

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**COUR D'APPEL DE RENNES
ARRÊT DU 18 JUIN 2020**

7ème Ch Prud'homale

ARRÊT N°

N° RG 17/05472 -
N° Portalis
DBVL-V-B7B-OEEQ

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ :

Président : Monsieur Benoît HOLLEAUX, Président de chambre,
Assesseur : Madame Liliane LE MERLUS, Conseillère,
Assesseur : Madame Isabelle CHARPENTIER, Conseillère,

GREFFIER :

Monsieur Pierre DANTON,

M.

C/
SCP

SANS DÉBATS :

L'affaire a été retenue sans audience au visa des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020 sans opposition des parties dans le délai de quinze jours suite à l'avis du greffe en date du 14 avril 2020.

ARRÊT :

Contradictoire, prononcé publiquement le 18 Juin 2020 par mise à disposition au greffe

APPELANT :

Monsieur

Infirme partiellement, réforme ou
modifie certaines dispositions de
la décision déférée

Représenté par Me Bruno LOUVEL de la SELARL PHENIX, avocat au barreau de RENNES

Copie exécutoire délivrée
le :

à :

INTIMÉE :

SCP

91050 EVRY Cedex

Représentée par Me Pierre TONOUKOUIN, avocat au barreau de PARIS

INTERVENANTE :

CGEA IDF EST
130 Rue Victor Hugo
92300 LEVALLOIS PERRET

Représentée par Me Marie-noëlle COLLEU de la SELARL AVOLITIS, avocat au barreau de RENNES

FAITS et PROCEDURE

La SAS , ayant une activité de centrale d'achat en ligne dédiée aux militaires et anciens militaires, a été constituée le 16 juillet 2010 par trois associés, M.

, le dernier exerçant les fonctions de Président de la société. L'entreprise avait un effectif de plus de 10 salariés.

Associé minoritaire (20 %), M. B a été recruté le 21 décembre 2010 par la société en qualité de Directeur Achats et Ventes, statut cadre, position VIII échelon 295 dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée à effet au 24 février 2011. Sa rémunération était fixée à 4 000 euros brut par mois pour 35 heures hebdomadaires. La relation de travail est régie par la convention collective nationale des entreprises de ventes à distance.

Par lettre de mission du 17 octobre 2012, M. B A s'est vu confier la responsabilité de chef du service Relations Publiques, et a été placé sous la subordination de la Direction Force de vente, marketing et communication.

Le 23 mai 2013, le salarié s'est vu notifier un avertissement pour avoir crié et insulté la directrice administrative et financière, Mme C , fille du Président de la société .

Le 23 janvier 2014, M. B a été convoqué à un entretien préalable à un licenciement fixé au 4 février, avec mise à pied conservatoire immédiate.

Le 7 février 2014, l'employeur lui a notifié son licenciement pour faute grave dans un courrier ainsi libellé:

“ Nous sommes au regret de vous notifier votre licenciement pour faute grave :

1- Propos déplacés et calomnieux à l'égard de votre hiérarchie

Vous avez adopté à plusieurs reprises à l'égard de votre hiérarchie un ton absolument inacceptable en tenant des propos diffamatoires et/ou en critiquant les décisions prises par la Direction de notre société ce qui rend impossible le maintien de votre contrat de travail.

Ainsi, alors que nous vous avions demandé par un email en date du 7 janvier 2014, de justifier de votre absence et de vos travaux réalisés en cours depuis votre retour de vacances et pour les deux semaines à venir, email auquel nous n'avons reçu aucune réponse, vous avez adressé au Président de notre société (M. C) le 8 janvier 2014 un email dans lequel non seulement vous avez contesté les projets menés et la stratégie suivie par notre société mais vous avez tenu des propos parfaitement intolérables à l'égard de votre hiérarchie relevant pour l'essentiel de la diffamation.

Vous avez ainsi prétendu que le Président de notre Société “ nuisait à votre productivité ” et avez soutenu sans fondement que nous pratiquions “ l'intimidation comme méthode de management ” en précisant que nous étions “ fort mal tombé. ” Nous avons bien sûr répondu à cet email et contredit vos allégations fallacieuses. Toutefois, loin de vous calmer , vous avez répondu sur un ton une nouvelle fois intolérable “ vous m'en donnez

plus qu'il ne m'en faut. Je vous en remercie. "

Vous avez malheureusement réitéré votre comportement inacceptable le 14 janvier 2014 en indiquant dans un email envoyé au Président de notre Société qui sollicitait une réponse à sa demande du 7 janvier 2014 " Vous pensez sans doute manifester une forme d'autorité en mettant en attente (formule originale pour évoquer vos retards) mais c'est Prividef qui subit depuis 40 mois le préjudice de votre "style de management" et de gestion si "particulier" et c'est vous qui aurez des comptes à rendre."

Puis vous avez adopté un ton menaçant en affirmant "En tous les cas, n'espérez pas reproduire la mascarade d'octobre/novembre 2012, vous tomberiez de très haut."

Mais ce n'est pas tout. Vous avez tenu des propos déplacés et calomnieux dans un email en date du 20 janvier 2014 à l'égard du Président de notre Société.

