

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE NANCY
CHAMBRE SOCIALE
ARRÊT DU 05 JUILLET 2013

R.G : 12/02921. Appel du jugement du Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de NANCY 10/1172, 29 février 2012

APPELANTE :

SARL DANIELE MODELS AGENCY-DMA, prise en la personne de son représentant légal pour ce domicilié au siège social
33 rue de la Haie le Comte
54130 SAINT MAX
Représentée par Me Jean-Marc ROMMELFANGEN, avocat au barreau de NANCY

INTIMÉ :

Monsieur Matthieu L.
11 rue Sainte-Anne
54000 NANCY
Comparant en personne
Assisté de Me Maud-Vanna MARTEL, avocat au barreau de NANCY

COMPOSITION DE LA COUR :

Lors des débats, sans opposition des parties
Président : Madame SCHMEITZKY
Siégeant en Conseiller rapporteur
Greffier : Madame BARBIER (lors des débats)
Lors du délibéré,

En application des dispositions de l'article 945-1 du Code de Procédure Civile, l'affaire a été débattue en audience publique du 31 Mai 2013 tenue par Madame SCHMEITZKY, Président, Magistrat rapporteur, qui a entendu les plaidoiries, les avocats ne s'y étant pas opposés, et en a rendu compte à la Cour composée de Madame SCHMEITZKY, Président, Monsieur FERRON et Monsieur BRISQUET, Conseillers, dans leur délibéré pour l'arrêt être rendu le 05 Juillet 2013 ;

Le 05 Juillet 2013, la Cour après en avoir délibéré conformément à la Loi, a rendu l'arrêt dont la teneur suit :

FAITS ET PROCÉDURE

M. L., né le 23 février 1981, a été engagé par la société Daniele Models Agency à compter du 23 décembre 2008 en qualité d'assistant booker moyennant une rémunération mensuelle brute de 1.700 €. Ce contrat incluait une clause de discrétion et une clause dite de non-sollicitation. Il a été convoqué le 8 septembre 2010 à un entretien préalable à une mesure de

licenciement fixé au 17 septembre suivant et mis à pied à titre conservatoire. Il a été licencié pour faute grave par lettre du 21 septembre 2010. La société employait moins de onze salariés pour les besoins de son activité. La relation de travail était régie par la convention collective des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs conseils, sociétés de conseil. Contestant la légitimité de son licenciement et invoquant l'existence d'un préjudice résultant de l'application des clauses contractuelles, le salarié a saisi le 3 novembre 2010 le Conseil de prud'hommes de Nancy de demandes aux fins d'indemnités de rupture, d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de solde de congés payés et de dommages et intérêts au titre des clauses contractuelles.

Par jugement du 29 février 2012, le Conseil de prud'hommes a requalifié le licenciement pour faute grave en licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et a condamné la société Daniele Models Agency à lui payer :

- 1.700 € à titre d'indemnité de préavis,
- 170 € à titre de congés payés afférents,
- 555,62 € à titre d'indemnité de licenciement,
- 1.622,81 € à titre d'indemnité compensatrice de congés payés,
- 5.000 € à titre de dommages et intérêts pour clause de non-sollicitation,
- 1.000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Le Conseil de prud'hommes a débouté M. L. du surplus de ses demandes.

La société Daniele Models Agency a régulièrement interjeté appel ; elle conclut à l'infirmité partielle du jugement et au rejet de l'intégralité des demandes de M. L. à l'encontre duquel elle réclame 3.000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile. M. L. conclut à la confirmation du jugement sur le montant de l'indemnité de préavis, de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité compensatrice de congés payés et à son infirmité pour le surplus, réclamant :

- 10.200 € à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 17.000 € à titre de dommages et intérêts en contrepartie de la clause de non sollicitation,
- 2.000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

La Cour se réfère aux conclusions des parties visées par le greffier, du 31 mai 2013, et dont elles ont maintenu les termes à l'audience.

