

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL DE CAEN
Chambre sociale section 1
ARRET DU 07 JUIN 2019

N° RG 17/02855

ORIGINE : Décision du Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de CAEN en date du 10 Juillet 2017 - RG n° 15/00976

APPELANT :

Monsieur A X

[...]

[...]

Représenté par Me Emmanuel LEBAR, avocat au barreau de COUTANCES

INTIMEE :

SARL LA BOUTIQUE REGECO

[...]

[...]

Représentée par Monsieur BOULANGER, défenseur syndical

DEBATS : A l'audience publique du 21 mars 2019, tenue par Mme PONCET, Conseiller, Magistrat chargé d'instruire l'affaire lequel a, les parties ne s'y étant opposées, siégé en présence de Mme VINOT, Conseiller, pour entendre les plaidoiries et en rendre compte à la Cour dans son délibéré

GREFFIER : Madame POSÉ

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DELIBERE :

Mme NIRDÉ-DORAIL, Présidente de Chambre, rédacteur

Mme PONCET, Conseiller,

Mme VINOT, Conseiller,

ARRET prononcé publiquement contradictoirement le 07 juin 2019 à 14h00 par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, par prorogation du délibéré initialement fixé au 23 mai 2019, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinea de l'article 450 du code de procédure civile et signé par Mme NIRDÉ-DORAIL, présidente, et Madame POSÉ, greffier

FAITS ET PROCÉDURE

M. A X a été embauché par la SARL La Boutique Regeco en qualité de technico-commercial informatique pour une durée de travail mensuelle de 151,67 heures et une rémunération mensuelle brute de 1 500 euros dans le cadre d'un contrat à durée déterminée à compter du 20 novembre 2012 pour une durée de six mois jusqu'au 21 mai 2013, contrat qui s'est poursuivi à son terme en contrat à durée indéterminée sans régularisation d'un écrit.

Par lettre recommandée adressée le 3 septembre 2014, alors qu'il se trouvait en arrêt de travail depuis le 14 juin 2014, M. X a pris acte de la rupture de son contrat de travail du fait de l'employeur, 'celui-ci prenant fin le 15 septembre prochain'.

Saisi le 17 novembre 2014, le conseil de prud'hommes de Caen, par jugement du 10 juillet 2017, a:

- dit que la convention applicable est la convention de commerce de détail d'ordinateurs, d'unités périphériques et de logiciels en magasin spécialisé,
- condamné la SARL La Boutique Regeco à lui verser 10 971,38 euros au titre des heures supplémentaires, les congés payés afférents, 1 590,66 euros à titre d'indemnité de repos compensateur,
- ordonné à la SARL à lui remettre les documents de fins de contrat et bulletins de salaire conformes sous astreinte,
- condamné M. X à verser à la SARL 1 673,21 euros à titre d'indemnité de préavis,
- condamné la SARL à lui verser 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- débouté M. X de ses autres demandes et la SARL de ses autres demandes reconventionnelles,
- ordonné l'exécution provisoire du jugement,
- condamné la SARL aux entiers dépens,
- assorti les condamnations pécuniaires d'intérêts au jour de la saisine de conseil de prud'hommes.

Le 25 août 2017 M. X a interjeté appel de ce jugement.

Vu les conclusions n°2 de M. X qui demande à la cour :

A titre principal, de dire que :

- * la convention collective applicable est celle des commerces et services de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager du 26 novembre 1992,
- * le contrat à durée déterminée doit être requalifié en contrat à durée indéterminée,
- * il devait être classé au statut d'agent de maîtrise niveau IV échelon 3,
- * la prise d'acte de rupture doit être requalifiée de licenciement abusif,
- * il est bien fondé dans sa demande de paiement des heures supplémentaires,
- * l'employeur ayant conscience de ne pas régler l'intégralité des heures, il a créé une situation de travail dissimulé,
- * l'employeur se devait de le rémunérer au titre de ses créations de flyers, une banderole publicitaire et des cartes de visites.

En conséquence, condamner la SARL La Boutique Regeco à lui verser les sommes suivantes :

- * indemnité de licenciement : 891,69 euros
- * indemnité de préavis : 4 280,10 euros bruts
- * congés payés afférents : 428,01 euros bruts
- * indemnité pour licenciement abusif : 12 480,30 euros,
- * indemnité de requalification du CDD : 1 673,21 euros,
- * rappel de salaire au titre de la classification d'agent de maîtrise : 16 231,34 euros
- * indemnité de congés payés afférentes : 1 623,13 euros,
- * indemnité au titre du prêt de main d'oeuvre illicite : 5 000 euros,
- * rappel de salaire au titre des heures supplémentaires : 32 721,63 euros bruts,
- * indemnité de congés payés afférents : 3 271,16 euros,

- * contrepartie obligatoire en repos : 8 710,74 euros,
- * indemnité pour travail dissimulé : 12 840,30 euros,
- * indemnité pour non respect des seuils maximum de travail et temps de pause : 10 000 euros,
- * indemnité pour exécution de mauvaise foi du contrat de travail : 6 000 euros
- * indemnité au titre de l'atteinte du droit à l'image : 5 000 euros
- * au titre de la rémunération des créations du salarié : 4 000 euros,

A titre subsidiaire, si la cour rejette sa demande de reclassement,

- de le dire bien fondé dans sa demande de paiement des heures supplémentaires,

- de condamner la société La Boutique Regeco à lui verser les sommes suivantes :

- * rappel de salaire au titre des heures supplémentaires : 24 525,30 euros bruts

- * indemnité de congés payés y afférents : 2 452,53 euros,

- * contrepartie obligatoire en repos : 6 704,88 euros,

- de condamner l'employeur à verser 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens de la procédure,

- d'assortir les condamnations pécuniaires d'intérêts à compter de la saisine du conseil de prud'hommes,

- d'ordonner à l'employeur de remettre les documents de fin de contrat modifiés sous astreinte.