Vous avez dans ce cadre remis en cause son autorité en indiquant notamment sur un ton inacceptable " S'il te plaît, ne fais pas comme si tu étais en mesure de tenir le langage que tu tiens, puis saches donc te situer, quitte ton air hautain, il n'est pas adapté."

Pire, vous avez tenu dans cet email des propos diffamatoires et intolérables à l'égard du Président de notre Société.

Ainsi, après avoir soutenu que son "psychisme [était] instable" , vous avez prétendu de façon fallacieuse que le Président de notre Société avait "fait mine de[vous]écraser avec[sa]voiture avant d'en sortir en trombe pour s'arrêter brusquement (et judicieusement) au dernier moment."

Sur ce fondement calomnieux, vous avez demandé "des garanties pour [votre] sécurité physique" car vous l'auriez "déjà entendu se vanter posséder une arme à feu" et que vous le croyiez " capable de tout".

Puis vous avez indiqué sur un ton menaçant "je te rappelerai que si nos partenaires institutionnels et commerciaux savaient le dixième de ce que je sais, tu mettrais la clé sous la porte sans parler de tes ennuis judiciaires. Aujourd'hui, j'accepte encore de couvrir tes agissements comme je couvre tes autres manquements (...) Que veux-tu, tout se sait dans mon milieu et quoi que tu en penses, tu n'inspires pas particulièrement confiance aux gens(ils ont d'ailleurs bien raison)."

Ces accusations extrêmement graves et fallacieuses de même que votre ton absolument déplacé à l'égard de votre hiérarchie ne sauraient être tolérés au sein de notre Société et ce, d'autant plus que ce n'est pas la première fois que vous adoptez un tel comportement;

En effet, et à titre d'exemples, vous avez adressé:

- au Président et au Directeur Marketing de notre Société un email en date du 25 septembre 2012 dans lequel vous indiquiez "je commence à en avoir plein le cul de ce type d'email à la con. J'avais décidé de mettre de l'eau dans mon vin depuis plus de deux mois et je vois que tout est fait pour m'emmerder. Guy, tu connais très mal ta boîte et tu es très mal renseigné. Soit Steph fait mal son boulot de rapporteuse, soit tu ne comprends pas toutes les nuances dans ce qu'elle te dit, soit un mélange des deux."

- au Président de notre Société un email en date du 25 septembre 2012 indiquant " Steph et Juliette ont découvert le logiciel hier, je doute qu'elles lui soient d'une grande aide, quant aux deux autres, je me contente de rigoler. Tu viens à nouveau de mettre en porte à faux et de dire de grosses bêtises. Merci de me pousser vers la sortie."

- au Président de la Société un email en date du 27 septembre 2012 dans lequel vous avez indiqué sur un ton insultant concernant des membres de notre équipe technique-web :

" , je commence à comprendre pourquoi tu protèges ce type, il te ressemble ☺, c'est ton fils spirituel ☺, je vous souhaite une longue route à

deux” avant de renchérir : “ ayant été mis en copie, cela explique mieux l’empressement de l’incompétent n°2 à se bouger les fesses. Malheureusement pour lui et comme toujours, il fait beaucoup de bêtises et il est facile à coincer. Libre à vous de poursuivre vos gamineries une fois que j’aurais livré le produit. Je suis dans mes délais.”

Vous nous aviez adressé vos excuses dans un email en date du 13 octobre 2012 dans lequel vous reconnaissiez notamment que cela faisait “deux ans et demi et que [vous nous faisiez] subir les pires travers de votre caractère et au moins un an que [vous vous étiez engagé] dans le plus négatif cercle vicieux qui soit.” De même, vous admettiez dans cet email nous avoir “ intentionnellement blessés à de trop nombreuses reprises.”

A la suite de ces excuses, nous avions décidé de vous donner une seconde chance.

Toutefois, force est de constater que le répit a été de courte durée puisque le 23 mai 2013, vous avez crié, insulté et calomnié notre Directrice Administrative et Financière en salle de réunion puis en open space devant la moitié de notre Société en mettant en cause son autorité et ses compétences.

Vous avez reçu un avertissement pour ces faits mais cela n’a manifestement pas été suffisant, eu égard à votre comportement du mois de janvier 2014.

Lors de votre entretien préalable du 4 février 2014, vous avez reconnu les faits qui vous sont reprochés sans pour autant nous présenter vos excuses et ce, alors même que la personne qui vous assistait lors de cet entretien a elle-même reconnu que les propos visés ci-dessus étaient diffamatoires.

En conséquence, et eu égard à la gravité et au caractère répété de votre comportement, nous sommes contraints de prononcer votre licenciement, les faits relatés ci-dessus consistant à eux seuls une faute grave.

2- Insuffisance d’activité

Du fait d’une part, de votre absence de réponse à notre email du 7 janvier 2014 visé ci-dessus par lequel nous vous demandions une énième fois de justifier de votre absence et de vos travaux réalisés en cours depuis votre retour de vacances et pour les deux semaines à venir, d’autre part de votre refus systématique de nous faire un reporting de votre activité malgré de nombreuses demandes en ce sens, nous nous doutions que votre niveau d’activité était très faible.

