

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 6 – Chambre 9
ARRET DU 20 MAI 2020

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 17/04180 – N° Portalis 35L7-V-B7B-B26R4

Décision déferée à la Cour : Jugement du 08 Février 2017 -Conseil de Prud'hommes –
Formation paritaire de PARIS – RG n° F 14/14703

APPELANT

Monsieur C X

[...]

94370 SUCY-EN-BRIE

Représenté par Me Maï LE PRAT, avocat au barreau de PARIS, toque : J018

INTIMÉE

SAS ETABLISSEMENTS MALEVILLE

[...]

[...]

Représentée par Me Guillaume BREDON, avocat au barreau de PARIS, toque : L0305

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 905 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 22 Janvier 2020, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Mme Graziella HAUDUIN, Présidente, chargée du rapport.

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

Mme Graziella HAUDUIN, présidente de chambre

Mme Françoise SALOMON, présidente de chambre

Mme Séverine TECHER, vice-présidente placée

Greffier, lors des débats : Mme Anouk ESTAVIANNE

ARRÊT :

— contradictoire

— mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de procédure civile

— signé par Madame Françoise SALOMON, présidente de chambre, pour le magistrat empêché, et par Madame Anouk ESTAVIANNE greffier à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

RAPPEL DES FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES

Vu le jugement du 8 février 2017 par lequel conseil de prud'hommes de Paris, statuant dans le litige opposant M. C X à son ancien employeur, la SAS Établissements Maleville, a :

— requalifié le licenciement en licenciement pour cause réelle et sérieuse';

— condamné la société Établissements Maleville à payer à M. X les sommes suivantes :

*3 647,70 euros à titre de rappels de salaires sur mise à pied,

*364,77 euros à titre de congés payés sur mise à pied,

*21 619,68 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis,

*2 161,97 euros à titre de congés payés afférents,

*24 363,12 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement,

Avec intérêts au taux légal à compter de la date de réception par la partie défenderesse de la convocation devant le bureau de conciliation.

— rappelé qu'en vertu de l'article R. 1454 28 du code du travail, ces condamnations sont exécutoires de droit à titre provisoire, dans la limite maximum de neuf mois de salaire calculés sur la moyenne des trois derniers mois de salaire, fixée à la somme de 7 008,93 euros.

*4 000 euros de dommages-intérêts à titre de repos compensateurs non attribués au-delà du contingent annuel,

Avec intérêts au taux légal à compter du jugement

— Débouté la partie demanderesse du surplus de ses demandes';

— Débouté la partie défenderesse sa demande reconventionnelle';

— Condamné la Société Établissements Maleville aux dépens.

Le 23 mars 2017, M. X a interjeté appel du jugement qui lui a été notifié le 15 mars précédent.

Par conclusions transmises le 21 juin 2019 par voie électronique, auxquelles il est fait expressément référence, M. X demande à la cour de :

— Confirmer le jugement rendu le 8 février 2017 par le conseil de prud'hommes de Paris en ce qu'il a :

*Condamné la société Établissements Maleville à verser à M. X :

— des rappels de salaires sur mise à pied ;

— une indemnité compensatrice de congés payés sur mise à pied ;

— une indemnité compensatrice de préavis ;

— une indemnité compensatrice de congés payés sur préavis ;

— une indemnité conventionnelle de licenciement ;

— des dommages-intérêts « à titre de repos compensateurs non attribués au-delà du contingent annuel » ;

— la somme de 700 euros au titre des frais irrépétibles de première instance (article 700 du code de procédure civile) ;

— Débouté la société Établissements Maleville de sa demande reconventionnelle ;

— Condamné la société Établissements Maleville aux dépens ;

— Infirmer le jugement rendu le 8 février 2017 par le conseil de Prud'hommes de Paris (N° RG : F 14/14703) pour le surplus, et statuant à nouveau :

In limine litis :

— Dire que la société Établissements Maleville ne justifie pas de déclaration à la CNIL quant à la collecte des données personnelles de téléphonie de M. X ;

— Dire que la société Établissements Maleville n'a pas informé M. X quant à la collecte de ses données personnelles téléphoniques ;

En conséquence :

— Dire et juger irrecevable la pièce adverse numérotée 18 produite par la société Établissements Maleville ;

Sur les demandes de M. X au titre de l'exécution de son contrat de travail :

