

COUR D'APPEL

DE

VERSAILLES

Code nac : 80C

15e chambre

ARRÊT N°

CONTRADICTOIRE

DU 08 SEPTEMBRE 2022

N° RG 20/00459

N° Portalis DBV3-V-B7E-TYI6

AFFAIRE :

[V] [H]

C/

S.A.R.L. FINANCIERE UGUET

Décision déferée à la cour : Jugement rendu le 27 Janvier 2020 par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de Mantes la Jolie

N° Section : Encadrement

N° RG : 18/00227

Copies exécutoires et certifiées conformes délivrées à :

Me Avi BITTON

Me Baptiste LAMPIN

le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE HUIT SEPTEMBRE DEUX MILLE VINGT DEUX,

La cour d'appel de Versailles a rendu l'arrêt suivant, fixé initialement au 16 mars 2022, puis prorogé au 20 avril 2022, puis au 1er juin 2022, puis au 29 juin 2022, puis au 08 septembre 2022, les parties ayant été avisées, dans l'affaire entre :

Monsieur [V] [H]

né le 05 Avril 1966 à [Localité 9] (971)

de nationalité Française

[Adresse 2]

[Adresse 2]

Représentant : Me Avi BITTON de la SELARL AVI BITTON, Plaidant/Constitué, avocat au barreau de PARIS, vestiaire : P0339

APPELANT

S.A.R.L. FINANCIERE UGUET

N° SIRET : 500 462 445

[Adresse 1]

[Adresse 1]

Représentant : Me Baptiste LAMPIN, Plaidant/Constitué, avocat au barreau de PARIS, vestiaire : C1705

INTIMÉE

Composition de la cour :

En application des dispositions de l'article 805 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue à l'audience publique du 18 janvier 2022 les avocats des parties ne s'y étant pas opposés, devant Madame Régine CAPRA, Présidente chargée du rapport.

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

Madame Régine CAPRA, Présidente,

Monsieur Jean-Yves PINOY, Conseiller,

Madame Perrine ROBERT, Vice-président placé,

Greffier lors des débats : Madame Carine DJELLAL,

EXPOSE DU LITIGE

M. [V] [H] a été engagé à compter du 1er mars 2015 par la société holding Financière Uguet, dont M. [E] est le gérant et l'associé unique, en qualité de superviseur, catégorie cadre autonome, niveau V, échelon 2, moyennant une rémunération annuelle brute fixe forfaitaire de 54 400 euros pour 218 jours de travail par an, dont la journée de solidarité. Il supervisait à ce titre la gestion, l'organisation, l'animation et la direction de trois restaurants exploités sous la franchise Mc Donald's à [Localité 6], [Localité 8], [Localité 7].

Selon avenant en date du 17 décembre 2015, il lui a été confié à compter du 1er janvier 2016 les fonctions de directeur des opérations, catégorie cadre autonome, niveau V, échelon 2, moyennant une rémunération annuelle brute fixe forfaitaire de 61 773 euros pour 218 jours de travail par an, dont la journée de solidarité. A ce titre, il supervisait la gestion, l'organisation, l'animation et la direction de cinq restaurants exploités sous la franchise Mc Donald's à [Localité 6], [Localité 8], [Localité 7], [Localité 5] ou [Localité 4]. Il était principalement chargé de garantir la mise en performance globale des sociétés Sive 1, Sive 2, Diselere, CFH Drive et Valemi, dont la société Financière Uguet était la société holding et qui exploitaient chacune l'un de ces restaurants, de tendre vers une certaine homogénéité des résultats et des progrès dans tous les domaines de l'exploitation et d'être le vecteur d'un véritable dialogue social 'gagnant-gagnant' avec les partenaires sociaux. L'avenant stipulait qu'il avait un rôle de management auprès des directeurs des restaurants.

M. [H] était rémunéré sur la base d'un salaire mensuel brut forfaitaire de 5 151,36 euros et bénéficiait d'un avantage en nature véhicule évalué à la somme mensuelle brute de 591,03 euros.

Les relations entre la société Financière Uguet et M. [H] étaient soumises à convention collective nationale des sociétés financières.

Par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 6 novembre 2017, la société Financière Uguet a notifié à M. [H] une convocation à un entretien préalable à un éventuel licenciement fixé au 17 novembre 2017 ainsi qu'une mise à pied conservatoire.

M. [H] ayant été en arrêt de travail pour maladie au jour fixé, la société Financière Uguet a reporté la date de l'entretien préalable au 20 novembre 2017, puis au 4 décembre 2017.

Après tenue de l'entretien préalable à cette date, M. [H] a été licencié pour faute grave par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 19 décembre 2017.

La société Financière Uguet employait habituellement moins de 11 salariés au moment du licenciement.

Par requête reçue au greffe le 14 décembre 2018, M. [H] a saisi le conseil de prud'hommes de [Localité 8] afin de contester la rupture de son contrat de travail et demander le versement de diverses sommes.

