

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 6 – Chambre 8
ARRÊT DU 30 SEPTEMBRE 2020

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 17/04091 – N° Portalis 35L7-V-B7B-B26BZ

Décision déferée à la Cour : Jugement du 09 Mars 2017 -Conseil de Prud'hommes –
Formation paritaire de PARIS – RG n° F12/03036

APPELANT

Monsieur A X

[...]

[...]

Représenté par Me Alexis ZEKRI-POSTACCHINI, avocat au barreau de PARIS, toque :
E0740

INTIMÉE

SAS OOBLADA

[...]

[...]

Représentée par Me Valérie BENCHETRIT, avocat au barreau de PARIS, toque : C0854

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 805 et 905 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 03 Juillet 2020, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Mme Corinne JACQUEMIN, conseillère, chargée du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, entendu en son rapport, composée de :

Mme Sophie GUENIER-LEFEVRE, présidente

M. Benoît DEVIGNOT, conseiller

Mme Corinne JACQUEMIN, conseiller

Greffier, lors des débats : Mme Nolwenn CADIOU

ARRÊT :

— contradictoire

— 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

— signé par Madame Sophie GUENIER-LEFEVRE, présidente et par Madame Nolwenn CADIOU, greffier à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

EXPOSÉ DU LITIGE

M. A X a été engagé par la société Ooblada par contrat de travail à durée indéterminée le 15 juin 2010, en qualité de Responsable Marketing en ligne, qualification cadre, position 2.2, coefficient 130.

En son dernier état, la rémunération mensuelle brute du salarié s'élevait à 4 083 euros.

La convention collective dite SYNTEC était applicable à la relation de travail.

Par courrier en date du 4 juillet 2012, M. X a été convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement, fixé au 13 juillet suivant avec mise à pied à titre conservatoire, puis licencié pour faute lourde par lettre recommandée avec accusé de réception en date du 1er août 2012.

Par courrier du 3 août 2012, M. X a contesté cette mesure.

Par acte du 7 septembre 2012, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes de Bobigny d'une demande en nullité du licenciement, en diverses indemnités liées à la rupture contractuelle, en rappels de salaires, en rémunération de la clause de non concurrence et en dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par jugement du 22 février 2017, notifié le 9 mars suivant, la section encadrement du conseil de prud'hommes de Bobigny a débouté M. X de l'ensemble de ses demandes et l'a condamné aux dépens.

Par acte du 21 mars 2017, M. X a interjeté appel dudit jugement.

Dans ses dernières conclusions déposées au greffe par voie électronique le 7 novembre 2018, l'appelant requiert de la cour l'infirmité du jugement en toutes ses dispositions et que la

société OOBLADA soit déboutée de ses demandes et condamnée à lui payer, avec intérêts légaux à compter de la date de saisine du conseil, les sommes de :

- * 12.002,49 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis ;
- * 1.200,24 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés sur préavis ;
- * 2.677,22 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement' ;
- * 4.000,83 euros à titre de rappel de salaires correspondant à la période de mise à pied à titre conservatoire ;
- * 400 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés sur les salaires correspondant à la période de mise à pied à titre conservatoire ;
- * 48.000 euros correspondant à 12 mois de salaire, à titre d'indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse de licenciement ;
- * 8.401,74 euros au titre de la rémunération de la clause de non concurrence ;
- * 7.481 euros au titre des heures supplémentaires non payées ainsi que la somme de 748 euros au titre des congés y afférents ;
- * 5.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.
- * aux dépens.

Dans ses dernières conclusions communiquées par voie électronique le 5 novembre 2018, la SAS OOBLADA demande la confirmation du jugement déféré en toutes ses dispositions et par voie de conséquence le débouté de l'ensemble des demandes présentées par l'appelant ainsi que la condamnation de celui-ci à lui payer la somme de 3.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens.

Il convient de se reporter aux énonciations de la décision déférée pour un plus ample exposé des faits et de la procédure antérieure et aux conclusions susvisées pour l'exposé des moyens des parties devant la cour.

Par ordonnance de clôture du 21 avril 2020, le conseiller chargé de la mise en état a prononcé la fin de l'instruction et a renvoyé l'affaire à l'audience du 3 juillet 2020.