— Annuler l'avertissement notifié le 10 février 2012 par la société Établissements Maleville à M. X ;

— Condamner la société Établissements Maleville à verser à M. X les sommes suivantes :

À titre principal :

— Rappel de majorations de salaire relativement aux heures supplémentaires contractuellement garanties et non payées :

*2 871,91 euros pour la période courant du 29 août 2011 au 31 décembre 2011, outre 287,19 euros au titre des congés payés afférents ;

*12 554,16 euros pour 2012, outre 1 255,42 euros au titre des congés payés afférents ;

*10 463,71 euros pour 2013, outre 1 046,37 euros au titre des congés payés afférents et ;

*8 407,26 euros pour la période courant du 1er janvier au 7 septembre 2014, outre 840,73 euros au titre des congés payés afférents.

À titre subsidiaire :

— Rappel de salaires pour l'année 2011 : 1 523,58 euros, outre 152,36 euros au titre des congés payés afférents ;

— Rappel de salaires pour l'année 2012 : 4 005,75 euros, outre 400,58 euros au titre des congés payés afférents ;

— Rappel de salaires pour l'année 2013 : 3 954,33 euros, outre 395,43 euros au titre des congés payés afférents ;

— Rappel de salaires pour l'année 2014 : 2 338,87 euros, outre 233,89 euros au titre des congés payés afférents ;

En tout état de cause :

— Dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par M. X du fait de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de bénéficier, en raison du défaut d'information de la société Établissements Maleville, de la contrepartie obligatoire en repos à laquelle il avait droit au titre des heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent :

*13 668,52 euros pour 2011,

*1 204,90 euros pour 2012,

*5 032,75 euros pour 2013,

*611,42 pour la période courant du 1er janvier au 9 septembre 2014,

Sur les demandes de M. X au titre de la rupture de son contrat de travail :

— Dire et juger le licenciement de M. X sans cause réelle et sérieuse ;

En conséquence, condamner la société Établissements Maleville à verser à M. X les sommes suivantes :

— Indemnité compensatrice de préavis (3 mois) : 24 507,51 euros (21 619,68 euros si on s'en tient au salaire brut moyen mensuel perçu par l'appelant entre septembre 2013 et août 2014 sans prise en compte des rappels de majorations de salaire sollicités au titre des heures supplémentaires contractuellement garanties et non payées pour cette même période) ;

— Indemnité compensatrice de congés payés sur préavis : 2 450,75 euros (2 161,97 euros si on s'en tient au salaire brut moyen mensuel perçu par l'appelant entre septembre 2013 et août 2014 sans prise en compte des rappels de majorations de salaire sollicités au titre des heures supplémentaires contractuellement garanties et non payées pour cette même période) ;

— Indemnité conventionnelle de licenciement : 27 617,38 euros (24 363,12 euros si on s'en tient au salaire brut moyen mensuel perçu par l'appelant entre septembre 2013 et août 2014 sans prise en compte des rappels de majorations de salaire sollicités au titre des heures supplémentaires contractuellement garanties et non payées pour cette même période) ;

— Rappel de salaire sur mise à pied conservatoire : 5 237,07 euros, outre 523,71 euros au titre des congés payés afférents (3 647,70 euros, outre 364,77 euros au titre des congés payés afférents, si l'on s'en tient à la retenue de salaire effectuée par la Société sur le bulletin de paie du mois de septembre 2014 et qu'on ignore les rappels de salaire sollicités par M. X compte-tenu de sa durée contractuelle de travail) ;

— Indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : 130 000 euros, soit environ 16 mois de salaire ;

— Dommages-intérêts réparant les circonstances vexatoires de la rupture : 25 000 euros, soit environ 3 mois de salaire ;

— Ordonner à la société Établissements Maleville de remettre à M. X l'ensemble des documents sociaux conformes à ladite décision, à savoir : attestation Pôle emploi, certificat de travail et bulletins de paie ;

— Dire et juger que le montant des condamnations portera intérêts à taux légal à compter de la date de la saisine du conseil de prud'hommes ;

— Condamner la société Établissements Maleville à verser à M. X la somme de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

— Condamner la société Établissements Maleville aux entiers dépens ;

— Dire et juger la société Établissements Maleville mal fondée en son appel incident ;

— Débouter la société Établissements Maleville de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions.