En examinant votre boîte email professionnelle, nous en avons obtenu la preuve. Ainsi, au cours des deux derniers mois, vous avez envoyé en moyenne 8 emails par jour (exception faite des emails relatifs aux voeux) ce qui révèle une activité extrêmement réduite pour un Directeur des Achats et des Ventes employé à plein temps et ce qui n’est pas compatible avec l’exercice des missions qui vous sont assignées.

Enfin, nous avons eu le regret de constater que non content de ne pas exercer vos missions avec la loyauté et l’investissement en temps qu’elles impliquent, vous préférez marcher sur les plates-bandes de vos collègues. Vous êtes ainsi intervenu sans autorisation sur un dossier dont le Directeur Marketing de notre Société avait la charge (vous avez jugé opportun de le solliciter à ce sujet le 8 janvier 2014 soit le 1^{er} jour de ses congés). Nous vous avons alors demandé de cesser ce comportement contraire aux intérêts de notre Société mais vous avez préféré remettre en cause notre position.

Vous comprendrez que nous ne saurions accepter un tel comportement qui nuit au bon fonctionnement de notre Société.

Aussi, eu égard à ce qui précède, nous sommes contraints de prononcer votre licenciement pour faute grave.(..)"

Par requête reçue le 19 septembre 2014, M. B a saisi le conseil de prud'hommes de RENNES pour contester son licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et obtenir le paiement d'indemnités de rupture de son contrat de travail, des remboursement de notes de frais, des rappels de salaires au titre d'heures supplémentaires et au titre d'une reclassification conventionnelle, des dommages-intérêts pour défaut de visite médicale d'embauche.

Par jugement du 15 décembre 2014, le tribunal de commerce d'Evry a ouvert une procédure de liquidation judiciaire de la SAS avec désignation de la SCP es qualité de mandataire liquidateur.

Le mandataire liquidateur de la société et l'AGS représentée par le CGEA Ile de France Est sont intervenus à la procédure prud'homale.

Par jugement en date du 19 juin 2017, le conseil de prud'hommes de RENNES a débouté M. B de l'ensemble de ses demandes.

Les parties ont reçu notification de ce jugement les 29 juin, 1^{er} et 3 juillet 2017.

M. B en a régulièrement relevé appel général par courrier électronique du 24 juillet 2017 de son conseil.

Vu l'ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020 dont les dispositions de l'article 8 permettent, vu l'urgence sanitaire, que la procédure civile se déroule sans audience et qu'un arrêt soit rendu sans débat en l'absence d'opposition des parties, le greffe a notifié par RPVA le 14 avril 2020 aux conseils de celles-ci un avis en ce sens.

Par courrier du 21 avril 2020, le conseil de la partie appelante a accepté expressément que la procédure se déroule sans audience jusqu'au prononcé d'un arrêt dans la présente affaire. Les conseils des parties intimées y ont répondu favorablement par courriers des 15 et 23 avril 2020.

PRETENTIONS et MOYENS des PARTIES

Vu les conclusions notifiées par RPVA le 12 février 2020, régulièrement communiquées auxquelles il sera référé pour plus ample exposé des faits, de la procédure et des moyens, aux termes desquelles M. B demande à la cour de:

- infirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions ,
- fixer au passif de la liquidation judiciaire les créances suivantes:
 - au titre de l'année 2011 : 22 265,64 euros au titre des heures supplémentaires, 7 130,45 euros au titre de la contrepartie obligatoire en repos, et 2939,61 euros de congés payés,
 - au titre de l'année 2012 : 16 466,09 euros au titre des heures supplémentaires, 5 182,29 euros au titre de la contrepartie obligatoire en repos, et 2 939,61 euros de congés payés,
 - au titre de l'année 2013 : 16 674 euros au titre des heures

supplémentaires, 2 627,52 euros au titre de la contrepartie obligatoire en repos , et 1 667,40 euros de congés payés,

- au titre de l'année 2 014: 1 257,11 euros au titre des heures supplémentaires et 125,71 euros de congés payés,
- ordonner la délivrance des bulletins de paye et de l'attestation Pôle Emploi conforme,
- dire que son licenciement ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse et à défaut, ne repose pas sur une cause grave,
- fixer au passif de la liquidation judiciaire de la suivantes: les sommes

- 16 932,45 euros bruts au titre de l'indemnité compensatrice de préavis outre 1 693,24 euros pour les congés payés y afférents,
- 6 208,56 euros nets au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement,
- 2 215,32 euros bruts au titre du rappel de salaire durant la mise à pied outre 221,53 euros pour les congés payés y afférents,
- 35 000 euros nets de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 3 139,74 euros en remboursement de frais professionnels (téléphone)
- 484,94 euros au titre des frais de représentation professionnelle abusivement retenus.