Par jugement du 27 janvier 2020, auquel la cour renvoie pour l'exposé des demandes initiales des parties et de la procédure antérieure, le conseil de prud'hommes de [Localité 8] a :

- fixé à 5 982,25 euros brut la moyenne mensuelle en vertu des dispositions de l'article R.1454-28 du Code du travail ;
- débouté M. [H] de l'ensemble de ses demandes, à l'exception de la majoration de l'amende de 91 euros ;
- condamné la société Financière Uguet à verser à M. [H] la somme de 91 euros au titre de la majoration de l'amende ;
- dit que cette somme portera intérêts au taux légal à compter du 18 décembre 2018, date de la réception de la convocation devant le bureau de conciliation par la défenderesse, conformément à l'article 1231-6 du code civil ;
- rappelé que l'exécution est de droit à titre provisoire sur les créances salariales ;
- dit n'y avoir lieu à exécution provisoire, hormis les cas où elle est de droit ;
- débouté la société Financière Uguet de sa demande d'indemnité fondée sur l'article 700 du code de procédure civile ;
- dit que la société Financière Uguet supportera les entiers dépens qui comprendront les éventuels frais d'exécution.

M. [H] a interjeté appel de cette décision par déclaration au greffe du 18 février 2020.

Par dernières conclusions remises au greffe et notifiées par Rpva le 13 décembre 2021, auxquelles il est renvoyé pour l'exposé des moyens, M. [H] demande à la cour de :

- le déclarer recevable et bien fondé en son appel,
- infirmer le jugement attaqué en ce qu'il l'a débouté de l'ensemble de ses demandes à l'exception de sa demande au titre de la majoration de l'amende de 91 euros, et, statuant à nouveau, de :
- fixer son salaire mensuel brut des trois derniers mois à 5 982,25 euros,
- à titre principal, prononcer la nullité du licenciement et condamner la société Financière Uguet à lui verser la somme de 71 787 euros nets,
- à titre subsidiaire, de dire son licenciement sans cause réelle et sérieuse et de condamner la société Financière Uguet à lui verser la somme de 23 929 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- condamner la société Financière Uguet à lui verser les sommes suivantes :
- *8 375,15 euros au titre de l'indemnité légale/conventionnelle de licenciement,
- *17 946,75 euros au titre de l'indemnité compensatrice de préavis,
- *1 794,68 euros au titre des congés payés afférents,
- *7 776,92 euros à titre de rappel de salaires au titre de la mise à pied à titre conservatoire,
- *777,69 euros au titre des congés payés afférents,
- *10 000 euros nets pour manquements et irrégularités de la procédure de licenciement et notamment la présence d'une personne non salariée de la société Financière Uguet,
- *10 000 euros nets à titre de dommages et intérêts pour licenciement brutal et vexatoire et sans cause de justification ;
- constater l'inopposabilité ou prononcer la nullité de la convention de forfait-jours ;
- condamner la société Financière Uguet à lui payer les sommes suivantes :
- *83 165,52 euros à titre de rappel de salaires pour heures supplémentaires non rémunérées,
- *8 316,55 euros au titre des congés payés afférents,
- *35 893,50 euros au titre de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé,
- *15 000 euros net au titre de l'exécution déloyale du forfait-jours,
- *5 000 euros net à titre de dommages et intérêts pour violation de la législation sur le temps de travail, *8 520 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais de justice exposés en première instance et en appel ;
- condamner la société Financière Uguet à lui verser les intérêts au taux légal sur ces sommes, à compter de l'acte introductif d'instance et ordonner la capitalisation des intérêts dus pour une année entière ;

- condamner la société Financière Uguet aux dépens, en ce compris les frais de signification et d'exécution;
- confirmer le jugement en ce qu'il a condamné la société Financière Uguet à lui verser la somme de 91 euros au titre de la majoration de l'amende et a dit que cette somme portera intérêts au taux légal à compter du 18 décembre 2018, date de la réception de la convocation devant le bureau de conciliation par la défenderesse, conformément à l'article 1231-6 du code civil.

Par dernières conclusions remises au greffe et notifiées par Rpva le 5 août 2020, auxquelles il est renvoyé pour l'exposé des moyens, la société Financière Uguet demande à la cour de :

- la recevoir en ses conclusions et l'y déclarer bien fondée, et, en conséquence :
- débouter M. [H] de l'intégralité de ses demandes, comme étant irrecevables et mal fondées tant en droit qu'en fait,
- confirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions,
- y ajoutant, condamner M. [H] à lui payer la somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner M. [H] aux entiers dépens de l'instance.

La clôture de l'instruction a été prononcée le 15 décembre 2021.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur la convention de forfait-jours

M. [H] demande à la cour de constater l'inopposabilité ou de prononcer la nullité de la convention de forfait-jours.

Le salarié ne soulève toutefois aucun moyen susceptible d'entraîner la nullité de la convention de forfait.

A l'appui de sa demande tendant à l'inopposabilité de la convention de forfait-jours, il fait valoir qu'il n'a été soumis à

aucun moment à un suivi de sa charge de travail.

L'article L. 3121-46 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n°2008-789 du 20 août 2008, applicable jusqu'au 9 août 2016, dispose : 'Un entretien annuel individuel est organisé par l'employeur avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année. Il porte sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle, ainsi que sur la rémunération du salarié.'

