

ARRÊT N° .

RG N° : 16/01308

AFFAIRE :

SARL B&J DRIVE exerçant sous l'enseigne MAC DONALD'S
C/

Fernando X

VL/MLM

Licenciement

COUR D'APPEL DE LIMOGES CHAMBRE SOCIALE

ARRÊT DU 21 NOVEMBRE 2017

Le vingt et un novembre deux mille dix sept, la Chambre Sociale de la Cour d'Appel de LIMOGES a rendu l'arrêt dont la teneur suit par mise à la disposition du public au greffe :

ENTRE

SARL B&J DRIVE exerçant sous l'enseigne MAC DONALD'S dont le siège social est SAINT JUNIEN

représentée par Me Philippe PASTAUD, avocat constitué du barreau de LIMOGES, Me Marie-Yves ..., avocat plaidant, du barreau d'AIX-EN-PROVENCE

APPELANTE d'un jugement rendu le 11 Octobre 2016 par le Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de LIMOGES ET

Fernando X, demeurant LIMOGES

représenté par Me Richard DOUDET, avocat au barreau de LIMOGES

INTIMÉ

---==oO§Oo==---

L'affaire a été fixée à l'audience du 16 Octobre 2017, après ordonnance de clôture rendue le 11 octobre 2017, la Cour étant composée de Madame Véronique LEBRETON, Présidente de Chambre, de Monsieur Jean-Pierre COLOMER, Conseiller et de Monsieur François PERNOT, Conseiller, assistés de Madame Geneviève BOYER, Greffier, Madame Véronique LEBRETON, Présidente de Chambre, a été entendue en son rapport oral, Les conseils des partis ont été entendus en leur plaidoirie.

Puis, Madame Véronique LEBRETON, Présidente de Chambre a donné avis aux parties que la décision serait rendue le 20 Novembre 2017, par mise à disposition au greffe de la Cour, après en avoir délibéré conformément à la loi. A cette date le délibéré a été prorogé au 21 novembre 2017.

LA COUR

EXPOSÉ DU LITIGE

M. Fernando X a été embauché le 2 février 2005 par contrat à durée indéterminée, à temps plein, en qualité d'équipier par la SAS McDONALD FRANCE.

Le 1er juillet 2006 il était promu au poste de directeur d'établissement et le 1er septembre 2011 son contrat de travail a été transféré par application de l'article L 1224'1 du code du travail dans le cadre d'une session de franchise à la SARL B&J DRIVE La convention collective applicable est celle de la convention nationale de la restauration rapide du 18 mars 1988.

Au mois de juin 2013 M. Fernando X a été muté au sein d'un établissement sis à Saint Junien pour remplacer la directrice en arrêt maladie.

Le 27 janvier 2014 la SARL B&J DRIVE a adressé un courrier au salarié contenant des reproches sur le travail auquel il a répondu le 14 février 2014 alors qu'il était en arrêt maladie depuis le 9 février 2014. Le 19 juin 2014 à l'occasion de sa

visite de pré-reprise, le médecin du travail a adressé le salarié à un médecin psychiatre.

Suite à un litige sur la prise en charge par l'organisme de prévoyance de ses arrêts de travail M. Fernando X a saisi le conseil de prud'hommes en référé, un retrait du rôle ayant été prononcé le 3 juillet 2015 suite à la régularisation de la situation.

Le 17 décembre 2015 M. Fernando X a saisi le conseil de prud'hommes de Limoges aux fins de demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur, d'obtenir le paiement d'indemnités de rupture, d'obtenir des dommages-intérêts pour licenciement abusif et pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat.

Le 12 mai 2016 il a été déclaré inapte à son poste de travail par la médecine du travail en une seule visite, le médecin du travail mentionnant que l'état de santé du salarié ne permettait pas d'envisager un reclassement interne. Le 2 août 2016 M. Fernando X a été licencié pour inaptitude.

