

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE POITIERS
Chambre Sociale
ARRÊT DU 4 OCTOBRE 2017

Numéro d'inscription au répertoire général : 15/02550

Décision déferée à la Cour : Jugement au fond du 12 mai 2015 rendu par le Conseil de prud'hommes de POITIERS.

APPELANT :

Monsieur Stephane Y CHATELLERAULT

Représenté par Me Emmanuelle BERNARD, avocat au barreau de POITIERS

INTIMÉS :

Monsieur Matthias Z CHATELLERAULT (bénéficie d'une aide juridictionnelle partielle numéro 2017/001701 du 24/03/2017 accordée par le bureau d'aide juridictionnelle de POITIERS)

Représenté par Me Laurent TRIBOT, avocat au barreau de POITIERS

Maître MARTIN Stéphane (SELARL ACTIS) Mandataire judiciaire de Mr Monsieur Z Matthias adresse [...] 86000 POITIERS

Représenté par Me Laurent TRIBOT, avocat au barreau de POITIERS

CGEA DE BORDEAUX Les Bureaux du Parc Avenue J.G. Domergue 33049 BORDEAUX CEDEX

Représenté par Me Patrick ARZEL, avocat au barreau de POITIERS

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 28 juin 2017, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur Jean ROVINSKI, Président

Madame Catherine KAMIANECKI, Conseiller

Monsieur Jean-Michel AUGUSTIN, Conseiller qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : Madame Patricia RIVIÈRE

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE

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

- Signé par Monsieur Jean ROVINSKI, Président, et par Madame Patricia RIVIÈRE, Greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

EXPOSÉ DES FAITS

M. Y a été engagé par Mr Z en contrat de travail à durée déterminée le 11 septembre 2013 en qualité de vendeur pour une durée de six mois dans le cadre d'un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise. Le 10 janvier 2014, Mr Z a adressé une mise à pied

disciplinaire pour faute grave à Mr Y . Le 16 janvier 2014, Mr Z a adressé à M. Y une lettre de convocation à un entretien en vue de son éventuel licenciement, fixé au 21 janvier 2014. Par lettre du 25 janvier 2014, Mr Y a été licencié pour faute grave.

M. Y a le 5 mars 2014 saisi le conseil de prud'hommes de Poitiers pour notamment contester les conditions de la rupture et en sollicitant le paiement de diverses sommes.

Par jugement du 12 mai 2015, le conseil de prud'hommes de Poitiers :

- a débouté Mr Y de sa demande de requalification en contrat à durée indéterminée de son contrat de travail et de sa demande tendant à voir juger son licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse,

- a condamné Mr Z à payer à Mr Y la somme de 1 914,72 euros sur le fondement des dispositions de l'article L1235-2 du code du travail pour irrégularité de la procédure de licenciement,

- a débouté Mr Y de ses autres demandes et débouté Mr Z de sa demande reconventionnelle,

- a dit que chaque partie supporterait la charge de ses dépens.

M. Y a fait appel de la décision.

La mise en redressement judiciaire de Mr Z par jugement du tribunal de commerce de Poitiers du 6 décembre 2016 emportant la désignation de la SELARL ACTIS, représentée par Maître Martin, a justifié sa mise en cause ès-qualités de mandataire de Mr Z ainsi que celle du CGEA-AGS afin de décision commune.

Par dernières conclusions soutenues à l'audience du 28 juin 2017, Mr Y demande :

- la confirmation du jugement en ce qu'il a condamné Mr Z à lui payer la somme de 1 914,72 euros à titre d'indemnité pour procédure de licenciement irrégulière sur le fondement des dispositions de l'article L1235-2 du code du travail ;

- sa réformation sur le surplus :

- la condamnation de Mr Z à lui payer la somme de 3 073,76 euros au titre des heures supplémentaires non payées, outre 307,38 euros au titre des congés payés afférents ;

- sa condamnation à lui payer la somme de 500 euros à titre d'indemnité pour non-respect des dispositions de l'article L3121-33 du code du travail ;

- sa condamnation à lui payer la somme de 11 489 euros à titre d'indemnité pour travail dissimulé ;

- la re-qualification de son contrat de travail en contrat à durée indéterminée ;