SUR QUOI

Sur le licenciement

Alors que la faute grave est celle d'une gravité telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et justifie la cessation immédiate du contrat de travail, la faute lourde se caractérise par l'intention de nuire à l'employeur, laquelle implique la volonté du salarié de

lui porter préjudice dans la commission du fait fautif et ne résulte pas de la seule commission d'un acte préjudiciable à l'entreprise.

En outre, il appartient à l'employeur d'apporter la preuve des faits constitutifs et de l'intention de nuire.

La lettre de licenciement du 23 juillet 2012, qui fixe les limites du litige, énonce des agissements particulièrement déloyaux imputés à M. X et révélant son intention de nuire à la société, constitués par les faits suivants :

— des retards répétés ;

— le refus réitéré d'exercer ses missions et sa grande démotivation ;

— le non-respect des clauses de son contrat de travail, du règlement intérieur et de la charte informatique, sans tenir compte de la mise en péril de tout le système informatique de l'entreprise ;

— l'utilisation abusive des outils de travail de la société afin de développer ses activités personnelles, au lieu et au temps du travail, malgré ses hautes responsabilités ;

— des actes de concurrence déloyale révélant une intention de nuire par développement d'un projet de création d'une société e-commerce sur internet pendant les heures de travail et débauchage de salariés de l'entreprise.

Le salarié fait valoir que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse puisque :

— les prétendus retards ne sont pas démontrés par l'employeur ;

— il a toujours accompli son travail de manière consciencieuse, comme en témoignent une augmentation régulière de sa rémunération et l'absence de reproches jusqu'alors ;

— le règlement intérieur et la charte informatique annexée ne lui sont pas opposables car non enregistrés au greffe, de sorte qu'il ne peut lui être reproché leur non-respect ;

— il n'a commis aucun agissement déloyal révélant une intention de nuire à l'entreprise : son contrat de travail l'autorisant à exercer une activité à son propre compte dès lors qu'elle n'est pas concurrente, ce qui est le cas en l'espèce (site internet de vente dédié aux artisans)

— il n'a pas eu recours au débauchage de salariés.

Le jugement déféré repose sur des motifs exacts et pertinents que la cour adopte concernant les griefs énoncés quant aux retards répétés du salarié, son refus d'exercer les tâches qui lui étaient dévolues au titre de sa mission, le non-respect du règlement intérieur et de la charte informatique annexée qui lui sont opposables (affichage du règlement intérieur et de la charte pièce 6 du dossier de la société OOBLADA).

La cour ajoute à la motivation des premiers juges sur les agissements déloyaux commis dans l'intention de nuire à l'employeur que la création d'une entreprise concurrente par l'un des cadres dirigeants d'une société, à l'insu de son employeur est constitutive de concurrence déloyale, fautive de la part du salarié, alors que les deux sociétés ont le même objet social ; de plus, le fait pour un salarié d'avoir utilisé les connaissances techniques acquises par l'entreprise et profité des relations commerciales développées par ses fonctions pour créer une société qui fait concurrence à celle de son employeur justifie le licenciement pour faute lourde.

Pour apporter la preuve de la réalité du grief tiré de l'utilisation abusive par M. X des outils de travail de la société afin de développer ses activités personnelles, l'employeur verse au débat les éléments suivants illustrant l'implication du salarié dans la création d'une société :

— un constat d'huissier, établi le 13 juillet 2012 à la suite d'une ordonnance sur requête du président du tribunal de grande instance, réalisé sur le poste informatique mis à disposition par la société de N.B, duquel il résulterait plus précisément le griefs suivants : avoir «'développé un projet de création d'une société e-commerce sur internet pendant vos heures de travail (') nous avons découvert que l'ensemble des études de marchés, business plan, budgets trésorerie et première version de site web fonctionnelles a été effectué sur des modèles de documents de la société et avec son matériel, pendant vos heures de travail, au mépris des interdictions établies dans votre contrat'».

— des attestations de collègues qui révèlent, d'une part, :«' des actes de débauchage de l'entreprise (') comme notre directeur artistique, Fabrizio dei Tos (') nos ingénieurs développeurs, Monsieur C D, ancien salarié de la société ou encore M. A E et Monsieur F G (') vous leur avez proposé par l'intermédiaire de H I des contrats de confidentialité puis des contrats de travail ou de freelance.'» et d'autre part, que le salarié a «' exercé une pression sur les salariés de la société pour garder ses activités secrètes auprès de la direction.(').».

