

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

Chambre 4-1

ARRÊT AU FOND

DU 09 JUIN 2023

N° 2023/193

Jonction avec dossier

RG: 19/19165

Rôle N° RG 20/12387 - N° Portalis DBVB-V-B7E-BGULR

[H] [X]

C/

Association OLYMPIQUE DE MARSEILLE

SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE

Copie exécutoire délivrée

le :

09 JUIN 2023

à :

Me Léa TALRICH, avocat au barreau de MARSEILLE

Me Joseph MAGNAN, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

Décisions déferées à la Cour :

Jugement du Conseil de Prud'hommes de MARSEILLE en date du 03 décembre 2019 et jugement du Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de MARSEILLE - en date du 07 Décembre 2020 enregistré au répertoire général sous le n° 20/00815.

APPELANT

Monsieur [H] [X], demeurant [Adresse 1]

représenté par Me Léa TALRICH, avocat au barreau de MARSEILLE

INTIMEES

Association OLYMPIQUE DE MARSEILLE prise en la personne de son représentant légal en exercice domicilié en cette qualité audit siège , demeurant [Adresse 3]

représentée par Me Joseph MAGNAN, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

Société OLYMPIQUE DE MARSEILLE Société Anonyme Sportive Professionnelle, prise en la personne de son représentant légal en exercice domicilié en cette qualité audit siège , demeurant [Adresse 2]

représentée par Me Joseph MAGNAN, avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions des articles 804 et 805 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 13 Février 2023, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Madame Stéphanie BOUZIGE, Conseiller, chargé du rapport, qui a fait un rapport oral à l'audience, avant les plaidoiries.

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

Madame Ghislaine POIRINE, Conseiller faisant fonction de Président

Madame Stéphanie BOUZIGE, Conseiller

Madame Emmanuelle CASINI, Conseiller

Greffier lors des débats : Monsieur Kamel BENKHIRA

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 09 Juin 2023.

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 09 Juin 2023

Signé par Madame Ghislaine POIRINE, Conseiller faisant fonction de Président, et Monsieur Kamel BENKHIRA, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Monsieur [H] [X] a été engagé par l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE suivant contrat de travail à durée indéterminée du 27 décembre 2006, en qualité de chauffeur.

Monsieur [X] a été en arrêt de travail du 28 octobre 2017 au 3 décembre 2017 puis à compter du 21 février 2018.

Par requête du 19 février 2018, Monsieur [X] a saisi le conseil de prud'hommes de Marseille, à l'encontre de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE, aux fins de voir prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur.

Le 1er avril 2018, le contrat de travail de Monsieur [X] a été transféré à la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE dans le cadre des dispositions de l'article L.1224-1 du code du travail.

Par courrier du 7 août 2018, adressé au greffe du conseil de prud'hommes, le conseil de Monsieur [X] a sollicité la mise en cause de la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE.

Le 31 janvier 2019, le médecin du travail a déclaré Monsieur [X] inapte à son poste et a dispensé l'employeur de son obligation de reclassement.

Par courrier du 6 mars 2019, Monsieur [X] a été licencié par la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE pour inaptitude et impossibilité de reclassement.

Par jugement du 3 décembre 2019, rendu entre Monsieur [X] et la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE, le conseil de prud'hommes a dit la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail non justifiée, en conséquence, a débouté Monsieur [X] de l'ensemble de ses demandes, a débouté la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile et a mis les dépens à la charge de Monsieur [X].

Monsieur [H] [X] a interjeté appel, par déclaration d'appel du 9 décembre 2019, du jugement rendu le 3 décembre 2019 par le conseil de prud'hommes de Marseille.

Il a mentionné, dans sa déclaration d'appel, comme intimée l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE, laquelle a constitué avocat le 24 janvier 2020.

L'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE a saisi le conseiller de la mise en état, par conclusions d'incident notifiées par RPVA le 3 juin 2020, d'une demande de voir juger irrecevables les appels dirigés contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et de voir juger irrecevables les demandes dirigées contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE.

Suivant ordonnance du 18 décembre 2020, le conseiller de la mise en état a :

- ordonné la jonction des procédures d'appel numéros 19/18722 et 19/19165, sous le numéro 19/19165.
- constaté l'irrecevabilité des conclusions d'appel n° 2 de Monsieur [X] en ce qu'elles sont dirigées contre la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE, qui n'est pas intimée.
- ordonné le sursis à statuer quant à la demande incidente relative à l'irrecevabilité de l'appel de Monsieur [X] dirigé contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE, jusqu' au prononcé du jugement du conseil de prud'hommes de Marseille saisi d'une demande en omission de statuer.

Précédemment, par requête du 28 mai 2020, Monsieur [X] avait saisi le conseil de prud'hommes d'une requête en omission de statuer en ce que le conseil de prud'hommes a omis de statuer sur les demandes qu'il avait formées à l'encontre de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE.

Par jugement du 7 décembre 2020, le conseil de prud'hommes a débouté Monsieur [X] de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions et l'a condamné aux dépens.