- la condamnation de Mr Z à lui payer la somme de 1 914,72 euros au titre de la re-qualification de son contrat de travail ; sa condamnation à lui payer la somme de 500 euros à titre d'indemnité pour procédure de mise à pied disciplinaire irrégulière ;
- que son licenciement soit déclaré abusif
- la condamnation de Mr Z à lui payer la somme de 1 914,72 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis outre celle de 191,47euros au titre des congés payés afférents ;
- sa condamnation à lui payer la somme de 5 700 euros à titre d'indemnité pour licenciement abusif ;
- sa condamnation à lui payer la somme de 1 914,72 euros pour délivrance d'une attestation Pôle Emploi non conforme ;
- qu'il soit ordonné à Mr Z de lui remettre des documents sociaux conformes à la présente décision (certificat de travail, attestation Pôle Emploi, bulletins de paie) sous astreinte de 50 euros par jour de retard ;
- que les sommes allouées relatives aux salaires soient assorties des intérêts légaux à compter de la saisine du conseil de prud'hommes ;
- que la décision soit déclarée commune au CGEA-AGS de Bordeaux ;
- qu'il soit jugé que le mandataire désigné devra régler les créances excédant le plafond de garantie sur les fonds disponibles selon l'ordre de priorité prévu par l'article L621-32 du code de commerce ;
- la condamnation de Mr Z , outre aux dépens, à lui payer la somme de 1 500 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Par dernières conclusions du 22 février 2017, soutenues à l'audience, Mr Z demande :

- la confirmation du jugement du conseil de prud'hommes sauf en ce qu'il le condamne au paiement de la somme de 1 914,72 euros sur le fondement des dispositions de l'article L1235-2 du code du travail pour irrégularité de la procédure de licenciement ;
- le rejet des demandes de Mr Y et sa condamnation, outre aux dépens, à lui payer la somme de 1 800 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Le CGEA-AGS de Bordeaux, par conclusions du 14 juin 2017, soutenues à l'audience, demande :

- qu'il lui soit donné acte de son intervention forcée ;
- qu'il soit mis hors de cause en cas de fonds suffisamment disponibles ;
- la confirmation du jugement sauf à réduire à de plus justes proportions la créance due au titre du non-respect de la procédure de licenciement ;
- subsidiairement, la réduction du montant des sommes allouées à Mr Y à de plus justes proportions ;
- qu'il soit jugé que le plafond de garantie applicable est le plafond 4, en application des dispositions de l'article D3253-5 du code du travail ;

- qu'il soit rappelé que le salarié n'a pas d'action principale contre lui et que sa garantie ne s'exercera que dans les limites fixées par les articles L3253-8, L3253-17 et D3253-5 du code du travail et qu'elle exclut les dommages et intérêts procéduraux ou ne découlant pas directement de l'exécution du contrat de travail, les astreintes, les dépens et les sommes dues au titre de l'article 700 du code de procédure civile ou de l'article 37 de la loi sur l'aide juridictionnelle.

Pour un plus ample exposé des faits, de la procédure, des moyens et de l'argumentation des parties, il est expressément renvoyé au jugement déféré et aux conclusions déposées et oralement reprises.

SUR CE

Sur la demande au titre des heures supplémentaires et celle en paiement de la somme de 500 euros sur le fondement des dispositions de l'article L3121-33 du code du travail :

M. Y rappelle qu'il lui appartient d'apporter des éléments suffisamment précis pour justifier des heures supplémentaires effectuées, afin de permettre à l'employeur de répondre. Il explique qu'il effectuait des horaires réguliers de 9h à 17h et le samedi de 10h à 18h et assurait au moins une fois par semaine en dehors du samedi la fermeture de l'établissement soit 18h30, en alternance avec Mr Z . Il ajoute qu'à la suite de l'ouverture du second magasin en mars 2013, M. P. n'a été engagé qu'à compter du mois de juillet 2013 sur le site de Poitiers, que sa compagne Mme B. était préparatrice et ne travaillait pas en boutique et que Mr Leprince a travaillé brièvement du mois d'avril au mois de juillet 2013 tandis qu'il n'existait pas d'autres salariés. Il fait valoir que la boutique de Châtellerault a été agrandie, nécessitant la présence de deux personnes et que Mr Z était présent tous les jours à Châtellerault, sauf une journée dans la semaine où il se rendait à Poitiers. Mr Y fait valoir que Mr Z n'explique pas comment il pouvait faire fonctionner deux boutiques ouvertes en continue de 9h à 18h30 en sorte qu'il se trouvait souvent seul en boutique comme en attestent les échanges sur Skype. Mr Y explique que pour couvrir les horaires d'ouverture de la boutique de Châtellerault, il effectuait bien plus de 40 heures de travail par semaine. Il en veut pour preuve le reproche de Mr Z d'avoir à titre occasionnel fermé avant l'heure, sa demande sur Skype du 12 septembre 2013 lui demandant de travailler 40 heures hebdomadaires et le reproche de Mme G. selon lequel il aurait fermé avant 19h, preuve qu'il était seul à accueillir les clients après 18h30. Mr Y explique qu'il a effectué 5 heures supplémentaires par semaine du mois d'avril 2013 au mois de janvier 2014, soit 21,65 heures mensuelles au taux horaire de 12,62 euros. Mr Y ajoute qu'il n'avait pas de temps de pause afin de permettre le maintien de la boutique ouverte à l'heure du déjeuner. Il réclame la condamnation de Mr Z à lui payer la somme de 500 euros sur le fondement de l'article L3121-33 du code du travail.