Par conclusions transmises le 19 juillet 2017 par voie électronique, auxquelles il est fait expressément référence, la société Établissements Maleville demande à la cour de :

A titre principal :

— Réformer le jugement rendu le 8 février 2017 par le conseil de prud'hommes de Paris,

— Fixer le salaire de référence de M. X à la somme de 7 008,93 euros bruts,

— Confirmer le jugement rendu le 8 février 2017 par le conseil de prud'hommes de Paris en ce qu'il a débouter M. X, et en conséquence :

— Dire et juger que le recadrage notifié à M. X le 10 février 2012 est fondé et ne constitue pas une sanction disciplinaire,

— Dire et juger que le contrat de travail de M. X n'a pas été modifié,

— Dire et juger que la société n'est redevable à M. X du règlement d'aucune heure supplémentaire,

— Infirmer le jugement rendu le 8 février 2017 par le conseil de prud'hommes de Paris en ce qu'il a condamné l'employeur au titre des contreparties obligatoires en repos, requalifié la faute grave en cause réelle et sérieuse et condamné l'employeur à ce titre, et en conséquence :

— Déclarer irrecevable car prescrite la demande de dommages-intérêts au titre du prétendu préjudice subi du fait des contreparties obligatoires en repos non prises afférentes aux années 2011 et 2012, pour un total de 14 873,42 euros,

— Dire et juger que le licenciement de M. X est fondé sur une faute grave,

En conséquence :

— Débouter M. X de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions contraires aux présentes,

— Ordonner le remboursement des sommes réglées au titre de l'exécution provisoire de droit :

*Rappel de salaire sur mise à pied : 3 647,70 euros,

*Congés payés afférents : 364,77 euros,

*Indemnité compensatrice de préavis: 21 619,68 euros,

*Congés payés afférents : 2 161,97 euros,

*Indemnité de licenciement : 24 363,12 euros,

A titre subsidiaire,

— Confirmer en toutes ses dispositions le jugement rendu le 8 février 2017 par le conseil de prud'hommes de Paris,

En tout état de cause,

— Rejeter la demande d'irrecevabilité de la pièce 18 produite par la société Établissements Maleville,

— Condamner M. X à verser à la société Établissements Maleville la somme de 2 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

— Condamner M. X aux entiers dépens.

La clôture de l'instruction est intervenue le 18 décembre 2019 et l'affaire fixée à l'audience du 22 janvier 2020.

SUR CE, LA COUR :

M. C X, engagé par la SAS Établissements Maleville suivant contrat à durée indéterminée à compter du 3 septembre 2001 en qualité commis dessinateur, a été convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement fixé au 22 septembre 2014 par lettre du 9 septembre précédent, mis à pied à titre conservatoire, puis licencié pour faute grave par lettre notifiée le 29 septembre 2014, motivée comme suit :

« Vous bénéficiez depuis plusieurs années d'un téléphone portable afin d'être joignable par les clients de façon directe et pour supprimer les contraintes liées à votre présence ou non au sein des locaux. Comme cela a été rappelé dans l'article 6 du règlement intérieur de 2013, ces téléphones ont été remis pour un usage exclusivement professionnel.

En Juillet 2012, nous avons procédé à un réajustement des forfaits en fonction des utilisations de l'époque. Notre engagement portant sur une durée minimum de deux ans, nous avons au

début du mois de septembre 2014 de nouveau étudié les consommations de chaque salarié afin de prendre une décision quant à la poursuite du contrat dans les mêmes conditions ou à sa modification éventuelle.

Ainsi, nous avons étudié les relevés téléphoniques de l'ensemble des portables de façon individuelle. Nous avons de suite constaté un grand nombre d'appels et sms adressés depuis votre téléphone. L'analyse de ces appels et sms nous a ensuite fortement déconcertés.

En effet, un très grand nombre d'appels est émis en dehors du temps de travail. À titre d'exemple, le 30 juin 2014, vous avez émis 75 sms entre 18h45 et 22h19 et 3 appels entre 20h30 et 21 heures. Le week-end du 5 et 6 juillet, vous avez également adressé plus de 100 sms et émis des appels pour une durée totale de plus de 27 minutes.