Par déclaration du 11 décembre 2020, Monsieur [X] a interjeté appel du jugement rendu par le conseil de prud'hommes le 7 décembre 2020. L'affaire a été enrôlée sous le numéro 20/12387.

Suivant dernières conclusions notifiées par voie électronique le 14 juin 2021, dirigées contre la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE et l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et au visa des enrôlements , Monsieur [X] demande à la cour de :

- débouter l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE de l'ensemble de leurs demandes, fins et conclusions.
- dire et juger le présent appel recevable, soutenu, et fondé.
- confirmer le jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Marseille le 7 décembre 2020 en ce qu'il a débouté la

SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE et l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE de leurs demandes reconventionnelles.

- l'infirmier pour le surplus, et, la cour statuant de nouveau :
 - constater l'absence de fourniture de travail.
 - constater la modification unilatérale du contrat de travail.
 - constater le harcèlement moral.
 - constater la violation de l'obligation de sécurité de résultat.
 - en conséquence, prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail de Monsieur [X] aux torts de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et de la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE au jour du licenciement intervenu, soit le 6 mars 2019.
 - lui faire produire les effets d'un licenciement nul, ou, subsidiairement, dépourvu de cause réelle et sérieuse.
 - condamner, en conséquence solidairement l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE, à verser au salarié les sommes suivantes :
- * 4.813,50 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis.
 - * 481,35 € à titre de congés payé y afférents.
 - * 43.321,50 € à titre de dommages-intérêts pour résiliation judiciaire du contrat produisant les effets d'un licenciement nul, ou subsidiairement dépourvu de cause réelle et sérieuse,
 - * 14.440,50 € à titre de dommages-intérêts pour harcèlement moral et violation de l'obligation de sécurité de résultat.
 - * 7.220,25 € à titre de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail.
- ordonner la remise de documents de fin de contrat (certificat de travail, attestation pôle emploi, solde de tout compte) conformément à la décision à intervenir, sous astreinte de 100 € par jour de retard à compter de la notification de ladite décision.
 - dire et juger que les condamnations porteront intérêts au taux légal à compter de la saisine du conseil de prud'hommes.
 - ordonner la capitalisation des intérêts.
 - condamner solidairement l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE à verser à Monsieur [X] la somme de 2.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, outre les entiers dépens pour la première instance.
 - condamner solidairement l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE à verser à Monsieur [H] [X] la somme de 2.500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, outre les entiers dépens, pour la procédure d'appel.

Suivant dernières conclusions notifiées par voie électronique le 14 mai 2021, l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE demandent à la cour de :

- vu les articles 462 et suivants du code de procédure civile, vu l'appel formé contre le jugement du 3 décembre 2019 uniquement à l'encontre de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE, enrôlé sous le RG 19/19165, vu l'appel formé contre le jugement statuant sur omission de statuer rendu le 7 décembre 2020.
- dire et juger irrecevable la demande en omission de statuer dirigée contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE qui est partie à l'appel du jugement du 3 décembre 2019 enrôlé sous le RG 19/19165.
- dire et juger irrecevables les demandes nouvelles en cause d'appel formées contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE.
- confirmer le jugement rendu par le conseil de prud'hommes de Marseille qui a débouté Monsieur [X] de sa demande en omission de statuer contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE.

A titre subsidiaire, si par extraordinaire la cour considérait que le conseil de prud'hommes n'avait pas statué dans son jugement du 3 décembre 2019 sur les demandes formées par Monsieur [X] à l'encontre de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE ou de la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE :

- dire et juger que la demande de résiliation judiciaire est non justifiée et débouter Monsieur [X] de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions.
- déclarer Monsieur [X] mal fondé en toutes ses demandes et l'en débouter.

En tous les cas,

- réformer le jugement concernant la demande formée au titre de l'article 700 du code de procédure civile et condamner Monsieur [X] à payer la somme de 5.000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.
- condamner Monsieur [X] aux entiers dépens, ceux d'appel distraits au profit de Maître Joseph MAGNAN.

MOTIFS DE LA DÉCISION

1. Sur la procédure

L'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE concluent, à titre principal, à la confirmation du jugement ayant débouté l'appelant de sa requête en omission de statuer en ce que :

- du fait de l'appel, le conseil de prud'hommes ne pouvait plus être saisi d'une requête présentée au visa de l'article 463 du code de procédure civile et tous les points du litige soumis au conseil avaient été déférés à la connaissance de la cour à laquelle il revient de statuer à nouveau et de réparer les omissions éventuelles de la précédente juridiction.

- en tout état de cause, le conseil de prud'hommes a refusé de faire droit à la requête en omission en ce que l'appelant lui demandait de rectifier une omission commise par Monsieur [X] lui-même. Ce sont effectivement les propres écritures du demandeur qui étaient entachées d'une erreur en ce qu'elles étaient au nom de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et étaient silencieuses sur la présence de la SASP (l'employeur), qui a toutefois justement été mentionnée par le jugement et qui avait été appelée en la cause par le demandeur.