M. Z fait valoir que Mr Y n'a pas effectué d'heures supplémentaires ; que son temps de travail était du mardi au jeudi de 9h à 17h30 avec une pause déjeuner respectée de 12h30 à 13h30 et le samedi de 14h à 17h ; que les échanges Skype ne sont pas probants ; que Mr Y s'absentait sans autorisation comme il le démontre par plusieurs attestations (Mme D., Mme B.) et fermait parfois la boutique avant l'heure de fermeture. Mr Z ajoute que M. Y avait refusé (échange Skype du 12 septembre) d'effectuer des heures supplémentaires et qu'il n'était pas tout le temps sur Poitiers dès lors qu'il y avait un responsable de magasin en la personne de Mr P..

Le CGEA fait valoir que Mr Y ne verse aucun élément suffisamment précis pour étayer sa demande, s'agissant des conversations 'Skype', alors que Mr Z prouve que le salarié fermait la boutique comme il le souhaitait et que les pauses étaient respectées.

En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments. Il est versé aux débats le contrat de travail à durée déterminée du 11 septembre 2013 conclu pour une durée de six mois et jusqu'au 12 mars 2014 par Mr Y, pour accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, emportant un horaire de travail hebdomadaire de 35 heures sur le lieu du magasin 'Fumer Propre' de Châtellerault. Mr Y explique qu'il a effectué 5 heures supplémentaires par semaine du mois d'avril 2013 au mois de janvier 2014, soit 21,65 heures mensuelles au taux horaire de 12,62 euros. Il verse au débat une liasse de copies d'échanges 'Skype' selon lui propre à étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires, en ce que ces pièces établiraient qu'il travaillait selon les horaires d'ouverture du magasin chaque jour de 9h à 17h et le samedi de 10h à 18h et assurait au moins une fois par semaine, en dehors du samedi, la fermeture de l'établissement à 18h30, en alternance avec Mr Z et qu'il travaillait au-delà de ces horaires habituels bien plus de 40 heures par semaine. Mr Y explique que Mr P. n'a été engagé qu'au mois de juillet 2013 sur le site de Poitiers, que Mme B. ne travaillait pas en boutique, que M. Leprince a travaillé brièvement d'avril à juillet 2013 et que Mr Z était présent à Châtellerault en dehors d'une journée par semaine pour se rendre sur le site de Poitiers. En prétendant que ses horaires de travail correspondaient aux heures habituelles d'ouverture du magasin dont il précise l'étendue et en soutenant avoir travaillé au-delà de cet horaire sans bénéficier des temps de pause, Mr Y, qui met Mr Z en mesure de répondre et de justifier de ses horaires de travail au regard notamment de l'activité des autres salariés, étaye suffisamment sa demande.

Pour autant :

- le reproche de Mr Z adressé à Mr Y d'avoir à titre occasionnel fermé avant l'heure ne permet pas de prouver que ce dernier travaillait au-delà de son temps de travail, - la proposition de Mr Z sur 'Skype' du 12 septembre 2013 adressée à Mr Y de travailler 40 heures hebdomadaires, qu'il a refusée, ne permet pas davantage de se convaincre de la réalité des heures supplémentaires effectuées par le salarié.

