

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE  
17e Chambre  
ARRET DU 06 NOVEMBRE 2012

N°2012/ YR/FP-D  
Rôle N° 11/18142

Décision déférée à la Cour : Jugement du Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de NICE en date du 15 Septembre 2011, enregistré au répertoire général sous le n° 09/1559.

**APPELANT**

Monsieur Gianni P., demeurant xxx - 06110 LE CANNET représenté par Me Dominique BRUNEL, avocat au barreau de NICE

**INTIMEE**

SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS, demeurant 30, Avenue Jean Médecin - Centre commercial Nice Etoile - 06000 NICE représentée par Me Yves LE MAUT, avocat au barreau de NICE substitué par Me Adeline FORTABAT, avocat au barreau de NICE

\*\*\*

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions de l'article 945-1 du Code de Procédure Civile, l'affaire a été débattue le 08 Octobre 2012, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Monsieur Yves ROUSSEL, Président, chargé d'instruire l'affaire.

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

Monsieur Yves ROUSSEL, Président  
Madame Martine VERHAEGHE, Conseiller  
Madame Corinne HERMEREL, Conseiller  
Greffier lors des débats : Madame Monique LE CHATELIER.

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 06 Novembre 2012

ARRÊT

Contradictoire,  
Prononcé par mise à disposition au greffe le 06 Novembre 2012  
Signé par Monsieur Yves ROUSSEL, Président et Françoise PARADIS-DEISS, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

M. Gianni P. a été engagé par la société MICRO CLEVER CONSULTING, devenue SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS (BGS) en qualité de graphiste, suivant contrat de travail à durée déterminée du 5 août 2001, transformé en contrat à durée indéterminée, par avenant du 6 juin 2001. Il a saisi le conseil de prud'hommes de Nice, lequel, statuant par jugement du 15 septembre 2011, a rejeté sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, dit que son licenciement prononcé pour inaptitude était régulier, constaté que la société SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS avait rempli ses obligations en matière de reclassement et rejeté les autres demandes.

Appelant, M. Gianni P. indique que son travail portait sur l'animation multimédia pour la société BGS et pour les clients de celle-ci, avec notamment le travail d'édition et de mise en page des documents marketing et de création graphique comme les logos et les icônes ; que jusqu'en 2006, son travail a été apprécié par la direction ; qu'à partir de septembre 2006, le nouveau directeur, M.HERRERA lui a demandé de prendre en charge les documents marketing aussi bien dans l'aspect graphique que rédactionnel ; qu'or, l'aspect rédactionnel ne relevait pas de ses compétences et de sa formation, ce dont il a informé sa direction en septembre 2007 ; que M. HERRERA n'a alors eu de cesse de lui faire des reproches ; qu'il lui était toutefois impossible d'exaucer les vœux de M.HERRERA, faute d'avoir bénéficié d'une formation adaptée ; qu'il lui était également impossible de travailler avec l'entité américaine en langue anglaise, comme cela était exigé de lui, puisqu'il ne maîtrisait pas cette langue ; que d'ailleurs, ce n'est qu'en janvier 2008 que les salariés, dont lui-même, ont accédé à une formation d'anglais ; qu'en juillet 2009 il lui était annoncé qu'il n'y avait plus de travail pour lui dans la société, alors que le site de BALLY US offrait des emplois de graphiste ; qu'à nouveau il lui était demandé de travailler sur la partie rédactionnelle des projets, ce qu'il refusait de faire, puisque cela n'entrait pas dans ses fonctions ; que devant les exigences maintenues de la direction, il était placé en arrêt maladie à compter du 21 septembre 2009 au motif d'une dépression ; qu'il saisissait alors conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation de son contrat de travail aux torts de l'employeur ; que le 3 mai 2010, à la suite d'une visite médicale, il était déclaré inapte définitif à tous les postes dans l'entreprise par la médecine du travail ; que néanmoins l'employeur ne formulait aucune proposition de reclassement et n'engageait pas la procédure de licenciement dans le délai d'un mois ; qu'en définitive il était licencié pour inaptitude par courrier du 21 juillet 2010.

Il demande à la cour de dire que la société BGS a modifié unilatéralement ses fonctions et que le refus par lui de cette modification était légitime, de juger que la société BGS n'a pas exécuté le contrat de bonne foi, de réformer le jugement rendu, de prononcer la résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur, subsidiairement de dire que ce dernier a manqué à son obligation en matière de reclassement, de constater qu'il est le créateur de l'identité visuelle de la marque OCM et de condamner la société BGS à lui payer la somme de 12 633,25 euros à titre d'indemnité de préavis, celle de 75 799,44 euros, à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, celle de 1263,32 euros au titre des congés payés sur préavis, celle de 80 000 € au titre de l'indemnisation des droits d'auteur, celle de 3000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile et d'ordonner la remise par l'employeur des documents sociaux rectifiés sous astreinte de 150 € par jour de retard.

La SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS indique que le 16 septembre 2009, le directeur général a demandé par mail à tous les salariés de la société de faire confirmer les projets sur lesquels ils travaillaient, auprès de leur supérieur hiérarchique ; que le lendemain, M. Gianni P. faisait connaître que les tâches qui lui étaient confiées constituaient une modification de

son contrat de travail et qu'il refusait de les exécuter ; que quatre jours plus tard il faisait l'objet d'un arrêt de travail pour maladie ; que le 2 octobre suivant, il saisissait le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, notamment ; que l'affaire était renvoyée devant le bureau de jugement ; que dans l'intervalle, il faisait l'objet d'un avis d'inaptitude à tout poste dans la société ; qu'il lui était donc notifié son licenciement et que c'est sur ces errements que le jugement entrepris a été rendu.

Elle demande à la cour de dire qu'elle n'a pas modifié le contrat de travail et qu'elle n'a pas fait preuve de mauvaise foi dans l'exécution de celui-ci, de dire qu'il n'y a pas lieu à résiliation judiciaire; qu'il a été satisfait aux obligations de reclassement, que le licenciement pour inaptitude est fondé, de confirmer le jugement, de rejeter toute autre demande et de condamner M. Gianni P. à lui payer la somme de 3000 €, en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Pour plus ample exposé des faits, de la procédure et des prétentions des parties, il est renvoyé au jugement entrepris, aux pièces et aux conclusions déposées et oralement reprises.

SUR CE, LA COUR,

M. Gianni P. impute plusieurs manquements à l'employeur, dont il estime qu'ils fondent sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, dès lors qu'il a été modifié sans son accord. La cour examinera prioritairement cette demande, qui a été présentée avant que n'intervienne le licenciement.

M. P. fait ainsi valoir qu'il a été employé comme graphiste ; que l'article 2 de l'accord national du 5 juillet 2001 définit le graphiste multimédia comme étant la personne qui, « sous la direction d'un chef de projet Web, participe à la conception et à la mise en page des sites Internet ou intranet, à son habillage, à la création de fenêtres, d'icônes ou encore d'animation » ; que cette fonction n'implique aucune tâche rédactionnelle ; que son contrat de travail prévoyait d'ailleurs que ses fonctions étaient limitées aux travaux de design ; que l'ancien PDG de la société BGS, M. FIORUCCI en atteste et précise que le contenu rédactionnel était élaboré par lui-même, Mlle YOUNES et M. CHARBONNEAU ; qu'or, le 17 septembre 2009, la société BGS a décidé de modifier ses fonctions et de lui imposer l'élaboration de la partie rédactionnelle des plaquettes, comme en atteste un e-mail (« je te demande la réalisation de trois plaquettes recto-verso (°) Le contenu portera sur les fonctions génériques (°). Pour la partie rédaction du contenu appuie-toi sur des documents existants et mis à disposition sur les serveurs ; de même rapproche toi aussi des services concernés pour plus d'explications ») ; que plusieurs échanges d'e-mails (7 mai 2007, 18 juillet 2007, 13 décembre 2007, 24 avril 2008) tous antérieurs à la modification de son contrat en 2009, montrent qu'il n'était pas en charge de la partie rédactionnelle ; que, contrairement à ce que soutient la société BGS, il n'existait aucun document sur lequel il aurait pu puiser du contenu rédactionnel ; que seule était disponible une documentation complexe et inexploitable pour une personne n'ayant pas les compétences requises, alors qu'il lui était demandé d'exécuter le travail en huit jours ; qu'il a donc répondu à son employeur par e-mail du 17 septembre : « après réflexion, il m'apparaît que le travail que vous me demandez n'entre pas dans mes fonctions. Ainsi, mes attributions relèvent du graphisme.

Or, en l'espèce, vous me demandez de réaliser des plaquettes, dont je ne peux maîtriser la partie rédactionnelle. Dans ces conditions, il ne m'est pas possible d'exécuter la prestation

sollicitée. J'attire votre attention sur le fait que je ne saurais accepter une modification de mon contrat sans respect de la procédure adéquate ».