L'article L. 3121-60 du code du travail créé par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, entré en vigueur le 10 août 2016, dispose que l'employeur s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail.

Il incombe à l'employeur de rapporter la preuve qu'il a mis en oeuvre les mesures destinées à assurer la protection de la santé et de la sécurité des salariés soumis au régime du forfait en jours.

Il n'est pas établi par la société Financière Uguet que, dans le cadre de l'exécution de la convention de forfait en jours, M. [H] a été soumis à un moment quelconque à un suivi de sa charge de travail. L'employeur ne justifie pas notamment de l'organisation d'un entretien annuel portant sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle, ainsi que sur la rémunération du salarié. Il s'en déduit que la convention de forfait en jours est sans effet, en sorte que le salarié, à qui elle n'est pas opposable, est en droit de solliciter le règlement des heures supplémentaires accomplies.

Sur les heures supplémentaires

A l'appui de sa demande en paiement de la somme de la somme de 83 165,52 euros à titre de rappel de salaires pour heures supplémentaires non rémunérées, M. [H] prétend que, travaillant régulièrement de 8h30/9h jusqu'à 21h, voire jusqu'à 23h00 et travaillant parfois toute la nuit, il a accompli au minimum 20 heures supplémentaires par semaine durant 45,6 semaines par an, au cours d'une période de 2 ans et 10 mois, soit du 1er mars 2015 au 31 octobre 2017, et fait valoir que ces heures supplémentaires doivent lui être rémunérées au taux horaire de 39,40 euros majoré de 25% pour les 8 premières heures supplémentaires hebdomadaires et de 50% pour les 12 heures supplémentaires hebdomadaires suivantes.

Aux termes de l'article L. 3171-2, alinéa 1er, du code du travail, lorsque tous les salariés occupés dans un service ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée du travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés. Selon l'article L. 3171-3 du même code, l'employeur tient à la disposition de l'inspecteur ou du contrôleur du travail (rédaction antérieure à celle issue de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016), ou, de l'agent de contrôle de l'inspection du travail mentionné à l'article L. 8112-1 (rédaction résultant de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016), les documents permettant de comptabiliser le temps de travail accompli par chaque salarié. La nature des documents et la durée pendant laquelle ils sont tenus à disposition sont déterminées par voie réglementaire.

Selon 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 les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction, après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.

Il résulte de ces dispositions qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

Selon l'article L. 3121-22 du code du travail, constituent des heures supplémentaires toutes les heures de travail effectuées au-delà de la durée hebdomadaire du travail fixée par l'article L. 3121-10 du code du travail ou de la durée considérée comme équivalente. Cette durée du travail hebdomadaire s'entend des heures de travail effectif et des temps assimilés.

Aux termes de l'article L. 3121-1 du code du travail, la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles.

Il résulte de l'article L. 3121-4 du code du travail que le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du travail n'est pas du temps de travail effectif et n'ouvre droit qu'à une contrepartie financière ou en repos s'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail.

M. [H] présente des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies. La société Financière Uguet, tenue d'assurer le contrôle des heures de travail effectuées, s'est abstenue, en violation de l'obligation qui lui était faite, de procéder à l'enregistrement de l'horaire accompli par le salarié et ne verse aucun élément de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par celui-ci. Il s'en déduit que la preuve de l'accomplissement d'heures supplémentaires est rapportée, dont il appartient à la cour d'évaluer l'importance.

Le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires accomplies, soit avec l'accord au moins implicite de l'employeur, soit s'il est établi que la réalisation de telles heures a été rendue nécessaire par les tâches qui lui ont été confiées.

Les tâches confiées à M. [H], qui a supervisé, en 2015, la gestion, l'organisation, l'animation et la direction de trois restaurants exploités sous la franchise Mc Donald's à [Localité 6], [Localité 8] et [Localité 7], puis à partir de 2016, la gestion, l'organisation, l'animation et la direction de cinq restaurants exploités sous la franchise Mc Donald's à [Localité 5], [Localité 4], [Localité 6], [Localité 8] et [Localité 7], ce dernier étant ouvert en outre 24h/24 les vendredi, samedi et dimanche à compter du 17 février 2017, rendaient nécessaire l'accomplissement d'heures de travail au-delà de 35 heures par semaine.

Seuls les éléments de rémunération dont les modalités de fixation permettent leur rattachement direct à l'activité personnelle du salarié devant être intégrés dans la base de calcul des majorations pour heures supplémentaires, le taux horaire de M. [H] sur lequel s'applique le taux de majoration de 25% ou de 50% pour le paiement des heures supplémentaires est le taux horaire applicable à la date à laquelle elles ont été effectuées et, par exemple, pour les heures supplémentaires effectuées en 2017, le taux de 33,964 euros (soit 5 151,36 euros /151,67 heures) et non le taux uniforme de 39,40 euros revendiqué par le salarié calculé sur la base de sa rémunération mensuelle brute moyenne des mois d'août à septembre 2017 qui inclut l'avantage en nature véhicule et une indemnité de congés payés supérieure à la retenue effectuée au titre de son absence pour congés payés.