Monsieur [X] ne peut soutenir que le jugement n'aurait pas statué sur ses demandes formées contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE alors qu'aucune demande n'était et ne pouvait être sollicitée contre l'association, puisque toutes les prétentions portaient sur les conséquences de l'imputabilité d'une rupture du contrat qui ne peut concerner que l'employeur, c'est à dire nécessairement la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE.

- le second appel, formé plus de douze mois après le jugement du 3 décembre 2019 ayant statué au fond, ne permettant pas de régulariser l'appel initial et de permettre de soutenir des demandes au fond, d'autant que l'omission de statuer, contrairement à ce qui est injustement conclu, n'a pas été accordée.

Le jugement du 7 décembre 2020 ne peut être éventuellement critiqué que sur la seule question tirée de l'omission de statuer, mais pas sur le fond du dossier qui n'a pas été évoqué par devant la juridiction lors des débats.

La Cour constatera que l'appel contre le jugement n'est pas soutenu en l'absence de moyens développés contre les chefs du jugement ayant rejeté la requête en omission, sauf à méconnaître toutes les règles procédurales en matière d'appel et permettre de régulariser et conclure au fond un appel irrecevable et hors délai, par le seul fait de la voie d'une demande d'omission de statuer.

L'appel interjeté par Monsieur [X], dans le cadre de cette instance, ne peut donc porter que sur la question d'omission de statuer et son recours ne peut avoir pour effet de remettre en cause l'intégralité d'un autre jugement et de présenter des nouvelles demandes au fond, du fait du caractère limitatif de l'effet dévolutif du second appel.

Les moyens développés par l'appelant notamment relatifs à sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail n'ont pas été soulevés en première instance et n'ont pas été débattus devant les premiers juges.

Toutes ces nouvelles demandes sont donc irrecevables.

Il sera prononcé une fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité des demandes nouvelles en cause d'appel.

Monsieur [X] fait valoir que la décision rectificative, rendue sur requête en omission de statuer, est mentionnée sur la minute et les expéditions du jugement complété et est soumise aux mêmes voies de recours que le jugement modifié. Le jugement du conseil de prud'hommes du 7 décembre 2020 l'a débouté à l'encontre des deux structures et a régularisé ainsi l'omission de statuer fait corps avec le jugement rendu le 3 décembre 2019, dont l'appel est pendant devant la présente juridiction. Il a interjeté appel du jugement, par déclaration d'appel du 11 décembre 2020 n° 20/10498, pour contester, non pas la rectification de l'omission de statuer qu'il a lui-même sollicitée mais le débouté, sur le fond, de ses demandes à l'encontre des deux employeurs. La Cour constatera que la fin de non-recevoir soulevée par les intimées est irrecevable.

Il ressort des éléments du dossier que Monsieur [X] a saisi le conseil de prud'hommes par requête du 19 février 2018 de demandes dirigées contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE.

Suite au transfert de son contrat de travail intervenu le 1er avril 2018, Monsieur [X] a sollicité, par courrier du 7 août 2018, la mise en cause de la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE, laquelle a été convoquée devant le bureau de conciliation et d'orientation le jour-même.

Dès lors qu'il ne ressort d'aucun des éléments de la procédure que Monsieur [X] se soit désisté de ses demandes à l'encontre de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE ou qu'une décision du conseil de prud'hommes ait mis hors de la cause l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE, cette dernière est toujours partie à l'instance et devait donc figurer, en cette qualité, dans le jugement du 3 décembre 2019, le conseil de prud'hommes devant, en conséquence, statuer sur les demandes du salarié dirigées contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE.

Aux termes de l'article 547 du code de procédure civile, l'appel ne peut être dirigé que contre ceux qui ont été parties en première instance. Il convient d'en déduire que l'appel du 9 décembre 2019 dirigée contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE est recevable comme dirigée contre une partie à la première instance.

Dans ses dernières écritures n°4 déposées et visées par le greffier à l'audience du 3 septembre 2019, Monsieur [X] a dirigé ses demandes exclusivement à l'encontre de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE. Le conseil de prud'hommes, qui a tranché le litige à l'encontre de la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE, a bien omis de statuer sur les demandes dirigées contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE dont il était toujours saisi.

Monsieur [X] était en droit de solliciter la rectification de cette omission. L'appel étant une voie de réformation ou d'annulation et non de complément ou de retranchement, la cour ne pouvait examiner une demande tendant exclusivement à réparer une omission de statuer imputée aux premiers juges sans porter atteinte au principe du double degré de juridiction. C'est donc à bon droit que Monsieur [X] a saisi le 28 mai 2020 le conseil de prud'hommes d'une requête en omission de statuer en ce que le conseil de prud'hommes avait omis de statuer, dans son jugement du 3 décembre 2019, sur les demandes formulées à l'encontre de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE. La requête en omission de statuer, présentée devant le conseil de prud'hommes, était donc recevable.

