

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE LYON
CHAMBRE SOCIALE B
ARRÊT DU 29 MAI 2020

RG ° 18/00173

APPELANT :

Y Z

né le [...] à [...]

[...]

[...]

Représenté par Me Vincent DE FOURCROY de la SELARL DE FOURCROY AVOCATS ASSOCIES, avocat au barreau de LYON

Ayant pour avocat plaidant Me Marie-Christine AGAL, avocat au barreau de LYON

INTIMÉE :

SARL ACFOR

[...]

[...]

Représentée par Me Laurent LIGIER de la SCP ELISABETH LIGIER DE MAUROY & LAURENT LIGIER AVOUÉS ASSOCIÉS, avocat au barreau de LYON

Ayant pour avocat plaidant Me Carole GUILLERMINET de la SELARL DIXIT AVOCATS, avocat au barreau de LYON,

DÉBATS EN AUDIENCE PUBLIQUE DU : 12 Février 2020

Présidée par Sophie NOIR, Conseiller magistrat rapporteur, (sans opposition des parties dûment avisées) qui en a rendu compte à la Cour dans son délibéré, assistée pendant les débats de D E, Greffier.

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ :

— F G, président

— Natacha LAVILLE, conseiller

— Sophie NOIR, conseiller

ARRÊT : CONTRADICTOIRE

Prononcé publiquement le 29 Mai 2020 par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile ;

Signé par F G, Président et par D E, Greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES:

La SARL ACFOR est un organisme de formation.

Elle applique la convention collective nationale des organismes de formation.

Y Z a été embauché par la SARL ACFOR à compter du 11 septembre 2012 en qualité de formateur THQ dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée à temps complet.

La relation contractuelle s'est poursuivie sous la forme d'un CDI à compter du 2 mai 2013 dans les mêmes conditions et au salaire de 2179,26 €bruts.

Au dernier état de la relation contractuelle le salarié percevait un salaire de 2186,31 €bruts.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 23 août 2016, la SARL ACFOR a convoqué Y Z le 1er septembre 2016 à un entretien préalable en vue d'un licenciement pour faute grave et a notifié au salarié sa mise à pied conservatoire immédiate.

Le salarié a été licencié par lettre recommandée avec accusé réception du 8 septembre 2016 dans les termes suivants:

' (...) Nous vous notifions notre décision de vous licencier pour faute grave pour les motifs suivants :

Vous avez été embauché au sein de ACFOR le 11 septembre 2012 en qualité de formateur informatique.

Alors que cela faisait de nombreux mois que nous nous interrogeons sur votre investissement dans votre travail et votre manque de collaboration, nous avons découvert que vous exercez pendant votre horaire de travail et via le serveur de notre société une autre activité professionnelle, savoir la gérance d'une SARL 'NOVA DRONE', dont le siège social est situé

à votre domicile personnel, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Lyon le 23 avril 2014.

L'objet social de votre société consiste dans la réalisation de prestations photographiques par drones.

Il ressort de la base de données de notre serveur – ce qui corroboré par un récent constat d'huissier que :

' vous avez enregistré sur le serveur de nombreux fichiers, soient personnels (maison, billets mis d'avion, formulaires et attestations diverses, photos de jeux, étuis d'Iphone,...) soient liés à l'exercice de votre activité parallèle NOVA DRONE.

' vous avez téléchargé sur notre compte client 'VIDEO2BRAIN' à nos frais une formation sur l'utilisation d'un appareil photo alors que notre société ne dispense pas de formation en photographie.

' vous avez effectué – pendant votre temps de travail pour notre société – plus de 80 publications Facebook, dont la première dès le lendemain de l'immatriculation de votre société et au registre du commerce des sociétés.

En outre, nous avons pu constater sur le site Internet de votre société que vous mentionnez que vous pouvez être contacté exclusivement sur votre téléphone portable 6 jours sur 7, du lundi au samedi, de 9 heures à 19 heures, donc en grande partie pendant votre horaire de travail au sein d'ACFOR.

Dans le même temps, vous avez régulièrement refusé d'aider des stagiaires et/ou salariés d'ACFOR qui se sont plaints que vous prétendiez être trop occupés.

Ces faits – d'une extrême gravité – sont constitutifs d'une exécution déloyale de votre contrat de travail.

Lors de l'entretien préalable vous n'avez à aucun moment nié les faits.

Vous avez prétendu ne pas vous être rendu compte de l'importance de nombre de messages postés sur le serveur de notre société.