Au vu de l'ensemble des éléments versés aux débats, il convient d'infirmier le jugement entrepris et de condamner la société Financière Uguet à payer à M. [H] la somme de 41 436,08 euros à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires ainsi que la somme de 4 143,61 euros au titre des congés payés afférents.

Sur l'indemnité pour travail dissimulé

La dissimulation d'emploi salarié prévue par l'article L. 8221-5 du code du travail n'est caractérisée que s'il est établi que l'employeur a, de manière intentionnelle, mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué.

Le caractère intentionnel du travail dissimulé ne peut se déduire de la seule constatation de l'inexécution par l'employeur de ses obligations de contrôle de la charge de travail du salarié privant d'effet de la convention individuelle de forfait.

Il n'est pas établi en l'espèce que la société Financière Uguet a, de manière intentionnelle, omis de mentionner sur les bulletins de salaire les heures réellement effectuées par M. [H]. Il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris ayant débouté le salarié de sa demande en paiement d'une indemnité pour travail dissimulé sur le fondement de l'article L. 8223-1 du code du travail.

Sur la violation de la législation sur le temps de travail

M. [H] soutient que la société Financière Uguet a violé les dispositions de l'article L. 3121-4 du code du travail fixant la durée légale du travail à 35 heures par semaine, les dispositions de L. 3121-20 du code du travail qui prévoient qu'au cours d'une même semaine, la durée maximale hebdomadaire de travail est de 48 heures ainsi que les dispositions de l'article L. 3121-18 du code du travail qui prévoient que la durée quotidienne de travail effectif ne peut excéder dix heures sauf exceptions limitativement énumérées.

L'article L. 3121-4 du code du travail, qui fixe la durée légale du travail à 35 heures par semaine, a pour effet de déterminer le seuil de déclenchement des heures supplémentaires. M. [H], qui a été ci-dessus rempli de ses droits à rémunération pour heures supplémentaires, ne rapporte pas la preuve d'un préjudice résultant en soi du dépassement de la durée légale du travail.

La preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne et des durées maximales de travail fixées par le droit interne incombe à l'employeur. La société Financière Uguet ne produit aucun élément permettant d'établir que, durant la période d'emploi de M. [H], la durée maximale hebdomadaire de travail et la durée quotidienne de travail effectif ont été respectées.

Le seul constat du dépassement de la durée maximale du travail ouvre droit à réparation. La cour fixe le préjudice subi par le salarié pour dépassement de la durée maximale du travail à 3 000 euros.

Il convient en conséquence d'infirmier le jugement entrepris et de condamner la société Financière Uguet à payer ladite somme à M. [H] à titre de dommages-intérêts de ce chef.

Sur l'exécution déloyale de la convention de forfait-jours

La société Financière Uguet qui ne justifie pas avoir organisé d'entretien portant sur la charge de travail de M. [H], ni avoir pris les dispositions nécessaires de nature à garantir que la charge de travail de celui-ci restait raisonnable et à assurer une bonne répartition, dans le temps, du travail et donc à assurer la protection de la santé du salarié, a manqué à son obligation d'exécution loyale du contrat de travail.

Toutefois, M. [H] ne rapportant pas la preuve que ce manquement de son employeur lui a causé un préjudice distinct de celui ci-dessus réparé par l'allocation de dommages-intérêts pour violation de la législation sur les durées maximales de travail, il convient de confirmer le jugement entrepris l'ayant débouté de sa demande de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail.

Sur la nullité du licenciement

La lettre de licenciement notifiée à M. [H] est rédigée comme suit :

'...Lors de cet entretien, auquel vous vous êtes présenté, les motifs qui nous ont amenés à envisager une mesure disciplinaire vous ont été exposés comme suit :

Perte de confiance due au dénigrement du dirigeant et violation de la clause de discrétion de votre contrat de travail

Ces faits se sont produits le 25/09/17, sur votre séquence de travail, et nous n'en avons eu connaissance que le 23/10/2017.

Lors de l'entretien préalable auquel nous vous avons convoqué, vous avez reconnu oralement et partiellement des faits fautifs qui vous étaient reprochés.

Votre comportement et votre insubordination sont intolérables et inacceptables.

Vous avez altéré la relation existant entre moi-même et un autre salarié, M. [Y], me présentant auprès de ce dernier comme incompetent, et inversement M. [Y] comme salarié manipulateur et non digne de confiance.

Vous étiez au courant que M. [Y] avait demandé de quitter l'entreprise par le biais d'une négociation transactionnelle.

Au vu de vos responsabilités de directeur des opérations, je vous informais constamment, et dans certains cas vous étiez présent, de l'évolution de la situation et vous étiez en total accord pour que M. [Y] quitte la société, et ce le plus rapidement possible, avec le minimum légal conventionnel.

Pourtant le 23/10/2017, à la suite de notre rendez-vous du 25/09/17 avec M. [U], vous avez indiqué qu'à ma place, vous auriez mieux et plus vite réglé cette transaction.

Vous avez indiqué à M. [Y] qu'à sa place vous quitteriez sans délai l'entreprise.

Vous saviez pourtant qu'une rupture transactionnelle était enclenchée entre M. [Y] et notre société, avec les rôles prédéfinis de chacun.