Il ressort du jugement du 7 décembre 2020 statuant sur la requête en omission, que le conseil de prud'hommes a bien retenu sa compétence et, au fond, a débouté Monsieur [X] de l'ensemble de ses demandes.

La décision rendue par le conseil de prud'hommes le 7 décembre 2020, statuant sur l'omission de statuer, est mentionnée sur la minute et sur les expéditions du jugement du 3 décembre 2019. Elle est notifiée comme le jugement et donne ouverture aux mêmes voies de recours que celui-ci. En critiquant, dans la déclaration d'appel du 11 décembre 2020 et dans ses conclusions, les chefs du jugement qui l'ont débouté de ses demandes au fond, Monsieur [X] soutient bien son appel.

Dans ce contexte, il est d'une bonne administration de la justice de joindre les procédures enrôlées sous les numéros 19/19165 et 20/12387, sous le numéro 20/12387.

Dans la déclaration d'appel du 11 décembre 2020 à l'encontre du jugement du 7 décembre 2020, Monsieur [X] demande l'infirmité du jugement et, statuant à nouveau, la condamnation solidaire de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE.

Or, dès lors que dans ses dernières écritures n°4 déposées et visées par le greffier du conseil de prud'hommes à l'audience du 3 septembre 2019, Monsieur [X] n'a pas demandé la condamnation de la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE, qu'il ne ressort pas des notes d'audience du 3 septembre 2019 que Monsieur [X] ait modifié oralement ses demandes écrites en sollicitant une condamnation solidaire de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE et la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE, et que ni la déclaration d'appel du 9 décembre 2019 ni la requête en omission ne demandent au juge de se prononcer sur une condamnation solidaire, l'effet dévolutif de l'appel se trouve limité aux chefs des jugements critiqués par l'appelant, à savoir l'avoir débouté de ses demandes dirigées contre l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE.

Alors que Monsieur [X] n'a jamais demandé la condamnation de la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE, cette demande, figurant pour la première fois dans ses dernières conclusions d'appelant du 14 juin 2021 constitue une demande nouvelle dont la recevabilité est contestée par la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE et par l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE. Monsieur [X] ne soutenant pas en droit la recevabilité de cette demande nouvelle, il convient de la déclarer irrecevable au visa de l'article 564 du code de procédure civile.

2. Sur le fond

Sur la demande de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail

Monsieur [X] invoque une modification unilatérale par l'employeur de ses tâches en ce que depuis son embauche, le 27 décembre 2006, il a exercé les fonctions de chauffeur au sein de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE. Le 1er août 2017, cette dernière a décidé de transférer l'activité de chauffeur à un prestataire de service, la société AZUR EVASION, et lui a proposé de conclure un contrat de travail avec cette société. Il a refusé le transfert de son contrat de travail car le contrat proposé modifiait radicalement les clauses contractuelles initiales. Il a été en arrêt de travail et lors de sa reprise, l'employeur l'a dispensé d'activité jusqu'à la visite médicale de reprise qui s'est tenue le 7 décembre 2017 et à l'issue de laquelle il a été déclaré apte. L'employeur l'a de nouveau dispensé de travail et par courrier du 12 décembre 2017, il a été contraint de le mettre en mesure de reprendre ses fonctions.

Monsieur [X] explique qu'il travaillait jusque-là selon des plannings individualisés et variables, remis en main propre en début de semaine pour la semaine suivante et qui démontrent qu'il effectuait des tournées programmées pour accompagner les joueurs entre le lycée, l'internat et la commanderie. A cette fin, il conduisait un bus et réceptionnait et déposait les joueurs. Les durées des journées de travail étant plus importantes que celles prévues contractuellement, les

plannings prévoyaient des heures de « mise à disposition », pendant lesquelles les salariés pouvaient vaquer à leurs occupations personnelles.

A compter de décembre 2017, ses tâches consistaient, non plus à effectuer des tournées pour déposer les joueurs selon des rythmes fixes, mais de se tenir à la disposition des intendants et attendre auprès de ces derniers qu'ils aient une course à faire (accompagner un joueur chez le médecin, le dentiste, aller acheter de l'eau etc...).

Monsieur [X] soutient qu'en réalité, l'employeur, qui ne savait que faire de lui, l'a affecté à des tâches radicalement différentes dans l'attente qu'il cède, le maintenant dans une inactivité latente. L'employeur ne lui a jamais proposé de modifications ou de nouvelle affectation. Il s'est contenté de l'épuiser pour le pousser à quitter l'entreprise.

Alors que l'employeur affirme qu'il ne s'agirait que d'une simple modification d'horaires relevant de son pouvoir décisionnel, Monsieur [X] réplique qu'il convient de tenir compte des plannings hebdomadaires qu'il produit qui démontrent des trajets systématiques et réguliers et les trajets entrecoupés de temps non travaillé au cours desquelles il était libre de vaquer à ses occupations et de se rendre à domicile. Il s'agit donc « d'horaires discontinus et variables » et si, tel n'avait pas été le cas, il aurait subi, quotidiennement, une amplitude de travail continu de 11 heures minimum, pendant 5 jours continus, sans déclaration ni rémunération des heures supplémentaires. Or, la proposition de l'employeur d'un travail prévoyant un horaire fixe et continu de 9 heures à 12 heures et 14 heures à 18 heures constitue un horaire fixe, et continu et cette modification relève d'une modification substantielle du contrat de travail.