À la suite d'une audience en date du 28 juin 2016, par jugement du 11 octobre 2016 le conseil de prud'hommes a :

' dit que la SARL B&J DRIVE n'avait pas commis de faits avérés de harcèlement moral,

' dit que la SARL B&J DRIVE n'avait pas manqué à son obligation de sécurité de résultat,

' débouté M. Fernando X de ses demandes de dommages et intérêts au titre du licenciement abusif, au titre du manquement à l'obligation de sécurité de résultat et au titre de la perte de salaire,

' dit que l'employeur avait manqué à ses obligations suite à la déclaration d'inaptitude à tout poste de M. Fernando X,

' fixé la rupture du contrat de travail à la date du 12 juin 2016,

' condamné la SARL B&J DRIVE à payer à M. Fernando X les sommes suivantes : 7.596,60 euros nets au titre de l'indemnité légale de licenciement, 9767,07 euros bruts au titre de l'indemnité conventionnelle de préavis, la somme de 976,70 euros bruts au titre des congés payés sur préavis, 20 000 euros de dommages et intérêts pour préjudice subi suite à la non-application des conséquences la déclaration d'inaptitude,

' ordonné l'exécution provisoire du jugement pour les dispositions qui n'en bénéficient pas de droit, ordonné la remise des documents de fin de contrat dans les 15 jours suivant la notification du présent jugement sans qu'il y ait lieu de prononcer une astreinte,

'condamné la SARL B&J DRIVE aux dépens et à payer aux salariés la somme de 700 euros titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La SARL B&J DRIVE a relevé appel de cette décision le 3 novembre 2016.

Par conclusions déposées le 3 octobre 2017 la SARL B&J DRIVE demande à la cour :

' de confirmer le jugement en date du 11 octobre 2016 en ce qu'il a dit qu'elle n'avait pas commis de faits avérés de harcèlement moral, n'avait pas manqué à son obligation de sécurité de résultat et a débouté M. Fernando X de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement abusif et sans cause réelle et sérieuse, au titre de la perte de salaire suite à des arrêts maladie, au titre de l'obligation de sécurité de résultat, au titre du préjudice moral,

' d'infirmer le jugement en ce qu'il a dit qu'elle avait manqué à ses obligations suite à la déclaration d'inaptitude au poste, a fixé la rupture du contrat de travail à la date du 12 juin 2016, l'a condamnée à payer à M. Fernando X les sommes de 7.596,60 euros nets au titre de l'indemnité légale de licenciement, 9.767,07 euros brut au titre de l'indemnité conventionnelle de préavis outre 976,70 euros bruts au titre des congés payés sur préavis, 20.000 euros de dommages-intérêts pour préjudice subi suite à la non-application des conséquences de la déclaration d'inaptitude, 700 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

' statuant à nouveau de débouter M. Fernando X de toutes ses demandes, de le condamner aux dépens et à lui payer la somme de 2.500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Par conclusions déposées le 24 août 2017 M. Fernando X demande à la cour :

' de confirmer le jugement en ce qu'il a prononcé la résiliation judiciaire de son contrat de travail, réformer le jugement ce qu'il a jugé que l'employeur n'avait pas commis de faits avérés de harcèlement moral, n'avait pas manqué à son obligation de sécurité, en ce qu'il a jugé que la résiliation judiciaire produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et en ce qu'il a fixé la date de la rupture au 12 juin 2016,

' statuant à nouveau

à titre principal de dire que la résiliation judiciaire du contrat de travail produit les effets d'un licenciement nul, de fixer la

date de la rupture au 2 août 2016, de condamner la SARL B&J DRIVE à lui payer les sommes de 40 000 euros de dommages-intérêts pour licenciement abusif, 21 896,09 euros de dommages et intérêts au titre de la perte de salaire induite par l'arrêt maladie du salarié, 20 000 euros de dommages et intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat,

à titre subsidiaire de confirmer le jugement ce qu'il a jugé que la résiliation judiciaire produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, de fixer la date de la rupture du contrat de travail au 2 août 2016, de condamner la SARL B&J DRIVE à lui payer la somme de 40 000 euros au titre de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et la somme de 20 000 euros pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat,

à titre infiniment subsidiaire de condamner la SARL B&J DRIVE à lui payer la somme de 40 000 euros au titre de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse,

'en toute hypothèse de condamner la SARL B&J DRIVE à lui payer les sommes de 10 000 euros de dommages-intérêts au titre de la réparation du préjudice moral subi, 3.817,14 euros nets au titre du rappel de l'indemnité conventionnelle de licenciement, de confirmer le jugement en ce qu'il a condamné la SARL B&J DRIVE à lui payer les sommes de 9.767,07 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de préavis et 976,70 euros au titre des congés payés afférents, de débouter l'employeur de ses demandes, d'ordonner la remise sous astreinte des documents de fin de contrat, de condamner la SARL B&J DRIVE aux dépens et à payer la somme de 4000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Sur la résiliation du contrat de travail