- condamner Me ANCEL de la SCP ANCEL es qualité de liquidateur à lui payer la somme de 2 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ,
- dire que ces condamnations seront employées en frais privilégiés de frais de procédure collective relevant de l'article L 622-17 du code de commerce,
- condamner le mandataire liquidateur de la société PRIVIDEF aux dépens,
- dire que l'arrêt sera commun et opposable à l'AGS dans les limites de sa garantie.

Le salarié fait valoir que :

- sur les heures supplémentaires : les tableaux récapitulant jour par jour ses horaires de travail suffisent à étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires impayées et sont confortés par les messages provenant de sa boîte professionnelle, par les justificatifs de ses déplacements professionnels et ne sont pas contredits par l'employeur.
- sur les notes de frais : le remboursement des frais de téléphone engagés à des fins professionnelles est réclamé ainsi que celui de l'indemnité pour frais de représentation indûment retenue sur son solde de tout compte.
- sur le licenciement :les emails visés dans la lettre de licenciement ne sont pas versés aux débats par le mandataire liquidateur, empêchant tout contrôle judiciaire alors que le juge apprécie la réalité et la gravité des termes prétendument utilisés au regard du contexte, de la publicité et des destinataires des messages : le salarié allié de la famille de M. et co-fondateur de la société, a exprimé son désaccord, sans abus, auprès du Président de la société, lequel pouvait se montrer désagréable à son égard. Les griefs concernant des propos tenus en 2012 étaient prescrits lors de l'enclenchement de la procédure de licenciement en janvier 2014. Enfin, la société a épuisé son pouvoir disciplinaire s'agissant du comportement prétendument insultant du salarié en lui notifiant un avertissement le 23 mai 2013.

Il conteste le reproche sur sa prétendue inactivité en fin d'année 2013 et au début d'année 2014.

Vu les conclusions notifiées par RPVA le 13 décembre 2017, régulièrement communiquées auxquelles il sera référé pour plus ample exposé des faits, de la procédure et des moyens selon lesquelles **la SCP es qualité de mandataire liquidateur de la SAS P** demande à la cour de :

- à titre principal, confirmer le jugement en toutes ses dispositions,
- à titre subsidiaire, requalifier le licenciement pour faute grave en licenciement reposant sur une faute simple constituant une cause réelle et sérieuse,
- débouter M. B de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- dire ce que de droit sur l'indemnité compensatrice de préavis, sur l'indemnité conventionnelle de licenciement, le rappel de salaire durant la mise à pied conservatoire,
- débouter le salarié de sa demande de rappel d'heures supplémentaires,
- à titre infiniment subsidiaire si la Cour devait dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, réduire le quantum des dommages-intérêts à de plus justes proportions par application de l'article L 1235-5 du code du travail,
- sous réserve d'une fixation de créance, dire ce que de droit sur l'indemnité compensatrice de préavis, sur l'indemnité conventionnelle de licenciement, le rappel de salaire durant la mise à pied conservatoire,
- débouter le salarié de sa demande de rappel d'heures supplémentaires,
- débouter le salarié du surplus de ses demandes et de sa demande au titre des frais irrépétibles,
- dire n'y avoir lieu à astreinte.

Vu les conclusions notifiées par RPVA le 18 décembre 2017, régulièrement communiquées auxquelles il sera référé pour plus ample exposé des faits et de la procédure et reprises oralement à l'audience selon lesquelles **l'Association pour la Gestion du Régime de Garantie des Créances des salariés intervenant par l'UNEDIC-CGEA d'Ile de France Est** demande à la cour de :

- déclarer mal fondé l'appel interjeté par M. B
- débouter M. B de l'ensemble de ses demandes,
- à titre subsidiaire, débouter M. B de toute demande excessive et infondée,
- en toutes hypothèses, débouter M. B de toutes ses demandes qui seraient dirigées à l'encontre de l'AGS,
- décerner acte à l'AGS de ce qu'elle ne consentira d'avance au mandataire judiciaire que dans la mesure où la demande entrera bien dans le cadre des dispositions des articles L 3253-6 et suivants du code du travail,
- dire que l'indemnité éventuellement allouée au titre de l'article 700 du code de procédure civile n'a pas la nature de créance salariale,
- dire que l'AGS ne pourra être amenée à faire des avances, toutes créances du salarié confondues, que dans la limite des plafonds applicables prévus aux articles L 3253-17 et suivants du code du travail ,
- statuer ce que de droit sur les dépens.

MOTIFS DE LA DECISION

Sur le rappel de salaires au titre de la classification

Le salarié, qui a demandé l'infirmation des dispositions du jugement, n'a pas repris en cause d'appel sa demande au titre du rappel de salaire liée à une reclassification conventionnelle.

La charge de la preuve incombe au salarié qui se prévaut d'une classification conventionnelle supérieure, M. B bénéficiant d'une classification contractuelle de cadre, position VIII, échelon 295, n'articule pas sa demande et n'établit donc pas avoir exercé effectivement des fonctions de cadre position IX avec un coefficient 370 au sens des textes conventionnels .

Le jugement sera donc confirmé en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de rappel de salaires au titre de la classification.