Il soutient que les nouvelles tâches sont, tant dans leur contenu, dans leur mode de réalisation, que dans la hiérarchie les ordonnant, radicalement différentes de celles exécutées depuis son embauche.

L'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE réplique que Monsieur [X] a été embauché en qualité de chauffeur à compter du 3 janvier 2007 et exerce ses fonctions depuis plus de 11 ans au sein de l'association qui est attachée à un club sportif professionnel, dont les activités sont diverses en fonction des besoins (déplacements des équipes, du matériel, des pensionnaires du centre de formation, des familles, des personnalités, des sponsors etc) mais dont le transport n'est pas une activité permanente, de sorte qu'il arrive fréquemment que les chauffeurs aient des périodes d'inactivité dans l'attente des courses à faire. Il est exact que l'association a décidé d'externaliser une partie de son activité de transport pour la confier à la société VOYAGES ARNAUD et a proposé à Monsieur [X] d'intégrer les effectifs de cette dernière. Monsieur [X] a refusé cette proposition et il est donc resté salarié de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE.

Monsieur [X] n'a jamais été affecté à un poste qui exigeait de sa part des transports continus, tout au long de la journée et le fait d'attendre la fin d'un rendez-vous médical ou que des courses lui soient confiées conformément à ses attributions contractuelles, correspondaient parfaitement aux tâches attendues.

Le simple fait de passer de 'rythmes fixes' à des missions données par les intendants en fonction des besoins du centre d'hébergement, dans le respect de la durée du travail et conformément à des horaires de travail fixes, ne constitue pas une modification contractuelle et rien n'interdit que l'exécution du travail puisse être entrecoupée de période d'inactivité ou qu'elle ne soit pas fixée à l'avance et/ou identique au cours des jours de la semaine. Ses journées ont toujours été discontinues, même avant son affectation auprès des intendants du centre d'hébergement.

Les pièces produites par le salarié démontrent qu'il a toujours existé des périodes d'inaction partielle entre les courses et aucun chauffeur n'a jamais été autorisé à rentrer à son domicile avec le véhicule du club. Le salarié connaissait ses horaires de travail qui étaient désormais fixes et non plus aléatoires et la suppression de la remise d'un planning, alors que les horaires et la durée du travail ne sont pas modifiés, ne constitue pas un manquement de l'employeur ou une modification du contrat de travail.

L'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE relève la volonté de M. [X] de générer un contentieux alors que, pendant des années, la relation contractuelle a été loyale et pérenne.

Monsieur [X] va décider seul de ne plus respecter ses horaires et elle va être contrainte de lui adresser une mise en demeure pour lui rappeler les horaires fixés et le nécessaire respect de ceux-ci pour répondre aux différents besoins de transport pour le compte des intendants du centre d'hébergement du club.

*

Il ressort du contrat de travail du 27 décembre 2006 et de l'avenant du 25 avril 2007 que Monsieur [X] a été engagé en qualité de chauffeur moyennant une durée de travail hebdomadaire de 35 heures avec possibilité d'exercer ses fonctions de chauffeur les week-ends ou à l'occasion des jours fériés.

Il ressort des plannings de l'année 2017 que, si la journée de travail de Monsieur [X] pouvait être interrompue par une période intitulée 'mise à disposition', il ressort également des rapports d'activité qu'en 2018, les horaires de travail du salarié comprenaient toujours des interruptions de travail entre 12 heures et 14 heures de sorte que Monsieur [X] ne peut prétendre être passé d'un horaire de travail discontinu à un horaire continu. De même, Monsieur [X] n'a jamais travaillé dans le cadre d'un horaire variable. De plus, ces mêmes éléments démontrent qu'il a toujours existé des périodes d'inactivité et d'attente pour Monsieur [X], inhérentes à l'activité de chauffeur dont le rythme journalier n'a jamais été fixe. La seule différence réside dans le fait qu'avant décembre 2017, l'activité de Monsieur [X] était organisée dans le cadre d'un planning. Ce réaménagement par la suppression des plannings, qui n'aucune incidence sur la durée du travail et sur l'économie du contrat de travail, est un simple changement des conditions de travail et non une modification du contrat de travail.

Enfin, le fait d'accompagner les joueurs dans le cadre d'un planning ou de se tenir à la disposition des intendants et de les conduire vers une destination selon les demandes de ces derniers participe de l'activité de chauffeur.

Il en résulte que l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE n'a commis aucune faute de nature à ouvrir droit à dommages-intérêts. La demande de Monsieur [X] sera donc rejetée.

