à M. [J] dans la lettre de licenciement d'avoir sciemment omis de mettre M. [Y] en copie de l'échange de courriels du 3 novembre 2015, alors qu'il n'est pas établi que celui-ci était destinataire du courriel initial adressé par le DRH du groupe de sorte que ce grief n'est pas pertinent, et également d'avoir menti à M. [Y] en affirmant que Mme [F], directrice financière, avait elle-même traité cette question, alors que la réalité de ce mensonge n'est pas établie par les pièces produites.

-Le retard apporté au traitement de la procédure de licenciement de Mme [U] :

La réalité de ce manquement n'est nullement démontrée par les pièces communiquées par la société Polyclinique Saint-François, tandis que de son côté l'appelant produit un courriel de M. [Y] dont il ressort que celui-ci a été informé par ses soins par courriel du 29 octobre 2015 que la notification du licenciement à cette salariée interviendrait le jour même, et que le directeur a alors considéré que ce calendrier était satisfaisant puisque sa réponse a été la suivante : " parfait, merci ! ".

-Le versement par erreur à une salariée, Mme [Q] d'une régularisation de salaire de 6 670,43 euros :

La société Polyclinique Saint-François ne produit aucune pièce à l'appui de ce grief, sur lequel le salarié de son côté ne donne aucune explication.

-La carence de M. [J] dans la gestion du dossier " [H] " :

La société Polyclinique Saint-François ne produit aucune pièce pour étayer ce grief, au sujet duquel M. [J] ne donne aucune explication.

-L'absence de régularisation au 1er janvier 2015 des coefficients et qualifications :

La société Polyclinique Saint-François ne développe aucune explication particulière sur ce point et ne produit aucune pièce susceptible d'étayer ce grief au sujet duquel le salarié ne formule aucune observation particulière.

-L'absence de modification des contrats de travail des cadres :

La société Polyclinique Saint-François produit plusieurs pièces (pièces n°21 à 23) dont il ressort que M. [Y] a, en vain, à plusieurs reprises au cours du mois d'octobre 2015, à réception des contrats de travail pour avis et signature, demandé au service des ressources humaines que la trame des contrats type soit revue en tenant compte des modifications qu'il avait suggérées notamment en matière de clause d'exclusivité et de confidentialité. M. [J] se borne sur ce sujet à faire valoir que les contrats type étaient adressés par le siège, ce qui est exact, mais n'empêchait pas le service des ressources humaines d'apporter à ces contrats les modifications sollicitées par le directeur de l'établissement.

-Les lacunes concernant le suivi du calendrier social :

-Il est reproché à M. [J] son laxisme concernant les obligations de l'employeur vis-à-vis du CHSCT, à l'origine de courriers recommandés de la part de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE), sa négligence dans le traitement de certaines statistiques, telles que la déclaration mensuelle obligatoire des mouvements de main-d'oeuvre, et encore dans la gestion des relations avec les services de la santé au travail, plus particulièrement s'agissant du suivi des visites médicales. Ces affirmations ne sont toutefois étayées par aucune pièce ;

-Il est reproché à M. [J] son manque de diligence pour la planification de la visite obligatoire de l'ingénieur en prévention des risques professionnels, Mme [O] : il est établi par les pièces produites (pièces n°23 et 24) que celle-ci a demandé à M. [J] dès le mois d'avril 2015 que soit arrêtée une date de visite, pour lui permettre de prendre connaissance de manière globale des spécificités de la clinique, dans la perspective ultérieure de l'établissement d'un calendrier plus détaillé service par service afin de réactualiser les fiches entreprises, qu'elle a elle-même reporté certains rendez-vous et qu'elle a obtenu en définitive un rendez-vous le 8 octobre 2015, que M. [J] ne conteste pas ne pas avoir honoré, et qui a été assuré par M. [Y] lui-même. M. [J] ne nie pas davantage ne pas avoir apporté de réponse au courriel de M. [Y] en date du 8 octobre 2015 lui demandant de fournir, pour le lendemain, certaines données relatives notamment aux accidents du travail et aux maladies professionnelles ;

-l'employeur donne encore dans ses écritures d'autres illustrations du manque de diligence reproché à M. [J] en matière de suivi social, en affirmant qu'il a délaissé de nombreux dossiers importants : toutefois, les volumineuses pièces produites (projet accord collectif inter-générationnel, projet de plan égalité homme/femme, bilan social, accord sur le temps de travail, mise en place de la base de données économiques et sociales), sans autre explication, notamment quant à la définition d'un calendrier ou la délivrance de consignes particulières adressées à M. [J] pour mener à bien ces différents chantiers d'importance, ne sont pas de nature à établir la pertinence des griefs formulés de manière très générale à son endroit;

-il est encore reproché à M. [J] sa responsabilité dans l'intervention du syndicat CGT suite à la rupture anticipée du contrat à durée déterminée signé par l'établissement avec Mme [T] : il sera observé toutefois que le courrier adressé par le syndicat le 20 décembre 2016 à l'hôpital concernait un contrat à durée déterminée signé en septembre 2016, alors que M. [J] a été licencié en décembre 2015.

- Les lacunes dans l'organisation de son travail :

Ce grief, d'ordre général, ne repose que sur les affirmations de l'employeur, étant observé que celui-ci reproche à M. [J] dans la lettre de licenciement de se retrancher derrière une surcharge de travail qu'il a pourtant lui-même mise en exergue dès le mois d'octobre 2014.

-Sur le retard du calendrier en matière de présentation du plan de formation :

Cette difficulté est pointée dans le compte rendu de la réunion du comité d'entreprise du 29 septembre 2015 au cours de laquelle il a été relevé que les échéances légales quant au plan de formation 2016 n'étaient pas respectées puisque l'ébauche du plan de formation 2016 aurait dû être communiquée aux élus du CE au plus tard le 9 septembre, la première réunion devant être tenue avant le 30 septembre. M. [J] ne formule aucune observation sur ce point particulier, mais met en avant de manière générale la surcharge de travail qui affectait le service RH.