Vous avez été également dans l'incapacité de nous expliquer la raison pour laquelle tous ces fichiers relatifs à l'exercice de votre activité personnelle qui se trouvaient sur notre serveur le 24 juin 2016 et pourquoi ils ont été supprimés depuis sauf votre site Internet qui soi-disant est un « back up ». Certainement un effet du hasard pour un salarié qui n'a rien à se reprocher...

Dont acte.

Vous avez au surplus vainement tenté de minimiser vos agissements en nous indiquant que vous travailliez pour votre propre société pendant votre « temps libre » sur votre horaire de travail.

C'est le comble ... Ce d'autant plus que nombreux sont les stagiaires et autres salariés de notre société qui se sont plaints de votre manque de disponibilité à leur égard tel que sus rapporté.

C'est dans ce contexte que nous nous trouvons contraints, eu égard à la gravité de l'ensemble de ces agissements et faits inacceptables, de procéder à votre licenciement pour faute grave.

Compte tenu de la gravité des faits qui vous sont reprochés, le licenciement est donc prononcé sans préavis ni indemnité.

Votre contrat de travail prendra fin au 8 septembre 2016, et votre mise à pied antérieure notifiée à titre conservatoire, effet au 1er septembre 2016, est naturellement confirmée. (...).

Y Z a saisi le conseil de prud'hommes de LYON d'une contestation de ce licenciement le 25 novembre 2016.

Par jugement en date du 15 décembre 2017 le conseil des prud'hommes de Lyon a :

' dit et jugé que les temps de pause sont contractuellement incluses dans la rémunération mensuelle de Monsieur Y Z

' dit et jugé que le licenciement du 8 septembre 2016 notifié à Monsieur Y Z par la SARL ACFOR repose sur une cause réelle et sérieuse et non sur une faute grave

' condamné la SARL ACFOR à verser à Monsieur Y Z les sommes suivantes :

- 588,62 €bruts à titre de rappel de salaire au titre de la mise à pied conservatoire et 58,82 € au titre des congés payés y afférents
- 4372,62 €bruts d'indemnité compensatrice de préavis et 437,26 €bruts de congés payés sur préavis
- 1771, 53 €nets d'indemnité de licenciement

' rappelé que ces sommes porteront intérêts au taux légal à compter de la date de la demande, le taux de l'intérêt légal étant majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour ou la décision de justice devenue exécutoire, fut-ce par provision, tout en ordonnant la capitalisation des intérêts en application des dispositions de l'article 1154 du Code civil

' condamné la SARL ACFOR à payer à Y Z la somme de 1500 €nets au titre de l'article 700 du code de procédure civile

' dit que cette somme portera intérêts au taux légal à compter du prononcé du jugement

' dit qu'au visa de l'article L242 ' 1 du code de la sécurité sociale, les condamnations nettes doivent revenir personnellement au salarié et que l'employeur assumera le coût des éventuelles charges sociales dues;

' débouté les parties de toutes autres demandes plus amples ou contraires

' condamné la SARL ACFOR aux entiers dépens de la présente instance, y compris les éventuels

frais d'exécution forcée du présent jugement.

Le salarié a régulièrement interjeté appel de ce jugement le 10 janvier 2018, limité aux chefs de jugement ayant:

— dit que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse et non sur une faute grave

— débouté Y Z de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause et sérieuse.

Dans ses dernières conclusions, Y Z demande à la cour :

A titre principal:

— de dire que le licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse

par conséquent

— d'infirmer le jugement du conseil des prud'hommes en ce qu'il a jugé que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse et l'a débouté de sa demande de dommages et intérêts à ce titre

— de condamner la société ACFOR à lui payer les sommes suivantes :

- 588,62 € à titre de rappel de salaire au titre de la mise à pied conservatoire et 58,82 € au titre des congés payés y afférents
- 4372,62 € d'indemnité compensatrice de préavis et 437,26 € bruts de congés payés sur préavis
- 1771, 53 € d'indemnité de licenciement
- 20'000 € à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse
- 2000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile

À titre subsidiaire, si la cour devait juger que le licenciement justifié, de confirmer le jugement en ce qu'il a jugé que le licenciement ne repose pas sur une faute grave et a condamné la société ACFOR à lui payer les sommes suivantes :

- 588,62 € à titre de rappel de salaire au titre de la mise à pied conservatoire et 58,82 € au titre des congés payés y afférents
- 4372,62 € d'indemnité compensatrice de préavis et 437,26 € bruts de congés payés sur préavis
- 1771,53 € d'indemnité de licenciement
- 2000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile

— de dire et juger que les temps de pause sont compris dans la rémunération mensuelle

— de confirmer le jugement du conseil des prud'hommes sur ce point

— de débouter la société ACFOR de sa demande reconventionnelle de rappel de salaire relative aux temps de pause.