Bien plus, dans le cadre de ce processus, vous m'avez de nouveau fortement dénigré.

En tant que directeur des opérations, vous êtes censé représenter et défendre les intérêts de la société.

Or vous avez le 25/09/17 indiqué lors d'une conversation (conversation dont nous avons eu connaissance que le 23/10/17) avec M. [Y] qu'aux termes de cette transaction, il devrait et pouvait obtenir auprès de moi une somme supérieure à ce qui avait été convenu.

Vous avez indiqué qu'à ma place vous auriez réglé cette négociation en 24h, et non aux termes d'échanges par mails et de rencontres courtois et respectueux des droits de chacun.

Vous m'avez ainsi fait passer pour un mauvais négociateur qui plus est peu généreux.

Vous avez tenté de court-circuiter le rôle de M. [U], notre responsable des ressources humaines, en précisant que son

rôle n'était pas de converser avec M. [Y], et que cela était mon rôle, et que M. [U] s'empressait de me répéter vos dires, or vous étiez présent lors de l'entrevue du 25/09/17 au matin, entre M. [U] et moi-même.

Vous avez durant ces mois avec cet aboutissement du 25/09/17 joué un double jeu préjudiciable aux intérêts de l'entreprise pour laquelle vous travaillez. Durant le protocole transactionnel en cours de négociation, qui, à cet instant, n'était pas conclu, vous avez clairement exprimé, je cite : 'Penses à ta gueule, je te le dis du fond du coeur, penses à ta gueule.'

Cette attitude et ces propos sont corroborés par les attestations de Messieurs [J], [N], [S] et Mesdames [O], [D], [W], [R], [L].

J'ai ainsi à ce jour et à cause de vos agissements et dénigrement perdus une partie de mon autorité sur les salariés.

Ceci a créé une évidente perte de confiance à votre égard rendant impossible le maintien de votre présence dans l'entreprise.

Votre attitude est incorrecte et perturbe gravement et durablement le bon fonctionnement de la société.

En conséquence, et au regard des éléments repris ci-dessus, nous ne pouvons poursuivre notre collaboration et je vous notifie par la présente votre licenciement pour faute grave, sans préavis ni indemnité de licenciement...'

M. [H] soutient que son licenciement est nul comme reposant sur la violation des libertés fondamentales que constituent le droit au respect de la vie privée, la présomption d'innocence et le respect des droits de la défense.

-sur la violation du droit au respect de la vie privée

M. [H], qui soutient que son licenciement est nul comme reposant sur la violation du droit au respect de la vie privée, fait valoir que les propos qui lui sont reprochés dans la lettre de licenciement ne peuvent avoir été rapportés à M. [E] que par M. [Y] ou par l'enregistrement audio évoqué dans les attestations et que la lettre de licenciement cite précisément des propos qui lui sont prêtés comme provenant de l'enregistrement effectué : 'Penses à ta gueule, je te le dis du fond du coeur, penses à ta gueule.'

La lettre de licenciement, qui fixe les limites du litige, est exclusivement motivée par les propos tenus par M. [H] à M. [Y] lors d'une conversation du 25 septembre 2017.

A l'appui de ce grief, la société Financière Uguet, qui ne produit ni l'enregistrement audio que M. [Y] dit avoir fait de partie de sa conversation avec M. [H] du 25 septembre 2017, ni la retranscription de cet enregistrement, produit :

-en pièce 12 un écrit de M. [Y], directeur du restaurant Mc Donald de [Localité 6], à M. [A] [E] en date du 23 octobre 2017, qui rapporte la conversation qu'il a eue avec M. [H] le 25 septembre 2017 comme suit :

'Le 25/09/17, alors que nous sommes dans le restaurant de [Localité 6], M. [H] me propose de fumer une cigarette

durant ma pause, une fois que M. [E] et M. [U] soient partis de mon restaurant. S'en suit une conversation entre [V] et moi et j'entends des choses invraisemblables. Il me dit de penser qu'à ma gueule et plus à M. [E], il me dit de négocier une prime pour pallier celle que je n'avais pas eue en juillet en me précisant que j'aurais dû l'avoir et que lui voulait me la donner mais que M. [E] ne voulait pas, qu'il ne pouvait plus y avoir de travail entre M. [E] et moi, que c'était sans issue. Il déblatère tellement que je ne comprends plus, il me disait trop de choses négatives donc du coup je décide de protéger mes arrières et l'enregistrer car sans cette audio, je savais qu'on ne me croirait pas car lui-même m'avait dit que [A] ne me croyait plus. Il me dit que M. [E] n'est pas capable de résoudre la situation entre lui et moi alors que si c'était M. [H] qui s'occupait de la négociation, en 24h ce serait bouclé, que [A] n'est pas un vrai patron. Une fois la discussion terminée, nous rentrons à nouveau au restaurant et nous devons faire un point financier du restaurant. Assis tous les 2, ça sert à rien qu'on le fasse finalement car on sait tous les 2 que tu vas quitter la société.';

- en pièces 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 et 8, des attestations en date du 20 novembre 2017 de Mme [D], de M. [S], de Mme [L], de Mme [O], de Mme [W], de Mme [R], de M. [N] et de M. [J], qui n'ayant pas été personnellement témoins, le 25 septembre 2017, de la conversation que M. [H] a eu avec M. [Y] à [Localité 6], rapportent les propos de M. [H] portés à leur connaissance par l'écoute de l'enregistrement audio.