-Sur les autres griefs :

L'employeur formule incidemment dans les motifs de la lettre de licenciement des accusations quant à l'attitude déloyale de M. [J], qui aurait enregistré à l'insu de M. [Y] un entretien le 13 novembre 2015, et aurait encore procédé à un chantage en exigeant le versement de 300 000 euros sous 48 heures sous peine de poursuites judiciaires. Ces accusations, qui revêtent un caractère disciplinaire, ne reposent toutefois sur aucune pièce émanant de l'employeur, et ne sont pas commentées dans les écritures des parties.

Il ressort de ces explications que si certains faits énoncés dans la lettre de licenciement sont établis, (tels que l'erreur dans le versement de la gratification de 150 euros à une salariée, l'erreur de calcul dans le tableau de suivi ARHA, les difficultés à organiser un rendez-vous avec l'ingénieur en prévention des risques professionnels, l'absence de modification des contrats de travail type, le retard dans la préparation du plan de formation), ces éléments sont insuffisants pour caractériser l'incapacité de M. [J] à exécuter son travail de façon satisfaisante, alors qu'il n'est pas démontré qu'il faisait preuve de désorganisation, comme cela lui est reproché, mais qu'en revanche l'analyse de l'ensemble des éléments du dossier permet de constater qu'il travaillait dans un contexte tendu en raison d'une surcharge de travail importante, reconnue par l'employeur dès le mois d'octobre 2014, et encore pointée dans le cadre de la réunion du CE du 29 octobre 2014 au cours de laquelle ont été soulignés de manière plus générale les problèmes d'effectifs du service RH, et que face à cette situation, la réaction de l'employeur a été d'exiger de M. [J] de mener une

réflexion sur de nombreux sujets dans un délai très court, sans émettre de son côté des propositions, notamment en termes de moyens, pour améliorer la situation.

Il apparaît dès lors que le licenciement prononcé dans ces conditions était dépourvu de cause réelle et sérieuse, et le jugement du conseil de prud'hommes doit en conséquence être infirmé.

M. [J] ne donne aucune information sur l'évolution de sa situation depuis son licenciement. Compte tenu de son âge, du salaire qu'il percevait au moment de la rupture du contrat travail, de son ancienneté au sein de l'entreprise, il lui sera lui alloué la somme de 30600 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en application de l'article L1235-3 du code du travail.

(?) - Sur les dépens et les frais irrépétibles :

La polyclinique Saint-François Saint-Antoine devra supporter les entiers dépens d'appel ce qui exclut qu'elle puisse bénéficier des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Il serait en revanche inéquitable de laisser M. [J] supporter l'intégralité des frais qu'il a dû exposer pour faire assurer la défense de ses intérêts. La SAS Polyclinique Saint-François Saint-Antoine sera condamnée à lui payer une indemnité de 1500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais exposés en cause d'appel » ;

ALORS QUE lorsque la rémunération comporte une partie variable fonction de la réalisation d'objectifs, lesdits objectifs doivent être portés à la connaissance du salarié en début d'exercice ; qu'en l'absence de fixation des objectifs par l'employeur, il appartient au juge de fixer la rémunération variable en fonction des critères visés au contrat et, à défaut, des éléments de la cause ; qu'en se bornant à retenir que, faute pour l'employeur d'avoir précisé au salarié les objectifs à réaliser ainsi que les conditions de calcul vérifiables, et en l'absence de période de référence dans le contrat de travail, la prime sur objectifs devait être versée intégralement au titre de l'année 2014, sans faire ressortir en quoi les critères visés au contrat ou, à défaut, les éléments de la cause justifiaient le bénéfice intégral de cette prime, nonobstant les carences du salarié dans l'exécution de sa prestation de travail qui ont été par ailleurs constatées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à payer à M. [J] la somme de 1 275,08 euros au titre du solde de la prime de fin d'année 2015, d'AVOIR condamné la société Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à payer au salarié la somme de 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, d'AVOIR débouté l'employeur de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile et d'AVOIR condamné la Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à supporter les dépens d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « -Sur le versement de la prime de fin d'année :

Les parties s'accordent sur le droit de M. [J] à la perception d'une prime de fin d'année équivalente à 75 % de son salaire brut, en application de l'article 1B de l'accord NAO 2014, et sur le fait que la prime au titre de l'année 2015 devait être proratisée en fonction de la présence effective du salarié au sein de l'entreprise.

M. [J], qui pouvait prétendre pour une année complète de présence effective à la perception d'une prime de 3 260,76 euros (4347,68 euros x 75 %), a perçu la somme de 1 673 euros, étant précisé que la société Polyclinique Saint-François se borne à soutenir qu'il a été absent une partie de l'année 2015 sans plus de précisions.

Il doit ainsi être tenu compte des absences de M. [J] pour maladie pendant l'année 2015, soit 35 jours, selon les affirmations non contestées du salarié sur ce point, étant précisé encore que l'absence de M. [J] pendant la durée du préavis ne doit en revanche pas être prise en considération, en application de l'article L1234-5 alinéas 2 du code du travail qui dispose que l'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis.

Ainsi, M. [J], qui aurait dû percevoir la somme de 2 948,08 euros, et a perçu 1 673 euros, peut prétendre au versement du solde, soit la somme de 1 275,08 euros au paiement de laquelle la société Polyclinique Saint-François sera condamnée, le jugement étant réformé sur ce point.