Dans ses dernières conclusions, la SARL ACFOR demande pour sa part à la cour :

— de prendre acte de ce que les faits reprochés à Monsieur Y Z sont avérés d'une gravité telle qu'ils auraient même pu justifier un licenciement pour faute lourde

— de prendre acte, en effet, de l'intention de nuire résultant des agissements de l'intéressé en conséquence

— d'infirmer le jugement du conseil des prud'hommes en ce qu'il a dit et jugé que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse et non sur une faute grave

— de constater en conséquence de prononcer (sic) le bien-fondé du licenciement de Monsieur Y Z pour faute grave

— de débouter Monsieur Y Z de l'intégralité de ses demandes, fins et prétentions tant à titre principal que subsidiaire

— d'ordonner à Monsieur Y Z le remboursement à la société ACFOR de

l'intégralité des sommes versées à l'issue du jugement de première instance

— de prendre acte par ailleurs de ce que Monsieur Y Z a indûment perçu des salaires supérieurs à ceux qu'il aurait dû percevoir relativement à une coquille sur son contrat de travail, dont ce dernier n'a jamais fait état

en conséquence

— de condamner à titre reconventionnel Monsieur Y Z à rembourser le montant des salaires indûment perçus, soit la somme de 8412,90 €

— de condamner Monsieur Y Z au paiement de la somme de 5000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens de l'instance et ceux de première instance.

L'ordonnance de clôture de la procédure est intervenue le 14 janvier 2020.

Conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, la Cour se réfère, pour un plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, à leurs conclusions écrites précitées.

MOTIFS DE LA DÉCISION

À titre liminaire, la cour rappelle qu'elle n'est pas tenue de statuer sur les demandes de «constatations» ou de «dire» qui ne sont pas, hors les cas prévus par la loi, des prétentions dans la mesure où elles ne sont pas susceptibles d'emporter des conséquences juridiques et qu'elles constituent en réalité des moyens.

Sur le licenciement:

Par application de l'article L. 1232'1 du code du travail, tout licenciement individuel doit reposer sur une cause réelle et sérieuse.

Selon l'article L.1235-1 du code du travail dans sa version en vigueur, en cas de litige relatif au licenciement, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles ; si un doute subsiste, il profite au salarié.

Par ailleurs, il résulte des articles L.1234-1 et L.1234-9 du code du travail que, lorsque le licenciement est motivé par une faute grave, le salarié n'a droit ni à un préavis ni à une indemnité de licenciement.

La faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent 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 même pendant la durée du préavis.

L'employeur qui invoque la faute grave pour licencier doit en rapporter la preuve qui doit reposer sur des faits précis et matériellement vérifiables, qu'il doit reprendre dans la lettre de licenciement prévue par l'article L1232-6 du code du travail, cette lettre fixant ainsi les limites du litige.

Il résulte des termes de la lettre de licenciement retranscrit ci-dessus que Y Z a été licencié pour faute grave en raison d'une exécution déloyale du contrat de travail et plus particulièrement des faits suivants :

- Avoir exercé pendant ses horaires de travail une autre activité professionnelle à savoir la gérance d'une SARL NOVA DRONE alors que dans le même temps, il refusait régulièrement d'aider des stagiaires et/ou des salariés de l'entreprise en prétendant être trop occupé, ce dont ces derniers se sont plaints:

- Avoir effectué durant son temps de travail plus de 80 publications Facebook à partir du 24 avril 2014:

Selon le contrat de travail, Y Z travaillait de 8h30 à 12h30 et de 13h30 à 17h30 les lundi, mardi, mercredi et vendredi et de 13h30 à 17h30 les jeudis, avec deux pauses 'non responsable' de 10h30 à 11h00 et de 15h30 à 16h00.

Contrairement à ce que soutient le salarié, il ne quittait donc pas l'entreprise à 16h30 tous les jours.

Il résulte du constat dressé par Maître X-C, Huissier de justice en date du 24 juin 2016:

— que le site de la société NOVA DRONE dont le gérant est Y Z, mentionne que cette entreprise peut être contactée du lundi au samedi de 9h à 19h pour l'établissement de devis, soit en grande partie pendant les heures de travail du salarié et à un numéro de téléphone mobile dont il n'est pas contesté qu'il est celui de Y Z.