La SARL B&J DRIVE soutient que M. Fernando X n'établit pas les faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement par les attestations qu'il produit aux débats qui émanent de personnes n'ayant jamais travaillé au sein de la société, n'ayant pas hésité par le passé à signaler les manquements de M. Fernando X et à faire la démonstration de comportement de la même nature que ceux qu'ils tentent d'imputer à l'employeur, ou ayant eu un contentieux avec ce dernier. Elle ajoute qu'elle apporte la preuve que la gérante était un employeur apprécié et attentionné, que le salarié, et d'autres salariés pas davantage, n'a jamais dénoncé ses conditions de travail durant toute la relation contractuelle auprès de l'inspection du travail, la médecine du travail, les délégués du personnel ou en portant plainte. Elle précise qu'elle n'a pas manqué à son obligation de sécurité, étant observé qu'elle a sollicité l'accompagnement d'une association régionale de l'amélioration des conditions de travail aux fins de sensibiliser ses équipes aux risques psychosociaux et de les mettre sur le document unique d'évaluation des risques auxquels le salarié a été associé. Elle expose également que les relations de travail ont fait apparaître rapidement les lacunes du salarié dans la réalisation des tâches découlant de son poste de directeur de restaurant, que face à ces manquements il n'a pas été fait le choix de stigmatiser les insuffisances professionnelles, qui ont pourtant été mises en exergue lors d'une visite opérationnelle diligentée par l'enseigne, mais que des mesures d'accompagnement ont été mises en place par des actions de formation, un accompagnement opérationnel, un suivi par un cabinet de coaching en vain et que l'origine du départ du salarié est la visite non annoncée du 29 janvier 2014 du franchiseur qui a mis en exergue toutes ces insuffisances.

M. Fernando X soutient à titre principal qu'il a été victime de harcèlement moral de la part de son employeur puisqu'il a été victime de faits répétés ayant porté atteinte à sa dignité et qui sont caractérisés par des comportements agressifs, des propos déplacés, des humiliations devant les autres salariés et un stress permanent dans le travail ce qu'il établit notamment par des attestations de salariés qui sont probantes, alors que l'employeur n'apporte aucune preuve contraire, laquelle ne peut être constituée par le lien entre une éventuelle insuffisance professionnelle de sa part, laquelle n'est pas démontrée, et son arrêt maladie et ne peut découler d'attestations ne remplissant pas les conditions de l'article 202 du code de procédure civile. Il précise que ce harcèlement a gravement porté atteinte à sa santé, la corrélation entre le comportement de l'employeur et sa dégradation psychique, à l'origine de son inaptitude, étant mise en évidence par des documents médicaux qu'il produit. Il ajoute qu'il a alerté la direction des ressources humaines de la franchise de la dégradation de son état de santé dès octobre 2014, les faits de harcèlement étant constitutifs d'un manquement à l'obligation de sécurité et de résultat, et qu'en licenciant son salarié trois mois après la déclaration d'inaptitude l'employeur a fait preuve de déloyauté dans l'exécution du contrat de travail. Il indique que le jugement n'a pas statué ultra petita en prononçant la résiliation judiciaire du contrat de travail.

Sur les demandes indemnitaires

La SARL B&J DRIVE soutient que le salarié a bénéficié du maintien du salaire brut prévu par la convention collective de sorte que la perte de salaire alléguée pour des arrêts de travail en raison d'une maladie simple n'est pas imputable à l'employeur. N'ayant commis aucun manquement elle soutient n'être tenue à aucune réparation, que s'agissant d'une inaptitude non professionnelle il a été rempli de ses droits.

M. Fernando X fait valoir qu'il peut prétendre aux indemnités de rupture du contrat de travail, que s'agissant d'un licenciement nul il peut prétendre à des dommages et intérêts qui ne peuvent être inférieurs à six mois de salaire et qui réparent l'intégralité de son préjudice à savoir celui lié à la perte de travail, sachant qu'il a été placé en invalidité catégorie 1 et n'est toujours pas en mesure de travailler, à la perte de salaire générée par son arrêt maladie, au préjudice moral consécutif au comportement vexatoire de l'employeur et au préjudice lié au manquement à l'obligation de sécurité de résultat.

Sur le licenciement

M. Fernando X fait valoir que son inaptitude est directement liée à la dégradation de ses conditions de travail du fait du harcèlement dont il a été victime et que l'employeur a manqué par ailleurs à son obligation de reclassement puisqu'il existe au sein du groupe McDonald's une permutabilité du personnel entre les sociétés qui lui imposaient d'étendre le périmètre de reclassement à l'ensemble des franchisés et qu'il n'a pas effectué de recherche loyale et sérieuse au sein de ces entreprises.