(?) - Sur les dépens et les frais irrépétibles :

La polyclinique Saint-François Saint-Antoine devra supporter les entiers dépens d'appel ce qui exclut qu'elle puisse bénéficier des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Il serait en revanche inéquitable de laisser M. [J] supporter l'intégralité des frais qu'il a dû exposer pour faire assurer la défense de ses intérêts. La SAS Polyclinique Saint-François Saint-Antoine sera condamnée à lui payer une indemnité de 1500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais exposés en cause d'appel » ;

ALORS QUE c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver ; qu'il ne peut à cet égard procéder par voie de simples affirmations, fussent-elles non contestées ; qu'en l'espèce, pour octroyer au salarié la somme de 1 275,08 euros au titre du solde de la prime de fin d'année, laquelle était versée prorata temporis, la cour d'appel s'est bornée à relever que le salarié alléguait, sans être contesté, qu'il avait été absent 35 jours pour maladie pendant l'année 2015 ; qu'en statuant sur la base des seules déclarations du salarié, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil, dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que le licenciement de M. [J] était dépourvu de cause réelle et sérieuse, d'AVOIR condamné la société Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à payer au salarié la somme de 30 600 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'AVOIR ordonné le remboursement par la société Polyclinique Saint-François Saint-Antoine des indemnités de chômage versées au salarié licencié depuis le jour de son licenciement, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage, d'AVOIR condamné l'employeur à payer à M. [J] la somme de 1 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, d'AVOIR débouté la société Polyclinique Saint-François Saint-Antoine de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile et d'AVOIR condamné la Polyclinique Saint-François Saint-Antoine à supporter les dépens d'appel ;

AUX MOTIFS QUE « -Sur la rupture du contrat de travail :

Il résulte des dispositions des articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du code du travail que tout licenciement pour motif personnel doit être justifié par une cause réelle et sérieuse, et, qu'en cas de litige, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

Ainsi, l'administration de la preuve concernant le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement n'incombe pas spécialement à l'une ou l'autre des parties, les motifs invoqués par l'employeur à l'appui de cette mesure devant cependant reposer sur des faits précis et matériellement vérifiables.

L'insuffisance professionnelle, étrangère à la notion de faute et caractérisée par l'incapacité du salarié à exécuter son travail de façon satisfaisante, peut légitimer un licenciement à condition que l'incapacité alléguée ne soit pas fondée sur une appréciation purement subjective de l'employeur. L'employeur doit avoir mis en alerte le salarié sur ses erreurs ou son incapacité afin de lui permettre de se ressaisir, en lui laissant à cette fin un délai raisonnable.

L'employeur, à condition de respecter les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement, peut invoquer dans la lettre de licenciement des motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié, dès lors qu'ils procèdent de faits distincts.

En l'espèce, la lettre de licenciement, qui fixe définitivement les termes du litige, énonce :

« Le 16 novembre 2015, nous vous avons convoqué pour le 25 novembre 2015 à un entretien préalable à un éventuel licenciement par lettre remise en main propre contre décharge.

Lors de cet entretien, au cours duquel vous étiez assisté de M. [K], représentant du personnel, nous vous avons exposé les motifs qui nous amenaient à envisager votre licenciement, et nous avons recueilli vos explications.

Aujourd'hui, et après réflexion, nous sommes au regret de vous notifier par la présente votre licenciement pour les motifs suivants :

Lorsque j'ai pris mes fonctions au sein de l'Hôpital privé Saint-François au mois de mai 2014, j'ai indiqué à chaque membre de l'équipe de Direction, que j'attendais quelques mois pour prendre la mesure des aptitudes et de l'implication de chacun.

Ce n'est donc que le 9 octobre 2014 que je vous ai adressé un courrier dans lequel je vous demandais de prendre en compte un certain nombre d'axes d'amélioration, et vous proposais toute l'assistance que vous jugeriez nécessaire, en particulier s'agissant des relances pour des enquêtes, des procédures à engager, des absences aux audiences prud'homales, du respect de notre agenda social au regard de nos obligations en droit du travail, de la nécessité de

partager au sein du management des indicateurs opérationnels, de fiabiliser les sources des données de paye, de ne pas oublier la validation des comptes rendus du CHSCT'

J'ai également évoqué à cette occasion la nécessité de contribuer à la cohésion de l'équipe de Direction et, déjà, je vous ai demandé de revenir vers moi sous quinzaine avec des propositions concrètes.

A nouveau au début de l'année 2015, je vous ai reçu avec la Directrice adjointe, Mme [C] [C], pour votre entretien annuel d'évaluation.

Là encore, nous vous avons fixé les objectifs et comme axe de progrès et de développement, l'empathie dans vos relations avec les salariés.

Malgré cela, force a été de constater l'absence totale d'amélioration au cours de l'année 2015, bien au contraire, puisque les choses ont continué progressivement à se dégrader, ainsi qu'en attestent les exemples suivants :

- Versement indu de la gratification pour assiduité de Mme [R] [A] : vous omettez (sciemment ?) de m'en informer. Je l'apprends par une de ses collègues, qui, du coup, réclame cette gratification. Je vous interpelle à ce sujet le 5 novembre. Vous ne me répondez pas. J'apprends ensuite par M. [B] votre collaborateur, que vous avez répondu qu'on ne faisait rien, que c'était « une erreur de la banque en faveur de Mme [A] ». Il ne s'agit bien entendu pas du montant (150 euros), mais d'une illustration de la désinvolture avec laquelle vous traitez vos propres erreurs, la manifestation de cette désinvolture s'avérant délétère pour votre entourage, vos collaborateurs et les personnes concernées en particulier.

- Erreur dans les tableaux de suivis des effectifs soignants, dits « ARHA », que nous devons envoyer au siège : Vous ne répondez pas au mail qui vous est adressé par le DRH Groupe le 4 novembre .Et lorsque je vous interpelle sur le sujet, vous me dites qu'il n'y avait pas lieu de répondre car le tableau est produit par le siège. Je supplée donc en servant d'intermédiaire et le DRH Groupe me répond que « ce calcul doit être fait en local par le DRH (qui est le garant du bon fonctionnement d'Arha-mobilisation, et de sa bonne production) et que je n'ai pas eu de retour de mon mail ».