Nous avons également relevé la date du 25 Juillet 2014. Alors qu'à cette date vous étiez en arrêt maladie, vous avez émis entre 9h45 et 10h26, 10 appels vers des numéros qui ne semblent pas correspondre à des contacts de notre société, pour un total de 31 minutes.

Nous avons étudié les numéros composés et ils s'avèrent qu'il ne s'agit ni de contact clients ni fournisseurs de notre société. Vous utilisez le téléphone à des fins privées de façon très répétée et excessive, ce qui est contraire à notre règlement intérieur.

Les relevés dont nous disposons révèlent qu'il ne s'agit pas de cas isolés puisque de tels abus se sont répétés toutes les semaines.

En outre, surpris de cette constatation, nous avons étudié les numéros des appels et sms émis depuis vos téléphones fixe et portable, tous deux professionnels, pendant votre temps de travail. De nouveau, nous avons constaté qu'une grande partie de ces numéros ne correspond pas à des contacts de la société Établissements Maleville.

Les relevés téléphoniques des appels sortants établissent que vous passez 2 à 3 fois par semaine entre 10 et 30 minutes par jour au téléphone pour vos besoins personnels et ce pendant votre temps de travail. Ainsi, rien qu'au mois de juillet vous avez téléphoné à des fins personnelles le 18/07 10 minutes, le 17/07 10 minutes, le 15/07 11 minutes, le 11/07 30 minutes, le 10/07 18 minutes, le 8/07 15 minutes, le 7/07 16 minutes, le 4/07 30 minutes, le 3/07 25 minutes, le 2/07 12 minutes et le 1/07 33 minutes.

Nous n'avons jamais autorisé l'utilisation de biens de la société à [un] usage personnel. Ceci est rappelé régulièrement et cela l'a été dernièrement lors des réunions pour la mise en place d'un nouveau règlement intérieur, réunions auxquelles vous avez participé. Par ailleurs, l'ensemble de vos collègues ont en sus de leur téléphone professionnel, un téléphone portable personnel, qu'ils utilisent pour leurs besoins personnels, tant pendant le temps de travail à titre exceptionnel, qu'en dehors du temps de travail.

Au regard de votre relevé téléphonique, il est incontestable que vous utilisez de façon excessive le téléphone portable de notre société à des fins personnelles, et ce tant en dehors que pendant votre temps de travail.

Cette utilisation à titre personnel de votre outil de travail est très préjudiciable à notre société et n'est pas acceptable.

En effet, les relevés téléphoniques, qui ne portent que sur les appels émis et sms envoyés, démontrent que vous n'êtes pas concentré sur les dossiers qui vous sont confiés.

Or, votre poste nécessite rigueur et précision et requiert pour cela une grande concentration. Vos communications personnelles sont donc néfastes à la qualité de vos travaux.

Cet effet a ainsi pu être constaté sur le dossier OJEU du mois de mai, pour lequel le dessin a été adressé au sous-traitant avec le nom du client final, ce qui peut être préjudiciable pour notre entreprise. Alors que nous vous avons fait part de notre mécontentement à ce sujet, vous vous étiez prévalu d'une implication sans faille pour notre entreprise dans votre email en date du 26 mai 2014.

Vos échanges constants et répétés d'appels et sms personnels pendant votre temps de travail nuisent également à votre efficacité. Vous nous avez régulièrement rappelé au cours des derniers mois votre surcharge de travail et votre débordement, ce que nous n'arrivions pas à expliquer compte-tenu du nombre de dossiers qui vous est confié. Le temps passé, pendant votre temps de travail, à des activités extra professionnelles fournit désormais une raison à ce débordement.

Cette utilisation excessive est financièrement dommageable pour l'entreprise. Nous avons évalué à 50 heures le nombre d'appels personnels émis depuis vos deux lignes téléphoniques professionnelles, pendant votre temps de travail, depuis le 1er janvier 2014. Il s'agit d'heures qui vous ont été rémunérées et qui ont parfois déclenché le paiement de majoration pour heures supplémentaires.

Lors de notre entretien du 22 Septembre 2014, vous avez reconnu utiliser de façon quasi quotidienne votre téléphone professionnel à des fins personnelles, tant pendant qu'en dehors de votre temps de travail. Vous avez par ailleurs proposé de nous dédommager du préjudice subi.