La SARL B&J DRIVE souligne que le moyen tenant au respect de l'obligation de recherche de reclassement n'avait pas été conclu ni soutenu par les parties en première instance de sorte que le conseil a statué ultra petita. Elle fait valoir sur ce point que lors de l'audience de plaidoirie devant le conseil de prud'hommes les recherches de reclassement étaient toujours en cours, qu'elles ont été du reste menées de façon sérieuse et loyale au sein de l'entreprise et auprès d'autres sociétés gérées par d'autres franchisés bien qu'il s'agisse d'entités juridiques distinctes entre lesquels il n'existe aucune permutabilité de personnel et qu'elle n'a pas manqué à ses obligations découlant de la déclaration d'inaptitude n'étant tenue à aucun délai pour licencier, sa seule obligation étant de reprendre le paiement des salaires. Elle soutient de plus que le salarié ne rapporte pas la preuve d'un lien direct entre son inaptitude physique et le prétendu manquement de la société puisque ceux-ci ne sont pas établis.

Pour un plus ample exposé des faits, de la procédure, des moyens, et des prétentions et de l'argumentation des parties, il est expressément renvoyé au jugement déferé et aux écritures déposées.

L'ordonnance de clôture a été prononcée le 11 octobre 2016

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur la rupture du contrat de travail

L'action engagée par M. Fernando X et tendant à voir prononcer la résiliation judiciaire de son contrat de travail est antérieure à son licenciement pour inaptitude. Il la maintient en cause d'appel puisqu'il ne critique son licenciement qu'à titre subsidiaire, il convient par conséquent d'examiner la demande de résiliation en premier lieu.

Sur la résiliation

Sur le fondement de l'article 1184 du code civil et en application de l'article L1231-1 du code du travail, le salarié peut saisir le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail à raison des manquements de l'employeur aux obligations découlant du contrat de travail ; les manquements doivent être suffisamment graves pour ne pas permettre la poursuite du contrat de travail, et la charge de la preuve de ces manquements pèse sur le salarié ; si la résiliation judiciaire est prononcée, elle prend effet à la date de la décision judiciaire la prononçant, sauf si la rupture du contrat de travail est intervenue entre temps pour autre cause, auquel cas elle prend effet à la date de la rupture effective.

M. Fernando X invoque avoir subi le harcèlement moral de son employeur, ainsi que les manquements de ce dernier d'une part à son obligation de sécurité de résultat et d'autre part aux obligations faisant suite à la déclaration d'inaptitude pour fonder sa demande en résiliation du contrat de travail.

Aux termes de l'article L.1152-1 du code du travail, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ; selon l'article L.1152-2 du code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral et pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés.

L'article L.1154-1 du même code prévoit qu'en cas de litige, le salarié concerné établit des faits qui, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et il incombe alors à l'employeur, au vu de ces éléments, 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.

En l'espèce, M. Fernando X reproche à Mme ..., gérante de la SARL B&J DRIVE d'avoir eu un comportement inacceptable à son égard caractérisé par une agressivité, des propos déplacés, des humiliations devant les autres salariés et un stress permanent dans le travail qui a porté atteinte à sa dignité et sa santé.

A cet égard M. Fernando X produit les attestations de Mmes ..., ..., ..., ... et ... et celle de Ms. Humbert et Vancoetsem qui témoignent du comportement " irréprochable " de M. Fernando X en qualité de directeur, à l'écoute, respectueux et soucieux de transmettre des connaissances. Seules les attestations de Mme ... et M. ... mettent en cause le comportement de Mme ... qui, selon eux, exerçait une pression sur les managers pour atteindre les objectifs, n'avait pas de propos valorisant pour les équipiers et s'adressait au personnel de manière générale en des termes inappropriés selon Mme ... et qui parlait au personnel comme à de vrais chiens et qui n'arrêtait pas de crier lorsqu'elle arrivait au restaurant, tout le monde ayant alors la boule au ventre, selon M. Mme ... précise en outre dans son témoignage " lors des réunions managers, j'ai pu constater à de nombreuses reprises la façon de Mme ... s'adresser à c'est directeur comme ont

pourrait s'adresser à un chien ayant fait une bêtise et encore ' ". Ces attestations ne sont pas probantes dans la mesure où elles ne relatent pas des faits particuliers dont M. Fernando X aurait été victime ou des propos précis dont il aurait été destinataire, la seule partie du témoignage de Mme ... qui aurait pu le concerner demeurant générale, puisqu'elle vise "des" directeurs, subjective et imprécise.