- Vous avez également été sollicité par le DRH Groupe pour fournir des éléments d'explications sur l'évolution du salaire moyen des effectifs CDI dans le cadre de notre procédure budgétaire (mail du DRH Groupe du 3 novembre 2015). Ne voyant pas passer de réponse, je vous interroge à ce sujet et vous me répondez avec une certaine morgue, qui vous est coutumière, que je n'ai pas vu passer le mail de réponse de notre Directrice financière, Mme [F] à ce sujet. Pour en avoir le coeur net, je relis à nouveau tous les mails de Mme [F]; ne trouvant pas la réponse, je l'interroge et elle m'écrit qu'elle a bien « répondu aux questions du CDG sur la masse salariale mais pas sur le salaire moyen ».

Pour en avoir le coeur net, j'interroge le DRH Groupe qui m'informe de l'échange de mails qu'il a eu avec vous à ce sujet, échange non conclusif :

. Vous lui écrivez le 3/11/2015 : « Quels sont les éléments que tu prends en considération pour ce salaire moyen ? Je pourrai te répondre avec précision »

. Il vous répond immédiatement : « Comme c'est tracé dans pms : ligne salaire cdi (yc primes) ». Et la conversation en reste là. C'est donc sciemment : 1/ que vous ne me mettez pas en copie de cet échange et 2/ que vous me mentez en m'indiquant que votre collègue a répondu à la question.

- Le jeudi 29 octobre 2015, la Directrice des soins, Mme [L], s'inquiète de ne pas avoir vu de lettre de licenciement de Mme [U], reçue en entretien préalable le 19/10/2015 avec vous, et pour laquelle elle vous a préparé tous les éléments par un mail qu'elle vous avait adressé le 20/10/2015. Je vous interroge immédiatement (car nous n'avons déjà pas pu, très récemment, sanctionner une voie de fait d'un salarié sur un autre, pour cause de délai de convocation supérieure à deux mois) et vous imputez ce délai à Mme [L], ce qui manifestement faux.

- Je vous ai demandé à plusieurs reprises, et vainement, d'apporter des modifications au contrat de travail cadre, dit " forfait jour ". Il s'agit d'un contrat de travail standard que nous utilisons fréquemment. J'ai effectué les modifications que je vous ai retournées en vous indiquant de les intégrer au standard. Vainement, ce qui m'a amené à demander ces modifications à plusieurs reprises. Le dernier en date est le contrat du Dr [S] (modifications demandées le 12/10/2015 et le 22/10/2015). Je finis par trouver épuisant de lire les articles 7 à 11 (respectivement " discrétion et concurrence ", " confidentialité ", " fidélité ", " exclusivité ", et " non-concurrence ", où l'on trouve même parfois des phrases répétées plusieurs fois) pour le Dr [S], pour Mme [F]... (modifications demandées le 1/10/2015) pour Mme [X]?

- Il m'est difficile d'être exhaustive dans l'évocation de vos lacunes concernant le suivi du calendrier social. Outre la réception régulière de courriers en recommandés avec AR de la part de la DIRECCTE, le dernier en date concernant l'ensemble de nos obligations vis-à-vis du CHSCT, de relance sur des statistiques obligatoirement envoyées (comme la déclaration mensuelle obligatoire des mouvements de main d'oeuvre pour les établissements employant au moins 50 salariés).

Vous avez également traité avec le plus grand mépris les services de santé au travail, en n'assurant aucun suivi des visites médicales (alors que vous savez que cette ressource est rare !), allant jusqu'à " laisser sur le trottoir " le médecin

du travail à qui vous aviez donné rendez-vous à 8h00 du matin pour lui remettre la clé de son bureau, rendez-vous que vous n'avez pas honoré. Lorsque je vous ai interpellé à ce sujet, votre seule réponse a été : " ah oui, j'ai oublié ! " De même, [E] [O], Ingénieur en prévention des risques professionnels, a attendu vainement, et pendant des mois, que vous lui accordiez un rendez-vous " confer son mail du 6 août 2015, conclusions d'une conversation entamée le 21/04/2015 !). Mon assistante ayant fini par caler une date le 7/10/2015 en s'assurant que vous étiez disponible, vous n'avez pas honoré ce rendez-vous que j'ai dû assurer moi-même. Dès le 8/10, je vous ai adressé un mail en vous demandant de répondre à ses questions. Je reste aujourd'hui dans l'attente d'une réponse à ce mail.

Ces lacunes, que vous avez toujours mises sur le compte d'une surcharge de travail, en prenant soin d'adresser des mails dans la nuit profonde, ou pendant vos congés, sont en fait le reflet d'une grande désorganisation, puisqu'étant amené à vous suppléer dans vos défaillances, j'ai moi-même pris en charge la question des risques professionnels, des relations avec les services de santé au travail, ou du plan de formation, sans forcément y consacrer un temps infini, mais simplement en me plaçant à l'écoute de mes interlocuteurs et en situation de management des ressources qui étaient déjà à votre disposition.

Enfin, il est extrêmement lassant, voir à la fin humiliant, de se voir systématiquement rappelé en séance par la secrétaire du Comité d'Entreprise des obligations basiques telles que les délais de présentation du plan de formation au Comité d'Entreprise, ce qui a semblé pourtant vous laissez indifférent, à tel point que j'ai dû moi-même, cette année, intervenir directement auprès de vos services pour organiser la préparation du plan de formation. Vous me l'avez en plus reproché - alors que vous êtes resté sans réagir lorsque la secrétaire du CE nous a interpellé. Le PV du CE du 29/09/2015 est à ce titre exemplaire.

- Il en est de même des informations à transmettre à l'expert-comptable du CE pour l'exercice N-1 (c'est-à-dire 2014) : Mme [N] qui vous a adressé en juillet un courrier de demande d'informations, attend toujours votre réponse, malgré de nombreuses relances de septembre à novembre.