Sur le harcèlement moral et le manquement à l'obligation de sécurité

Il sera rappelé que le harcèlement moral par référence à l'article L 1152-1 du code du travail est constitué par des agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail du salarié susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

En cas de litige, en application de l'article L 1154-1 dans sa rédaction applicable au litige, le salarié présente des éléments de fait, appréciés dans leur ensemble, laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Monsieur [X] présente les éléments suivants :

- la modification de ses tâches sans qu'aucun avenant au contrat de travail ne soit conclu.

- sa ' mise au placard ' :

- . l'employeur a, purement et simplement, cessé de lui fournir du travail ce dont attestent les comptes rendus de son activité. Ainsi, le 24 janvier 2018, il a été désoeuvré 5 heures sur les 7 heures de la journée de travail.

- . l'employeur l'a exclu des activités sociales du CE (il n'a pu se rendre au Noël de l'association du fait de la dispense d'activité décidée par l'employeur).

- le montage d'un dossier disciplinaire :

Par courrier du 4 janvier 2018, l'employeur l'a mis en demeure de respecter ses horaires de travail, tentant manifestement de préparer un licenciement pour faute. Il a répondu, par courrier du 10 janvier 2018, pour s'étonner des allégations formulées dans la mesure où il a toujours respecté ses horaires de travail et pour le sommer de lui fournir du travail puisque, depuis sa reprise, il se trouvait, la majeure partie de la journée, dés'uvré, à attendre les directives des intendants.

L'employeur lui a reproché d'avoir sollicité une attestation de présence auprès des intendants et l'a ainsi empêché d'établir la réalité des horaires qu'il effectuait.

Il a appris que son employeur avait diligenté un huissier de justice pour constater son absence dans les locaux de l'association alors qu'il était allé faire une tâche à l'extérieur à la demande des intendants.

Il a écrit à son employeur, tous les jours en fin de journée, pour lui faire le récit horaire de sa journée de travail et finalement, le 30 janvier 2018, l'employeur lui a écrit pour le sommer de cesser ses envois par courriel, lui formuler divers reproches, et l'informer qu'il allait mettre un poste de travail à sa disposition, reconnaissant ainsi qu'il n'en a rien été pendant les deux derniers mois.

- il se retrouvait contraint d'être placé en arrêt de travail compte tenu du harcèlement moral subi.

Monsieur [X] produit les éléments suivants :

- un courriel du 11 décembre 2017 qui indique 'tu devais revenir vers moi. A quelle heure il faut que je me présente. Ce soir, il y a le Noël du club. Peux-tu dire l'heure et l'endroit pour que je puisse récupérer les cadeaux de mes enfants'.

- le courrier de l'employeur du 4 janvier 2018 qui indique : 'Or, nous constatons que vous ne respectez pas les horaires fixés puisque vous n'êtes pas présent, au sein des locaux de l'entreprise, pendant les heures de travail communiqués.

C'est pourquoi, nous vous mettons en demeure de respecter les horaires qui vous ont été indiqués par les courriels susmentionnés et d'être présent au sein des locaux de l'entreprise, durant lesdits horaires, pour répondre aux différents besoins de transports pour le compte des intendants du Centre d'hébergement du Club.

Nous vous rappelons que le respect des horaires est une obligation impérieuse et vous prions à l'avenir d'y veiller. A défaut, nous nous verrons dans l'obligation de tirer les conclusions qui s'imposent'.

- sa réponse du 10 janvier 2018 : 'Je tiens à vous préciser que je suis à la disposition des intendants du centre et ce, depuis le 03 janvier 2007, date d'entrée dans votre entreprise. Il ne m'a jamais été demandé de rester sur place lors de mes mises à disposition bien au contraire.

Pour la période du 12 décembre au 22 décembre 2017 j'ai été présent et à disposition au sein de l'entreprise, Je me suis occupé des stages. Dans le carnet des intendants, vous trouverez mes horaires de déplacements pour le centre, tels que sollicités par vos intendants. Vous m'avez imposé des congés du 23.12.2017 au 2.01.2018.

Depuis le 2 janvier 2018, je suis toujours à disposition des intendants.

Le jeudi 4 janvier par exemple, j'étais à mon poste de travail comme vous le savez parfaitement puisque vous m'avez remis mon bulletin de salaire.

Il m'a été demandé de vérifier l'état de tous les véhicules et des assurances.

Il semble que depuis que vous avez procédé à la sous-traitance de l'activité de transport, vous n'avez plus réellement de travail à me fournir, ce qui, selon moi, explique votre démarche.

Je vous rappelle, une fois de plus, que vous avez pourtant l'obligation de me fournir du travail.

J'ai bien pris note de votre courrier et me présenterai sur mon lieu de travail, comme depuis le terme de mon arrêt maladie, aux horaires indiquées.

Afin qu'il n'y ait plus de malentendu, et si vous n'y voyez pas d'inconvénient, je solliciterai des intendants qu'ils attestent de ma présence et de mon respect des horaires'.

- la réponse de l'employeur du 12 janvier 2018, un extrait des cahiers d'intendants, ses courriels des 17 janvier 2018 au 25 janvier 2018, portant le compte rendu de ses journées de travail.