Il produit également les attestations de Mme ..., Mme ..., Mme ..., Mme ... et Mme ... qui expliquent la façon dont elles ont personnellement vécu le management de Mme ..., ce qui est en l'espèce inopérant, mais s'agissant de la situation de M. Fernando X directement ou indirectement :

- Mme ... indique " j'ai travaillé avec Mme Pacaut ... au restaurant d'Aixe-sur-Vienne je certifie qu'elle faisait reigner un climat irrespectueux et pesant. Elle se permettait de rabaisser ses directeurs notamment M. Gregorio X devant les équipiers et l'équipe de gestion. De mal lui parler, de ne pas le respecter alors qu'il a toujours été lui au contraire très droit et respectueux. Elle se permettait un vocabulaire méchant et non approprié à son rôle de franchisee. Ayant moi-même travaillée sous la direction de M. Gregorio X je peux affirmer l'avoir vu prendre sur lui et de ne rien dire mais cependant je l'ai senti très affecté par les propos de Laurence "

- Mme ... indique " j'ai vu et entendu Mme ... se mettre facilement en colère et s'en prendre verbalement à plusieurs employés successivement dont M. X. Elle est très exigeante dans ses restaurants et n'admet pas les erreurs. Les employés sont toujours sous tension.(...) Mme ... n'acceptait plus de M. X rentre tout seul dans les bureaux afin de nous porter ou récupérer des documents nécessaires au travail. "

- Mme ... indique " déclare avoir personnellement constaté et assisté aux faits suivants ci-après relatés : Mme ... a voulu faire signer à M. X une "charte de mise à disposition d'un véhicule" que M. X a refusé de signer, suite à des mentions abusives. M. X a refusé d'un signer un nouveau contrat car il voulait juste un avenant. Suite à ces refus Mme ... a modifié son comportement envers M. X. Avec une communication limitée (SMS) mail (G3 boîte mail de McDo) une agressivité envers M. X et le personnel. "

- Mme ... qui indique " de plus, elle nous traitait nous directeur comme des chiens, car elle nous harcelez un coup de SMS à n'importe quelle heure, elle nous envoyez des mails où il fallait faire des tâches ds un bref délai. (..) Nous directeurs ils fallait que fassent toutes les tâches en plus de notre rôle de directeur, alors qu'il y avait des managers dédiés à cette tâche ".

Toutefois ces attestations, qui ne sont corroborées par aucun élément objectif extérieur tel que SMS, courriel, comptes-rendus de réunion, messages téléphoniques, restent très imprécises et générales en ce qu'elles ne relatent pas davantage de faits et propos précis et datés concernant M. Fernando X directement, permettant d'apprécier si le management de la gérante de la SARL B&J DRIVE qui est décrite comme intervenant de manière exigeante dans la gestion des restaurants, se manifestait à son égard par des propos et agissements inappropriés et répétés relativement à sa personne même ou à l'exercice de sa fonction de directeur.

Il convient en outre de relever que la SARL B&J DRIVE produit de très nombreuses attestations contenant des témoignages de professionnels, ayant eu à connaître les relations entretenues par M. Fernando X et Mme ... et les attitudes de l'un et de l'autre dans le contexte professionnel, exactement contraires, tant que le comportement professionnel de M. Fernando X que sur celui de Mme ..., de manière générale et à l'égard du seul salarié, et renforçant le caractère peu probant des pièces produites par le salarié.

Par ailleurs, il ressort des pièces médicales produites par le salarié, et notamment le certificat médical de son médecin psychiatre le Docteur ... en date du 10 mai 2016 et le rapport d'expertise psychiatrique du 2 mai 2017 réalisée dans le cadre du contentieux de l'incapacité, que M. Fernando X souffre d'un trouble dépressif majeur sévère avec des éléments de nature mélancolique et qu'au-delà de la symptomatologie dépressive marquée il est noté de gros troubles phobiques associés aux ruminations permanentes avec sentiment d'impasse, l'expert précisant que l'état psychiatrique décompensé de M. Fernando X nécessite une prise en charge adaptée et le place dans une incapacité réelle d'exercer une quelconque activité professionnelle.