Vu les conclusions la SARL La Boutique Regeco qui demande à la cour :

- d'infirmer le jugement entrepris en ce qu'il l'a condamnée à payer 10 971,38 euros brut au titre des heures supplémentaires, les congés payés afférents, 1 590,66 euros au titre d'indemnité de repos compensateur,

- de confirmer le jugement en ce qu'il a :

- * débouté M. X de toutes les autres demandes présentées,

- * condamné M. X à lui payer 1 673,21 euros au titre d'indemnité de préavis,

A titre principal, de dire que :

* la convention collective applicable est celle du commerce de détail de papeterie de fournitures de bureau, de bureautique et d'informatique,

* il n'y a pas lieu de requalifier le CDD en CDI,

* M. X ne remplit pas les conditions conventionnelles pour être classé en agent de maîtrise niveau IV, échelon 3,

* les éléments respectifs apportés par les parties ne permettent pas de conclure à l'existence d'heures supplémentaires,

* aucun élément de preuve n'est apporté par l'appelant quant à l'existence d'une situation de travail dissimulé,

* M. X n'a fait oeuvre d'aucune création particulière

* les demandes relatives à l'atteinte du droit à l'image, à l'exécution de mauvaise foi du contrat de travail, au prêt de main d'oeuvre ne sont pas soutenues,

* il n'y a pas lieu de requalifier la prise d'acte de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse et que celle-ci produit les effets d'une démission.

- de débouter M. X de toutes ses demandes,

- de le condamner à payer 1 673, 21 euros au titre d'indemnité de préavis,

si la cour considère que M. X a pu accomplir des heures supplémentaires, dire que :

* les erreurs, anomalies et autres lacunes existantes dans le décompte de l'appelant conduisent à limiter le montant de sa demande à la somme brute de 10 971,38 euros et le montant de la demande au titre du repos compensateur à la somme de 1 590,66 euros,

- de condamner M. X à payer 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 6 mars 2019.

MOTIFS DE LA DÉCISION

- SUR L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

- Sur la convention collective applicable

L'article L.2261-2 du code du travail dispose que :

'La convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur.

En cas de pluralité d'activités rendant incertaine l'application de ce critère pour le rattachement d'une entreprise à un champ conventionnel, les conventions collectives et les accords professionnels peuvent, par des clauses réciproques et de nature identique, prévoir les conditions dans lesquelles l'entreprise détermine les conventions et accords qui lui sont applicables.'

L'article VII du contrat de travail signé par le salarié stipulait qu'à 'titre informatif, aucune convention collective n'étant applicable au regard de l'activité réelle et principale de l'entreprise à la date du présent contrat, l'employeur fait néanmoins une application volontaire de la convention collective de la papeterie fourniture de bureau bureautique et informatique'.

Le conseil de prud'hommes a jugé que c'est la convention collective du commerce de détail d'ordinateurs, d'unités périphériques et de logiciels en magasin spécialisé qui s'appliquait à la relation de travail au motif que l'activité principale de la société La Boutique Regeco était le commerce de matériel informatique qui relève du 'code 4147Z,' code qui figurait également sur les bulletins de paie du salarié.

Le salarié reproche au premier juge d'avoir fait application d'une convention collective qui n'existe pas et revendique celle de l'électronique, audiovisuel, équipement ménager, commerces et services du 26 novembre 1992 ci-après Electronique au regard de l'activité de négoce de matériel informatique de la société La Boutique Regeco.

L'employeur soutient qu'il a fait application volontaire de la convention collective du commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et d'informatique (IDCC 1539) ci-après Papeterie, convention qui d'une part, correspond à son code NAF 52-4Z (c'est le code risque qui figure dans deux notifications du taux de cotisation d'accident du travail de 2011 et 2015) et qu'il a, d'autre part, expressément citée dans le contrat de travail du salarié.

Liminairement, la cour indique qu'il existe un code 4741Z qui correspond non pas à une convention collective comme retenu à tort par le premier juge mais au secteur d'activité principal intitulé 'Commerce de détail d'ordinateurs, d'unités périphériques et de logiciels en magasin spécialisé' de la nomenclature des entreprises définie par l'INSEE et que ce numéro est cité par au moins trois conventions collectives dans leur champ d'application dont celles en discussion ici. La cour relève que ce numéro 4741 Z figure également sur les bulletins de paie du salarié édités par l'employeur qui dit ne pas se souvenir des motifs de cette mention et que le site de l'INSEE expose que le code NAF 4741Z remplace le code de l'ancienne nomenclature 524 Z 'Commerce de détail divers en magasin spécialisé'. Dans ces conditions, le critère du code NAF n'aura qu'une valeur indicative et ne pourra pas suffire à déterminer la convention collective applicable.