- son courriel du 17 janvier 2018 qui mentionne : ' Je ne comprends pas pourquoi vous vous acharnez sur moi et me demandez de rester des demies-journées entières à ne rien faire du tout, pourquoi vous me faites faire des déplacements pour me reprocher mon absence par la suite...

Je vous redemande et vous mets en demeure de me fournir du travail. Il n'est pas vivable de rester toute la journée debout contre un mur'.

- un courriel du 24 janvier 2018 qui indique :

« Arrivée à 9h00

Je suis parti à Citroën comme convenu la semaine dernière pour la pièce qui avait commandé.

Retour sur le centre à 10h15.

De 10h15 à 12h00 Rien

De 14h00 à 16h30 Rien

A 16h30 je suis allé au centre médical des Borromées et je suis revenu.

Retour à 17h15.

De 17h15 à 18h00 Rien ».

- le courriel de l'employeur du 30 janvier 2018 qui indique : 'Nous vous prions de bien vouloir rester disponible pendant les horaires qui vous ont été signifiées, et allons, à votre demande, vous mettre à disposition un poste de travail au sein du Centre d'Hébergement du Club dans les prochains jours'.

- son courriel du 8 février 2018 : 'A travers ces compte-rendus, je vous ai alerté pendant plus d'un mois sur ma situation de dés'uvrement.

Vous n'avez pas de poste ni de tâches à effectuer et vous vous contentez de m'attribuer toutes les petites besognes qui se présentent, me laissant sans travail la grande partie de la journée.

Je n'accepte pas malgré la bonne volonté dont je continue de faire preuve, que vous me reprochiez mon professionnalisme. J'aime mon métier et l'association et je ne comprends pas ce que j'ai fait pour subir un tel acharnement. Dans votre courriel du 30 janvier vous affirmiez que vous allez mettre à ma disposition un poste de travail.

Cela fait maintenant une semaine que la situation est toujours la même. Bien que j'ai cessé de vous envoyer des comptes rendus, à votre demande, vous savez parfaitement que je continue de passer mes journées assis sur une chaise sous les directives de vos intendants'.

- des avis d'arrêts de travail.

Monsieur [X] présente des éléments de fait qui, appréciés dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'un harcèlement.

Il incombe l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel

harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

L'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE fait valoir qu'aucune 'mise au placard' n'a été décidée à l'encontre de Monsieur [X] qui a exécuté sa prestation de travail selon des conditions parfaitement connues, acceptées par lui et conformes à son poste de chauffeur. Aucune modification contractuelle n'est intervenue et il reste astreint à exécuter des courses, à la demande des intendants du centre d'hébergement, selon les besoins et les demandes de courses. La prestation de travail est calquée sur la réalité de l'activité et des besoins. Or, il ne peut être discuté ou nié que Monsieur [X] devait bien accomplir des courses, de manière quotidienne, selon les demandes des intendants. Il ne s'agit absolument pas d'une situation de travail mettant en péril sa santé ou caractérisant une situation de harcèlement moral.

Aucune pièce médicale objective n'est produite pour démontrer l'existence d'une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale. Les attestations ou certificats médicaux établis par des médecins en l'absence de constats personnellement opérés sur la personne du salarié et sur son milieu de travail sont irrecevables et même susceptibles d'engager la responsabilité déontologique du membre du corps médical qui a rédigé un tel acte. De fait, cette exigence de l'article L. 1152-1 du code du travail n'est pas satisfaite.

A contrario, c'est le salarié qui fait preuve d'un comportement déroutant à la lecture de ses missives. Le ton employé est en effet peu courtois à l'encontre de sa direction qui s'efforce au contraire de répondre systématiquement et loyalement à toutes ses interrogations et demandes en tout genre.

D'autre part, l'activité de transport au sein du club est nécessairement entrecoupée de périodes d'inactivité, comme cela a toujours été le cas au sein de l'association.

L'arbre de [D] est une manifestation annuelle organisée par le comité d'entreprise et non par son employeur. Le comité d'entreprise invite l'ensemble des salariés, ce qui a été le cas de Monsieur [X].

Monsieur [X] ne peut reprocher à son employeur de vouloir faire respecter le temps de travail de son salarié et la situation est en réalité créée de toute pièce par Monsieur [X] pour tenter de donner une connotation juridique et conflictuelle à un dossier qui ne le mérite pas.

Monsieur [X] a pu profiter allégrement de son abonnement au stade vélodrome et de places pour les différents matchs de coupe d'[5] qui se sont déroulés alors même qu'il était en arrêt maladie.

Monsieur [X] n'hésitait pas à se servir de son téléphone professionnel en dehors de tout cadre professionnel et même pendant ses arrêts de travail puisque des appels ont été donnés depuis l'étranger.

L'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE produit les pièces suivantes :

- les attestations de Monsieur [S], Monsieur [N], Monsieur [J], et Monsieur [G], salariés de l'OM, qui indiquent ne pas avoir constaté de faits de harcèlement moral, pressions ou comportements inadaptés à l'encontre de Monsieur [X] et attestent de l'existence d'un travail confié à Monsieur [X].