L'article 12 du contrat de travail de M. X prévoit en son alinéa 2 : « Pendant la durée du présent contrat, le salarié réservera l'exclusivité de ses services à la Société et s'interdit, en particulier, de travailler pour le compte d'un autre employeur, même si ce dernier n'est pas concurrent de la Société. De même, pendant la durée du présent contrat, le salarié s'interdit de travailler pour son propre compte ».

Il résulte du procès-verbal de constat du 13 juillet 2012 (pièce 5 du dossier de la société OOBLADA) que M. X développait avec deux de ses collègues, MM. M. et N.B., en qualité de co-fondateurs, une société dénommée SHEEJO puis projet «'KIXO'».

Notamment, de nombreuses versions d'un document dit « executive summary » qui est avant le «'business plan'» le premier document de présentation d'un projet, ont été modifiées par le salarié, et notamment le fichier « Executive summary QL », sur lequel il est intervenu le 6 février 2012.

Le salarié n'est pas fondé à soutenir qu'il ne peut lui être reproché une modification effectuée à 23 heures sur ce fichier « Executive summary QL », au motif qu'elle a été faite en dehors de ses heures de travail, dès lors que cet argument est inopérant puisque l'heure est sans

incidence sur le fait qu'il a bien modifié des documents de la société, après avoir travaillé et réfléchi dessus.

Au demeurant, le salarié a aussi modifié le fichier « Executive Summary A Nico », le vendredi 2 septembre 2011 à 10h58, étant précisé que A est le prénom de M. X et Y le prénom de M. B., établissant ainsi, comme le soutient l'employeur, leur implication commune dans le projet de création d'une société concurrente.

La participation active de M. X dans le projet en cause est également établie à la lecture de l'article VIII du document de création de l'entreprise SHEEJO, « executive summary », intitulé « L'équipe » qui comporte une présentation des trois salariés :

A X : « (') occupe depuis 2010 le poste de responsable marketing chez zSlide ».

S. M.: « (') est actuellement directeur du système d'information chez zSlide ».

N.B. : « (') occupe depuis 2007 le poste de secrétaire général chez zSlide » (Pièce 25 – SHEEJO ' Executive Summary, page 20).

Or, il ressort des constatations de l'huissier que le projet de M. X et de ses collègues précités, correspond à la création d'une plateforme digitale permettant de créer une boutique virtuelle en ligne et qu'ainsi, cette société d'e-commerce est susceptible de faire directement concurrence à la Société OOBLADA (pièce n° 6 : constat d'huissier en date du 13 juillet 2012, annexe 5, executive summary SHEEJO, page 28).

En effet, la société OOBLADA démontre l'existence de similitudes entre un site Web e-commerce et un jeu-vidéo en ligne « free-to-play », tel que Candy Crush Saga ou tel que les jeux de la société OOBLADA, dès lors qu'elle explique que les deux sont des sites Web dont le but est de vendre des articles aux visiteurs.

Or, l'intimée justifie que son activité ne se limite pas à l'édition de jeux sociaux sur Facebook. Son objet démontre qu'elle initie des projets dans l'e-commerce pour la Société Up&Net entre autres – Société d'e-commerce qui n'a aucun rapport avec la vente de logiciels ou jeux vidéos (pièce n°35 : documents relatifs à la Société Up&Net).

Au surplus, les domaines de la nouvelle activité commerciale que M. X souhaitait créer et celui de son employeur étaient proches ; ce point est d'ailleurs justifié par M. N.B. lui-même qui écrit dans 'l' executive summary' SHEEJO : « Nous allons nous appuyer sur notre expérience des réseaux sociaux pour mettre en place un plan marketing avec de fortes composantes virales ' diffusion de vidéos buzz sur la toile, intégration avancée de Facebook avec notre plateforme' » (pièce n°6 : constat d'huissier en date du 13 juillet 2012, annexe 5, page 13).

La cour constate d'ailleurs que la commercialisation des produits prévue par MM. N.B. et M. X s'appuie sur les mêmes pratiques d'actions marketing opérées par la société OOBLADA.

Il ressort également du constat d'huissier que le projet était bien développé puisque les trois co-fondateurs disposaient des adresses mail au nom de SHEEJO.

La nature des agissements reprochés à M. X les place parmi ceux interdits par le contrat de travail qui prévoyait que le salarié ne pouvait travailler pour son propre compte ni même seulement participer à une réflexion en ce sens.