M. Z, pour établir que Mr Y effectuait bien son temps de travail du mardi au vendredi de 9 heures à 17 heures 30 avec une pause déjeuner de 12 heures 30 à 13 heures 30 et le samedi de 14 heures à 17 heures, verse aux débats l'attestation de Mme D., cliente, qui déclare avoir constaté au moins à deux reprises que la boutique était fermée bien avant 19 heures et en tout cas qu'elle était fermée à l'heure et parfois bien avant selon l'afflux de clients, que Mr Y ne se cachait pas pour fermer les rideaux avant et qu'elle a dû un jour, à la demande de Mr Y, quitter la boutique précipitamment pour lui permettre d'aller chercher son enfant à 17 heures, ce dont il résulte la preuve que Mr Y disposait d'une très grande liberté dans la gestion de son temps de travail en boutique dont il ne respectait pas toujours les horaires d'ouverture.

M. Y prétend qu'il n'avait pas de temps de pause afin de permettre le maintien de la boutique ouverte à l'heure du déjeuner. Il réclame à ce titre la condamnation de Mr Z à lui payer la somme de 500 euros sur le fondement de l'article L3121-33 du code du travail. Mr Y ajoute que Mr Z n'a pas produit le registre du personnel. Il s'appuie sur les échanges Skype produits,

expliquant se trouver seul durant l'heure du déjeuner pris à l'aide d'un sandwich acheté et mangé rapidement. Cependant, les échanges Skype sont partiels et peu détaillés, ce qui ne permet pas d'établir la preuve de la réalité et de la régularité des heures supplémentaires prétendues, alors surtout que Mr Z, par d'autres échanges Skype, démontre que Mr Y s'absentait pendant son temps de travail et fermait la boutique avant l'heure de fermeture (notamment pour aller chercher son enfant) et quelquefois sans le prévenir, comme en atteste Mme B. qui a trouvé la boutique fermée un jour vers 16 heures 45 sans pouvoir effectuer la livraison des liquides de la boutique. M. Z précise encore que Mr P. a été engagé à compter du 1er juillet 2013 sur le magasin de Poitiers, au moment de son ouverture après travaux, et jusqu'au 30 janvier 2016 et que Mr Leprince a été engagé de mars à septembre 2013 sur le magasin de Châtelleraut, où il travaillait de 10 heures à 13 heures ou 13 heures 30 (contrat de travail versé aux débats) pendant qu'il mettait en place le magasin de Poitiers dont le responsable était Mr P., tandis qu'il revenait l'après-midi sur le magasin de Châtelleraut, ce que confirme Mr Sapienza dans son attestation du 8 octobre 2014. Il ressort de ces explications que Mr Z était en mesure de se trouver le plus souvent sur le site de Châtelleraut dont il assurait la fermeture sauf une journée par semaine, comme le déclare M. Y lui-même.

En conséquence, on doit considérer qu'il n'est pas établi que Mr Y ait effectué des heures supplémentaires sur la période d'avril 2013 à janvier 2014. Il y a lieu au rejet de la demande de Mr Y en paiement des heures supplémentaires qu'il réclame et en paiement d'une indemnité sur le fondement des dispositions de l'article L3121-33 du code du travail.

Sur le travail dissimulé :

M. Y explique qu'il a commencé à travailler pour Mr Z exerçant sous l'enseigne 'Fumer Propre' dès le mois de mars 2013, sans recevoir de bulletin de salaire ni être déclaré et avoir passé la visite médicale d'embauche, sa situation n'étant régularisée que par la signature de son contrat de travail à durée déterminée en septembre 2013. Il précise que les échanges sur Skype dès le mois de mars 2013 et jusqu'en septembre 2013 entre Mr Z et lui ne peuvent pas correspondre à la simple évaluation des produits testés et à des commandes personnelles, à défaut de factures d'achats à son nom et du fait de l'importance des commandes incompatibles avec une consommation individuelle. Mr Y explique que l'employeur ne pouvait pas ignorer ses obligations et que le non accomplissement volontaire de la déclaration préalable de son engagement découle nécessairement de l'obligation légale issue de l'article L1221-10 du code du travail, ce qui fonde sa réclamation à indemnité sur le fondement de son article L8223-1.

M. Z réfute l'affirmation de l'embauche de Mr Y avant la conclusion de son contrat de travail. Il explique que leurs relations amicales se limitaient à l'essai de produits dont il était consommateur, que Mr Leprince était salarié et venait le matin à la boutique, que le motif du CDD soit 'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise' est valable dès lors qu'il partageait son temps entre les boutiques de Poitiers nouvellement ouverte et de Châtelleraut et que la page Facebook concernant le magasin de Poitiers n'était qu'une annonce, ce dernier n'ayant été ouvert qu'en juillet 2013 après travaux et donnant lieu à l'engagement de Mr P. en qualité de responsable que les échanges Skype démontrent seulement l'existence de commandes de Mr Y à des fins de consommation personnelle, lequel exerçait alors une activité d'électricien à l'enseigne CSID ; que Mr Y qui n'était pas obligé de venir à la boutique rendait service car il savait qu'il avait des produits à prix coûtants et que le contrat de travail de Mr Leprince prenait fin en septembre 2013.