Si le Docteur ... précise dans son certificat médical que ce trouble dépressif est apparu dans un contexte de travail décrit comme très tendu à l'origine d'un arrêt maladie prolongé, cette mention résulte des déclarations de son patient et ne permet pas de considérer que l'état de santé de M.

Fernando Gregorio, même s'il produit des pièces établissant qu'il n'avait pas d'antécédent psychiatrique et qu'il n'avait pas subi d'arrêt de travail au cours de l'exécution du contrat, a été généré

par des comportements répétés de son employeur. La cour observera au demeurant que la "tension" du contexte de travail peut être la conséquence des reproches formulés par l'employeur par courrier

du 27 janvier 2014, que le salarié estime injustifiés, et de la visite opérationnelle du franchiseur du 29 janvier 2014, ces deux circonstances pouvant avoir mis en difficulté psychologique le salarié qui ne les mentionne pas comme étant constitutives du harcèlement qu'il invoque.

Il convient par conséquent de considérer que M. Fernando X ne rapporte pas la preuve qui lui incombe de la matérialité de faits précis et répétés susceptibles d'être analysés dans leur ensemble dans le cadre de la reconnaissance de faits de

harcèlement, le seul élément établi étant la réalité de son état de santé mais ne suffisant pas à lui seul à laisser présumer l'existence d'un harcèlement moral.

S'agissant du manquement de la SARL B&J DRIVE à l'obligation qui découle de l'article L4121-1 du code du travail qui dispose que l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs dans le cadre des actions de prévention des risques professionnels, des actions d'information et de formation et de la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés, M. Fernando X produit un courrier qu'il a adressé le 15 octobre 2014 au directeur des ressources humaines de la société McDonalds, alors qu'il était déjà placé en arrêt maladie depuis plus de 8 mois, pour dénoncer essentiellement la pression exercée sur lui par Mme ... depuis qu'il avait refusé de signer un nouveau contrat de travail modifiant son contrat initial, une gestion du personnel ne respectant pas les lois en matière de temps de travail et une remise en cause infondée de son engagement et ses capacités professionnelles. Ce courrier a reçu une réponse de McDonald's France le 19 novembre 2014 en prenant acte, lui précisant qu'un contact serait pris avec le franchisé et l'invitant à échanger avec Mme ... sur " ces événements pour envisager la suite à leur donner ".

Toutefois il ne produit aucun document établissant qu'il avait alerté avant son arrêt de travail son employeur, la SARL B&J DRIVE sur l'ensemble des faits qu'il lui reprochait et sur la dégradation de ses conditions de travail qui en résultaient, de sorte qu'il ne peut lui reprocher de ne pas avoir pris les mesures nécessaires à sa protection, sachant que les faits de harcèlement ne sont pas caractérisés et étant observé qu'il était membre du comité de pilotage de mise à jour du document unique d'évaluation des risques dans l'entreprise, que la SARL B&J DRIVE avait sollicité l'accompagnement de l'ARACT pour sensibiliser les équipes aux risques psycho-sociaux et qu'il avait eu l'occasion de soulever ses difficultés, le cas échéant, à ces occasions.

Par conséquent il convient de considérer que M. Fernando X ne rapporte pas la preuve qui lui incombe du manquement de la SARL B&J DRIVE à son obligation de sécurité de résultat.

Concernant le manquement de la SARL B&J DRIVE à l'obligation découlant de l'article L 1222-1 du code du travail qui dispose que l'employeur est tenu d'une obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de travail, M. Fernando X reproche à son employeur de n'avoir procédé à son licenciement que trois mois après sa déclaration d'inaptitude. Toutefois l'employeur n'est tenu à aucun délai pour licencier son salarié déclaré inapte à l'égard duquel il n'est tenu que de l'obligation de reprendre le paiement du salaire si à l'expiration du délai de 1 mois suivant la déclaration d'inaptitude le salarié n'est ni reclassé ni licencié. M. Fernando X n'invoque rien de tel et ne fait valoir aucun grief résultant du délai pris par la SARL B&J DRIVE pour le licencier. Ce grief n'est donc pas fondé.

Il se déduit de l'ensemble de ces circonstances et considérations que M. Fernando X ne rapporte pas la preuve de manquements de son employeur suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat de travail et entraîner sa résiliation. Il doit donc être débouté de sa demande de ce chef, le conseil de prud'hommes n'ayant pas statué sur cette demande.

Sur le licenciement

Aux termes des dispositions de l'article L 1226-2 du code du travail, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou à un accident non professionnel, si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail.