Sur les heures supplémentaires

Si aux termes de l'article L 3171-4 du code du travail, la preuve des heures effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient toutefois au salarié, en cas de litige, d'étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur d'y répondre en fournissant ses propres éléments.

M.B soutient qu'il travaillait au-delà des amplitudes horaires de la société définies dans une note de service du 25 octobre 2012, pour la période comprise entre le 28 février 2011 et le 4 février 2014 et sollicite le paiement, outre les congés payés y afférents, de :

- pour l'année 2011 : 22 265,64 euros ,
- pour l'année 2012 : 16 466,09 euros,
- pour l'année 2013 : 16 674 euros,
- pour l'année 2014 : 1257,11 euros.

A l'appui de ses prétentions, le salarié fournit:

- les bulletins de salaires établis sur la base de 35 heures de travail par semaine et ne portant mention d'aucune heure supplémentaire payée durant la période en litige, à l'exception des bulletins de mai et d'août 2012,
- la note de service du 25 octobre 2012 sur l'horaire collectif des salariés de la société,
- les tableaux des heures de travail établis par le salarié détaillant, jour par jour, des horaires excédant de 45 heures par semaine, sur la base d'un rythme de 9 heures à 12h30 et de 13h30 à des heures tardives en soirée, mentionnant les périodes de congés et portant des annotations personnelles "Train" en cas d'horaire plus tardif.
- des tableaux récapitulatifs chaque année, semaine par semaine, des heures supplémentaires effectuées au cours de la période litigieuse avec les majorations applicables (25 et 50 %), pour un montant de 22 265,64 euros pour 608,52 heures supplémentaires en 2011, de 16 466,09 euros pour 468 heures supplémentaires en 2012, de 16 674 euros pour 473,52 heures supplémentaires en 2013, de 1257,11 euros pour 38,13 heures supplémentaires en 2014.
- la capture d'écran des messages envoyés à partir de sa messagerie professionnelle faisant mention des heures d'envoi,
- les justificatifs de ses déplacements professionnels en train.

L'appelant verse aux débats les attestations de M. N (pièce 38) , ancien commercial itinérant de la société, qui "croisait très régulièrement M. B encore présent tard le soir au bureau". Le soir, le témoin rentrant dans une chambre d'hôtel, pouvait "appeler M. B souvent

le soir pour lui demander des consignes sur ses missions. Il était joignable sans aucune contrainte d'horaire". Les proches de M. B , sa compagne (Mme P) et sa mère (Mme B) confirment l'engagement de l'intéressé dans le développement de l'entreprise "avec de nombreux déplacements aux départs très matinaux et aux retours tard dans la nuit, à des mails et appels à toute heure."

L'employeur se borne à soutenir que les pièces du salarié sont illisibles et incompréhensibles dans la mesure où M. B n'a jamais formé au préalable de réclamations au titre des heures supplémentaires, que le montant des demandes a évolué en cours de procédure et ne tient pas compte des périodes de chômage partiel. Il ajoute que M. B a confondu son activité salariée avec celle d'actionnaire de la société. L'employeur n'a produit pour sa part aucun élément de preuve contraire.

Le fait que M. B n'ait pas sollicité en cours d'exécution du contrat le paiement d'heures supplémentaires ne permet pas d'en déduire que le salarié a renoncé à ses créances salariales.

Les éléments fournis par le salarié sont suffisamment précis et détaillés pour permettre à l'employeur d'y répondre, ce que ce dernier s'est abstenu de faire dans un contexte de liquidation judiciaire de la société.

En revanche, le mandataire liquidateur de la société P fait valoir à juste titre que le salarié a englobé à tort des périodes d'absence dans le cadre du chômage technique indemnisées entre le mois de juin 2013 et le mois de septembre 2013 ce qui contredit les décomptes d'heures supplémentaires établis par le salarié, sur la base par exemple de 56.65 heures (semaine 30 juillet 2013), de 47.87 heures (semaine 38 septembre 2013).

Les tableaux incluent, sans la moindre explication de M. B sur la nature et le lien des activités réalisées avec ses fonctions salariées, comme temps de travail effectif des jours de congés hebdomadaires (nombreux dimanches), contrairement aux dispositions conventionnelles faisant obligation de préserver le repos hebdomadaire du dimanche (article 21), des périodes de congés payés- par exemple du 13 au 26 décembre 2013-, des jours fériés (1^{er} et 11 novembre 2013, 25 janvier 2013, 1^{er} janvier 2014) , des déplacements en train de Rennes à Paris, alors que le siège social de la société est situé à (91). Il englobe également la période de mise à pied conservatoire à compter du 23 janvier 2014 alors qu'il est constant que l'employeur lui avait retiré son ordinateur professionnel lors de l'entretien préalable. Dans ces conditions, les tableaux produits ne peuvent pas être retenus dans leur intégralité.

En l'état des pièces produites, compte tenu des déductions opérées notamment au titre des périodes de chômage technique, des congés, la cour a la conviction que M. B a bien accompli en tant que salarié des heures supplémentaires, dont le nombre doit être sérieusement réduit, mais qui ne pouvaient pas être ignorées par l'employeur, notamment en soirée et au-delà de l'horaire collectif (18 heures) fixée par la note de service de 2012.