- Vous négligez également de répondre à des demandes simples de salariés. Certes, vous êtes souvent amené, par vos fonctions, à répondre par la négative, mais un minimum d'écoute de compréhension, éviterait de donner à beaucoup d'entre eux, le sentiment d'être méprisés. Ce complet laisser-aller dans les relations avec les salariés, conduit à des situations conflictuelles que vous négligez complètement de traiter, qui nous conduisent à des situations proprement ingérables, que vous dissimulez, ce qui est un comble !

J'ai donc décidé de vous rencontrer le 23 octobre dernier pour échanger avec vous sur la réalisation de vos missions et l'atteinte de vos objectifs.

Au cours de cet entretien, j'ai insisté sur deux points : La tenue de vos échéances et la qualité de vos relations de travail, dans la mesure où je ne voyais toujours pas d'évolution positive malgré l'ancienneté de mes demandes.

En conclusion de cet entretien, je vous ai laissé une dizaine de jours pour y réfléchir et me proposer des solutions susceptibles de conduire à un redressement de la situation.

A cette occasion, j'ai même suggéré une prestation de coaching externe.

Après deux semaines, dont une de congés payés, vous n'avez pas pris la peine de revenir vers moi et j'ai donc été contraint de vous recevoir à mon initiative le vendredi 13 novembre 2015 pour savoir quelle proposition vous étiez susceptible de me faire.

Pour toute proposition, vous m'avez indiqué qu'il m'appartenait de faire des propositions, ce qui laissait entendre de votre part une volonté de quitter notre établissement, et nous sommes convenus de nous revoir le lundi 16 novembre 2015 au matin, entretien au cours duquel vous vous êtes présenté en m'indiquant d'emblée, que vous alliez m'attaquer au pénal, que vous alliez attaquer la Clinique ainsi que le groupe et le DRH groupe, que vous alliez également nous attaquer en référé, en invoquant un dossier de 2.500 fichiers et 25 items, sauf à ce que nous vous versions sous 48 heures, une somme de 300.000 euros.

Lors de cet entretien, vous m'avez précisé que vous avez enregistré à mon insu, notre entretien du 13 novembre précédent.

Compte tenu de vos menaces et de votre comportement déloyal, je n'ai eu d'autre choix que de vous mettre à pied immédiatement à titre conservatoire et de vous convoquer à un entretien préalable à licenciement.

Depuis cette date, j'ai dû reprendre un certain nombre de dossiers dont vous aviez la charge et ai été amené à faire le constat supplémentaire suivant :

- Dossier [Q] : au mois de juin 2013, vous avez adressé à Mme [Q] un bulletin de salaire mentionnant une régularisation de 6.670,43 euros bruts, alors que celle-ci était en congé parental d'éducation.

Le 4 août 2015, vous avez adressé un courrier à Mme [Q] un courrier comportant de nombreuses erreurs, tant sur la date de la créance que sur sa nature pour solliciter le remboursement de cette somme.

Le 19 août 2015, Mme [Q] vous a adressé sa lettre de démission et ce n'est que le 5 octobre 2015, que vous en avez accusé réception, tout en la relançant sur cette créance.

En reprenant ce dossier, j'ai découvert que Mme [Q] vous avait répondu de façon très juridique le 15 octobre 2015, que ce courrier ne figurait pas dans son dossier et que vous ne l'aviez transmis à notre conseil pour avis que le 9 novembre 2015, sans m'informer à aucun moment de quoi que ce soit.

- Vous n'avez pas transmis à notre conseil le dossier [Z] qui est appelé à l'audience de conciliation du 3 décembre 2015.

- Dossier [H] : vous n'avez pas répondu à notre conseil sur sa demande d'instruction en prévision de l'audience du 4 décembre prochain.

- Alors que nous nous sommes engagés à plusieurs reprises auprès des instances représentatives du personnel à régulariser les coefficients et qualifications le 1er janvier 2015, sur la base d'un travail que vous aviez effectué avec deux déléguées syndicales, j'apprends que vous n'avez transmis aucune information au bureau du personnel ni au service du siège, de sorte que nous ne pourrions tenir notre engagement, lequel sera encore une fois reporté sur le mois de décembre.

J'apprends également de nos déléguées syndicales, qu'un certain nombre de salariés sont manquants et que sur les 55 personnes ayant demandées une évolution de leur qualification, seuls 27 ont été traités. Encore une fois, cela établit que ce dossier, comme les autres, est incomplet et comporte de nombreuses inexactitudes. Lors de l'entretien préalable, vous m'avez fait observé, sur ce point, qu'en tant que Directeur je devrais savoir que se sont à vos services qu'il incombait d'effectuer des modifications dans la paye.

Vérification faite, c'est faux, et heureusement car les informations portées dans votre document s'avèrent fausses.

Au cours de l'entretien préalable qui s'est tenu le 25 novembre dernier, vous n'avez présenté, en dehors de ce dernier point, aucune observation, ne souhaitant pas réagir à ces différents reproches.

Compte tenu de ce qui précède, nous vous notifions par la présente votre licenciement.

Votre préavis d'une durée de 3 mois débutera à la date de première présentation de ce courrier.

Nous vous dispensons de l'effectuer et il vous sera rémunéré aux échéances habituelles de paye, de même que la période de mise à pied conservatoire.

Au terme de votre préavis, nous vous remettrons votre solde de tout compte et vos documents de fin de contrat (...) »

Il sera observé en premier lieu que si la société Polyclinique Saint-François fait référence à un licenciement pour insuffisance professionnelle dans ses écritures, l'employeur, dans la lettre de rupture du contrat de travail, n'a pas qualifié la nature du licenciement prononcé. Or, l'examen du courrier de licenciement révèle que si certains reproches relèvent de l'insuffisance professionnelle, d'autres revêtent un caractère disciplinaire, lorsque notamment il est reproché au salarié des mensonges ou la dissimulation volontaire de certains faits, et encore un comportement méprisant, le recours à des procédés déloyaux, ou l'usage de menaces.