- un courriel du 10 août 2018 informant Monsieur [X] de la disponibilité de son abonnement au club, la liste des jouets d'enfants choisis par Monsieur [X] pour l'arbre de Noël

- des factures de téléphone mobile de février et mars 2018.

*

Si l'intervention d'un huissier de justice ne ressort pas des éléments produits et si l'employeur justifie que Monsieur [X] a continué à bénéficier de l'abonnement au stade vélodrome en 2018, il est également établi que la dispense d'activité décidée par l'employeur en décembre 2017 a eu pour conséquence d'isoler Monsieur [X] de la collectivité de travail et de l'écartier des activités sociales organisées lors des festivités de Noël.

Il ressort également des éléments produits que, si l'employeur n'a pas procédé à une modification unilatérale du contrat de travail de Monsieur [X], à compter de 2018, les prestations de travail sollicitées par l'employeur ont été beaucoup moins nombreuses, laissant ainsi le salarié dans des situations de désœuvrement plusieurs heures dans la journée. Alors que Monsieur [X] s'en est plaint à plusieurs reprises auprès de son employeur en lui faisant part de son mal-être, l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE a attendu le 30 janvier 2018 pour annoncer à Monsieur [X] qu'elle allait 'mettre à disposition un poste de travail au sein du [Adresse 4] dans les prochains jours'. Or, l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE ne justifie pas de la mise en oeuvre de la mesure ainsi annoncée.

Ces agissements répétés ont eu pour effet une dégradation des conditions de travail du salarié et ont altéré la santé mentale de Monsieur [X].

Il en résulte que l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE échoue à démontrer que les éléments de faits matériellement présentés par le salarié sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le harcèlement moral est établi.

Compte tenu des circonstances du harcèlement subi, de sa durée, et des conséquences dommageables qu'il a eues pour Monsieur [X], le préjudice en résultant pour lui doit être réparé par l'allocation de la somme de 6.000 € à titre de dommages-intérêts, laquelle portera intérêts au taux légal à compter de présent arrêt.

3. Sur la résiliation judiciaire du contrat de travail

Le salarié est admis à demander la résiliation judiciaire du contrat de travail en cas d'inexécution par l'employeur des obligations découlant du contrat. Les manquements de l'employeur susceptibles de justifier la résiliation judiciaire à ses torts doivent être établis par le salarié et d'une gravité suffisante pour empêcher la poursuite du contrat de travail.

En l'espèce, les manquements graves reprochés à l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE n'ont pas empêché la poursuite du contrat de travail au sein de la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE et en l'absence de manquements reprochés au nouvel employeur, la demande de résiliation judiciaire du contrat ne peut qu'être rejetée.

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

Les dispositions du jugement relatives aux frais irrépétibles et aux dépens seront infirmées.

Il est équitable de condamner l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE à payer à Monsieur [X] la somme de 2.500 € au titre des frais non compris dans les dépens qu'il a engagés en première instance et en cause d'appel.

Les dépens de première instance et d'appel seront à la charge de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE, partie succombante par application de l'article 696 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par arrêt contradictoire, prononcé par mise à disposition au greffe, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au 2ème alinéa de l'article 450 du code de procédure civile et en matière prud'homale,

Ordonne la jonction des instances enrôlées sous les numéros 19/19165 et 20/12387, sous le numéro 20/12387,

Dit que l'appel formé à l'encontre du jugement du conseil de prud'hommes de Marseille rendu le 3 décembre 2019 et à l'égard de l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE est recevable,

Dit que l'appel formé à l'encontre du jugement du conseil de prud'hommes de Marseille rendu le 7 décembre 2020 est recevable,

Dit que la requête en omission de statuer du 28 mai 2020 présentée par Monsieur [H] [X] devant le conseil de prud'hommes était recevable,

Déclare irrecevables les demandes nouvelles en cause d'appel dirigées à l'encontre de la SASP OLYMPIQUE DE MARSEILLE,

Confirme le jugement du 7 décembre 2020 ayant rectifié le jugement du 3 décembre 2019, sauf en ce qu'il a débouté Monsieur [H] [X] de ses demandes en paiement de dommages-intérêts pour harcèlement moral et manquement à obligation de sécurité, d'une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile et des dépens,

Statuant à nouveau sur les chefs infirmés et y ajoutant,

Condamne l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE à payer à Monsieur [H] [X] la somme de 6.000 € à titre de dommages-intérêts au titre du harcèlement moral et du manquement de l'employeur à l'obligation de sécurité, laquelle somme portera intérêts au taux légal à compter de présent arrêt,

Ordonne la capitalisation des dits intérêts,

Condamne l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE à payer à Monsieur [H] [X] la somme de 2.500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne l'association OLYMPIQUE DE MARSEILLE aux dépens de première instance et d'appel,

Rejette toute autre prétention.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

[P] [T] faisant fonction