Compte tenu de ces éléments d'appréciation, les créances salariales de M. B s'établissent à :

- 3 341 euros au titre de l'année 2011, outre les congés payés y afférents de 334.10 euros,
- 4 009.20 euros au titre de l'année 2012, outre les congés payés y afférents

de 400.92 euros,
- 1 977.60 euros au titre de l'année 2013, outre les congés payés y afférents de 197.76 euros,
- aucune en 2014.

Il y a lieu par voie de réformation du jugement, de fixer les créances au passif de la liquidation judiciaire de la société aux sommes susvisées.

Sur la contrepartie en repos

L'article L 3121-11 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige prévoit que les heures supplémentaires effectuées au-delà du contingent annuel ouvrent droit en plus des majorations de salaire à une contrepartie obligatoire en repos. Contrairement à l'interprétation du salarié, en l'absence de précision de la convention collective, il convient de se référer au contingent fixé par la loi à 220 heures supplémentaires par an et par salarié. Faute pour M. B d'avoir réalisé un nombre d'heures supplémentaires annuelles supérieur au seuil légal, il sera débouté de sa demande en indemnisation du préjudice subi au titre du repos compensateur non pris, par voie de confirmation du jugement.

Sur le licenciement pour faute grave

La faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Il incombe à l'employeur d'en rapporter la preuve.

La lettre de licenciement du 7 février 2014 qui fixe les limites du litige, se fonde sur des motifs de nature disciplinaire en visant d'une part, les propos du salarié déplacés et calomnieux envers sa hiérarchie dans trois courriels des 7 janvier, 14 janvier et 20 janvier 2014 et d'autre part, une insuffisance d'activité se manifestant par le refus de justifier de ses absences et de faire un reporting de ses activités.

Sur les propos déplacés et calomnieux

Le mandataire liquidateur de la société P, sur lequel repose la charge de la preuve, ne produit pas les emails litigieux des 7 janvier, 14 janvier et 20 janvier 2014 et ne verse aucune pièce à l'appui des griefs formulés à l'encontre de M. B.

Il se borne à soutenir que M. B aurait reconnu dans des conclusions en première instance, dont la copie n'est pas fournie, avoir tenu les propos reprochés et qu'il a cherché à les justifier au motif que le ton des échanges était relativement franc avec M. B de par la proximité de leurs relations familiales et de leurs rapports d'intérêts dans la gestion de l'entreprise. Toutefois, contrairement à ce que soutient l'intimée, rien ne permet d'établir que M. B a reconnu, de quelque manière que ce soit, la matérialité des griefs visés dans la lettre de licenciement.

Alors que le salarié bénéficie dans l'entreprise et en dehors de celle-ci de sa liberté d'expression, sauf abus caractérisé, il incombe au juge de caractériser

en quoi les termes utilisés dans des courriels peuvent être qualifiés d'injurieux, diffamatoires ou d'excessifs. En l'absence des courriels litigieux, la cour ne pouvant pas se satisfaire des extraits figurant dans la lettre de licenciement, est placée dans l'impossibilité d'apprécier la réalité et la gravité des propos reprochés au salarié, qui les conteste.

L'employeur échouant dans la preuve du premier grief n'est pas fondé à se prévaloir de comportements similaires antérieurs correspondant à des messages, non produits, des 25 et 27 septembre 2012, prescrits au sens de l'article L 1332-4 du code du travail, et à des faits non réitérés du 23 mai 2013 ayant déjà fait l'objet d'une sanction disciplinaire - avertissement dont il n'est produit aucune copie, la pièce n°3 de l'appelant correspondant à un simple courrier du 19 juin 2013.

Sur l'insuffisance d'activité

La lettre de licenciement du 7 février 2014 fait mention d'un manque de travail et d'implication de M. B depuis deux mois et à son refus systématique de justifier de ses absences et de son activité depuis son retour de congés fin décembre 2013. Il est également fait grief au salarié de ne pas mener ses missions avec loyauté et d'être intervenu sans autorisation sur un dossier confié au Directeur marketing.

En l'espèce, l'employeur n'a produit strictement aucune pièce à l'appui de ce second grief.

Le salarié contestant la prétendue inactivité de sa part durant la période du 25 novembre 2013 au 23 janvier 2014, a produit des courriels provenant de sa messagerie professionnelle (pièces 30,34,35) et des sms de son téléphone (pièce 29), dont il résulte que, contrairement aux allégations de l'employeur, M. B était particulièrement impliqué dans ses tâches lors de la période litigieuse, à l'exception de sa période de congés d'hiver du 16 au 26 décembre 2013, telles que :

- la préparation et la tenue de diverses rencontres et de réunions telles que les 25 novembre 2013 à Paris (), le 3 décembre 2013 dans l'Essonne (), le 4 décembre 2013 à l'Ecole militaire de Paris, le 6 janvier 2014 à Brest avec une rencontre avec Mme Adam, présidente de la Commission parlementaire, le 14 janvier 2014 à Paris pour l'établissement d'une convention de partenariat avec l'Armée de Terre, le 15 janvier 2014 à Paris () le 17 janvier 2014 à Paris ()
- le traitement du dossier pour l'implantation de la société dans un local à PAU suite à une mission de plusieurs jours,
- la préparation d'une convention de partenariat avec l'Armée de Terre, une autre convention avec la Fédération Défense ,
- l'étude d'une proposition commerciale pour tracer les actions des visiteurs d'un site web ()

Plusieurs anciens salariés ont témoigné de l'investissement de M. B dans son activité au sein de la nouvelle entreprise dont il était co-associé : Mme D , consultante en marketing numérique (2012-2014), M.N employé (2012-2013), Mme N (2011-2013) louant les qualités humaines et professionnelles de l'intéressé.