Les reproches suivants sont ainsi formulés à l'encontre de M. [J] :

-L'absence de prise en compte des orientations de travail définies par M. [Y], directeur de l'hôpital Saint-François, dans un courriel du 9 octobre 2014 :

L'employeur produit un courriel adressé le 9 octobre 2014 à M. [J], attirant son attention sur des améliorations à apporter dans le traitement de certaines missions, notamment dans le domaine de l'agenda social, de la fiabilisation des sources des données de paie, des procédures prud'homales à engager, du suivi des comptes-rendus du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) et donnant comme objectif au salarié l'établissement d'une feuille de route sur ces différents sujets, en y intégrant une réflexion quant à l'organisation d'un séminaire de cohésion. Il était demandé à M. [J] d'avoir " fait le tour de cette question " le 22 octobre au plus tard.

M. [J] conteste ne pas avoir donné suite à ce courriel, soulignant qu'il résulte du procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise (CE) du 29 octobre 2014 qu'il a remis à M. [Y] un " mémo sur ses souhaits pour réorganiser le bureau RH que celui-ci a validé ", ce qui est effectivement relaté dans le compte rendu de la réunion du CE (pièce n°284), étant observé d'une part que la société Polyclinique Saint-François ne formule remarque sur ce point précis, d'autre part qu'il est fait état, dans le même compte-rendu, de la surcharge de travail et du manque d'effectifs du service RH.

Il sera relevé en outre que les demandes formulées par l'employeur à l'endroit de M. [J] dans le courriel du 9 octobre étaient teintées d'une certaine ambiguïté alors que, tout en invitant fermement ce dernier à mener une réflexion en profondeur sur des sujets nombreux et variés, dans un laps de temps restreint, et en suggérant des axes d'amélioration, l'employeur précisait d'une part qu'il appréciait " énormément " les compétences et la capacité du travail de M. [J], soulignant que celui-ci était " la première victime [des] dysfonctionnements " constatés et qu'il avait d'ailleurs lui-même signalés, et encore faisait état de sa surcharge du travail, indiquant que la définition de moyens d'action devait lui

permettre de " sortir la tête de l'eau".

Aucune autre pièce n'est produite antérieurement ou concomitamment à cette période pour démontrer les lacunes de M. [J] dans l'exécution de ses missions, à l'exception de l'entretien annuel d'évaluation pour l'année 2015, qui ne comporte pas d'information déterminante, et qui en tout état de cause n'est pas signé par le salarié.

-Le versement indu d'une gratification de 150 euros à Mme [R] [A] en septembre 2015 :

D'après les termes de la lettre de licenciement, et les écritures de la société Polyclinique Saint-François, il est reproché à M. [J] d'une part l'erreur de versement en elle-même, du fait qu'il était le signataire des ordres de virement, d'autre part la dissimulation volontaire de cette erreur.

M. [J] ne conteste pas l'erreur de versement en faveur de Mme [A], et le fait qu'il était signataire des ordres de virement, tout en se retranchant derrière " l'erreur de la banque ", qui n'est pas démontrée, et en soulignant qu'il appartenait à chaque responsable de service de procéder aux vérifications utiles, notamment en termes de présence, ce qui n'est pas contesté par la société Polyclinique Saint-François .

Ce fait est en toute hypothèse mineur et ne pourrait constituer un manquement ressortant d'une incompétence que si de telles erreurs, imputables à M. [J], s'étaient multipliées ce qui n'est pas allégué.

S'agissant du caractère volontaire de la dissimulation, il sera observé d'une part qu'il n'est nullement démontré, d'autre part que si tel était le cas, le fait serait alors constitutif d'une faute, ne pouvant être évoquée, en application de l'article L1332-4 du code du travail, au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, alors qu'en l'occurrence la date de la connaissance de cette difficulté par M. [Y] n'est pas précisée.

-L'erreur dans le tableau de suivi des effectifs soignants ARHA et l'absence de réponse au courriel du DRH groupe à ce sujet en date du 4 novembre 2015 :

Il ressort d'un courriel adressé par M. [E], DRH adjoint du groupe le 4 novembre 2015, produit d'ailleurs par M. [J] lui-même, qu'une erreur, qui a été corrigée par M. [J], affectait une formule de calcul dans le tableau des effectifs soignants, dit " ARHA ".

Si d'après le courriel en date du 18 novembre 2015 adressé par M. [E] à M. [Y], le calcul dans ce tableau ressortait bien de la compétence de M. [J], qui ne conteste pas la réalité de l'erreur commise, les pièces produites de part et d'autre ne permettent pas de mesurer le degré de gravité et l'incidence de cette erreur.

Par ailleurs, ainsi que le souligne M. [J], le courriel en date du 4 novembre 2015 d'une part était adressé tant à lui-même, en sa qualité de DRH, qu'à [Y], en sa qualité de directeur de l'établissement, d'autre part n'appelait pas de réponse particulière, les deux destinataires de ce courriel étant seulement invités à corriger cette erreur sur les tableaux à venir.

-Le traitement inadapté apporté à la demande du DRH groupe quant au calcul du salaire moyen des effectifs en contrat à durée indéterminée :

Des pièces produites de part et d'autre, qu'il est nécessaire de recouper pour avoir une vision cohérente de la chronologie des faits reprochés à M. [J], il ressort que le 3 novembre 2015 M. [E] a interrogé l'ensemble des DRH du groupe Vitalia sur l'importante augmentation des salaires moyens des personnes employées en contrat à durée indéterminée constatée entre 2015 et 2016, que M. [J] a le jour même demandé des précisions concernant les éléments à prendre en considération pour calculer ce salaire moyen et a obtenu à ce sujet une réponse immédiate, et qu'à la date du 18 novembre 2015, M. [E], sollicité par M. [Y], lui a répondu qu'il n'avait toujours pas d'explication finale sur cette question de la part de M. [J].