Mais le travail qui était demandé à M. Gianni P. n'avait ni l'ampleur ni la nature qu'il décrit, la SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS étant fondée à soutenir, au regard des pièces, qu'il devait mettre en forme les éléments qui lui ont été communiqués, sans devoir créer intégralement un texte, mais en ayant seulement adapté un contenu avec le contrôle et l'appui d'autres salariés. A cet égard, la production par l'employeur des plaquettes marketing de spécification française et américaine, permet une comparaison qui l'autorise à soutenir que l'intervention rédactionnelle était limitée à la suppression de la référence aux fonctionnalités n'existant pas dans la version française du produit (pièce 10 et 11).

Au surplus, comme le montrent les échanges d'e-mails du 17 septembre 2009 (pièce 12 13), M. Gianni P. pouvait recevoir, pour ce travail, l'aide du service documentation et du service développement et contrôle qualité. Enfin, la première réaction de M. Gianni P. à l'annonce du travail qui lui a été confié par sa hiérarchie montre qu'il n'avait pas de réticence particulière à le réaliser et qu'il ne se heurtait à aucune difficulté ( son e-mail du 17 septembre 2009 à M. Dominique CHARBONNEAU en pièce numéro 8: « concernant la création des plaquettes que tu m'as demandé de faire graphique et contenu peux-tu me fournir les éléments que je dois faire ' Je peux comme ça commencer à traduire le texte »).

Dès lors, il n'est pas établi que le travail qui lui a été demandé est allé au-delà du rôle assigné au graphiste, tel que défini dans la classification métier ROME ( fiches E 1205 et E 1306) et que son contrat de travail a été modifié unilatéralement par l'employeur.

M. Gianni P. impute également à la société BGS un manquement à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, telle qu'elle résulte des articles L. 1222-1 du Code du travail et 1134 du Code civil et fait valoir que ses conditions de travail se sont dégradées avec l'arrivée de M.HERRERA et qu'il a fait l'objet de pressions, suite à son refus d'effectuer le travail demandé. Il indique que l'arrivée de M.HERRERA à la direction de l'entreprise a suscité des tensions et des interrogations parfaitement exprimées dans un e-mail des délégués du personnel du 19 février 2006 ; qu'à cette époque, lui-même, qui se situait dans l'organigramme directement après le PDG, M.FIORUCCI, a été rétrogradé en quatrième position ; que pourtant, M. FIORUCCI le tenait en grande estime professionnelle, comme le montre un courrier du 20 juillet 2006 ; qu'en dépit de cela, la société BGS n'a pas hésité à lui faire des remarques très négatives dans son bilan de performance de 2008 qu'il n'a signé que par crainte de rétorsions de la direction ; qu'en réalité, cette dernière se désintéressait de lui, ne lui communiquait pas des informations importantes, comme celles concernant le logiciel Flash et ne donnait pas suite à sa demande de collaboration avec ses homologues américains.

Il fait aussi valoir que son refus d'effectuer le travail demandé lui a valu des pressions pour qu'il s'en aille ; que le 18 septembre 2010 M. CHARBONNEAU lui a demandé des justifications sur les travaux en cours, alors qu'il disposait de tous les éléments ; qu'il lui a également demandé ses rapports d'activité, qu'il avait pourtant reçus, comme le montrent plusieurs e-mails ; que devant cette mauvaise foi, il a été bloqué dans son travail puis a connu des problèmes de santé dus au stress, ce qui lui a valu les avis d'inaptitude de la médecine du travail.

La SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS conteste avoir adopté un comportement fautif récurrent, faisant valoir à cet égard que le seul fait matériel établi, mais qui ne lui est pas imputable à faute, est celui sur lequel sur lequel M. Gianni P. appuie son grief date du 17 septembre 2009, soit le problème de l'élaboration des plaquettes qui vient d'être vu.

Elle prétend aussi qu'il ressort d'un échange d'e-mails intervenus entre Messieurs HERRERA, BORGHI et CHARBONNEAU le 28 octobre 2008 (« s'il ne signe pas ont fait un commentaire qu'il a refusé ») que la procédure d'évaluation a été normale et exempte de pression sur le salarié qui a été rendu destinataire de cet échange et que ce dernier ne prouve pas qu'il a répliqué dans les temps à l'employeur.

De fait, les griefs du salarié sont insuffisamment étayés et les pièces produites montrent que M. Gianni P. est intervenu dans des projets importants, dont celui concernant et sur les projets de tests de flash sur xxx ; qu'il ne s'est pas vu opposer de refus sur ses demandes de formation, notamment en anglais au cours de l'année 2006 et que les demandes qui lui ont été adressées, notamment celle consistant à ce qu'il transmette un rapport journalier détaillé de ses activités n'ont pas excédé le cadre normal de l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur.