Le salarié démontre avoir régulièrement informé sa hiérarchie, en l'espèce M. C et M. R par ailleurs ses co-associés, de ses missions et notamment à son retour de congé le 27 décembre 2013 comme le confirment

ses messages :

Les pièces produites (pièces 35) révèlent que M. _____ ayant également accès à l'agenda électronique de M. B. _____, était destinataire des comptes-rendus professionnels au vu des messages de M. B. _____ des 12 et 13 décembre 2013, des 5 et 6 janvier 2014 et le rendez-vous avec Mme A. _____ du 9 janvier 2014, le 20 janvier 2014. Ces éléments contredisent les allégations de l'employeur quant à un refus de justifier de ses absences et de son activité.

Enfin, la preuve que M. B a outrepassé ses missions en intervenant "sans autorisation" sur un dossier confié à M. R Directeur Marketing, au travers d'un simple contact avec M. L, animateur d'un réseau de reconversion de militaires, n'est pas rapportée.

Il s'ensuit que l'employeur n'a pas établi le second grief à l'appui du licenciement disciplinaire et que les reproches sont même démentis par le contenu des courriels adressés au cours de cette période par le salarié apparaissant consciencieux.

Dans ces conditions, son licenciement étant dépourvu de cause réelle et sérieuse, le jugement doit être infirmé.

Sur les conséquences du licenciement

Aux termes de l'avenant catégoriel pour les cadres de la convention collective, lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave, le salarié a droit à une indemnité compensatrice de préavis correspondant à trois mois de salaire .

M. B a bénéficié d'une rémunération moyenne en 2013 de 3880,27 euros par mois (cumul décembre 2013) à laquelle il faut ajouter 164,80 euros par mois au titre des heures supplémentaires, soit 4 045,07 euros. Le salarié est donc fondé à obtenir une somme de 12 135,21 euros au titre de cette indemnité compensatrice conventionnelle de préavis outre les congés payés y afférent de 1 213,52 euros. Le jugement sera infirmé sur ce point.

Selon l'article L 1234-9 du code du travail, le salarié licencié a droit sauf faute grave à une indemnité de licenciement calculée en fonction de la rémunération brute dont il bénéficiait avant la rupture du contrat. Cette indemnité est fixée par l'article R 1234-2 du code du travail ou par la convention collective si celle-ci est plus favorable pour le salarié.

Il sera fait droit à l'évaluation plus favorable de l'indemnité conventionnelle égale, à concurrence de la somme de 4 449.57 euros. Le jugement sera infirmé de ce chef.

Il convient également d'accueillir sa demande au titre du rappel de salaire durant la mise à pied injustifiée, à concurrence de la somme de 2 215.34 euros outre 221.53 euros de congés payés y afférents, par voie d'infirmation du jugement.

Justifiant d'une ancienneté supérieure à deux ans dans une entreprise employant habituellement au moins onze salariés, M. B A peut prétendre à l'indemnisation de l'absence de cause réelle et sérieuse de son licenciement sur le fondement de l'article L. 1235-3 du code du travail, selon lequel l'indemnité à la charge de l'employeur ne peut pas être inférieure aux salaires des six derniers mois.

A la date du licenciement, M. B justifiait d'une ancienneté de 2 ans et 9 mois au sein de l'entreprise. A l'issue d'une période de chômage, M. B a créé en juillet 2015 une société KAKI Passion, dont il est établi qu'elle ne lui a procuré aucun salaire au vu de l'attestation de son expert comptable en date du 5 septembre 2016. Il s'est vu refuser le 7 mars 2016 la poursuite du versement des indemnités chômage.

Compte tenu de la situation particulière du salarié, notamment de son âge (36 ans) et de son ancienneté au moment de la rupture, de sa capacité à retrouver un emploi, des circonstances du licenciement, la cour dispose des éléments nécessaires pour évaluer à 24 271 euros le montant de l'indemnité propre à réparer son préjudice, par voie d'infirmation du jugement.

Sur les notes de frais

M.B a sollicité le remboursement de frais de téléphone de 3139.74 euros en produisant les factures Bouygues de son téléphone portable personnel pour la période allant de mai 2010 (facture du 27 juin 2010) à décembre 2013 (pièce 13).