Enfin, vous connaissez vos efforts pour optimiser les coûts et augmenter la performance de chacun de nos services face à la conjoncture actuelle. La confiance que nous avons placée en vous de part votre expérience, votre statut de cadre et votre ancienneté au sein de notre société est bien entendue aujourd'hui altérée. Nous comptons sur vous pour être un exemple auprès des autres salariés et nous prenons aujourd'hui conscience de votre désintérêt pour la pérennité de notre société.

Depuis votre mise à pied à titre conservatoire prononcée le 9 septembre 2014, nous avons étudié le contenu de votre ordinateur professionnel. Nous avons pris connaissance d'un dossier 'Sylvie' composé de plusieurs plans. Sur ces plans, apparaît une cartouche Maleville au nom de Mme Y à Z-en-Brie. Après vérification sur le logiciel de notre société, nous n'avons trouvé aucune affaire correspondant à cette cliente. Alors que ces plans ont été effectués pendant votre temps de travail, aucun devis n'a été établi, ni aucune facture. Lors de notre entretien du 22 septembre, vous avez reconnu avoir effectivement utilisé notre logiciel à

des fins personnelles et ne pas avoir facturé les travaux effectués pour ce dossier 'SYLVIE', celle-ci étant votre s'ur.

Ce dossier démontre que vous exercez à titre personnel certaines prestations relevant de votre activité professionnelle. Le nombre d'heures de travail pour ces plans peut être évalué à environ 50 heures. Par ces agissements, vous ne respectez pas votre obligation générale de loyauté envers l'entreprise.

Vous avez proposé de dédommager l'entreprise des préjudices subis. Or ceci est strictement inacceptable.

En conséquence, nous considérons que ces faits constituent une faute grave rendant impossible votre maintien, même temporaire, dans l'entreprise.

Votre licenciement est donc immédiat, sans préavis ni indemnité de rupture et nous tiendrons à votre disposition votre certificat de travail, votre solde de tout compte, votre attestation Pôle Emploi ainsi que les sommes qui vous sont dues. »

Contestant le bien-fondé d'une sanction et de son licenciement pour faute grave et estimant ne pas avoir été rempli de l'intégralité de ses droits au titre de l'exécution et de la rupture de son contrat de travail, M. X a saisi, le 18 novembre 2014, le conseil de prud'hommes de Paris qui, par jugement rendu le 8 février 2017, s'est déterminé comme indiqué précédemment.

Sur la demande d'annulation de la sanction notifiée le 10 février 2012 :

Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur, à la suite d'un agissement du salarié considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence de ce dernier dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération.

Par lettre recommandée avec avis de réception du 10 février 2012 l'employeur, après avoir rappelé l'existence de dysfonctionnements, dont celui relatif au musée Rodin, et avoir reconnu les qualités du salarié et sa capacité à effectuer les travaux demandés, lui a demandé de mettre en place une organisation de son travail soit la transmission le dernier jour de chaque mois du récapitulatif des devis réalisés, acceptés et refusés dans le mois ainsi que la communication de la charge de travail prévisionnel en début de chaque mois et du planning prévisionnel de fabrication en atelier et pose. L'employeur lui a également rappelé l'existence du lien de subordination et sa future intransigeance sur la restitution de ces reportings, précisant que «le non-respect de ses obligations sera inacceptable». L'employeur a conclu ce courrier comme suit :

«En conclusion, je te demande de bien vouloir te ressaisir, d'avoir un comportement irréprochable, de retrouver une organisation dans ton travail et de renouer une relation constructive avec la direction basée sur des échanges faire sincères et honnêtes.

Tels étaient les éléments que je voulais te communiquer. Je reste à ta disposition pour en discuter et si tu devais rencontrer des difficultés dans l'accomplissement de ton travail, je te demande de bien vouloir me tenir informé.»

Les reproches tels qu'adressés par l'employeur au salarié sur les dysfonctionnements qui lui sont imputés, le rappel du lien de subordination et la mise en place d'outils de nature à permettre l'employeur d'effectuer son contrôle de manière plus étroite sur le travail effectué par l'intéressé, doivent être considérés comme revêtant la nature d'une sanction.

À défaut pour l'employeur de produire au débat la moindre pièce de nature à établir la réalité des faits, contesté par le salarié, et donc le bien-fondé de la sanction, celle-ci devra être, par infirmation du jugement, annulée.