Il est admis qu'un employeur a la faculté d'appliquer volontairement une convention collective par usage, engagement unilatéral, accord d'entreprise, mention sur le bulletin de paie ou comme en l'espèce dans le contrat de travail cependant cette indication ne peut pas interdire à un salarié d'exiger l'application de la convention collective à laquelle l'employeur est assujéti en raison de son activité principale dès lors qu'elle lui est plus favorable.

Il incombe donc à M. X qui conteste l'application de la convention collective mentionnée dans son contrat de travail de démontrer que l'activité principale réelle de la société La Boutique Regeco relève de la convention qu'il revendique, selon lui, plus favorable en terme de grille de classification et en terme d'indemnité de rupture.

M. X se borne à affirmer que la société La Boutique Regeco a pour activité principale le négoce de matériel informatique sans viser de pièce ou produire d'extrait Kbis qui est un indice sur l'activité déclarée par une entreprise.

Mais la cour constate que sa pièce 5 est un article de presse locale présente l'espace informatique ouvert à Caen le 5 mai 2014 après celui de Saint Lô en 1999. Le salarié qui se présente comme le responsable du magasin le décrit comme suit : 'le concept de cette enseigne est de proposer une offre globale en matière d'informatique.

Avec côté matériel, un choix d'imprimantes, d'ordinateurs, de tablettes de différentes marques dont les produits Apple et une sélection d'accessoires dont des cartouches compatibles pour tous types d'imprimantes...

Côté services, les clients peuvent souscrire leur abonnement internet..on prend en charge toute la procédure et on peut même se déplacer pour assurer l'installation ...

Regeco dispose aussi d'un service réparation assurant le changement de l'écran d'un téléphone portable, le dépannage d'un ordinateur portable, Mac et PC, d'une tablette, d'une imprimante de toutes marques...cette enseigne s'adresse aux particuliers et aux professionnels avec eux pour service adapté à leurs besoins. Le salarié est photographié dans un local présentant du matériel informatique (ordinateurs portables et fixes, imprimantes...).

La cour relève qu'en page 19 de ses écritures, l'employeur précise qu'il s'agit de vendre des produits finis à l'instar des enseignes But, Leclerc ou Cora mais pas de vendre ou d'élaborer des systèmes plus complexes ou sophistiqués.

M. X se réfère plus précisément à l'article 1er 1-1 et plus particulièrement l'alinéa a qu'il a surligné de la convention collective Electronique qui s'adresse aux employeurs exerçant l'une ou plusieurs des activités principales suivantes :

'a) Le commerce de détail, quel que soit le mode de distribution y compris le e-commerce des produits de salon ou nomades et les services associés de l'électrodomestique, de l'électronique et de l'informatique grand public et du multimédia, comprenant entre autres les appareils électroménagers, de réception et de diffusion de l'image et du son, tous appareils et supports d'enregistrement ou de reproduction audio et vidéo analogique et/ou numérique vierge ou enregistré, notamment répertorié sous les codes d'activités français principales exercées 47.41Z (1), 47.43Z (1), [...], [...];

b) Le commerce et la maintenance de produits et les services associés de la téléphonie notamment répertoriés sous le code d'activité français principale exercée 47.42Z (1) ex-52-4L et 52-4Z (2);

c) La réparation non associée à un constructeur de produits de l'électronique grand public et du multimédia, comprenant entre autres les appareils de réception et de diffusion de l'image et du son, tous appareils d'enregistrement ou de reproduction audio et vidéo analogique et/ou numérique..., notamment répertoriée sous le code d'activité français principale exercée 95.21Z (1) ex-52-7C (2); d) La réparation non associée à un constructeur de produits électriques, de l'électronique et de l'électrodomestique comprenant entre autres les appareils électroménagers..., notamment répertoriée sous le code d'activité français principale exercée 95.22Z (1) ex-52-7D (2) ;

e) La location aux ménages et aux entreprises de produits de salon ou nomades et les services associés de l'électrodomestique, de l'électronique grand public et du multimédia, comprenant entre autres les appareils électroménagers, de réception et de diffusion de l'image et du son, tous appareils et supports d'enregistrement ou de reproduction audio et vidéo analogique et/ou numérique vierge ou enregistré..., notamment répertoriée sous le code d'activité français principal exercée 77.22Z (1), 77. 29Z (1) ex-71-4B (2) ;

f) Le commerce, l'installation, la maintenance et la réparation des équipements d'émission et/ou de réception, et/ou transport de signaux audiovisuels analogiques et/ou numériques à destination des utilisateurs finaux, notamment répertoriés sous les codes d'activités français exercées 43.21A (1) ex-45-3AA, 52.7C, 52.4L, [...] ;

g) La logistique dans le cadre de structures ou d'organismes associés aux entreprises citées ci-avant dont les activités sont le commerce, l'installation, la réparation et la location.

In fine, l'article précise que "les clauses de la convention s'appliquent impérativement à l'ensemble des salariés exerçant les activités précitées quel que soit le site où ils sont employés..".