Pour justifier de l'utilisation de son téléphone à des fins professionnelles, il fournit la copie de sa carte de visite professionnelle de Directeur des Achats et des Ventes mentionnant le numéro de son portable personnel ainsi que son adresse professionnelle à Rennes. Toutefois, M. B n'ayant été recruté que le 24 février 2011, soit plus de 6 mois plus tard, sa demande n'est pas justifiée pour la période antérieure à son contrat de travail. Par ailleurs, la référence de son téléphone portable personnel sur une carte de visite professionnelle ne suffit pas à démontrer l'utilisation de ce téléphone pour les besoins de son activité salariée et dans l'intérêt de l'employeur étant rappelé que cette carte n'a pu être imprimée qu'au-delà du mois de février 2013 lorsque les locaux à RENNES étaient loués à la société (organigramme pièce 10).

En l'absence d'élément suffisamment probant, le salarié sera débouté de sa demande au titre du remboursement des frais de téléphone, par voie de confirmation du jugement.

S'agissant de la retenue opérée pour les frais de représentation, le mandataire liquidateur rapporte la preuve que les frais de représentation accordés par l'employeur par la lettre de mission du 17 octobre 2012, ont été réglés le 20 octobre 2012 directement sur la carte affaires confiée à M. B

Toutefois, faute de justifier que M. B avait déjà reçu une avance au titre de ces frais, l'employeur n'était pas fondé à procéder à une retenue de ce montant de 484.94 euros sur le solde de tout compte. La créance du salarié au passif de la liquidation de la société étant parfaitement fondée, il y sera fait droit.

Le jugement sera infirmé sur ce point.

Sur les autres demandes

Les conditions d'application de l'article L 1235-4 du code du travail étant réunies, il convient de fixer au passif de la liquidation de la société P les indemnités de chômage payées au salarié du jour de son licenciement et ce à concurrence d'un mois.

Il convient d'ordonner la délivrance par le mandataire liquidateur de la SAS P des bulletins de paye et de l'attestation Pôle Emploi conformes au présent arrêt.

Il apparaît inéquitable de laisser à la charge de M. B les frais non compris dans les dépens. Il lui sera alloué la somme de 1 000 euros au titre des frais irrépétibles en première instance et en cause d'appel, le jugement déféré étant infirmé en ses dispositions relatives de l'article 700 du code de procédure civile

Le mandataire liquidateur de la société P sera condamné aux entiers dépens de première instance et d'appel.

Le présent arrêt doit être déclaré opposable à l'AGS représentée par le CGEA d'Île de France Est dont la garantie n'est acquise au salarié que dans les limites et plafonds légaux et réglementaires.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement et par arrêt mis à disposition au greffe,

CONFIRME le jugement en ses dispositions relatives au rappel de salaires lié à la classification conventionnelle, à la demande de remboursement des frais professionnels (téléphone), et à la demande au titre de la contrepartie obligatoire en repos ;

L'INFIRME pour le surplus,

STATUANT de nouveau des chefs infirmés et **Y AJOUTANT** :

- **FIXE** au passif de la liquidation judiciaire de la SAS P les créances de M. B A aux sommes suivantes :

- 3 341 euros au titre des heures supplémentaires de l'année 2011 outre les congés payés y afférents de 334,10 euros,
- 4 009,20 euros au titre des heures supplémentaires de l'année 2012, outre les congés payés y afférents de 400,92 euros,
- 1 977,60 euros au titre des heures supplémentaires de l'année 2013, outre les congés payés y afférents de 197,76 euros,
- 12 135,21 euros bruts au titre de l'indemnité compensatrice de préavis outre 1 213,52 euros pour les congés payés y afférents,
- 484,94 euros au titre des frais de représentation professionnelle.
- 4 449,57 euros nets au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement,
- 2 215,32 euros bruts au titre du rappel de salaire durant la mise à pied outre 221,53 euros pour les congés payés y afférents,

- 24 271 euros nets de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.
- **ORDONNE** à la SCP , es qualités de mandataire liquidateur de la SAS la délivrance des bulletins de paye et de l'attestation Pôle Emploi conformes au présent arrêt.
- **FIXE** au passif de la liquidation judiciaire de la SAS la créance des organismes intéressés comme Pôle Emploi, organisme les ayant servies, au titre des indemnités de chômage versées au salarié dans la limite d'un mois d'indemnités de chômage.
- **CONDAMNE** la SCP ANCEL, es qualités de mandataire liquidateur de la SAS à payer à M. la somme de 1 000 euros au titre des frais irrépétibles en première instance et en cause d'appel sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.
- **DÉCLARE** le présent arrêt opposable à l'AGS représentée par le CGEA d'Ile de France et rappelle que les créances ne seront garanties par l'AGS que dans les limites prévues par l'article L 3253-8 du code du travail et les plafonds prévus par les articles L 3253-17 et D 3253-5 du même code ;

CONDAMNE la , es qualités de mandataire liquidateur de la société P , aux entiers dépens de première instance et d'appel.

Arrêt prononcé publiquement par mise à disposition au greffe de la Cour et signé par Monsieur Benoît HOLLEAUX, Président, et Monsieur Pierre DANTON, greffier.

LE GREFFIER

LE PRESIDENT