Il appartient à l'employeur de démontrer qu'il s'est acquitté de son obligation de reclassement, laquelle est de moyens, et de rapporter la preuve de l'impossibilité de reclassement qu'il allègue.

Par ailleurs aux termes des articles L 1222-1 et L 4121-1 du code du travail, l'employeur est tenu d'une obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de travail, comme le salarié, et d'une obligation de sécurité de résultat à l'égard de son salarié dont il doit garantir la sécurité et la protection de la santé physique et mentale. Il est admis que le licenciement d'un salarié motivé par son inaptitude physique se trouve dépourvu de cause réelle et sérieuse lorsque cette inaptitude résulte d'une carence de l'employeur au regard de ces obligations de loyauté et de sécurité de résultat.

En l'espèce, ainsi qu'il a été analysé dans les motifs qui précèdent il ne ressort pas des pièces médicales produites par le salarié que l'inaptitude de M. Fernando X est consécutive ainsi qu'il le soutient au harcèlement moral qu'il prétend avoir subi ou à un manquement de la SARL B&J DRIVE à son obligation de sécurité de résultat, à défaut de preuve d'un manquement de la part de l'employeur et d'un lien de causalité avec la décompensation psychiatrique du salarié à l'origine de son inaptitude.

Il s'en suit que le licenciement pour inaptitude ne peut être déclaré nul ou sans cause réelle et sérieuse sur ce fondement.

S'agissant du périmètre de reclassement, l'activité dans le cadre d'un contrat de franchise ne suffit pas à démontrer l'absence de possibilité de permutation du personnel, l'indépendance juridique des entreprises et l'absence de liens capitalistiques entre elles n'étant pas de nature à faire obstacle à la reconnaissance d'un groupe de reclassement.

En l'espèce, il est constant que la SARL B&J DRIVE exploite des restaurants sous l'enseigne McDonald's dans le cadre d'une franchise de sorte qu'elle appartient à un réseau de restauration rapide comprenant des établissements ayant des activités, des objectifs et une structure d'emplois identiques, et étant soumis également au respect de normes minimales de qualité et d'hygiène, de normes d'organisation administrative et de gestion, ainsi que le démontre au demeurant la synthèse de la visite opérationnelle du 29 janvier 2014 produite aux débats par le salarié.

L'adhésion à la franchise suppose également l'intégration de la société dans un système de stages de formation et de recrutement ainsi que l'établissement de la centralisation des offres d'emplois des sociétés franchisées sur le site Internet du franchiseur et les formations internes proposées par la conseillère d'exploitation ayant formalisé la synthèse de la visite opérationnelle ci-dessus mentionnée. Ceci est également corroboré par les pièces de la SARL B&J DRIVE notamment les documents intitulés " assistance opérationnelle au management " du 8 février 2013 et avril 2013, la check-list de management opérationnel de mars 2013, le contrat de pilotage de 2013, le document intitulé " diagnostic McDonald's " qui concernent M. Fernando X, lesquels ont été établis par la société Chevalier et portent l'en-tête McDonald's. Cette adhésion est également établie par l'attestation de M. ..., directeur des ressources humaines McDonald's Puy-de-Dôme, qui indique avoir reçu M. Fernando X en formation de management dans un restaurant de Clermont-Ferrand et celle de M. ..., directeur de marché McDonald's Puy-de-Dôme, qui indique être en contact régulier avec Mme ... pour échanger sur leurs pratiques en restaurant et dans le domaine des ressources humaines et avoir reçu plusieurs membres de l'équipe de cette dernière pour des formations, l'ensemble démontrant l'existence de formations modélisées spécifiques au franchiseur et d'un réseau de stages ou d'échanges de pratiques entre les franchisés.

Il s'en déduit que ces établissements présentent suffisamment de points communs imposés par la franchise dans le cadre d'un fonctionnement en réseau, notamment dans le champ des ressources humaines, pour permettre un reclassement des salariés dans le cadre de ce réseau.

Or la SARL B&J DRIVE n'apporte aucun élément de preuve sur l'absence de permutabilité du personnel entre les établissements du réseau, étant observé qu'elle s'est d'elle-même adressée à d'autres franchisés exploitant des restaurants dans la région, dont l'ancien employeur de M. Fernando X, considérant par conséquent que la permutation de personnel était possible. Toutefois en ne procédant pas à une interrogation plus large des autres sociétés membres de la franchise présentes sur le territoire national, la SARL B&J DRIVE n'a pas satisfait à son obligation de recherche sérieuse, loyale et concrète de reclassement.