Le CGEA fait valoir qu'il n'est nullement démontré que l'employeur ait entendu se soustraire intentionnellement à ses obligations.

Les pièces versées aux débats ne permettent pas d'établir la réalité de l'activité salariée de M. Y dès le mois de mars 2013, dès lors qu'il n'est pas discuté que MM. Y et Z ont entretenu des rapports amicaux avant l'engagement de Mr Y en contrat à durée déterminée, sans que celui-ci ne démente au surplus qu'il exerçait alors une autre activité professionnelle et avoir été intéressé par les produits vendus par Mr Z pour en être un consommateur averti, leurs échanges sur Skype de mars 2013 en septembre 2013 ne révélant pas au regard de leur imprécision autre chose que des évaluations de produits testés et des commandes personnelles. La lettre d'observations émanant de l'URSSAF du 16 avril 2015 adressée à M. Z qui fait état de 'conversations professionnelles apparaissant en juillet 2013' pour fonder un rappel de cotisations à compter du 1er juillet 2013 au titre d'un début d'activité de M. Y à cette date ne peut convaincre au regard des éléments de preuve cités qui ne peuvent suffire à établir la réalité de la relation d'un travail salarié de Mr Y . Il y a lieu en conséquence de rejeter la demande de Mr Y afférente au travail dissimulé allégué.

Sur la re-qualification du contrat de travail en contrat à durée indéterminée et la demande d'indemnité sur le fondement de l'article L1245-2 du code du travail :

M. Y rappelle que le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif et qu'à défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée, en application des articles L1242-12 et L1245-1 du code du travail. Ayant été engagé plusieurs mois avant la signature du contrat de travail à durée déterminée, Mr Y considère que la re-qualification est justifiée. S'agissant du motif de recours au contrat à durée déterminée soit un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, Mr Y explique qu'il était seul sur le site de Châtellerault et que le motif, au regard de la durée du contrat et du type d'activité exercé, ne correspond pas à la réalité, son emploi ayant pour objet et pour effet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Mr Y ajoute que le conseil de prud'hommes ne pouvait pas retenir que l'ouverture d'une seconde boutique constituait un accroissement temporaire d'activité alors qu'il est établi que l'ouverture de la boutique de Poitiers est intervenue dès le mois de mars 2013, au moment de son embauche non déclarée. Il considère en conséquence être bien fondé en sa demande d'indemnité sur le fondement de l'article L1245-2 du code du travail.

M. Z explique qu'il n'y a pas lieu à requalification à défaut d'embauche avant la conclusion du contrat de travail à durée déterminée litigieux dont le motif est valable en raison de l'ouverture d'une seconde boutique à Poitiers l'obligeant à partager son temps entre les deux magasins. Il ajoute que le 14 janvier 2014, il a engagé un second salarié à temps complet sur le magasin de Châtellerault, Mr Dias Nunes, car il venait d'élargir son activité en ouvrant un atelier de production à Availles en Châtellerault avec l'engagement de Mme B., compagne de Mr P., par contrat de travail à durée indéterminée de novembre 2013.

Le CGEA conclut également à l'absence de requalification du contrat de travail, compte tenu de la circonstance de l'ouverture d'un second magasin et de l'atelier de production.

L'ouverture de la boutique de Poitiers qui n'est intervenue qu'en juillet 2013 était de nature à justifier la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée pour accroissement temporaire d'activité de l'entreprise, Mr Z se trouvant momentanément obligé de s'absenter à

certain moments de la boutique de Châtellerault. Il est justifié par ailleurs de l'engagement de Mr Dias Nunes sur la boutique de Poitiers et de Mme B. sur l'atelier de fabrication, respectivement en janvier 2014 et novembre 2013, lesquels ont attesté dans le litige.

Il n'est pas démontré, comme il a été dit précédemment, que Mr Y ait commencé son activité salarié dès le mois de mars 2013. Il y a lieu en conséquence de rejeter la demande de M. Y tendant à la re-qualification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée avec tous effets de droit.