Il est reproché à M. [J] dans la lettre de licenciement d'avoir sciemment omis de mettre M. [Y] en copie de l'échange de courriels du 3 novembre 2015, alors qu'il n'est pas établi que celui-ci était destinataire du courriel initial adressé par le DRH du groupe de sorte que ce grief n'est pas pertinent, et également d'avoir menti à M. [Y] en affirmant que Mme [F], directrice financière, avait elle-même traité cette question, alors que la réalité de ce mensonge n'est pas établie par les pièces produites.

-Le retard apporté au traitement de la procédure de licenciement de Mme [U] :

La réalité de ce manquement n'est nullement démontrée par les pièces communiquées par la société Polyclinique Saint-François, tandis que de son côté l'appelant produit un courriel de M. [Y] dont il ressort que celui-ci a été informé par ses soins par courriel du 29 octobre 2015 que la notification du licenciement à cette salariée interviendrait le jour même, et que le directeur a alors considéré que ce calendrier était satisfaisant puisque sa réponse a été la suivante : " parfait, merci ! ".

-Le versement par erreur à une salariée, Mme [Q] d'une régularisation de salaire de 6 670,43 euros :

La société Polyclinique Saint-François ne produit aucune pièce à l'appui de ce grief, sur lequel le salarié de son côté ne

donne aucune explication.

-La carence de M. [J] dans la gestion du dossier " [H] " :

La société Polyclinique Saint-François ne produit aucune pièce pour étayer ce grief, au sujet duquel M. [J] ne donne aucune explication.

-L'absence de régularisation au 1er janvier 2015 des coefficients et qualifications :

La société Polyclinique Saint-François ne développe aucune explication particulière sur ce point et ne produit aucune pièce susceptible d'étayer ce grief au sujet duquel le salarié ne formule aucune observation particulière.

-L'absence de modification des contrats de travail des cadres :

La société Polyclinique Saint-François produit plusieurs pièces (pièces n°21 à 23) dont il ressort que M. [Y] a, en vain, à plusieurs reprises au cours du mois d'octobre 2015, à réception des contrats de travail pour avis et signature, demandé au service des ressources humaines que la trame des contrats type soit revue en tenant compte des modifications qu'il avait suggérées notamment en matière de clause d'exclusivité et de confidentialité. M. [J] se borne sur ce sujet à faire valoir que les contrats type étaient adressés par le siège, ce qui est exact, mais n'empêchait pas le service des ressources humaines d'apporter à ces contrats les modifications sollicitées par le directeur de l'établissement.

-Les lacunes concernant le suivi du calendrier social :

-Il est reproché à M. [J] son laxisme concernant les obligations de l'employeur vis-à-vis du CHSCT, à l'origine de courriers recommandés de la part de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE), sa négligence dans le traitement de certaines statistiques, telles que la déclaration mensuelle obligatoire des mouvements de main-d'oeuvre, et encore dans la gestion des relations avec les services de la santé au travail, plus particulièrement s'agissant du suivi des visites médicales. Ces affirmations ne sont toutefois étayées par aucune pièce ;

-Il est reproché à M. [J] son manque de diligence pour la planification de la visite obligatoire de l'ingénieur en prévention des risques professionnels, Mme [O] : il est établi par les pièces produites (pièces n°23 et 24) que celle-ci a demandé à M. [J] dès le mois d'avril 2015 que soit arrêtée une date de visite, pour lui permettre de prendre connaissance de manière globale des spécificités de la clinique, dans la perspective ultérieure de l'établissement d'un calendrier plus détaillé service par service afin de réactualiser les fiches entreprises, qu'elle a elle-même reporté certains rendez-vous et qu'elle a obtenu en définitive un rendez-vous le 8 octobre 2015, que M. [J] ne conteste pas ne pas avoir honoré, et qui a été assuré par M. [Y] lui-même. M. [J] ne nie pas davantage ne pas avoir apporté de réponse au courriel de M. [Y] en date du 8 octobre 2015 lui demandant de fournir, pour le lendemain, certaines données relatives notamment aux accidents du travail et aux maladies professionnelles ;

-l'employeur donne encore dans ses écritures d'autres illustrations du manque de diligence reproché à M. [J] en matière de suivi social, en affirmant qu'il a délaissé de nombreux dossiers importants : toutefois, les volumineuses pièces produites (projet accord collectif inter-générationnel, projet de plan égalité homme/femme, bilan social, accord sur le temps de travail, mise en place de la base de données économiques et sociales), sans autre explication, notamment quant à la définition d'un calendrier ou la délivrance de consignes particulières adressées à M. [J] pour mener à bien ces différents chantiers d'importance, ne sont pas de nature à établir la pertinence des griefs formulés de manière très générale à son endroit;

-il est encore reproché à M. [J] sa responsabilité dans l'intervention du syndicat CGT suite à la rupture anticipée du contrat à durée déterminée signé par l'établissement avec Mme [T] :il sera observé toutefois que le courrier adressé par le syndicat le 20 décembre 2016 à l'hôpital concernait un contrat à durée déterminée signé en septembre 2016, alors que M. [J] a été licencié en décembre 2015.

- Les lacunes dans l'organisation de son travail :

Ce grief, d'ordre général, ne repose que sur les affirmations de l'employeur, étant observé que celui-ci reproche à M. [J] dans la lettre de licenciement de se retrancher derrière une surcharge de travail qu'il a pourtant lui-même mise en exergue dès le mois d'octobre 2014.

-Sur le retard du calendrier en matière de présentation du plan de formation :

Cette difficulté est pointée dans le compte rendu de la réunion du comité d'entreprise du 29 septembre 2015 au cours de laquelle il a été relevé que les échéances légales quant au plan de formation 2016 n'étaient pas respectées puisque l'ébauche du plan de formation 2016 aurait dû être communiquée aux élus du CE au plus tard le 9 septembre, la première réunion devant être tenue avant le 30 septembre. M. [J] ne formule aucune observation sur ce point particulier, mais met en avant de manière générale la surcharge de travail qui affectait le service RH.