Sur les heures supplémentaires :

Le contrat de travail du salarié prévoit une durée hebdomadaire de travail fixé à 39 heures moyennant le versement d'une rémunération de 20'000 Fr. et d'un 13e mois en fin d'année.

Par lettre du 19 mai 2011, l'employeur a, après avoir exposé la dégradation de la situation économique de l'entreprise compte tenu d'une conjoncture défavorable et afin d'assurer la pérennité de la société et la sauvegarde du maximum d'emplois, proposé au salarié en application de l'article L. 1222-6 du code du travail relatif à la modification du contrat de travail pour motif économique, soit une base horaire hebdomadaire de 42 heures, les trois heures allant de la 40e à la 42e heures faisant l'objet d'un repos compensateur de remplacement pouvant notamment alimenter un compte épargne temps ou être monétarisées. Par lettre du 8 juin 2011, l'employeur a prolongé le délai d'un mois laissé au salarié pour accepter ou refuser la modification jusqu'au 30 juin suivant. Le salarié a, par bulletin rempli et daté du 29 juin 2011, refusé cette modification.

Il doit être tout d'abord relevé que l'employeur n'est pas fondé à soutenir aujourd'hui qu'aucune modification du contrat de travail n'a été proposée au salarié alors qu'elle est très explicitement mentionnée par sa lettre du 18 mai précitée dont elle est l'unique objet et ensuite constaté qu'il n'a pas envoyé la lettre recommandée exigée par l'article L. 1226-2 du code du travail dont il a entendu lui-même invoquer l'application et ne justifie pas des conditions de remise de la lettre du 18 mai par laquelle la modification du contrat de travail est proposée et de celle du 8 juin par laquelle il indique prolonger le délai. En effet, l'examen de ces deux lettres révèle que la mention «remise en main propre contre décharge» est accompagnée de la signature du dirigeant de l'entreprise, M. A, ce qui traduit une méconnaissance totale de la manière dont la remise en main propre doit être réalisée, le remettant ne pouvant être celui qui atteste de la remise. Les différents délais octroyés au salarié pour accepter ou refuser la modification pour motif économique ne pouvant être tenus pour certains, la société ne peut se prévaloir d'une acceptation du salarié du fait du silence gardé par celui-ci après l'expiration du délai légal d'un mois, à défaut de pouvoir déterminer quand le délai a débuté. Il doit être enfin rappelé que le salarié a en tout état de cause expressément refusé la modification par lettre recommandée envoyée le 30 juin 2011.

Cependant, les bulletins de salaire révèlent que depuis le mois de septembre 2002 et jusqu'au mois d'août 2011 la rémunération a été composée d'un salaire de base qui s'est élevé à la fin de la période à 6 695 euros pour 201,50 heures correspondant à 46,50 heures hebdomadaires au taux de 33,23 euros, ce qui impliquait nécessairement des heures supplémentaires accomplies et rémunérées au-delà de la durée légale de travail de 35 heures. Ensuite, à compter du mois de septembre 2011, l'employeur a appliqué la modification évoquée dans sa lettre du 19 mai 2011 précitée, soit une rémunération décomposée en un salaire de base de 5 191,66 euros correspondant à 151,67 heures (35 heures hebdomadaires) à un taux de 34,23 euros et de 17,33 heures supplémentaires à 25% (Exo TEPA) pour 741,55 euros, soit un horaire mensuel de 169 heures pour un salaire de 5 933,31 euros. Il doit être relevé que le contrat de travail de M. X stipulait une durée hebdomadaire de 39 heures, que son temps de travail à partir de septembre 2011, ainsi qu'il résulte de la lettre du 19 mai précitée, a été de 42 heures par semaine, mais que le comité d'entreprise suivant procès-verbal de réunion du 14 juin 2011 a approuvé la mise en place du repos compensateur de remplacement pour les heures supplémentaires effectuées au-delà de la 39e heure, soit de la 40e à la 42e, comme le permet l'article L. 3121-24 du code du travail dans sa rédaction alors en vigueur. Enfin, M. X n'établit pas l'existence d'un engagement de l'employeur sur la contractualisation d'heures supplémentaires au-delà de la 42e heure ou sur un salaire forfaitaire minimal de 6 695 euros, en sorte qu'il ne peut, par principe et sans produire d'éléments de nature à laisser présumer qu'il a accompli l'intégralité des heures supplémentaires à hauteur de 46,50 heures par semaine, revendiquer le paiement d'un rappel de salaire.