Sur la procédure disciplinaire et la procédure de licenciement :

M. Y fait valoir qu'il a subi une mesure de mise à pied à titre disciplinaire pour faute grave le 10 janvier 2014, sans respect de la procédure applicable, en sorte qu'il est fondé à réclamer le paiement de la somme de 500 euros à titre de dommages et intérêts. Il fait valoir qu'il a été convoqué une première fois par un post-it puis par lettre recommandée du 16 janvier 2014 présentée le 17 janvier suivant accusé de réception pour un entretien le 21 janvier 2014 ; qu'il manque la mention de la possibilité de l'assistance par un conseiller du salarié, la précision du lieu tandis que le délai de convocation n'est pas respecté, en sorte qu'il est bien fondé à réclamer le paiement de la somme de 1 914,72 euros à titre de dommages et intérêts sur le fondement des dispositions des articles L1231-1 à L1232-4, L1232-6 et L1235-5 du code du travail.

M. Z fait valoir que la rupture du CDD, lorsqu'elle est prononcée pour faute grave est soumise aux seules prescriptions des articles L1332-1 et L1332-3 du code du travail qui ne prévoient aucune formalité pour la convocation à l'entretien préalable à la sanction disciplinaire. Mr Z considère que Mr Y, mis à pied à titre conservatoire dans le cadre d'une 'phase d'attente' sans sanction disciplinaire, a été convoqué régulièrement à un entretien préalable le 16 janvier pour un entretien le 21 janvier suivant, son licenciement prononcé régulièrement le 25 janvier 2014. Il demande la réformation de la décision des premiers juges et le rejet de la demande de M. Y en paiement de tous dommages et intérêts pour non-respect de la procédure disciplinaire et de licenciement.

Le CGEA conclut également à la régularité de la procédure.

Le 10 janvier 2014, Mr Z a envoyé à Mr Y un courrier dont l'objet était 'sa mise à pied disciplinaire pour faute grave'. Comme décidé par le premier juge, l'utilisation du terme 'disciplinaire' au lieu de celui de 'conservatoire' ne permet pas d'en déduire qu'il s'agit effectivement d'une sanction disciplinaire et non de la volonté de l'employeur de mettre en oeuvre une procédure tendant à éloigner Mr Y de son lieu de travail. Cette volonté a été clairement établie par la lettre du 16 janvier 2014 de Mr Z dans les termes suivants : 'Suite au courrier vous signifiant votre mise à pied disciplinaire, vous êtes convoqué le mardi 21 janvier 2014 à 11 heures pour un entretien préalable à un licenciement conformément aux reproches que je vous ai adressés dans le courrier vous signifiant votre mise à pied disciplinaire.' Il en résulte, seules les dispositions des articles L1332-1 et L1332-3 du code du travail étant applicables en l'espèce s'agissant de la rupture anticipée pour faute grave d'un contrat de travail à durée déterminée, que Mr Y, auquel ont été portés à sa connaissance les griefs reprochés et qui a été convoqué après mise à pied seulement conservatoire à un entretien préalable le 16 janvier 2014 sans forme particulière exigée, ne peut prétendre à indemnités pour mise à pied disciplinaire et pour irrégularité de la procédure de licenciement, sur le

fondement, d'une part, des dispositions des articles L1332-2 et L1332-3 du code du travail et, d'autre part, des dispositions des articles L1232-4, L1235-2 et L1235-5 de ce même code, qui ne sont pas applicables.

Il y a lieu en conséquence au rejet de la demande de Mr Y tendant à l'allocation des sommes de 500 euros et 1 914,72 euros de ces chefs.

Sur la faute grave :

M. Y rappelle qu'il lui est reproché :

- le téléchargement illégal via le logiciel torrente sur le PC du magasin - la vente à un mineur d'un liquide nicotine et d'un vaporisateur.