-Sur les autres griefs :

L'employeur formule incidemment dans les motifs de la lettre de licenciement des accusations quant à l'attitude déloyale

de M. [J], qui aurait enregistré à l'insu de M. [Y] un entretien le 13 novembre 2015, et aurait encore procédé à un chantage en exigeant le versement de 300 000 euros sous 48 heures sous peine de poursuites judiciaires. Ces accusations, qui revêtent un caractère disciplinaire, ne reposent toutefois sur aucune pièce émanant de l'employeur, et ne sont pas commentées dans les écritures des parties.

Il ressort de ces explications que si certains faits énoncés dans la lettre de licenciement sont établis, (tels que l'erreur dans le versement de la gratification de 150 euros à une salariée, l'erreur de calcul dans le tableau de suivi ARHA, les difficultés à organiser un rendez-vous avec l'ingénieur en prévention des risques professionnels, l'absence de modification des contrats de travail type, le retard dans la préparation du plan de formation), ces éléments sont insuffisants pour caractériser l'incapacité de M. [J] à exécuter son travail de façon satisfaisante, alors qu'il n'est pas démontré qu'il faisait preuve de désorganisation, comme cela lui est reproché, mais qu'en revanche l'analyse de l'ensemble des éléments du dossier permet de constater qu'il travaillait dans un contexte tendu en raison d'une surcharge de travail importante, reconnue par l'employeur dès le mois d'octobre 2014, et encore pointée dans le cadre de la réunion du CE du 29 octobre 2014 au cours de laquelle ont été soulignés de manière plus générale les problèmes d'effectifs du service RH, et que face à cette situation, la réaction de l'employeur a été d'exiger de M. [J] de mener une réflexion sur de nombreux sujets dans un délai très court, sans émettre de son côté des propositions, notamment en termes de moyens, pour améliorer la situation.

Il apparaît dès lors que le licenciement prononcé dans ces conditions était dépourvu de cause réelle et sérieuse, et le jugement du conseil de prud'hommes doit en conséquence être infirmé.

M. [J] ne donne aucune information sur l'évolution de sa situation depuis son licenciement. Compte tenu de son âge, du salaire qu'il percevait au moment de la rupture du contrat travail, de son ancienneté au sein de l'entreprise, il lui sera lui alloué la somme de 30600 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en application de l'article L1235-3 du code du travail.

(?)

- Sur le remboursement des indemnités de chômage versées au salarié :

En application de l'article L1235-4 du code du travail, l'employeur devra rembourser à l'organisme Pôle Emploi les indemnités de chômage versées à M. [J], dans la limite de six mois d'indemnités.

- Sur les dépens et les frais irrépétibles :

La polyclinique Saint-François Saint-Antoine devra supporter les entiers dépens d'appel ce qui exclut qu'elle puisse bénéficier des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Il serait en revanche inéquitable de laisser M. [J] supporter l'intégralité des frais qu'il a dû exposer pour faire assurer la défense de ses intérêts. La SAS Polyclinique Saint-François Saint-Antoine sera condamnée à lui payer une indemnité de 1500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais exposés en cause d'appel » ;

1°) ALORS QUE constitue une insuffisance professionnelle l'incapacité du salarié à exécuter correctement les fonctions qui lui sont confiées, peu important la cause de cette incapacité dès lors qu'elle n'est pas étrangère au salarié ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que les faits reprochés au salarié pris d'une erreur dans le versement d'une gratification de 150 euros à une salariée, d'une erreur de calcul dans le tableau de suivi ARHA, de difficultés à organiser un rendez-vous avec l'ingénieur en prévention des risques professionnels, de l'absence de modification des contrats de travail types et d'un retard dans la préparation du plan de formation étaient établis ; qu'en jugeant ces faits insuffisants à caractériser l'incapacité du salarié à exécuter son travail de façon satisfaisante au motif inopérant qu'il n'était pas démontré que le salarié faisait preuve de désorganisation, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du code du travail, dans sa rédaction applicable en la cause ;

2°) ALORS QUE l'existence d'une surcharge de travail n'exclut pas nécessairement l'insuffisance professionnelle du salarié ; qu'en l'espèce, après avoir constaté que les faits reprochés au salarié pris d'une erreur dans le versement d'une gratification de 150 euros à une salariée, d'une erreur de calcul dans le tableau de suivi ARHA, de difficultés à organiser un rendez-vous avec l'ingénieur en prévention des risques professionnels, de l'absence de modification des contrats de travail types et d'un retard dans la préparation du plan de formation étaient établis, la cour d'appel a estimé qu'ils étaient insusceptibles de caractériser une insuffisance professionnelle dans la mesure où le salarié travaillait dans un contexte tendu en raison d'une surcharge de travail importante, reconnue par l'employeur dès le mois d'octobre 2014, et encore pointée dans le cadre de la réunion du CE du 29 octobre 2014 au cours de laquelle avaient été soulignés de manière plus générale les problèmes d'effectifs du service RH, et que face à cette situation, la réaction de l'employeur avait été d'exiger de M. [J] de mener une réflexion sur de nombreux sujets dans un délai très court, sans émettre de son

côté des propositions, notamment en termes de moyens, pour améliorer la situation ; qu'en statuant ainsi, sans faire ressortir en quoi la charge de travail à laquelle était confrontée le salarié et la réaction de l'employeur face à celle-ci étaient incompréhensibles avec une exécution satisfaisante du contrat par un salarié normalement diligent, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du code du travail, dans sa rédaction applicable en la cause ;

3°) ALORS QUE la cassation à intervenir de l'arrêt en ce qu'il a condamné l'employeur à payer au salarié des sommes au titre des heures supplémentaires s'étendra au chef de dispositif ayant dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse notamment à la faveur d'une supposée surcharge de travail, en application de l'article 624 du code de procédure civile.