A défaut pour elle de prouver qu'il lui était impossible de reclasser son salarié, le licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement de M. Fernando X doit donc être considéré comme dénué de cause réelle et sérieuse.

Le jugement sera infirmé et la cour statuera à nouveau en ce sens. Sur les demandes indemnitaires

S'agissant des indemnités de rupture, il n'est pas contesté que la SARL B&J DRIVE a versé à M. Fernando X une indemnité de licenciement sur le fondement des dispositions de l'article L 1234-9 du code du travail calculé en prenant en considération une ancienneté du salarié décomptée sur la période du 1er décembre 2005 au 8 avril 2014, date à laquelle le contrat de travail du salarié s'est trouvé suspendu pour une maladie non professionnelle. La période de suspension de travail dans ce cas ne pouvant être assimilée à une période de travail en application des dispositions de l'article L 1234-11 du code du travail, elle ne devait pas entrer dans le calcul de l'ancienneté de sorte que M. Fernando X ne peut prétendre à un rappel d'indemnité de licenciement et doit donc être débouté de sa demande de ce chef.

En outre ayant été licencié pour inaptitude non professionnelle il ne peut pas davantage prétendre à une indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés y afférents, de sorte qu'il doit être également débouté de sa demande de ce chef.

Le jugement déféré sera donc infirmé sur ce point et la cour statuera à nouveau ce sens.

N'étant pas établi que la SARL B&J DRIVE a manqué son obligation de sécurité de résultat à l'encontre de son salarié celui-ci sera débouté de sa demande de dommages et intérêts de ce chef et le jugement sera confirmé sur ce point.

S'agissant de la perte de salaire, à défaut pour le salarié d'avoir établi que son arrêt maladie trouve son origine dans un manquement de l'employeur à l'une de ces obligations, il ne peut prétendre au paiement de la perte du différentiel de salaire existant entre son salaire de base et les sommes qu'il a perçues au titre du maintien conventionnel de son salaire durant son arrêt maladie, il doit donc être débouté de sa demande de ce chef, le jugement étant confirmé sur ce point.

Il ressort des circonstances de l'espèce que M. Fernando X, qui bénéficiait d'une ancienneté d'un peu plus de neuf ans, était âgé de 47 ans au moment de son licenciement et n'a toujours pas repris d'activité professionnelle étant actuellement en invalidité, a subi un préjudice lié à la perte de son emploi qui trouvera sa juste réparation dans l'octroi d'une somme de 30 000 euros à titre de dommages et intérêts et au paiement de laquelle la SARL B&J DRIVE devra être condamnée.

M. Fernando X ne rapporte pas la preuve qu'il a subi un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi qui aurait été généré par une faute de son employeur de sorte qu'il doit être débouté de sa demande au titre du préjudice moral.

Sur les dépens et les frais irrépétibles

La SARL B&J DRIVE succombe pour partie en son appel sera donc condamnée aux dépens à M. Fernando X somme de 1500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et sera déboutée de sa demande du même chef.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Statuant par arrêt contradictoire, en dernier ressort, par mise à disposition au greffe, après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Infirme le jugement sauf en ce qu'il a dit que la SARL B&J DRIVE n'avait pas commis de faits avérés de harcèlement moral et n'avait pas manqué à son obligation de résultat, a débouté M. Fernando X de sa demande de dommages-intérêts au titre du manquement à l'obligation de sécurité et de sa demande au titre de la perte de salaire, a ordonné la remise des documents de fin de contrat et a condamné la SARL B&J DRIVE aux dépens et à payer à M. Fernando X la somme de 700 au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Statuant à nouveau sur les chefs infirmés, et y ajoutant,

Déboute M. Fernando X de sa demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail,

Dit que le licenciement de M. Fernando X le 2 août 2016 est sans cause réelle et sérieuse,

Condamne la SARL B&J DRIVE à payer à M. Fernando X les sommes suivantes :

'30 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause sérieuse,

'1500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Déboute M. Fernando X de sa demande au titre du complément d'indemnité de licenciement et de l'indemnité compensatrice de préavis outre les congés payés afférents et de sa demande au titre du préjudice moral,

Déboute la SARL B&J DRIVE de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile

Condamne la SARL B&J DRIVE aux dépens.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

Geneviève Véronique LEBRETON