Si l'enregistrement clandestin d'une conversation à l'insu de l'auteur des propos invoqués constitue un procédé déloyal rendant ce moyen de preuve illicite, peu important que l'employeur ne soit pas l'auteur de cet enregistrement, il n'en résulte pas que le licenciement prononcé pour des propos tenus par un salarié lors d'une conversation de travail est nul au seul motif qu'ils ont fait l'objet d'un enregistrement clandestin.

Il est établi que M. [H], qui avait un rôle de management vis-à-vis de M. [Y], directeur du restaurant Mc Donald's de [Localité 6], n'était en contact avec celui-ci qu'en raison de son travail et que la conversation qu'il a eue avec lui le 25 septembre 2017 relevait de la relation de travail et non de la vie personnelle du directeur opérationnel. L'écrit de M. [Y] objet de la pièce 12 qui rapporte les propos que M. [H] lui a tenus dans le cadre de la relation de travail, qui repose sur le souvenir qu'il en a gardé et non sur l'enregistrement clandestin litigieux, ne caractérise ni une violation du droit de M. [H] au respect de sa vie privée, ni même un moyen de preuve illicite.

La société Financière Uguet fait valoir que les attestations qu'elle produit en pièces 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 et 8, ne constituent pas non plus un moyen de preuve illicite et qu'à supposer qu'elles le soient, elles sont néanmoins recevables en justice, la production de ces éléments étant indispensable à l'exercice de son droit à la preuve et l'atteinte aux droits du salarié strictement proportionnée au but poursuivi.

Les attestations produites par la société Financière Uguet en pièces 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 et 8, dans lesquelles des salariés rapportent des propos de M. [H], dont ils ont eu connaissance par l'écoute de l'enregistrement clandestin de la conversation de celui-ci avec M. [Y], constituent, comme l'enregistrement lui-même, un moyen de preuve illicite et la société Financière Uguet n'établit pas en quoi ces attestations sont indispensables à l'exercice de son droit à la preuve et que l'atteinte aux droits de M. [H] en résultant est strictement proportionnée au but poursuivi, alors qu'elle avait la possibilité de produire, outre l'écrit en date du 23 octobre 2017 émanant de M. [Y], une attestation de ce dernier rapportant en détail la conversation litigieuse. Toutefois, si l'utilisation de ces attestations en justice porte atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble et n'est donc pas recevable, le fait pour l'employeur d'évoquer ces attestations illicites dans la lettre de licenciement et d'en extraire une citation, n'est pas de nature à entraîner la

nullité du licenciement pour violation du respect de la vie privée du salarié.

- sur la violation de la présomption d'innocence et du respect des droits de la défense

M. [H], qui soutient que son licenciement est nul comme portant atteinte à la présomption d'innocence et au respect des droits de la défense, fait valoir qu'il lui a été impossible de se défendre lors de l'entretien préalable, pour avoir été mis devant le fait accompli et ne pas avoir pu préparer ses arguments pour réfuter les griefs et allégations de l'employeur.

Selon l'article L. 1232-2 du code du travail, l'employeur qui envisage de licencier un salarié le convoque, avant toute décision, à un entretien préalable.

Selon l'article R. 1232-1 du code du travail, la convocation à l'entretien préalable à un licenciement doit indiquer l'objet de cet entretien. Il en résulte que cette convocation doit contenir l'indication non équivoque qu'un licenciement est envisagé par l'employeur.

L'énonciation de l'objet de l'entretien dans la lettre de convocation adressée au salarié par l'employeur qui veut procéder à son licenciement et la tenue d'un entretien au cours duquel le salarié, qui a la faculté d'être assisté, peut se défendre contre les griefs formulés par son employeur, satisfait à l'exigence de loyauté et du respect des droits du salarié.

La lettre de convocation à entretien préalable adressée par la société Financière Uguet à M. [H] le 6 novembre 2011 informait expressément le salarié que son employeur envisageait de prendre à son égard une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement, la lettre adressée au salarié décalant la date de l'entretien préalable au 20 novembre 2017 en raison de l'arrêt de travail pour maladie de l'intéressé mentionnait que le report de la date de l'entretien ne remettait pas en cause la procédure disciplinaire engagée à son égard et la lettre adressée au salarié décalant la date de l'entretien préalable au 4 décembre 2017 mentionnait aussi que le report de la date de l'entretien ne remettait pas en cause la procédure disciplinaire engagée à son égard et rappelait que l'entretien était un entretien préalable en vue d'un licenciement. La preuve de la présence d'une personne étrangère à l'entreprise aux côtés de l'employeur lors de l'entretien préalable n'est pas rapportée. L'entretien préalable a été tenu régulièrement. Les droits de la défense n'ont donc pas été violés. Aucune nullité du licenciement n'est dès lors caractérisée.

Il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté M. [H] de sa demande en nullité du licenciement et en paiement d'une indemnité pour licenciement nul.