S'agissant, du refus ponctuel opposé par l'employeur à propos du programme Flash, il a été justifié, sans abus, par le coût élevé du devis soumis par le salarié.

La demande de résiliation doit donc être rejetée, comme elle l'a été par les premiers juges. M. Gianni P. soutient par ailleurs que son licenciement n'est pas fondé, pour défaut de tentative sérieuse de reclassement. La SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS réplique qu'il n'en est rien et qu'elle a interrogé le médecin du travail à deux reprises sur les possibilités de reclassement du salarié déclaré inapte à tous les postes ; qu'à sa demande, le médecin du travail s'est déplacé dans les locaux de l'entreprise à Nice pour procéder à une étude de poste, mais que par courrier du 11 mai 2010 il a indiqué qu'il n'existait pas de possibilité de le reclasser dans l'établissement ; qu'aucun autre poste n'était disponible, tous les postes étant pourvus ; que, dans un second temps, elle a procédé à une recherche dans les établissements internationaux et a interrogé le médecin du travail pour obtenir des précisions sur les possibilités de reclassement en Hollande, aux États-Unis et en Inde ; que par courrier du 11 juin 2010, le médecin du travail a fait connaître qu'après s'être entretenu avec M. Gianni P. à ce sujet, celui-ci ne pouvait pas occuper de poste dans ces établissements internationaux ; qu'indépendamment, M. George MOORE, directeur des ressources humaines au niveau international a indiqué avoir répercuté l'information aux départements appropriés et que le profil de M. Gianni P. ne correspondait à aucun poste aux États-Unis.

Elle en conclut que la lettre de licenciement précise de manière suffisante le périmètre du reclassement.

Mais la constatation de l'inaptitude du salarié par la médecine du travail met à la charge de l'employeur une obligation de reclassement, en vertu de l'article L. 1226-2 du code du travail et il appartient l'employeur d'établir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de reclasser le salarié, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations, transformation de poste de travail ou aménagement du temps de travail. En l'espèce, l'employeur ne peut se retrancher derrière le courrier du 11 juin 2010 du médecin du travail. Il devait procéder à une recherche sérieuse de reclassement , y compris à l'intérieur du groupe international auquel

appartient la SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS, celui-ci étant implanté dans plusieurs pays.

En réalité, il s'est contenté d'écrire au salarié : « nous nous sommes néanmoins enquis auprès de nos différents établissements des possibilités de reclassement au sein de nos différents établissements, ainsi qu'au sein du notre mais en vain », ceci sans lui donner de précisions sur la nature des démarches réellement effectuées et sur le périmètre des recherches, alors qu'il existait deux postes dans le groupe, publiés sur le site Internet avant le licenciement et dont il n'est pas contesté qu'ils étaient encore affichés le 27 octobre 2010 (annonce du 10/05/2010 offrant un poste d' « Artist Graphic » dans le Nevada aux Etats-Unis et annonce du 02/02/2010 offrant un poste «Tech Multi-Media II » en Californie aux Etats-Unis).

Le manquement de l'employeur à l'obligation de reclassement produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Pour licenciement sans cause réelle sérieuse, M. Gianni P. sollicite la condamnation de l'employeur à lui payer la somme de 75 799,44 euros, équivalent à 18 mois de salaire ( 4211,08 €), à titre de dommages-intérêts , mettant en avant le fait qu'il n'a pas retrouvé d'emploi ; qu'il travaille sous le statut de l'auto-entrepreneur, qu'il avait 9 ans et 6 mois d'ancienneté et qu'il exerçait dans une entreprise de plus de dix salariés, ce qui lui permet de prétendre, au minimum, à six mois de salaire, par application de l'article L. 1235-3 du code du travail.

Au regard de ces éléments, son préjudice sera liquidé à la somme de 45 000 €.

Par application de l'article 15 de la convention collective, M. Gianni P. réclame une indemnité compensatrice de préavis équivalent à trois mois de salaire, soit la somme de 12 633,25 euros. Cette demande n'étant pas sérieusement contestable, il y sera fait droit, ainsi que celle au titre des congés payés sur préavis.

La SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS devra délivrer à M. Gianni P. les documents sociaux rectifiés, sans qu'il soit nécessaire d'assortir cette injonction d'une astreinte. M. Gianni P. indique aussi que, dès son embauche par la société MCC, il avait en charge, notamment, les créations graphiques telles que logos et icônes ; que sa mission consistait à imposer une nouvelle identité visuelle de la société en créant une charte graphique propre et d'uniformiser les différents produits de la gamme open casino manager (OCM) désignant l'ensemble des logiciels développés par la société ; qu'à l'époque, il était le seul graphiste de la société, comme ceci résulte de l'organigramme ; qu'en 2001, il créait ainsi la première charte graphique et définissait les couleurs et les graphismes d'OCM ; qu'en 2002, il créait une deuxième charte graphique définissant chacune des familles d'OCM et qu'en 2003, il créait les premiers logos relatifs à chaque module ; qu'en 2004, il parachevait son travail en créant les interfaces utilisateur des familles OCM ; qu'il a donc créé, à lui seul, l'identité visuelle de la société devenue BGS .

La SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS objecte que M. Gianni P. ne démontre pas qu'il a procédé à des créations ; que l'ensemble des logos et images incluses dans les présentations des plaquettes réalisées par lui sont des éléments de la charte graphique BALLY et qu'elles ne peuvent lui appartenir. Toutefois, M. Gianni P. produit son fichier informatique pour faire la preuve des étapes de sa création et produit le courrier du 20 juillet 2006, par lequel l'ancien

PDG, M. FIORUCCI, fait référence aux « créations tant au niveau du matériel de communication (\*) Qu'au niveau de la refonte de l'interface utilisateur des applications » qu'il a accomplies. Il produit également l'attestation de M.FIORUCCI par laquelle celui-ci indique : « j'ai engagé M. P. Gianni en tant que graphiste. Son travail était de s'occuper de l'aspect visuel en choisissant ou créant des images (photos, illustrations, animation) et de mettre en forme des textes fournis suivant un plan établi par son chef de service. M. P. Gianni a créé l'identité visuelle (logos type, symboles et leurs déclinaisons) OCM (open casino manager) en 2001 ». La SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS ne contredit pas sérieusement ces éléments, elle-même ne produisant aucune pièce. Dans ces conditions, M. Gianni P. est fondé à soutenir que l'identité visuelle qu'il a créée entre dans le champ des oeuvres originales protégées par les droits d'auteur, au sens de l'article L. 111-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle puisqu'elle est directement visée par l'article L 112-2 et que l'existence de son contrat de travail n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit de propriété intellectuelle qu'il tient de la loi en qualité d'auteur, à défaut de convention contraire explicite qui aurait emporté cession de ses droits.

Il lui est donc dû une rémunération. En matière de cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre, l'article L. 131-4, 4 ° du code de la propriété intellectuelle dispose que celle-ci doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente d'exploitation mais que sa rémunération peut être évaluée forfaitairement lorsque « la nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible d'application de la règle de la rémunération proportionnelle », en raison notamment de ce que « la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des plus éléments essentiels de la création intellectuelle de l'oeuvre ».

Ces dispositions étant parfaitement applicables en l'espèce, M. Gianni P. est fondé à réclamer à son employeur une rémunération forfaitaire qui, faute d'éléments précis permettant de la liquider à la somme de 80 000 € comme cela est demandé, sera liquidée à 20 000 €, le paiement emportant cession des droits d'auteur.

Il sera fait droit à la demande présentée par M. Gianni P., à proportion de ce qui est mentionné dans le dispositif, au titre de l'article 700 du code de procédure civile. Les demandes de la SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS seront rejetées. Elle sera condamnée aux dépens.

PAR CES MOTIFS statuant publiquement et contradictoirement,

RECOIT l'appel,

CONFIRME le jugement entrepris, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande en résiliation judiciaire du contrat de travail de M. Gianni P.,

L'INFIRME quant au surplus,

DIT QUE le licenciement de M. Gianni P. est dépourvu de cause réelle et sérieuse,

CONDAMNE la SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS à lui payer la somme de 45 000 €, à titre de dommages-intérêts, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la somme de 12 633,25 €, au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, et la somme de 1263,32 €, au titre des congés payés afférents,

FIXE la rémunération de M. Gianni P. au titre des droits d'auteur sur les oeuvres réalisées par lui, à la somme de 20 000 €, celle-ci emportant cession au profit de la SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS,

CONDAMNE la SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS à payer à M. Gianni P. ladite somme de 20 000 €, ainsi que celle de 1500 €, au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

ORDONNE la remise par la SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS à M. Gianni P. des documents sociaux rectifiés,

REJETTE toute autre demande,

CONDAMNE la SAS BALLY GAMING AND SYSTEMS aux dépens.

LE GREFFIER  
LE PRESIDENT