MOTIVATION

Sur le licenciement

La lettre de licenciement, qui fixe les limites du litige, doit être suffisamment motivée et viser notamment des faits et griefs matériellement vérifiables sous peine de rendre le licenciement dénué de cause réelle et sérieuse. Par ailleurs, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de la faute grave alléguée. La lettre de licenciement est ainsi libellée :

« Nous vous avons reçu le Vendredi 17 septembre à 10h00 pour un entretien préalable à un éventuel licenciement. Durant cet entretien nous vous avons exposé les faits que nous vous reprochions. En effet nous avons eu à déplorer de votre part des agissements constitutifs d'une cause de licenciement. Il ressort de documents et de témoignages, que vous avez utilisé

et détourné les Mannequins de l'Agence pour votre activité de Barman au NIKKI BEACH de SAINT TROPEZ. Les recrutements et l'envoi des books des Mannequins à un certain Jean Philippe BERNARD du Nikki Beach sont passés par le biais de l'adresse matthieu@dma-models.com et du serveur de gestion des Mannequins et de leurs Books 'NETWALK'.

Les vidéos et autres photos qui ont été prises dans le cadre de votre travail ont également été envoyées à cette personne, avec qui vous avez eu des échanges réguliers concernant l'avancement du recrutement des Mannequins de l'Agence pour le Nikki Beach et des annotations douteuses : 'elle a un corps de fou' 'même muette je prends' 'tu me bookes ' ça'!' etc.. Vous avez proposé aux Mannequins une place pour servir du champagne à des Messieurs 'fortunés', et recevoir en contrepartie pour elles, entre 6000,00 € et 7000,00 € euros cash par mois, et ce, toujours par le biais de l'adresse mail professionnelle de l'Agence. De même, nous nous sommes récemment aperçus que vous aviez consacré une partie de votre temps de travail à l'Agence pour préparer votre activité de l'été au Nikki Beach et notamment pour gérer un problème de logement pour la période de Juillet et Août à Saint Tropez, et ce toujours par le biais de l'adresse mail de l'Agence ; de ce fait, vous ne pouviez pas consacrer uniquement votre temps au travail de l'Agence. D'autre part, vous vous êtes également servi de l'adresse mail professionnelle de notre agence pour votre Facebook personnel, sur lequel nous avons retrouvé la quasi totalité des Mannequins y compris mineures, appartenant à l'Agence ; vous y receviez des castings de nos Clients, et lors de vos absences nous n'avions bien entendu, pas accès à ces demandes. Malgré plusieurs remarques faites et une note en date du 18 Juin 2010 pour vous demander de ne pas utiliser votre FACEBOOK personnel dans le cadre de votre activité au sein de l'Agence, vous avez malgré tout continué à utiliser ce dernier en mélangeant activités personnelles et professionnelles faisant naître ainsi une confusion préjudiciable à notre Agence.

Tous ces faits sont parfaitement contraires à l'agrément et à la licence délivrés par l'administration à notre Société qui exerce, dois-je vous le rappeler, une activité strictement réglementée.

Les explications recueillies auprès de vous au cours de notre entretien ne nous ont pas permis de modifier notre appréciation à ce sujet ; en effet, vous avez préféré réserver vos explications.

Nous vous informons que nous avons, en conséquence, décidé de vous licencier pour faute grave. »

Il est ainsi reproché au salarié trois séries de faits, soit d'avoir détourné des mannequins pour son activité salariée en tant que barman à l'établissement Nikki beach de Saint Tropez, d'avoir vaqué librement à ses activités personnelles durant son temps de travail et de tenir un compte facebook personnel par le biais de son adresse mail professionnelle.

M. L., qui conteste l'ensemble de ces faits, et affirme que la société Daniele Models Agency était au courant de ses activités et liens avec l'établissement Nikki beach dont elle tirait profit, soulève la prescription de l'ensemble des griefs connus de son employeur avant le 8 juillet 2010, date butoir des deux mois de prescription à compter du 8 septembre 2010, date de sa convocation à l'entretien préalable.