Le jugement sera donc confirmé en ce qu'il a rejeté la demande formée au titre des rappels de salaire pour heures supplémentaires depuis septembre 2011 et jusqu'à la rupture du contrat de travail.

Sur les contreparties obligatoires en repos pour les heures supplémentaires accomplies au delà du contingent annuel :

L'article L.3245-1 du code du travail issu de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 a réduit de cinq à trois ans le délai de prescription de toute action en paiement de créances salariales et notamment aux sommes compensant l'absence de contrepartie obligatoire en repos.

Ce délai court à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit. Plus particulièrement, le nombre d'heures de contrepartie obligatoire en repos acquises en conséquence des heures supplémentaires effectuées au delà du contingent annuel était connu de M. X à l'expiration de chaque année de référence.

M. X ayant saisi la juridiction prud'homale le 18 novembre 2014, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, à la date de promulgation de la loi nouvelle, soit le 17 juin 2013, la prescription quinquennale sur la demande d'indemnisation des contreparties obligatoires en repos non prises n'était pas acquise. Sa demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années précédant la rupture du contrat survenue le 29 septembre 2014, soit à compter du 29 septembre 2011 et pour les années 2012, 2013 et 2014.

L'article L.3121-25 dans sa rédaction alors en vigueur dispose que les heures supplémentaires donnant à lieu à un repos compensateur équivalent ne s'imputent pas que le contingent annuel d'heures supplémentaires, en l'espèce de 150 heures.

En application de ces principes, en considération des trois heures de repos accordés au titre des heures supplémentaires accomplies de la 40^{ème} à la 42^e à partir du 1^{er} septembre 2011 et au vu des bulletins de paie produits au débat, M. X a droit à l'indemnisation du préjudice subi du fait du dépassement du contingent comprenant l'indemnité de contrepartie obligatoire en repos et l'indemnité de congés payés afférents audit repos pour la période considérée qui sera fixée, par infirmation du jugement entrepris, à la somme de 4 118,90 euros.

Sur la rupture du contrat de travail :

Pour ce qui concerne l'irrecevabilité de la pièce n°18 dénommée «'Étude consommations téléphone portable et fixe X du 1^{er} janvier 2014 au 8 août 2014'» soutenue par le salarié, demande à laquelle la société s'oppose, il y a lieu de rappeler qu'une pièce peut être écartée des débats, et non être jugée irrecevable, que dans les cas où elle n'a pas été contradictoirement débattue ou revêt un caractère illicite et qu'il appartient le cas échéant à la juridiction de l'examiner et d'apprécier sa force probante.

En l'espèce, l'employeur peut établir l'abus par le salarié du téléphone de l'entreprise à des fins personnelles en produisant les relevés détaillés de facturation délivrés par son opérateur téléphonique. Cette vérification ne constitue pas un procédé de surveillance illicite des salariés pour ne pas avoir été porté à leur connaissance ou ne pas avoir été soumis. Selon la délibération CNIL du 3 février 2005, l'employeur peut éditer l'intégralité des numéros de téléphone appelés ou le détail des services de téléphonie utilisés lorsqu'il constate une utilisation manifestement anormale au regard de l'utilisation moyenne constatée au sein de l'entreprise. Dès lors, la pièce précitée constituée de tableaux reprenant par jour les éléments figurant sur les factures détaillées de l'opérateur téléphonique détenues de manière licite par la société et qui ne peut donc être considérée comme résultant d'un procédé de surveillance du salarié devant faire l'objet d'une déclaration à la CNIL et avoir été porté particulièrement à la connaissance du salarié, ne sera pas écartée des débats.

Aux termes de l'article L.1332-4 du code du travail aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ; que sous cette réserve, le licenciement disciplinaire prononcé à raison de faits connus de plus de deux mois par l'employeur est sans cause réelle et sérieuse.

La preuve des faits constitutifs de faute grave incombe à l'employeur et à lui seul et il appartient au juge du contrat de travail d'apprécier au vu des éléments de preuve figurant au dossier si les faits invoqués dans la lettre de licenciement ne sont pas prescrits pour avoir été connus de l'employeur plus de deux mois avant l'engagement des poursuites disciplinaires, sont établis, imputables au salarié et enfin s'ils ont revêtu un caractère de gravité suffisant pour rendre impossible la poursuite du contrat de travail.