Il est ainsi établi que M. X s'est livré, durant son temps de travail pour la société OOBLADA et à l'aide du matériel mis à disposition par cette dernière, à la confection de documents pour la création d'une société d'e-commerce, susceptible de faire directement concurrence à la société OOBLADA, soit une activité totalement étrangère à son emploi et ce à l'insu de son employeur.

Par ailleurs, ces documents démontrent la volonté de M. X de porter atteinte aux intérêts de son employeur en lui faisant perdre de la clientèle, de sorte que la concurrence déloyale dénoncée par la lettre de licenciement de même que l'intention de nuire du salarié, est confirmée, les tentatives de débauchage de plusieurs salariés de l'entreprise pour le projet KIXO ajoutant à l'expression de la réalité de cette intention maligne.

De plus, la Société OOBLADA soutient à juste titre, au vu des constatations réalisées par l'huissier dans un procès-verbal de constat du 13 juillet 2012 (pages 26 et 43), que l'intention de M. X d'utiliser, pour le compte de la nouvelle société en création, un logiciel créé et développé par la société OOBLADA, zSAS, relève d'une intention de nuire à l'employeur s'agissant d'une plateforme technique développée par l'entreprise qui permet la création de services en ligne.

Il résulte de l'attestation de M. J.O. (pièce 31), directeur technique d'OOBLADA que «'zSas'» est le plus grand projet technique que la société ait développé : il s'agit d'un socle technique faisant fonctionner tous les jeux en ligne. Il est constitué de nombreux logiciels et outils qui permettent de créer efficacement et rapidement des produits, de les maintenir en ligne et de les faire évoluer. M. J.O ajoutant que ce système comporte plus de 1.300 fichiers et 150.000 lignes de code, sans compter le travail de conception. Il s'agit donc d'une composante de la propriété intellectuelle de la société OOBLADA.

Il est ainsi établi par la société OOBLADA que M. X a utilisé, avec M. N.B., les outils informatiques et des techniques perfectionnées, dont disposait la Société OOBLADA, qui étaient nécessaires au développement d'une activité de vente par internet par la société SHEEJO aussi dénommé par leurs créateurs, projet «'KIXO'».

Le moyen soulevé par M. X tiré de ce que la société n'a finalement pas été créée est inopérant, dès lors qu'il en a été empêché par un événement extérieur à sa propre volonté et qu'en tout état de cause, les actions précitées suffisent à caractériser la faute du salarié dès lors que leur réalité est établie.

Ces éléments révèlent la volonté de M. X de porter atteinte aux intérêts de son employeur, constitutive d'une intention de nuire puisque le résultat des différentes actions ainsi menées

par le salarié était non seulement contraire à l'intérêt de l'entreprise, mais avait pour conséquence de la vider de sa substance.

En effet, il ne pouvait ignorer que les manoeuvres de débauchage de plusieurs salariés qui avaient des postes déterminants, la création de jeux concurrents sur facebook, le projet de créer une société concurrente, qui, s'il avait abouti, aurait privé l'employeur d'au moins une partie de ses clients avait aussi pour but le transfert de savoir-faire de la société OOBLADA au profit de son activité personnelle et donc pour conséquence la mise en cause de l'existence même de l'activité de l'employeur.

Pour ces seuls griefs, le licenciement pour faute lourde de M. X était donc justifié.

Par ailleurs, le jugement déféré repose sur des motifs exacts et pertinents que la cour adopte concernant les griefs énoncés quant à la mise en péril du système informatique de la Société OOBLADA du fait de multiples violations, refus délibéré de M. X de se conformer aux directives de ses supérieurs hiérarchiques, conditions de travail de travail difficiles que M. X J à ses collègues ainsi que le débauchage de collègues (attestation de M. F. D. T., indiquant que MM. X et B. lui avaient proposé un contrat de travail).

Le jugement sera en conséquence confirmé quant au principe du licenciement pour faute lourde et au débouté des demandes indemnitaires en ce compris celles présentées au titre des indemnités de congés payés en l'absence de tout moyen spécifique présenté à l'appui de ces demandes et d'autre part, au titre du caractère vexatoire du licenciement, de rappel de salaires au titre de la mise à pied, présentées par M. X dans le cadre de la rupture de son contrat de travail.