Il est constant que lorsque les faits sanctionnés par le licenciement ont été commis plus de deux mois avant l'engagement des poursuites, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve qu'il n'en a eu connaissance que dans les deux mois avant l'engagement des poursuites.

S'agissant des faits de détournement des mannequins de l'agence, la société Daniele Models Agency verse un ensemble de courriers électroniques échangés durant la période du 12 février au 3 juin 2010 entre M. L., Jean-Philippe Bernard et des jeunes femmes mannequins sur des candidatures et offres de poste dans le sud de la France. Est également produit l'échange de messages entre Mme Pouteaux et un mannequin Petra Kubatova faisant état d'un défilé prévu au 1er juillet 2010 et de ses projets de travailler avec M. L.. Le contenu de ce message est nécessairement antérieur au 8 juillet 2010, sans que la société Daniele Models Agency produise quelque élément que ce soit attestant de sa prise de connaissance de l'ensemble de ces pièces après le 8 juillet 2010.

S'agissant de l'exécution d'activités privées pendant les heures de travail, la société Daniele Models Agency vise les courriers expédiés par M. L. datés de juin 2010 aux fins de recherche d'un logement dans le sud de la France, sans qu'à nouveau la société Daniele Models Agency fournisse quelque explication que ce soit sur les circonstances dans lesquelles elle aurait pris connaissance de tels faits à dater du 8 juillet 2010.

Il apparaît enfin que Mme Pouteaux a par message du 18 juin 2010 demandé à M. L. de ne plus utiliser l'adresse électronique professionnelle via son compte facebook personnel qu'elle ne considérait pas comme un outil professionnel pour l'agence, sans qu'elle justifie de quelque manquement ultérieur à cette date.

Il s'ensuit qu'à défaut pour la société Daniele Models Agency d'apporter la preuve qu'elle n'avait pris connaissance des griefs visés dans la lettre de licenciement que dans les deux mois avant le 8 septembre 2010, date de convocation du salarié à entretien préalable, le licenciement de M. L. ne peut qu'être tenu pour dénué de cause réelle et sérieuse.

Le préjudice subi de ce fait par ce dernier, compte tenu de son âge, de son ancienneté et du fait qu'il ne justifie pas de ses recherches actives de poste, sera réparé par l'allocation d'une somme que la Cour est en mesure de fixer à 5.000 €.

Le jugement sera infirmé en ce sens.

Sur les indemnités de rupture

Le montant des indemnités de rupture n'étant pas contesté, le jugement sera confirmé sur ce point.

Sur l'indemnité compensatrice de congés payés

M. L. maintient sa demande d'indemnité compensatrice de congés payés de 1.622,81 € au vu des salaires perçus et de l'indemnité versée inférieure au dixième de la rémunération globale perçue sur les périodes 2009/2010 et 2010/2011. La société Daniele Models Agency affirme au contraire que M. L. a été rempli de ses droits du fait de la spécificité de sa prise de trois mois de congés dans l'année. Elle produit un décompte faisant apparaître un trop-perçu de 26,14 €.

S'agissant de la période de juin 2009 à mai 2010, M. L. invoque un solde de 23 jours de congés payés alors que pour sa part, la société Daniele Models Agency fait état d'un volume de 32 jours de congés payés pris dont 21 jours du 3 au 28 mai 2010. A défaut cependant de la moindre preuve fournie sur ce point par l'employeur, sur lequel pèse la charge de la preuve de la prise de congés payés, il sera fait droit à la demande de rappel de congés payés à concurrence de la somme dûment réclamée de 1.540,30 € sur cette période. S'agissant de la période de juin à septembre 2010, M. L. invoque un solde de 1, 833 jour de congés payés non contesté par la société Daniele Models Agency, soit aboutissant à un rappel de 125,03 €, dont à déduire l'indemnité versée de 42,51 €, soit un solde de 82,52 €. Cela donne une somme globale de 1.622,81 €.