— que la page <https://www.facebook.com/novadrone.sarl> figurant en lien sur ce site contient des informations dont la plus ancienne est datée du 24 avril 2014, soit le lendemain de l'immatriculation de la société NOVADRONE au RCS

— qu'entre le 24 avril 2014 et le 20 juin 2016 des informations ont été régulièrement publiées sur cette page Facebook à des jours et heures dont il n'est pas contesté qu'ils correspondent à ceux durant lesquels Y Z était employé par la SARL ACFOR et qui ne correspondent pas aux temps de pause du salarié.

Ces constatations sont corroborées par de très nombreuses attestations concordantes et circonstanciées de stagiaires de la SARL ACFOR ayant eu l'occasion de solliciter les conseils de Y Z lorsqu'ils se trouvaient en salle d'informatique ou d'observer son comportement et ce jusqu'à son licenciement, dont il résulte:

— que le salarié restait fixé à son bureau, très souvent accaparé par la consultation de pages Facebook qu'il refermait brutalement à leur approche et notamment celle de la société NOVADRONE ou à effectuer des achats sur internet

— qu'il ne répondait pas ou alors une très mauvaise volonté à leurs demandes au point que certains d'entre eux ont fini par ne plus le solliciter.

En revanche, le témoignage de A B, compagne de Y Z, affirmant être éditrice de la page Facebook de la société NOVADRONE depuis sa création et avoir, à ce titre, réalisé des publications sur la page de cette société, y compris à partir du compte de Y Z dont elle connaissait les identifiants de connexion et mot de passe, ne permet pas d'établir que cette dernière est à l'origine de toutes les informations publiées sur la page Facebook de l'entreprise durant les heures de travail de Y Z dans la mesure où :

— la pièce 10 ne comporte aucune date de sorte qu'il n'est aucunement justifié de la date à laquelle A B est devenue éditeur de la page

— certaines informations sont de nature purement technique et il n'est pas justifié de ce que

le témoin, exerçant la profession de sage-femme, disposait de compétences en matière de matériel de photographie aérienne.

Enfin, aucun élément n'établit que :

— les messages destinés à être publiés sur la page Facebook de la société NOVADRONE étaient programmés par Y Z durant le week-end pour paraître pendant les jours de la semaine

— que Y Z ne répondait pas aux appels peu nombreux de clients reçus sur son téléphone mobile pendant ses heures de travail et que ces derniers le contactaient par mail.

Il résulte de tous ces éléments, pris dans leur ensemble que, contrairement à ce que soutient Y Z, la matérialité des faits qui lui sont ici reprochés est établie.

- Avoir enregistré sur le serveur de l'entreprise de nombreux fichiers personnels (maisons, billets d'avion, formulaires ou attestations diverses, photos de jeux, étuis d'Iphone notamment) ou liés à l'exercice de son activité parallèle au sein de sa société dénommée NOVA DRONE :

Y Z reconnaît en page 6 de ses conclusions avoir sauvegardé le site Internet de sa société NOVADRONE sur le serveur de l'employeur.

Il résulte également du constat dressé par Maître X-C le 5 septembre 2017 qu'étaient enregistrés sur le serveur de l'entreprise des fichiers contenant des devis au nom de la société NOVADRONE, des photographies de jeux, de téléphone portable, de livres ainsi qu'un sous dossier intitulé 'A-B-sage-femme' contenant des photographies de femme enceinte et de nouveau-né ainsi qu'un tableau des opérations comptables du mois de juillet 2016 comportant le nom de A B et une facture de la société Natech libellée au nom de 'Sage femme A B' du 12 février 2016, qui sont incontestablement en lien avec la vie personnelle du salarié.

Y Z se borne à faire valoir que ce constat a été dressé un an après le licenciement et qu'il n'a été produit que la veille de l'audience devant le bureau de jugement du conseil des prud'hommes, ce qui démontre la mauvaise foi de l'employeur.

Cependant, le salarié ne remet pas en cause la licéité de ce moyen de preuve qui, contrairement à ce qu'il soutient, établit suffisamment la matérialité des faits qui lui sont ici reprochés.

- Avoir téléchargé sur le compte client 'VIDE2BRAIN' de l'entreprise aux frais de cette dernière une formation sur l'utilisation d'un appareil photo à des fins personnelles:

Ce fait est reconnu par le salarié en page 7 de ses conclusions et il est constant que cette formation était sans lien avec les fonctions de Y Z au sein de la SARL ACFOR.

Il résulte de ce qui précède que tous les faits reprochés à Y Z dans la lettre de licenciement sont établis.