Sur la clause de non concurrence

L'article 16 du contrat de travail de M. X prévoit qu'il s'interdit pendant six mois, à compter de la date de rupture effective du contrat, de « s'intéresser à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, à toute activité d'ingénierie logicielle dans toute société proposant une offre de produits et services similaires à ceux développés par la Société » en contrepartie du paiement d'une somme mensuelle égale à 35% de son salaire mensuel brut moyen, sauf à ce que la société ne l'en délie dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la rupture du contrat de travail.

Il est constant que la société OOBLADA n'a pas délié le salarié de sa clause de non-concurrence qui ne comporte aucune exception en fonction de la nature de la rupture, notamment en cas de faute lourde pour actes déloyaux.

Ces dispositions ayant pour effet de gérer la situation de concurrence à l'issue du contrat de travail et non pendant son exécution, le moyen de la société OOBLADA tiré de ce que le salarié ne peut prétendre au bénéfice de son indemnisation dès lors qu'il s'est livré, pendant sa collaboration, à des actes de concurrence déloyale, vide la clause de son objet.

En conséquence, M. X est fondé à solliciter l'application de la clause de non concurrence.

Toutefois, l'appelant ne justifie pas qu'ait été respectée l'intégralité des termes de la clause de non concurrence, notamment s'agissant de la durée de l'interdiction.

En l'absence de tout autre élément sur l'étendue du préjudice subi le montant des dommages et intérêts à ce titre sera fixé à 5000 euros.

Le jugement sera infirmé sur ce point.

Sur les heures supplémentaires

L'appelant soutient qu'il a effectué de nombreuses heures supplémentaires, notamment le soir qui n'ont pas été rémunérées.

L'intimée fait remarquer que le salarié ne démontre pas l'existence d'heures supplémentaires réalisées. En tout état de cause, ces prétendues heures supplémentaires s'expliqueraient par l'exercice de l'activité concurrente.

L'article L.3121-10 du code du travail dans sa rédaction applicable à l'espèce, fixe la durée légale du travail effectif à 35 heures par semaine civile, entendue au sens de l'article L.3122-1 du code du travail, c'est à dire du lundi 0 heures eu dimanche 24 heures.

L'article L.2121-22 du code du travail prévoit que 'les heures supplémentaires accomplies au-delà de la durée légale hebdomadaire fixée par l'article L.3121-10 ou de la durée considérée comme équivalente, donnent lieu à une majoration de salaire de 25% pour chacune des huit premières heures supplémentaires. Les heures suivantes donnent lieu à une majoration de 50%.

Une convention ou un accord de branche étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir un taux de majoration différent. Ce taux ne peut être inférieur à 10%.

Les heures supplémentaires sont des heures effectuées à la demande de l'employeur, ou à tout le moins avec son accord implicite, au-delà de la durée légale de travail.

Enfin, en application des dispositions de l'article L.3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction.

Les heures supplémentaires se décomptent par semaine civile de sorte que le salarié doit pour satisfaire à son obligation, verser aux débats des éléments suffisants pour permettre à l'employeur de répondre utilement.

Outre qu'aucun tableau récapitulatif hebdomadaire des heures que le salarié indique avoir réalisé n'est produit, le listing (pièce 10 du dossier de M. X) des mails échangés entre lui et la Direction est insuffisant pour caractériser un horaire hebdomadaire, M. X ayant au demeurant

reconnu des retards matinaux et ayant passé ainsi que cela résulte de ce qui précède, des temps importants consacrés à son activité personnelle liée à la création de la société précitée avec son collègue M. B..

Il en résulte que sa demande n'est pas suffisamment étayée. Il convient de la rejeter.

Le jugement sera confirmé.

Sur les dépens et les frais non compris dans les dépens

Les parties qui succombent chacune pour partie conserveront la charge de leurs dépens conformément à l'article 696 du code de procédure civile.

Les circonstances de l'espèce justifient, en équité, que les parties soient déboutées de leur demande présentées au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

La Cour,

INFIRME partiellement le jugement déferé sur l'application de la clause de non concurrence,

Statuant à nouveau du chef infirmé :

CONDAMNE la SAS OOBLAGA à payer à M. X la somme de 5000 euros au titre de la clause de non concurrence ;

DIT que cette somme portera intérêts à compter du présent arrêt.

CONFIRME le jugement déferé pour le surplus.

Y ajoutant :

DIT que chacune des parties conservera la charge de ses dépens d'appel.

DÉBOUTE les parties de leurs demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile en appel.

LE GREFFIER LA PRÉSIDENTE