Le jugement sera confirmé de ce chef.

Sur la clause de non- sollicitation

M. L. soutient que les clauses 10 et 11 visées dans son contrat de travail s'analysent en une clause de non- concurrence portant atteinte à sa liberté d'entreprendre, qui plus est nulle, en l'absence de contrepartie financière. Il affirme subir un préjudice pour n'avoir jamais travaillé depuis la rupture de son contrat de travail avec une entreprise concurrente, ni utilisé la base de données de mannequins de la société Daniele Models Agency pour démarcher des mannequins.

Cette dernière réplique que la clause de non-sollicitation n'est qu'un rappel de l'interdiction d'exercer une concurrence déloyale, sans pouvoir être interprétée comme une clause de non concurrence ; qu'en tout état de cause, M. L. n'a subi aucun préjudice dès lors qu'il a poursuivi une activité concurrente sur la base de données des mannequins de la société Daniele Models Agency. L'article 10, alinéa 9-6 est ainsi libellé : « Mathieu L. s'interdit, conformément à ses obligations légales qui sont ici rappelées en cas de cessation du présent contrat, quelle qu'en soit la cause, de : Démarcher ou de représenter l'un quelconque des cocontractants que ce soit pour son compte personnel ou pour le compte d'autrui. Démarcher les collaborateurs de Daniele Models Agency pour leur proposer d'entrer à son propre service ou au service d'une entreprise concurrente de Daniele Models Agency. Mathieu L. s'oblige à ne communiquer à des tiers aucune indication qu'elle pourrait recueillir du fait ou à l'occasion de sa fonction, sur tout ce qui concerne directement ou indirectement la clientèle ainsi que l'Agence, son organisation, sa gestion, ses relations avec les clients, sa situation financière, les projets la concernant ».

C'est à juste titre, et par des motifs pertinents que la Cour adopte, que les premiers juges ont analysé cette clause en une clause de non- concurrence portant atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle par le salarié à l'issue du contrat de travail.

La lecture attentive de la clause renvoie en effet à une double interdiction de sollicitation de la part de M. L. tant de la clientèle, que de mannequins qu'il avait lui même démarchés et qui ont été en relation d'affaires avec la société Daniele Models Agency, et ce, alors qu'il n'est pas contesté que les mannequins, déclarés par la société Daniele Models Agency comme constituant son fonds de commerce, n'ont jamais été à liés à la société par un contrat d'exclusivité. Une telle clause dépourvue de contrepartie financière et non limitée dans le temps ni l'espace doit être déclarée nulle et considérée comme causant nécessairement un préjudice au salarié que la Cour est en mesure de fixer à 1.500 € alors que n'est pas discuté par M. L. le projet après la rupture de son contrat de travail d'un casting dans le cadre de

l'ouverture d'une concession automobile au Gabon avec prise de contact d'un mannequin Sally ayant travaillé avec la société Daniele Models Agency.

Le jugement sera réformé en ce sens.

Sur l'article 700 du Code de procédure civile

Il sera alloué une somme globale de 1.500 € à M.L. au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

Statuant par arrêt contradictoire,

INFIRME PARTIELLEMENT le jugement déféré et statuant à nouveau,

DIT que le licenciement de M. L. est dénué de cause réelle et sérieuse ;

CONDAMNE la société Daniele Models Agency à payer à M. L. :

- 5.000 € (CINQ MILLE EUROS) à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle ;

- 1.500 € (MILLE CINQ CENTS EUROS) à titre de dommages et intérêts en contrepartie de la clause de non- sollicitation ;

- 1.500 € (MILLE CINQ CENTS EUROS) au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

CONFIRME pour le surplus le jugement déféré ;

CONDAMNE la société Daniele Models Agency aux entiers dépens.

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

Et signé par Madame SCHMEITZKY, président, et par Madame SERRI, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

LE GREFFIER
LE PRÉSIDENT