Sur le bien fondé du licenciement

Le licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs imputables au salarié et la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer une cause de licenciement, même quand elle repose sur des éléments objectifs. Seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur.

Le dénigrement du dirigeant de l'entreprise et la violation de l'obligation de discrétion énoncés dans la lettre de licenciement constituent des éléments objectifs précis et matériellement vérifiables, dont il appartient au juge de vérifier la réalité, le sérieux et la gravité.

Il ne résulte pas de la lettre de licenciement, qui fixe les limites du litige, que la société Financière Uguet ait invoqué à l'appui du licenciement de M. [H] d'autres éléments objectifs précis matériellement vérifiables que les propos qu'elle lui reproche d'avoir tenus à M. [Y] lors d'une conversation du 25 septembre 2017. Les attestations produites par l'employeur faisant état du comportement managérial inapproprié de M. [H], de son caractère manipulateur ou de son incompétence ne sont donc pas de nature à justifier le licenciement.

Si les attestations en date du 20 novembre 2017 de Mme [D], de M. [S], de Mme [L], de Mme [O], de Mme [W], de Mme [R], de M. [N] et de M. [J], qui se fondent sur l'écoute d'un enregistrement clandestin, ne peuvent être retenues comme constituant des moyens de preuve recevables en justice, l'écrit de M. [Y], qui ne repose pas sur cet enregistrement clandestin mais sur le souvenir gardé par l'intéressé de la conversation qu'il a eue avec M. [H] le 25 septembre 2017, constitue un moyen de preuve recevable en justice.

M. [H] soutient que les propos qui lui sont reprochés sont prescrits.

Aux termes de l'article L. 1332-4 du code du travail, aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales.

La convocation du salarié à un entretien préalable a pour effet d'interrompre le délai de prescription de deux mois prévu à l'article L. 1332-4 du code du travail et de faire courir un nouveau délai de deux mois à compter de cette date.

Les faits reprochés à M. [H] dans la lettre de licenciement datant du 25 septembre 2017, étant antérieurs de moins de deux mois à l'engagement de la procédure de licenciement, qui résulte de la convocation à entretien préalable adressée par la société Financière Uguet au salarié le 6 novembre 2017, ces faits ne sont pas prescrits.

M. [H] conteste les propos qui lui sont reprochés.

La preuve est libre en matière prud'homale.

En l'absence d'élément sérieux de nature à en remettre en cause la sincérité de son auteur et la véracité des faits qu'il rapporte, il est établi par le document écrit rédigé par M. [Y] à l'intention de M. [E], produit en pièce 12, que M. [H] a dit à ce salarié :

- de ne penser qu'à ses propres intérêts et de ne plus penser à M. [E], l'engageant à négocier une prime pour pallier celle qu'il n'a pas eue en juillet ; qu'il aurait dû avoir une prime en juillet, que lui voulait la lui donner mais que M. [E] ne voulait pas;
- qu'il ne pouvait plus y avoir de travail entre M. [E] et l'intéressé, que c'était sans issue ;
- que M. [E] n'était pas capable de résoudre la situation, alors que si c'était M. [H] qui s'occupait de la négociation, ce serait bouclé en 24h, que [A] n'était pas un vrai patron.

Ces propos caractérisent un dénigrement du dirigeant propre à compromettre les intérêts de l'entreprise en créant des dissensions entre le directeur du restaurant et lui, de nature à rendre la conclusion d'une rupture conventionnelle plus difficile.

Ils caractérisent également une violation de l'article 6 de l'avenant au contrat de travail de M. [H], qui stipule une clause de discrétion aux termes de laquelle il s'engage à faire preuve de la discrétion la plus absolue pour tout ce qui a trait à l'activité de la société et de ses partenaires et dont il pourrait avoir connaissance dans l'exercice de ses fonctions et ce, en tout domaine, cette obligation de discrétion jouant tant à l'égard des tiers que des autres salariés de la société et aux termes de laquelle le respect de cette clause est un élément déterminant du contrat.

La commission d'un fait fautif isolé peut justifier un licenciement, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait donné lieu à un avertissement préalable.

Les faits de dénigrement et de violation de l'obligation de discrétion commis par M. [H] constituent, eu égard à la qualité de directeur opérationnel de la société Financière Uguet de l'intéressé et à l'importance des responsabilités qui lui étaient confiées vis-à-vis du personnel des restaurants, peu important l'absence d'avertissement antérieur, une faute d'une gravité telle qu'elle rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et justifiait tant la mise à pied conservatoire que la cessation immédiate du contrat de travail à l'issue de la procédure de licenciement. Le licenciement du salarié pour faute grave était dès lors justifié. C'est en conséquence à tort que le salarié prétend que la véritable cause de son licenciement était économique, ce qu'il n'établit d'ailleurs pas.

Le licenciement étant fondé et la faute grave commise justifiant la mise à pied conservatoire notifiée au salarié le 6 novembre 2017 et la privation des indemnités de rupture, il convient de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté M. [H] de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de sa demande de rappel de salaire pour la période de mise à pied conservatoire et de congés payés afférents, d'indemnité compensatrice de préavis et de congés payés afférents et d'indemnité de licenciement.