Il fait valoir que les pièces 8 et 9 de l'employeur ne précise pas la date des faits reprochés mais qu'il semblerait qu'il s'agisse du 19 octobre à 8h14 soit avant l'heure d'ouverture de la boutique ; que Hadopi signale deux téléchargements à une seule reprise de deux films à cette même date en sorte qu'il s'agit du même fait ayant donné lieu à un avertissement. Il en conclut qu'il n'y a pas eu répétition des téléchargements comme l'affirme l'employeur qui s'appuie sur un document établi par un autre salarié qui aurait procédé à des extractions des données à l'aide d'un logiciel ad hoc et qui est sans valeur. Mr Y ajoute que le résultat de cette récupération de données fait état d'un dossier informatique intitulé 'steph0000', fichier utilisateur qui a pu être créé par n'importe qui et qu'un logiciel téléchargeable gratuit de récupération des fichiers effacés n'est pas un dispositif fiable. M. Y précise qu'il procédait à de nombreux encaissements à compter de mai 2013 à partir de sa tablette personnelle avec l'accord de l'employeur présent et pour assurer une meilleure fluidité des encaissements, ce qui démontre que Mr Z utilisait également le PC et avait connaissance des téléchargements. S'agissant de la vente illégale à un mineur à date indéterminée, Mr Y la conteste, précisant que l'interdiction de vente aux mineurs date de novembre 2013. Mr Y ajoute que les faits non évoqués dans la lettre de licenciement ne peuvent être valablement retenus.

M. Z fait valoir que Mr Y téléchargeait des films pornographiques 'cam to cam' en direct dans la boutique, provoquant des avertissements par mail de la Haute Autorité HADOPI pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet les 6 novembre et 23 décembre 2013 ; qu'il était seul à utiliser le PC, outre sa tablette, tandis qu'il utilisait son Ipad ; que M. Y a volé des données confidentielles de l'entreprise antérieures à son engagement en septembre 2013, sachant qu'il travaille désormais chez un concurrent à Châtelleraut ; qu'il a été conservé la preuve de plusieurs téléchargements que le salarié avait tenté d'effacer ; que la vente prohibée à un mineur d'un produit nicotiné est établie, la prohibition légale (article L3511-2-1 du code pénal) étant ancienne et mentionnée sur les produits. Mr Z ajoute que Mr Y utilisait les produits de la boutique à son usage personnel (attestation de Mme B.) et procédait à des détournements de flacons dont il a restitué seulement une partie ; qu'il a utilisé sa carte bancaire pour faire des achats sur Internet, s'agissant d'avances sur salaires mais n'a pas procédé au remboursement d'un réfrigérateur et d'une télévision tandis qu'il a procédé à des prélèvements de caisse dont certains ont été déduits de ses salaires quand ils ont été découverts.

Le CGEA conclut à la confirmation du jugement au regard du bien fondé de la rupture pour faute grave.

En application de l'article L1243-1 du code du travail, sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure et pour inaptitude constatée par le médecin du travail. 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 résultant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise.

M. Y a fait l'objet d'une mise à pied conservatoire de son employeur et il a été licencié pour faute grave suite à un entretien tenu le 21 janvier 2014. La lettre du 25 janvier 2014 de M. Z fait état des griefs suivants pour fonder la rupture anticipée du contrat de travail de

M. Y :

- téléchargement illégal via le logiciel Torrente sur le PC du magasin - vente à un mineur d'un liquide nicotiné et un vaporisateur.

M. D., responsable de la boutique de Châtelleraut à compter du 14 janvier 2014, atteste avoir installé un logiciel de récupération des données effacées qui lui a permis de retrouver les fichiers téléchargés par Mr Y , dont des films et des webcams pornos. Il atteste également que Mr Brunière ne se sert pas du PC mais de sa tablette Ipad en sorte qu'il a besoin, comme auparavant avec Mr Y , d'aide pour trouver les documents qu'il recherche, ce que confirme M. Sapienza dans son attestation du 8 octobre 2014.

Il est versé aux débats :

- le premier avertissement HADOPI du 6 novembre 2013 sur la constatation du téléchargement de plusieurs oeuvres sur l'accès Internet, en violation des droits d'auteur, le samedi 19 octobre 2013 à 8 heures 14 - des captures d'écran faisant apparaître sous son nom le téléchargement du film 'Berserk' en janvier 2014 - un listing faisant apparaître le téléchargement les 7 et 17 décembre 2013 de deux films sur l'accès Internet de Mr Z dont un film pornographique.

Il est avéré que Mr Y a utilisé pendant les horaires d'ouverture de la boutique l'ordinateur du magasin pour effectuer des téléchargements illégaux en violation des droits d'auteur qui ont entraîné un avertissement adressé à l'employeur par courriel du 6 novembre 2013 de la Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet.

M. Y téléchargeait donc pendant ses horaires de travail sur le matériel mis à sa disposition pour les seuls besoins de son activité professionnelle. Mr Z , en sa qualité d'employeur et titulaire d'un abonnement Internet, est légalement responsable de l'utilisation qui en est faite et de l'usage des moyens de communication mis à disposition des salariés. Il doit s'assurer que l'accès Internet ne fasse pas l'objet d'une utilisation abusive et pénalement répréhensible.