L'article 1-1 de la convention collective Papeterie dont se prévaut la société La Boutique Regeco 'règle, ...les rapports entre employeurs et salariés des entreprises dont l'activité principale est constituée par une ou plusieurs des activités suivantes :

'- commerces de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et d'informatique, de matériel, machines et mobilier de bureau, auprès d'une clientèle de particuliers, professions libérales, entreprises, administrations. Les entreprises ou établissements visés sont le plus souvent classés sous les rubriques 51.6 G, 52.4 R, 52.4 Z, 71.3 E de la nomenclature d'activités française (NAF). Les entreprises dont l'activité principale est l'importation de machines et de matériel de bureau sont exclues de la présente convention ;

- commerces de librairie, y compris les entreprises vendant à des revendeurs (rubrique 52.4 R de la NAF)'.

La cour considère que le salarié ne fait pas la preuve qui lui incombe de ce que l'activité de la société La Boutique Regeco ne relève pas du champ d'application de la convention collective Papeterie dont l'employeur lui a fait une application volontaire et qu'elle serait définie de manière indiscutable par la convention Electronique. En effet, les termes de 'commerce de

détail' et 'informatique' utilisés dans la définition des deux conventions permettent d'englober l'activité principale de vente de matériel informatique de l'entreprise dans celle appliquée par l'employeur par mention dans le contrat de travail.

La convention collective applicable est celle du commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et d'informatique et le jugement sera infirmé de ce chef.

- Sur la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée

Aux termes de l'article L.1242-2 du code du travail, sous réserve des dispositions de l'article L. 1242-3 du même code, un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire et dans des cas définis par la loi notamment pour pourvoir au remplacement d'un salarié absent ou faire face à l'accroissement temporaire d'activité.

L'employeur doit indiquer le motif précis du recours au contrat à durée déterminée et justifier de la réalité de ce motif.

M. X souhaite voir requalifier son contrat de travail conclu pour la période courant du 20 novembre 2012 au 21 mai 2013 en contrat à durée indéterminée, faute pour le contrat d'avoir été conclu pour l'un des cas limitativement énumérés à l'article L.1242-2 du code du travail.

La société ne conteste pas l'absence du motif du recours au contrat à durée déterminée qui emporte requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée à compter de sa conclusion mais objecte à tort que le salarié ne peut pas prétendre à une indemnité de requalification quand la relation contractuelle s'est poursuivie en contrat à durée indéterminée sans aucune interruption, y compris en cas de requalification. En effet, l'indemnité est due lorsque comme en l'espèce, la requalification peut reposer (outre sur sa poursuite sans écrit) sur une irrégularité du contrat de travail initial à savoir ici un défaut d'indication du motif du recours.

Infirmant le jugement, le contrat à durée déterminée sera requalifié en contrat à durée indéterminée à compter du 20 novembre 2012 et le salarié se verra allouer une indemnité de requalification d'un mois de salaire dans les limites de sa demande soit 1 673,21 euros.

- Sur le rappel de salaire au titre de la classification

M. X soutient qu'il a occupé les fonctions de responsable commercial à Saint Lô correspondant au statut d'agent de maîtrise niveau IV échelon 3 de la convention collective Electronique ce dès son embauche et encore davantage avec sa promotion en mai 2004 comme responsable du magasin ouvert à Caen 3. Il sollicite un rappel de salaires sur la base du minimum conventionnel d'un montant 16 231,34 euros, outre les congés payés afférents.

Il appartient au salarié dont le contrat de travail et les bulletins de paie mentionnent l'emploi de technico-commercial de démontrer qu'il occupait effectivement les fonctions afférentes à l'emploi de responsable commercial dont il revendique la qualification.

Dès lors que c'est la convention collective du commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et d'informatique qui est applicable à la relation de travail, le salarié sera débouté de sa demande de requalification et de rappel de salaire.

Surabondamment, la cour indique au salarié qu'il aurait été débouté de sa demande car :

- la grille de classification des emplois de la convention collective nationale de l'électronique, caractérise le niveau agents de maîtrise niveau IV par 'l'exercice de missions impliquant le choix et la mise en oeuvre de méthodes et/ou de moyens en fonction des directives et l'échelon 3, le contrôle et la gestion d'une unité comparant régulièrement les résultats atteints avec les valeurs initialement fixées, la proposition des solutions pour l'amélioration des résultats tant qualitatifs que quantitatifs de l'unité' et un niveau de formation acquis soit par une expérience professionnelle soit une formation professionnelle soit par voie scolaire correspondant au niveau II bac + 3-4 ;

- le salarié s'appuyait sur des pièces qui ne permettaient pas de faire droit à sa demande à savoir des mails adressés à des clients les 14 et 15 novembre 2012, 20 février et 20 mars 2013 qui sont des devis sur lesquels il a lui-même apposé la mention 'responsable commercial' ; un article du journal des Côtes de la Manche présentant l'équipe de la boutique Regeco accompagné d'une photo montrant 'A X, représentant commercial' et l'article de presse déjà cité relatif à l'ouverture de la boutique de Caen dans lequel il se présente comme 'responsable de cette boutique de 130m²' ; ces éléments ne décrivent pas le contenu de ses fonctions et ne caractérisent pas le niveau de responsabilité exigé par la convention notamment en terme de gestion et de politique financière qui vont au delà de la vente de matériel ce d'autant plus que l'employeur expose que c'était lui seul qui décidait de la stratégie dans cette petite équipe de moins de 10 salariés même s'il pouvait prendre l'avis de ses salariés et souligne que M. X a travaillé sur Caen que du 5 mai au 14 juin 2014 seul ou avec un collègue.