Sur la régularité de la procédure de licenciement

M. [H], qui affirme que lors de l'entretien préalable, l'employeur était assisté de M. [U], qui n'était pas salarié de la société Financière Uguet, ne rapporte pas la preuve de la présence de M. [U] lors de cet entretien. Il y a lieu de relever au surplus que si celui-ci n'était pas salarié de la société Financière Uguet, il était salarié de la société du groupe exploitant le restaurant Mc Donald de [Localité 6]. Aucune irrégularité n'est établie à cet égard.

L'article R. 1232-1 dispose :

'La lettre de convocation prévue à l'article L. 1232-2 indique l'objet de l'entretien entre le salarié et l'employeur.

Elle précise la date, l'heure et le lieu de cet entretien.

Elle rappelle que le salarié peut se faire assister pour cet entretien par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, en l'absence d'institutions représentatives dans l'entreprise, par un conseiller du salarié.'

Si les convocations à entretien préalable adressées par la société Financière Uguet à M. [H] fixant l'entretien au 17 novembre 2017 et le reportant au 20 novembre 2017, mentionnaient uniquement la possibilité pour M. [H] de se faire assister lors de cet entretien par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, mais ne mentionnaient pas la possibilité pour le salarié de se faire assister lors de l'entretien préalable d'un conseiller du salarié, alors que la société Financière Uguet n'était pas dotée d'institutions représentatives du personnel, la convocation à entretien préalable adressée à M. [H] reportant cet entretien au 4 décembre 2017 mentionnait qu'il avait la possibilité de se faire assister lors de cet entretien par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou par un représentant des salariés inscrit sur les listes départementales consultables à l'inspection du travail-[Adresse 3]-ou à la mairie de son domicile ou du lieu de travail, en visant les articles R 1232-1 et D 1232-5 du code du travail.

Si cette convocation était irrégulière comme ne mentionnant pas l'adresse de la mairie de son domicile et l'adresse de la mairie de son lieu de travail où la liste des conseillers du salarié était consultable, il n'est pas établi que M. [H] a été empêché de ce fait de se faire assister par un conseiller du salarié. L'intéressé, qui affirme que l'employeur était quant à lui assisté de M. [U], de sorte que l'équilibre des forces en présence aurait été rompu, n'en rapporte pas la preuve.

M. [H] ne rapportant pas la preuve du préjudice résultant pour lui de l'irrégularité tenant à l'absence dans la convocation à entretien préalable de l'adresse de la mairie de son domicile ou de son lieu de travail, il convient de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il l'a débouté de sa demande de dommages-intérêts pour non-respect de la procédure de

licenciement.

Sur le caractère brutal et vexatoire du licenciement

M. [H] ne rapporte pas la preuve de circonstances du licenciement caractérisant un comportement fautif de l'employeur lui ayant causé un préjudice distinct de la perte, justifiée, de son emploi. Il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris en de qu'il a débouté M. [H] de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement brutal et vexatoire.

Sur les intérêts des sommes allouées

Les créances salariales allouées par le présent arrêt produisent de plein droit intérêts au taux légal à compter de la réception par l'employeur de la lettre le convoquant devant le bureau de conciliation et d'orientation et les créances indemnitaires à compter du prononcé du présent arrêt.

Il y a lieu d'ordonner la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1343-2 du code civil.

Sur les dépens et l'indemnité de procédure

La société Financière Uguet qui succombe en partie à l'instance, sera condamnée aux dépens de première instance et d'appel. Elle sera déboutée de sa demande d'indemnité fondée sur l'article 700 du code de procédure civile et elle devra verser la somme de 3 000 euros à M. [H] pour les frais irrépétibles qu'il a exposés.

PAR CES MOTIFS :

La COUR,

Statuant par arrêt CONTRADICTOIRE,

Infirmes partiellement le jugement du conseil de prud'hommes de [Localité 8] en date du 27 janvier 2020 et statuant à nouveau sur les chefs infirmés :

Dit que la convention de forfait en jours sur l'année est inopposable à M. [V] [H] ;

Condamne la société Financière Uguet à payer à M. [V] [H] les sommes suivantes :

*41 436,08 euros à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires,

*4 143,61 euros au titre des congés payés afférents,

*3 000 euros net à titre de dommages et intérêts pour violation de la législation sur le temps de travail,

Dit que les créances salariales produisent intérêts au taux légal à compter de la réception par l'employeur de la lettre le convoquant devant le bureau de conciliation et d'orientation et les créances indemnitaires à compter du prononcé du présent arrêt,

Ordonne la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1343-2 du code civil,

Confirme pour le surplus, dans les limites de l'appel, les dispositions non contraires du jugement entrepris ;

Y ajoutant :

Condamne la société Financière Uguet à payer à M. [V] [H] la somme de 3 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile,

Déboute la société Financière Uguet de sa demande d'indemnité fondée sur l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la société Financière Uguet aux dépens d'appel.

Prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement

avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

Signé par Madame Régine CAPRA, Présidente et par Madame Sophie RIVIERE, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

LE GREFFIER, LA PRÉSIDENTE,