Le grief relatif à l'erreur commise sur le dossier OJEE du mois de mai, pour lequel le dessin a été adressé au sous-traitant avec le nom du client final, a été connu de l'employeur avant le 26 mai 2014, si bien qu'il doit être tenu pour prescrit.

En revanche, au vu des éléments versés au débat, il apparaît que les premiers juges, à la faveur d'une exacte appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve produits, non utilement critiquée en cause d'appel, ont à bon droit écarté, dans les circonstances particulières de l'espèce et en considération de l'ancienneté du salarié, la qualification de faute grave mais retenu l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. En effet, les faits non utilement contestés d'utilisation pour des motifs personnels par le salarié des outils mis à sa disposition par l'employeur, téléphones et logiciel, durant le temps de travail pour des durées qui ne peuvent qu'être jugées excessives, soit 50 heures pour le dossier destiné à sa xxx et 50 heures également de communications téléphoniques cumulées depuis janvier 2014, mais également l'utilisation du téléphone portable professionnel durant des périodes non travaillées (fins de semaine, arrêts de travail...) sont établis. Le salarié échoue à prouver l'existence dans l'entreprise d'une tolérance sur l'usage pour des motifs privés des matériels professionnels, celle-ci ne pouvant résulter de la remise d'un téléphone portable aux salariés, de l'autorisation de l'emporter en dehors du lieu de travail ou être démontrée par la seule attestation établie par M. B, salarié de l'entreprise de surcroît durant une durée limitée à la période du 8 juillet 2013 au 13 avril 2014.

Le jugement sera confirmé en ses dispositions relatives à la moyenne des trois derniers mois de salaire fixée à 7'008,93 euros, au rappel de salaire et congés payés afférents à la période de mise à pied conservatoire, à l'indemnité de préavis de trois mois, aux congés payés y afférents et enfin à l'indemnité conventionnelle de licenciement calculée sur une ancienneté du 3 septembre 2001 au 30 décembre 2014, toutes sommes qui ne dont l'objet d'aucune contestation sérieuse, même subsidiaire par l'employeur, et qui correspondent aux droits du salarié.

M. X ne justifie d'aucune circonstance vexatoire ayant entouré le licenciement, la disqualification de faute grave en faute simple n'étant pas à elle seule de nature à établir l'existence d'un préjudice à ce titre.

Cette demande, à laquelle les premiers juges n'ont pas répondu, sera en conséquence rejetée.

Sur les autres dispositions :

La société sera condamnée à remettre à M. X une attestation pôle emploi, un certificat de travail et un bulletin de salaire conformes à la présente décision.

Le jugement sera confirmé en ses dispositions relatives au point de départ des intérêts au taux légal, soit le 24 novembre 2014, aux dépens et à l'application de l'article 700 du code de procédure civile.

Au vu de la solution apportée aux différents en litige il y a lieu de laisser à chaque partie la charge de ses dépens d'appel et de ses frais irrépétibles.

PAR CES MOTIFS

La cour,

Rejette la demande d'irrecevabilité formée à l'encontre de la pièce n°18 produite par la société ;

Confirme le jugement entrepris sauf en ses dispositions relatives à la sanction notifiée le 10 février 2012 et au montant de la somme allouée au titre des contreparties obligatoires en repos ;

Statuant à nouveau sur les dispositions infirmées et y ajoutant :

Annule la sanction notifiée le 10 février 2012 ;

Condamne la SAS Établissements Maleville à verser à M. C X la somme de 4 118,90 euros au titre de l'indemnisation des contreparties obligatoires en repos pour la période non prescrite débutant le 29 septembre 2011 ;

Déboute M. X de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement vexatoire ;

Condamne la SAS Établissements Maleville à remettre à M. X une attestation pôle emploi, un certificat de travail et un bulletin de salaire conformes à la présente décision.

Précise que le point de départ des intérêts au taux légal est le 24 novembre 2014 pour les créances de nature salariale ;

Rejette toutes autres demandes ;

Laisse à chaque partie la charge de ses dépens d'appel et de ses frais irrépétibles.

LE GREFFIER P/le magistrat empêché

LA PRÉSIDENTE