- Sur les heures supplémentaires

En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'article L. 3171-4 du code du travail, impose au salarié d'étayer sa demande par des éléments suffisamment précis, puis à l'employeur de fournir tous éléments de nature à justifier des horaires effectivement réalisés par le salarié, le juge formant sa conviction au vu de l'ensemble des éléments rapportés par les parties.

M. X soutient qu'entre 2012 et 2014, il a cumulé 4 815,12 heures dont 1 711,80 heures supplémentaires dont il réclame le paiement à hauteur de 32 721,63 euros si la qualification d'agent de maîtrise est retenue et de 24 525,30 euros sur la base de son dernier salaire mensuel. Il expose qu'il travaillait le midi sans pause déjeuner, qu'il ne terminait pas avant 19-20 h, qu'il participait à des réunions tardives, travaillait les jours fériés et effectuait des salons et foires travaillant alors 11 heures d'affilée. Il ajoute qu'il était seul la plupart du temps au magasin de Caen pour effectuer toutes les tâches, assurant l'ouverture à 8h et la fermeture à 20h sans prise de pause déjeuner soit plus de 40 heures par semaine, outre la distribution de flyers pour promouvoir le magasin, la création d'un site pour un client en dehors de ses heures de travail et les trajets pour se rendre à Saint Lô assister à des réunions et déposer le matériel.

A l'appui de sa demande, il produit les éléments suivants :

- un décompte journalier des heures supplémentaires sur un support informatisé (pièce 27) qui est une compilation de sms et de courriels, qui ne sont pas significatifs des horaires tardifs de l'intéressé puisque l'employeur justifie que le protocole de messagerie IMAP utilisé permet aux utilisateurs d'envoyer sur le serveur de la société des messages, à partir d'une autre adresse de messagerie, sans être physiquement présent dans les locaux ;

- un décompte (pièce 6) portant sur la période du 1er octobre 2012 au 14 juin 2014 mentionnant jour par jour l'heure d'arrivée et de départ, la durée totale travaillée par jour, cumulée par semaine et par mois, la mention de participation à des foires ou des salons avec indication des lieux, les jours non travaillés fériés, d'absence, de congés ;

- un tableau récapitulatif (pièce 6 bis et 6 ter) des heures supplémentaires mentionnant le nombre d'heures, selon la classification conventionnelle retenue, semaine par semaine, distinction faite de la majoration à appliquer (25% ou 50%) outre l'indication des repos compensateurs, pour chacune des années considérées (pièces 6 bis et 6 ter) ;

- un planning (pièce 7) des horaires pour les périodes 'du 28 avril 2014 jusqu'au 31 août 2014' et du '1er septembre 2014 au 30 novembre 2014', mentionnant les prénoms des salariés et les villes d'affectation et pour le salarié 'A' 8 h-20 h le lundi, mercredi, 10 h -20 h les vendredi et samedi et repos le mardi ;

- un extrait du site 'La Boutique Regeco', précisant 'ouvert(s) de 8h à 20h non stop'

- des captures d'écran du site 'Facebook'

* d'un message du 7 novembre 2013 informant que la boutique est ouverte de '8h00 à 20h00 du lundi au samedi & 7j/7 pendant tout le mois de décembre',

* du 9 juin 2014 précisant que les '2 magasins Caen et Sant-Lô ouverts le 09 juin 2014 de 8h-20h',

- des publicités de journaux sur les horaires d'ouverture des dimanches 9-16 et 23 décembre 2012,

- une publicité indiquant que la boutique de St-Lô est ouverte 'du lundi au samedi de 8h00 à 20h00 en continu et tous les dimanches du mois de décembre' 2013 (pièces 8 et 9),

- une pièce 10 présentée comme un historique des échanges Sms du 1er mai 2014 mais qui ne permet pas d'identifier M. X),

- des feuilles d'agenda planifiant des rendez-vous d'octobre 2012 à février 2013, d'avril 2013 à décembre 2013, de février 2014 à juin 2014 (pièce 26).

Ces éléments étayent la demande du salarié, l'employeur étant en mesure de fournir ses propres éléments sur les horaires effectivement accomplis par le salarié.

Dès lors qu'il a été retenu que le salarié avait étayé sa demande, il incombait à l'employeur de justifier des horaires effectifs du salarié sur la période litigieuse ce qu'il s'emploie à faire par une critique minutieuse des pièces du salarié (agendas partiellement communiqués) et à partir d'éléments qu'il fournit (mails et attestations) sans pour autant qu'il le fasse durant toute la période contractuelle étant souligné par l'employeur, attestations d'autres salariés à l'appui, qu'il laissait une grande autonomie d'organisation à son équipe.

Compte tenu de la démarche probatoire ci-dessus rappelée, la cour fait sienne l'analyse faite par le conseil de prud'hommes des arguments et des éléments apportés par l'employeur au regard de la réclamation du salarié afin de chiffrer le montant du rappel d'heures supplémentaires. Le salarié a inclus à tort dans son temps de travail effectif des plages suivantes :

- des jours de congés (60h en août 2013, 35h en octobre 2013, 35h en janvier 2014, 35h en février 2014, 35 heures en mars 2014, 35 h en avril 2014) pour un total de 235h ;

- la période d'adaptation au poste de travail financée par le Pôle emploi au titre de la formation professionnelle dont il ne justifie pas du mode de rémunération convenu avec l'employeur ;

- des événements ludiques et non obligatoires telles que des soirées au restaurant les 08 novembre 2013 et le 19 décembre 2012, le 05 juin 2014 ;

- des périodes d'absence pour arrêt maladie : l'employeur produit les messages du salarié signalant son indisposition les 5 novembre 2013, 7 janvier 2014, la matinée du 22 mai, un temps de rendez-vous personnel médical le 17 avril 2014 de 14h à 15 h ou pour congés payés du 6 au 12 mai 2013 - des temps de trajet à tort : le 04 juin 2013 : 6h pour le grand Rex, le 24 décembre 2012 : veille de Noël , le 17 avril 2014 : 1 h de déplacement ;

- les temps de déjeuner alors que MM Y, Z et Reguesse, l'employeur des collègues attestent qu'il les prenait avec eux sur place à raison d'au moins une heure ;

Au total : 22 jours en 2012 sans agenda + 114 en 2013 + 27 en 2014 soit un total de 163 jours sur 418 jours soit 39% du temps pour lequel il sollicite un rappel d'heures supplémentaires.

Le conseil de prud'hommes a justement retenu le chiffrage des 951,25 heures supplémentaires de l'employeur après déduction des plages horaires comptabilisées à tort comme du temps de travail à savoir pauses repas, période de formation, maladies ou absences, congés payés ou temps de trajets, email tardifs, temps de loisirs ainsi que le quantum de 10 971,38 euros sur la base du salaire conventionnel qui était le sien.

- Sur les contreparties obligatoires au repos

M. X sollicite la somme totale de 8 710,74 euros à titre principal et de 6 704,88 euros pour les années 2012, 2013 et 2014 à titre de dommages et intérêts pour perte de la contrepartie obligatoire en repos.

Il se prévaut des dispositions de l'article L. 3121-11 du code du travail, qui prévoit que toute heure supplémentaire effectuée au-delà du contingent annuel donne lieu à l'octroi au salarié d'une contrepartie obligatoire en repos, qui s'ajoute à la rémunération des heures au taux majoré ou au repos compensateur de remplacement.

Le chiffrage des heures supplémentaires retenu fait apparaître 76 h 36 en 2012 et 188h 35 en 2014 qui ne dépasse pas le contingent annuel de 220 heures et ne lui ouvre pas droit à contrepartie en repos. En revanche le nombre de 512 h40 d'heures supplémentaires en 2013 excède ce contingent de 146 h 20 et entraîne une contrepartie en repos de 1 590,66 euros retenue par le conseil de prud'hommes.

- Sur le non respect des temps de pause, de la durée quotidienne minimale de repos et maximale de travail et sur de la durée hebdomadaire moyenne de travail

A l'appui de sa demande de dommages et intérêts de 10 000 euros, M. X fait valoir :

- le non respect des pauses de midi, l'accomplissent de journées de travail de plus de 6 heures consécutives : mais il a été retenu que l'employeur faisait la preuve par des attestations de la prise des pauses déjeuner d'une heure de sorte qu'il n'y a pas eu de travail quotidien continu de plus de 6 heures ;

- le non respect de la durée quotidienne minimale de repos de 11 heures consécutives, la durée maximale de travail fixée à 10 heures, le non respect de la durée hebdomadaire moyenne de travail de 48 heures sur 12 semaines consécutives : tout en les critiquant, l'employeur relève que les pièces du salarié mettent en évidence un dépassement de 60 heures en semaine 49 en 2013 et deux fois en semaine 51 et 40 en 2013 et 17 autres dépassements entre 48 et 52 heures ce qui justifie l'octroi de la somme de 2 000 euros à titre de dommages-intérêts en raison du non-respect du droit à repos.

- Sur l'indemnité pour travail dissimulé

M. X sollicite le paiement de 12 840,30 euros de dommages et intérêts.

Des articles L. 8221-3, 8221-5 et 8223-1 du code du travail, il résulte qu'en cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours en mentionnant intentionnellement sur un bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire.

L'employeur qui n'a jamais rémunéré M. X de ses heures supplémentaires ne pouvait pas ignorer leur accomplissement, en particulier sur la période de travail sur Caen, au vu du planning des horaires d'ouverture du magasin de Caen .Il sera fait droit sur la base du dernier salaire incluant les heures supplémentaires 12 175,50 euros de dommages et intérêts.

- Sur la rémunération des créations

M. X soutient avoir réalisé diverses oeuvres (flyers, banderoles publicitaires et des cartes de visite) que la SARL La Boutique Regeco a utilisées sans contrat de cession ni rémunérer ses droits d'auteur. Il évalue son préjudice à hauteur de 4 000 euros.

Il cite des textes du code de la propriété intellectuelle dont l'article L.111-1 qui dispose que

'L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code.

L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'oeuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France.

Les dispositions des articles L. 121-7-1 et L. 131-3-1 à L. 131-3-3 ne s'appliquent pas aux agents auteurs d'oeuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique.'

La seule production de la pièce 28 intitulée dans son bordereau de communication 'créations de Monsieur X' ne suffit pas à déterminer que le salarié avait créé une oeuvre originale au sens du texte précité lui ouvrant droit à la rémunération demandée car il s'agit de la juxtaposition sans analyse, d'un envoi du 19 septembre 2013 d'un mail 'banderole foire' à Cyriel Y portant la mention d'un imprimeur Vista Print, de la création d'un compte Vista Print et d'une photo d'une banderole non datée dans un supermarché ou de cartes de visite. La demande sera rejetée.

- Sur le prêt de main d'oeuvre illicite, l'exécution de mauvaise foi du contrat de travail, l'atteinte du droit à l'image

M. X ne développe dans le corps de ses écritures aucun moyen à l'appui de ses demandes chiffrées formulées dans le dispositif de ses écritures de sorte que, par application de l'article 954 du code de procédure civile, la cour l'en déboute.

- SUR LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

- Sur la prise d'acte de la rupture du contrat du travail

M. X demande que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail produise les effets d'un licenciement abusif et donc que la cour condamne la SARL La Boutique Regeco à lui verser les sommes suivantes :

- * 891,69 euros d'indemnité légale de licenciement,
- * 4 280,10 euros bruts d'indemnité de préavis,
- * 428,01 euros bruts de congés payés afférents,
- * 12 480,30 euros d'indemnité pour licenciement abusif.

Il incombe au salarié de faire la preuve d'un manquement de l'employeur suffisamment grave pour apparaître de nature à faire obstacle à la poursuite du contrat de travail afin que la prise d'acte de la rupture par le salarié de son contrat de travail produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et dans le cas contraire d'une démission.

Le 3 septembre 2016, M. X s'est adressé à la société La Boutique Regeco en ces termes:

'Depuis le 14 juin 2014, je suis en arrêt de travail du fait de mes conditions de travail et de votre attitude à mon égard.

J'ai effectué de nombreuses heures supplémentaires qui ne sont pas payées et pour plus de 25 000 euros depuis mon embauche au sein de votre entreprise.

Depuis le 5 mai 2014, je tiens, la plupart du temps, seul votre magasin de Caen où je dois assumer l'inégalité des tâches.

Je vous ai demandé à plusieurs reprises mes bulletins de paie des mois d'avril, mai et juin 2014.

J'ai dû vous écrire le 3 juillet 2014 pour que vous me les adressiez afin de pouvoir les déclarer à la CPAM et ainsi percevoir les indemnités journalières de sécurité sociale. Je vous ai relancé le 10 juillet suivant.

En guise de réponse, vous vous êtes permis de me mettre en demeure de verser d'une somme de 6 800 euros.

Il faudra attendre un courrier du 15 juillet 2014 pour que vous acceptiez de me délivrer les trois bulletins de paie litigieux.

Pendant mon arrêt maladie, vous avez communiqué mon numéro de téléphone personnel à une cliente et vous avez continué à m'appeler alors que je vous avais demandé d'arrêter de m'importuner.

S'il fallait une preuve de votre comportement à mon égard, j'ai relevé que vous aviez abusé de l'empreinte de ma carte bleue pour un montant de 100 euros et des e-mails et SMS que vous m'avez adressés des plus mal venus.

Vous soutenez également qu'aucune convention collective ne serait applicable à votre activité alors que manifestement votre entreprise dépend d'une convention collective est sûrement

celle de 'Electronique, audio-visuel et équipement ménager (commerce et services)' qui vise expressément le négoce de matériel informatique. Aussi, vous me privez des droits prévus par cette convention et plus particulièrement de la prévoyance.

Les bulletins de salaire ne sont même pas complétés notamment en ce qui concerne mon coefficient ou encore le nombre d'heures de travail.

La situation portant atteinte à ma santé est parfaitement invivable pour moi.

En conséquence je me vois dans l'obligation de prendre acte de la rupture de mon contrat de travail (...).'

A l'appui de sa demande, le salarié invoque :

- le fait qu'il n'ait pas bénéficié de la classification de son emploi en responsable commercial et la rémunération minimale conventionnelle, demande dont il a été débouté ;

- le non respect des obligations en matière de durée de travail : temps de pause, temps de travail et travail dissimulé ;

- le prêt de main d'oeuvre illicite ;

- les répercussions sur son état de santé manifestées par les arrêts de travail à compter du 14 juin 2014 soulignant les intrusions de l'employeur dans sa vie privée durant ses arrêts maladie

(communication de son numéro de téléphone personnel à des clients) ;

- l'absence de remise de bulletins de salaire ;

- l'intimidation pour rembourser une créance de 6 800 euros et le débit de sa carte bancaire de 100 euros durant son arrêt maladie.

Au nombre des faits invoqués sont établis des manquements en matière de temps de travail à savoir le non-paiement d'un nombre conséquent d'heures supplémentaires et subséquemment le travail dissimulé et le non-respect du droit au repos, qui sont suffisamment graves en soi pour faire droit à la demande du salarié.

Eu égard à son ancienneté qui remonte au 20 novembre 2012, il peut prétendre à une indemnité légale de licenciement de 891,69 euros d'indemnité légale de licenciement, à une indemnité de préavis de 1 673,21 euros et les congés payés afférents de 167,31 euros sur la base de son salaire l'employeur devant être débouté de sa demande reconventionnelle de ce chef et le jugement infirmé de ce chef.

Employé depuis moins de deux ans dans une entreprise employant moins de 11 salariés, il peut prétendre à une indemnité pour licenciement abusif qui sera fixé à 8 000 euros, en fonction de son ancienneté, de son âge, de sa dernière rémunération intégrant le rappel

d'heures supplémentaires, le salarié à faire valoir pour caractériser son préjudice, le contexte du licenciement à la limite du harcèlement moral et l'altération de son état de santé.

- Sur les autres points

La remise des documents sera ordonnée sans qu'il soit nécessaire de l'assortir d'une astreinte.

L'employeur sera condamné à payer une somme de 2 800 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour l'ensemble de la procédure ainsi qu'aux entiers dépens.

Les sommes allouées porteront intérêts, à compter de la date de réception par l'employeur de la convocation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, pour ce qui est des créances de nature salariale et, à compter du présent arrêt en ce qui concerne les créances à caractère indemnitaire ;

PAR CES MOTIFS

LA COUR, par décision contradictoire

CONFIRME le jugement en ce que :

- il a débouté M. A X de sa demande de requalification comme responsable commercial statut d'agent de maîtrise niveau IV échelon 3 et du rappel de salaire minimal conventionnel ;

- il a condamné la SARL La Boutique Regeco à payer à M. A X la somme de 10 971,38 euros au titre des heures supplémentaires et la somme de 1 097,13 euros au titre des congés payés afférents,

- il a condamné la SARL La Boutique Regeco à payer à M. A X la somme de 1 590,66 euros à titre d'indemnité de repos compensateur ;

- il a débouté M. A X de ses demandes d'indemnité pour exécution de mauvaise foi du contrat de travail et d'atteinte du droit à l'image ;

- il a débouté M. A X de sa demande au titre de la rémunération des créations du salarié

- il a débouté la SARL La Boutique Regeco de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

INFIRME le jugement pour le surplus et statuant à nouveau :

INFIRME le jugement en ce qu'il a dit que la convention collective applicable est celle des commerces et services de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager du 26 novembre 1992 ;

DIT que la convention collective applicable est celle du commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et d'informatique ;

INFIRME le jugement en ce qu'il a débouté M. A X de sa demande de requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée à compter du 20 novembre 2012 et d'indemnité de requalification ;

DIT que le contrat à durée déterminée est requalifié en contrat à durée indéterminée à compter du 20 novembre 2012 .

CONDAMNE la SARL La Boutique Regeco à payer à M. A X la somme de 1 673,21 euros à titre d'indemnité de requalification ;

INFIRME le jugement en ce qu'il a débouté M. A X de ses demandes au titre de l'indemnité pour non respect des seuils maximum de travail et temps de pause .

CONDAMNE la SARL La Boutique REGECO à lui payer la somme de 2 000 euros à titre de dommages-intérêts de ce chef ;

INFIRME le jugement en ce qu'il a débouté M. A X de sa demande au titre de l'indemnité pour travail dissimulé ;

CONDAMNE la SARL La Boutique REGECO à lui payer la somme de 12 175,50 euros à titre d'indemnité pour travail dissimulé ;

INFIRME le jugement en ce qu'il a débouté M. A X de ses demandes au titre de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail ;

INFIRME le jugement en ce qu'il a condamné M. A X à payer à M. A X la somme de 1 673,21 euros à titre d'indemnité de préavis, 167,21 euros au titre des congés payés afférents ;

CONDAMNE la SARL La Boutique Regeco à verser à M. A X la somme de 891,69 euros à titre d'indemnité de licenciement, la somme de 1 673,21 euros à titre d'indemnité de préavis, 167,21 euros au titre des congés payés afférents et celle de 8 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement abusif ;

DIT que les sommes allouées porteront intérêts, à compter de la date de réception par l'employeur de la convocation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, pour ce qui est des créances de nature salariale et, à compter du présent arrêt en ce qui concerne les créances à caractère indemnitaire ;

ORDONNE à la SARL La Boutique Regeco de remettre les documents de fins de contrat et bulletins de salaire conformes .

CONDAMNE la SARL La Boutique Regeco à payer à M. A X la somme de 2 800 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour l'ensemble de la procédure ;

DEBOUTE la SARL La Boutique Regeco de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour l'ensemble de la procédure ;

CONDAMNE la SARL La Boutique Regeco aux dépens de première instance et d'appel.

LE GREFFIER LE PRESIDENT

V. POSÉ R. NIRDÉ-DORAIL