Cependant, le salarié n'est pas contredit en ce qu'il affirme que l'employeur avait connaissance de l'intégralité de ceux-ci depuis le constat du 24 juin 2016, la SARL ACFOR se bornant à faire valoir que les faits fautifs ne sont pas prescrits.

Or, la faute grave est celle dont la gravité est telle qu'elle entraîne la rupture immédiate du contrat de travail.

En conséquence, en laissant perdurer la relation de travail pendant deux mois avant d'engager la procédure de licenciement, l'employeur s'est privé du droit d'invoquer la faute grave.

En revanche, les fautes commises par Y Z constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement en raison de leur nombre, de leur gravité et de leur caractère persistant, peu important:

— que la sauvegarde de son site Internet sur le serveur de l'employeur réalisée par Y Z n'ait provoqué aucune gêne dans le fonctionnement de l'entreprise

— que l'abonnement de l'employeur à 'Videobrain' ait été illimité de sorte que le téléchargement opéré par le salarié n'a causé aucune gêne pour l'entreprise qui n'a donc subi aucun préjudice

— que l'activité développée par Y Z pour développer la société Novadrone ait été faible et n'ait constitué qu'une activité complémentaire à son activité salariée.

Le jugement déféré sera confirmé sur ce point.

Les montants accordés par les premiers juges n'étant pas discutés, le jugement sera également confirmé en ce qu'il a condamné la SARL ACFOR à payer à Y Z les sommes suivantes:

- 588,62 € à titre de rappel de salaire au titre de la mise à pied conservatoire et 58,82 € au titre des congés payés y afférents

- 4372,62 € d'indemnité compensatrice de préavis et 437,26 € bruts de congés payés sur préavis

- 1771, 53 € d'indemnité de licenciement

Le jugement déféré sera également confirmé en ce qu'il a rejeté la demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et a condamné la SARL ACFOR à payer à Y Z la somme de 1500 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Sur la demande de remboursement des salaires payés au titre des temps de pause:

Au soutien de son appel incident, la SARL ACFOR sollicite le remboursement d'une somme de 8412,90 € correspondant à des salaires indûment payés à Y Z sur le fondement de la répétition de l'indu.

Elle expose avoir commis une erreur ayant consisté à rémunérer Y Z sur une base de 35 heures hebdomadaires alors que ce dernier ne travaillait en réalité que 31,5 heures par semaine depuis son embauche compte tenu de l'heure de pause quotidienne non rémunérée

Elle précise s'être aperçue qu'une 'coquille' s'était glissée dans le contrat de travail de Y Z lors de la rédaction du contrat du salarié embauché pour le remplacer suite au licenciement.

De son côté, Y Z soutient que les stipulations du contrat de travail n'excluaient pas les temps de pause du temps de travail de 35 heures hebdomadaires et qu'il 'est donc clair que les temps de pause sont inclus dans la rémunération'.

Le contrat de travail stipule effectivement que le salarié est employé sur la base d'un temps de travail de 35 heures hebdomadaires, soit 151,67 heures par mois, et qu'il bénéficie de deux pauses de 30 minutes: les matins de 10h30 à 11h00 et les après-midi de 15h30 à 16h00.

Contrairement à ce que soutient l'employeur, le contrat de travail ne prévoit pas que le temps de pause journalier ne sera pas rémunéré et il résulte au contraire des dispositions contractuelles précitées que les pauses étaient bien rémunérées.

En outre, la SARL ACFOR ne rapporte pas la preuve de l'erreur qu'elle prétend avoir commise lors de la rédaction du contrat de travail, la cour observant à cet égard qu'elle a rémunéré les pauses quotidiennes tout au long de la relation contractuelle sans jamais émettre la moindre contestation alors que tous les termes du présent litige étaient parfaitement connus.

Le jugement déféré sera donc confirmé en ce qu'il a rejeté la demande de la SARL ACFOR en remboursement des salaires indûment perçus.

Sur les demandes accessoires:

La SARL ACFOR supportera la charge des dépens de première instance et d'appel.

Vu les données du litige, il ne paraît pas inéquitable de laisser à chacune des parties la charge intégrale des frais de procédure et honoraires qu'elle a dû exposer pour la présente instance.

PAR CES MOTIFS,

La Cour,

CONFIRME l'intégralité du jugement entrepris;

CONDAMNE la SARL ACFOR aux dépens de première instance et d'appel;

DIT n'y avoir lieu en l'espèce à l'application de l'article 700 du code de procédure civile.

DÉBOUTE les parties de leurs demandes plus amples ou contraires.

Le Greffier Le Président