Les dénégations de Mr Y , s'agissant de l'utilisation par Mr Z ou d'autres personnes du PC du magasin, de l'absence de répétition des téléchargements et de ce que l'employeur s'appuie sur un document établi par un autre salarié qui aurait procédé à des extractions des données à l'aide d'un logiciel téléchargeable gratuit de récupération des fichiers effacés qui ne serait pas fiable, le fichier utilisateur 'steph0000' ayant pu être créé par n'importe qui, ne peuvent convaincre, alors qu'il est établi que Mr Y avait seul l'usage du PC de la boutique et que son nom apparaissait sur les téléchargements illégaux effectués.

L'article L3511-2-1 du code de la santé publique dispose qu'il est interdit de vendre ou d'offrir gratuitement, dans les débits de tabac et tous commerces ou lieux publics, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L3511-1 à des mineurs de moins de dix huit ans. Mr Joubert atteste s'être trouvé courant décembre dans la boutique avec Mr Z lorsqu'une mère de famille y est entrée pour faire part de son mécontentement à la suite de la découverte dans le blouson de son fils mineur d'un flacon de liquide nicotinisé vendu par M. Y et qu'elle n'était pas d'accord pour qu'il vapote. Mr D. atteste la venue en boutique de personnes mineures pour acheter des liquides ou du matériel et qui affirmaient sur la question de leur âge que le précédent vendeur les servait sans difficultés. Il est établi en conséquence la vente interdite par Mr Y à un mineur de produits nicotinisés.

Les griefs énoncés dans la lettre du 25 janvier 2014 sont graves en ce qu'un contrôle de la DGCCRF aurait pu donner lieu à la fermeture de la boutique de Mr Z pour non-respect de la réglementation applicable à la vente aux mineurs de produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L3511-1 du code de la santé publique et qu'il en va de même des téléchargements illégaux pouvant donner lieu à des poursuites pénales à l'encontre de Mr Z , titulaire de l'accès Internet, et à la privation de ce dernier de nature à mettre en péril l'existence de l'entreprise.

M. Y s'est donc bien rendu l'auteur de fautes graves fondant la rupture anticipée de son contrat de travail à durée déterminée.

Il y a lieu en conséquence de confirmer la décision de première instance.

Sur la demande de remise de documents conformes :

M. Y fait valoir que l'attestation Pôle Emploi qui lui a été remise n'était pas remplie et signée, en sorte qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de faire valoir ses droits. Il précise être toujours à la recherche d'un emploi.

M. Z rétorque que le problème de signature de l'attestation Pôle Emploi a été régularisé dès qu'il a été signalé et que Mr Y n'a subi aucun préjudice. Mr Z ajoute que M. Y travaille chez un concurrent 'Vapeur et Saveur' depuis avril 2014.

Le CGEA conclut au rejet de la demande de Mr Y en l'absence de préjudice justifié.

M. Y ne justifie pas la réalité de son préjudice consécutif à l'impossibilité de faire valoir ses droits auprès de Pôle Emploi du fait de l'absence de signature et des mentions requises sur l'attestation Pôle Emploi qui lui a été remise à l'origine, dès lors qu'il ne conteste pas que la régularisation de l'attestation soit intervenue dès qu'il en signalait l'imperfection et ne prétend pas que ses droits auprès de Pôle Emploi s'en soient trouvés diminués.

M. Y doit en conséquence être débouté de sa demande de dommages et intérêts de ce chef.

M. Y doit être condamné aux dépens de première instance et d'appel, la nature du litige ne justifiant pas en équité l'allocation d'une indemnité sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS LA COUR,

Confirme le jugement du conseil de prud'hommes de Poitiers du 12 mai 2015, sauf en ce qu'il a condamné Mr Z à payer à Mr Y la somme de 1 914,72 euros pour irrégularité de la procédure de licenciement, en application de l'article L1235-2 du code du travail ;

Rejette la demande de Mr Y en paiement de la somme de 1 914,72 euros sur le fondement de l'article L1235-2 du code du travail pour procédure de licenciement irrégulière ;

Rejette les autres demandes de Mr Y en leur entier ;

Déclare l'arrêt commun au CGEA -AGS de Bordeaux avec tous effets de droit ;

Condamne Mr Y aux dépens de première instance et d'appel et dit n'y avoir lieu en équité à indemnité sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT