

CA Paris, 6, 11, 07-10-2016, n° 13/09503

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 11

ARRÊT DU 07 OCTOBRE 2016

(n° 793 , 13 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : S 13/09503

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 06 Août 2013 par le Conseil de Prud'hommes -
Formation paritaire de PARIS section RG - n° F 12/01965

APPELANTE

SAS CRE'ACTIVE

153, adresse [...]

9210 Boulogne Billancourt

N° SIRET : 391 466 307

représentée par Mr Grégoire HALPERN, avocat au barreau de PARIS, toque : E0593, Mr Jacques
IJALVA (Président)

INTIME

Monsieur Olivier Z
LE PERREUX SUR MARNE

né le [...] à 75015

comparant en personne, assisté de Mr Françoise CHAROUX, avocat au barreau de PARIS, toque :
C0174

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 12 Mai 2016, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Valérie AMAND, Conseillère

Mme Jacqueline LESBROS, Conseillère

M. Christophe BACONNIER, Conseiller

qui en ont délibéré

Greffier : Mme Ulkem YILAR, lors des débats

ARRET :

- CONTRADICTOIRE

- prononcé publiquement par Madame Valérie AMAND, Conseillère

- signé par Madame Valérie AMAND, président et par Madame Naima SERHIR, greffier placé présent lors du prononcé.

Faits et procédure

Monsieur Olivier Z , né le [...] a été embauché par la SAS CRE'ACTIVE sous contrat à durée indéterminée à effet du 1er octobre 2005 en qualité de directeur général salarié, rattaché au Président de la société Mr Jacques JALVA.

La société est spécialisée dans la vente de solutions de télécommunications/réseaux.

Les relations de travail entre les parties étaient régies par la convention collective des bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs conseil et sociétés de conseil, dite Convention Syntec.

Par courrier du 13 janvier 2012, la SAS CRE'ACTIVE convoquait Monsieur Olivier Z à un entretien préalable en vue d'un éventuel licenciement et le dispensait de toute activité pendant la procédure de licenciement.

Par courrier du 26 janvier 2012, la SAS CRE'ACTIVE a licencié Monsieur Olivier Z pour faute grave.

Le 17 février 2012, Monsieur Olivier Z saisissait le conseil de prud'hommes de PARIS pour contester son licenciement.

Par jugement du 6 août 2013, le conseil de prud'hommes de PARIS a :

Dit le licenciement de Monsieur Olivier Z sans cause réelle ni sérieuse,

Condamné la SAS CRE'ACTIVE à payer à Monsieur Olivier Z les sommes suivantes :

- 34.053,09 euros à titre d'indemnité de préavis,
- 3.405,30 euros à titre d'indemnité de congés payés sur préavis,
- 286,29 euros à titre d'indemnité de congés payés,
- 24.909,20 euros à titre d'indemnité de licenciement,
- 6.000,00 euros au titre du variable 2011,
- 29.023,00 euros au titre de l'intéressement 2010,

avec intérêts au taux légal à compter de la date de réception par la partie défenderesse de la convocation devant le bureau de conciliation,

Rappelé qu'en vertu de l'article R.1454-28 du code du travail, ces condamnations sont exécutoires

de

droit à titre provisoire, dans la limite maximum de neuf mois de salaire calculés sur la moyenne des trois derniers mois de salaire. Fixe cette moyenne à la somme de 11.351,03 euros.

- 110.000,00 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse,

- 3.000,00 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral,

avec intérêts au taux légal à compter du jour du prononcé du jugement.

- 700,00 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Débouté Monsieur Olivier Z du surplus de ses demandes.

Débouté la SAS CRE'ACTIVE de sa demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile et l'a condamné aux dépens.

Le jugement du conseil de prud'hommes de PARIS a été notifié le 8 octobre 2013 et la SAS CRE'ACTIVE en a relevé appel le 9 octobre 2013.

Moyens et prétentions des parties

L'affaire est venue devant la cour à l'audience du 10 mars 2016, pour le seul examen de l'incident formé par la société CRE'ACTIVE aux fins de sursis à statuer dans l'attente de l'issue de sa plainte pénale avec constitution de partie civile déposée le 13 mars 2013 complétée le 28 novembre à l'encontre de Monsieur Olivier Z des chefs de vol, recel de vol de documents informatiques et abus de confiance et en cours d'instruction chez un juge d'instruction désigné le 19 octobre 2015.

Par arrêt en date du 18 mars 2016, la cour a rejeté la demande de sursis à statuer, réservé les autres demandes et renvoyé l'affaire au 1er avril 2016 puis au 12 mai 2016.

Par conclusions visées par le greffier le 12 mai 2016, la SAS CRE'ACTIVE demande à la cour de :

Vu la violation délibérée les clauses de son contrat, vu la violation délibérée des règles impératives de sécurité informatique

Vu le détournement des fichiers opéré

Vu les risques que ces manquements font courir à l'entreprise

Vu la violation de l'obligation de loyauté,

Vu la violation des clauses contractuelles,

Vu les articles 10 et 14 du contrat de travail de Monsieur Z

Vu les pièces versées aux débats,

Infirmier le jugement déféré dans toutes ses dispositions sauf en ce qu'il a condamné la SAS CRE'ACTIVE à verser à Monsieur Olivier Z 286,29 euros au titre du rappel d'indemnité de congés payés

Statuant à nouveau

Constater que les faits imputés à Monsieur Olivier Z sont constitutifs d'une faute grave

rendant impossible la présence du salarié dans l'entreprise même pendant le temps du préavis

Débouter Monsieur Olivier Z de toutes ses demandes, fins et prétentions

Condamner Monsieur Olivier Z à rembourser les montants perçus au titre de la décision de première instance assortis d'un intérêt de retard depuis la date du présent arrêt jusqu'au jour du contre remboursement

Condamner Monsieur Olivier Z à verser à la SAS CRE'ACTIVE la somme de 5000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile

Condamner Monsieur Olivier Z aux entiers dépens.

Par conclusions visées par le greffier le 12 mai 2016, Monsieur Olivier Z demande à la cour

Vu l'article L 1235 ' 3, L.1152-1, L 6323 ' 17 et suivants du code du travail, Vu les articles 1134 et 1147 et suivants du Code civil

Dire et juger la SAS CRE'ACTIVE mal fondée en son appel

En conséquence,

Confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la SAS CRE'ACTIVE à payer à Monsieur Olivier Z les sommes suivantes :

- 34.053,09 euros à titre d'indemnité de préavis,
- 3.405,30 euros à titre d'indemnité de congés payés sur préavis,
- 286,29 euros à titre d'indemnité de congés payés,
- 24.909,20 euros à titre d'indemnité de licenciement,
- 6.000,00 euros au titre du variable 2011,
- 700,00 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Y ajoutant :

Recevoir Monsieur Olivier Z en son appel incident et le déclarer fondé

Condamner la SAS CRE'ACTIVE à payer à Monsieur Olivier Z :

58.'046 euros à titre de rappel de salaire (prime d'intéressement sur l'exercice clos le 30 septembre 2010)

5000 euros au titre d'indemnité pour défaut de mention des droits au DIF

272.424 euros à titre d'indemnité nette pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et abusif

68.'106 euros à titre de dommages et intérêts nets pour harcèlement moral

En tout état de cause

Condamner l'appelante à payer à Monsieur Olivier Z la somme de 5000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, en sus du montant de 700 euros alloué en première instance

Juger que les condamnations prononcées seront soumises aux intérêts au taux légal et ordonner la capitalisation des intérêts en application de l'article 1154 du code civil

Condamner l'appelante en tous les dépens.

À l'audience des débats, les parties ont soutenu oralement les écritures susvisées auxquels la cour six renvoie pour un plus ample exposé des prétentions et moyens des parties.

MOTIVATION

Sur l'irrégularité de la procédure de licenciement

Monsieur Olivier Z soutient que la procédure ayant abouti à son licenciement n'est pas régulière au motif qu'il n'y a pas eu 5 jours ouvrables entre la réception de la lettre de convocation le 16 janvier 2012 et la date de l'entretien préalable le 20 janvier 2012; la société appelante conteste ce moyen en indiquant que la première présentation de la lettre de licenciement date du 14 janvier 2012 en sorte que le délai légal qui a commencé à courir le 15 janvier a été respecté.

A l'examen des pièces produites et des moyens débattus, la cour dispose d'éléments suffisants pour retenir que la procédure est régulière et que le délai prévu par l'article L. 1232-2 du code du travail a été respecté puisque la pièce 17 du salarié ne montre nullement qu'il aurait retiré le pli le 16 janvier 2012, cette date n'apparaissant pas sur la copie du recommandé produit qui ne fait apparaître que la date du 14 janvier; le suivi postal produit par la société intimée (pièce 1.1) montre que la lettre de convocation a été présentée et retirée le 14 janvier 2012, en sorte que le délai a été respecté; en toute hypothèse, le salarié ne tire aucune conséquence juridique de l'irrégularité alléguée en sorte qu'il ne peut être suivi en son moyen qui manque en fait et en droit.

Sur le bien-fondé du licenciement

Il convient de rappeler à titre liminaire que la lettre de licenciement fixe les limites du litige et qu'il incombe à l'employeur qui a licencié un salarié pour faute grave, d'une part d'établir l'exactitude des faits imputés à celui-ci dans la lettre, d'autre part de démontrer que ces faits constituent une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien de ce salarié dans l'entreprise pendant la durée limitée du préavis en cas de doute, il profite au salarié.

La lettre de licenciement du 26 janvier 2012 fonde le licenciement sur les motifs suivants:

' Sous mon autorité et me rendant compte, vous devez assurer l'administration courante dans tous les domaines de la société (Commercial Distribution Administratif Service Généraux Relations Humaines.) Vous devez : diriger, coordonner, animer, superviser l'action des cadres en charge des secteurs afin d'assurer une gestion efficace l'entreprise.

Vous devez me préparer les projets commerciaux, budgétaires ,stratégie avec l'opérateur, les

partenaires dans le cadre de réunions par quinzaine. Pour ce faire vous devez mettre en oeuvre et assure l'exécution des décisions et directives et rendre compte des mesures prises et des résultats obtenus.

Contractuellement également et dans l'exécution de votre fonction, vous êtes soumis à la charte informatique de l'entreprise telle que figurant à l'article 10 de votre contrat.

Afin de permettre le parfait exercice et respect de ces obligations contractuelles, la société CRE'ACTIVE est dotée d'outils performants comme CITRIX qui vous attribue un environnement de travail : identique quel que soit le lieu et l'ordinateur utilisé ; sécurisé vis-à-vis de l'extérieur.

Puisque la session d'utilisation s'exécute en totalité sur le serveur et votre terminal retranscrit la copie écran de la session rendant impossible (et inutile) tout rapatriement de documents sur le terminal de connexion.

De cet outil, la transmission de documents ne peut s'effectuer que par le téléchargement vers un serveur web externe ou l'envoi de mails vers l'extérieur.

Or, nous avons été alertés par notre service informatique sur une intrusion dans notre système. Précisément par l'envoi récent sur une adresse mail personnelle, olivier.perreux@free.fr, d'un fichier contenant une liste d'adresses appartenant à l'entreprise. Cette alerte a conduit le service informatique à une vérification qui permet de dire que vous vous êtes adressé toujours sur cette boîte personnelle, dans les douze derniers mois, plus de trois cents mails accompagnant des fichiers de dossiers appartenant à l'entreprise et couvert par les obligations de l'article 10 de votre contrat. Liste, renseignée de clients de Cre'Active, outils de l'entreprise (relations humaines), techniques de déploiement, savoir-faire d'opérateur, procédure de flashage, contrats de service, cotation pour clients Grands Compte, appels d'offre et réponse à appel d'offre, partenaires et sous-traitants, dossiers clients Grand Compte avec offre de Cré'Active, contrats- cadre confidentiels entre SFR et client final.

Autant d'informations strictement confidentielles, constituant la force vive de l'entreprise, transférées en méconnaissance des dispositions de la charte informatique de l'entreprise intégrée à l'article 10 de votre contrat. Votre statut de directeur général, au sein de l'entreprise accroît la gravité de ces violations des règles impératives de sécurité qui se sont répétées à minima trois cents fois dans les douze derniers mois de votre activité. Vous ne pouvez ignorer les conséquences que peut avoir cette violation répétée des règles de sécurité de l'entreprise, qui nous expose à des risques de perte, de vol de données à destination des opérateurs concurrents à un moment où la concurrence est vive. C'est une mise en danger de notre système d'information mais plus largement une atteinte à notre patrimoine informatique dont vous êtes rendu coupable de par vos actes que rien ne saurait justifier.

Nous aurions aimé entendre une quelconque justification à ce que nous estimons être constitutif d'une faute grave mais vous vous êtes limité à déclarer « je ferai une réponse par écrit ».

Rien ne saurait justifier ces manquements graves aux règles de sécurité constitutifs de la faute grave.

En outre, et malgré de multiples demandes, alertes, réitérations et mises en garde, vous avez manqué aux obligations contractuelles, générant une obscurité délibérée sur votre action, celle de nos collaborateurs et généralement sur le fonctionnement de la société.

La société dispose d'un CRM développé en interne permettant de gérer l'ensemble de l'activité de l'entreprise. Ce CRM est destiné à accueillir nos clients et contacts, la prospection et le suivi de chaque dossier. Quand nous reprenons le CRM, vous concernant, nous n'identifions aucun renseignement, aucun rendez-vous, aucun appel téléphonique client sur douze mois, pour une excellente raison que vous n'avez d'ailleurs pas contestée: Vous vous refusez obstinément à renseigner cette 'force vive et mémoire' de l'entreprise au mépris de vos obligations et des rappels qui vous ont été signifiés à de multiples reprises.

Cette insubordination a des conséquences gravissimes sur notre activité et notre relation clients que nous avons reprises lors de l'entretien préalable. Nous rappelons pour mémoire le dossier PMU sur lequel se retrouvent tous vos manquements et qui auraient pu avoir des conséquences allant jusqu'à

l'annulation du marché puisque aucune avancée de ce dossier n'est inscrite sur le CRM ; pas plus d'ailleurs que vos contacts clients et SFR. Ce refus systématique sur le CRM se double de votre refus d'engager les équipes commerciales à renseigner le CRM rendant impossible toute visibilité sur l'activité commerciale de l'entreprise.

On peut légitimement s'interroger, et vous n'y avez pas répondu, sur votre volonté affichée et forte de déstabiliser l'entreprise et la vider de sa substance alors que vous vous reroutez tous ses actifs.

Ainsi, si nous reprenons l'Agenda de l'entreprise, force est de constater que nous n'avons que peu de renseignements : sur les rendez-vous client et prospect, sur les réunions, sur les manifestations professionnelles, alors qu'il vous en est fait obligation et que maintes fois nous vous avons exigé que vous et vos équipes suivent les instructions qui vous sont données.

Vous avez l'obligation de nous fournir les prévisionnels de production permettant d'avoir une visibilité sur le réalisé, le prévisionnel, nous permettant ainsi le pilotage de l'entreprise. Retards, inadéquations, défaut de fiabilité, incohérence des documents fournies avec le réalisé, sont monnaie courante et la raison des dysfonctionnements graves auxquels nous avons été confrontés. Nous avons évoqué, lors de l'entretien, sur le dossier PMU, que vous aviez engagé Cré'Active sur la fourniture de « Répéteur », outil qui n'est pas référencé chez Cre'Active et même interdit par l'Opérateur sauf à ce qu'il propose en direct son matériel qu'il aura homologué. J'ai appris, lors de l'entretien, vous aviez déjà commis cette faute sur Delsey, Ultra Filter, Paris Calling, alors que, nous vous l'avons dit, lors de la réunion, ce n'est pas notre Métier.

Ce refus systématique de suivre les procédures et de respecter les fondamentaux a des conséquences graves que nous avons décrites et commentées lors de notre entretien préalable puisque notre opérateur (Résultats Alliance SFR/Cre'Active) nous attribue sur les classements essentiels un rang proche des derniers et mettent en question notre relation avec cet opérateur notre Agrément Master.

Donc, intrusion dans le système informatique, insubordination avec contestation systématique des ordres qui vous sont donnés, absence de réponse aux directives de votre Président sont constitutifs de fautes graves en dehors du comportement irrespectueux que vous avez avec votre hiérarchie.

Nous ne pouvons, sauf à mettre en danger la pérennité de l'entreprise, accepter de tels comportements et encore moins d'un cadre dirigeant et encadrant tout le personnel. Nous considérons que l'ensemble des faits relatés ci-dessus constitue une faute grave qui rend impossible votre maintien, même temporaire dans l'entreprise.'

A l'appui du premier grief relatif au détournement de fichiers par intrusion dans le système informatique en violation de l'article 10 du contrat de travail, la société verse aux débats trois procès-verbaux d'huissier en date des 17 janvier 2012, 24 juillet 2012 et 25 février 2013 avec les clés USB jointes qui ont été régulièrement communiquées entre les parties comme le reconnaît Monsieur Olivier Z dans une note en délibéré envoyée à la cour à la suite du défaut de communication soulevé à l'audience des débats.

Ces actes d'huissier montrent que le salarié a téléchargé sur son adresse personnelle de très nombreux courriels accompagnant des fichiers de dossiers appartenant à l'entreprise (liste de clients de Cre'Active, outils de l'entreprise (relations humaines), techniques de déploiement, savoir-faire d'opérateur, procédure de flashage, contrats de service, cotation pour clients Grands Compte,

appels d'offre et réponse à appel d'offre, partenaires et sous-traitants, dossiers clients Grand Compte avec offre de Cré'Active, contrats- cadre confidentiels entre SFR et client final) ; ces téléchargements sont intervenus essentiellement entre janvier 2010 et l'année 2012.

Le salarié ne conteste pas ces téléchargements mais explique qu'étant directeur général de la société, il ne peut être considéré comme entité extérieure au sens de l'article 10 du contrat de travail, et que

depuis l'embauche, il utilisait son propre ordinateur pour les besoins de son activité professionnelle, à défaut de matériel fourni par l'employeur et à raison de nombreux dysfonctionnements du modèle Citrix consultable à distance et de la connexion 3G. Il indique que ces modalités de travail qui lui permettaient de travailler le soir et week end à son domicile mises en place dès l'origine étaient connues de l'employeur qui feint artificiellement la surprise; il ajoute que le "détournement " invoqué ne résulte ni de la plainte pénale classée sans suite ni de l'instruction en cours devant un juge d'instruction et conteste tout détournement et atteinte à son obligation de confidentialité.

La société répond qu'il existait une procédure pour sortir des documents en vue d'un besoin particulier, à savoir une requête à la direction informatique, procédure que le salarié a utilisée plusieurs fois, ce dont elle déduit que l'absence de pertinence de l'argumentation de l'intimé sur la nécessité de rerouter vers sa messagerie personnelle les documents nécessaires à son activité professionnelle ; elle indique avoir doté le salarié de l'équipement informatique nécessaire et produit un échange de courriel et une facture (pièce 24), que le salarié a fait le choix personnel d'utiliser son propre matériel qui ne peut s'expliquer ni par la défectuosité du système Citrix dont les incidents répertoriés entre 2005 et 2011 sont rares (pièce 4 de l'employeur) ni par la détérioration du disque dur en 2009; elle conteste avoir eu connaissance des détournements opérés par le salarié qui ont outrepassé la simple utilisation nécessaire à l'exécution des missions confiées et coïncident avec le projet de création par Mr Z d'une entreprise de télécommunication dont l'activité a commencé en mars 2012 au bénéfice d'un distributeur concurrent.

La cour observe que l'article 10 du contrat de travail prévoit que :

"La société met à disposition tout le matériel indispensable à l'exécution du travail : poste téléphonique, poste de travail (clavier, écran souri), connexions réseaux locaux et/ou étendus, imprimante etc. qui doit être conservé en parfait état de marche et sortie de l'entreprise que pour motif légitime. L'usage à des fins privées doit être limité aux cas exceptionnels. En tout état de cause ces matériels ne peuvent être utilisés par du personnel étranger à l'entreprise.

Le système d'information désigne l'ensemble des ressources informatiques et téléphoniques (matériel et logiciel) et regroupe notamment les systèmes bureautiques gestion de communication accessible directement ou non à partir du réseau. Monsieur Olivier Z se voit attribuer un identifiant strictement personnel'

A ce titre, l'utilisateur ne devra en aucun cas le divulguer, sauf à son supérieur hiérarchique qui devra être averti de toute modification. L'accès aux ressources (systèmes coopératifs, applications fichiers ou documents) est limité à celles nécessaires à l'utilisateur pour effectuer la mission qui lui est confiée.

Tout manquement aux tentatives de manquement à ses dispositions, désignés sous le terme « tentative d'intrusion » par quelque moyen que ce soit pourra être passible d'une sanction.

De même le fait d'utiliser ou d'essayer d'utiliser des profils autres que le sien de masquer sa véritable identité pour accéder à des informations ou pour utiliser des programmes sans

autorisation, pourra être passible d'une sanction disciplinaire. Les ressources du système d'information mise à la disposition de l'utilisateur sont strictement réservées à l'usage professionnel.

La transmission d'un document ou d'une formation à usage interne vers une entité hors de la société devra préalablement obtenir l'autorisation du responsable hiérarchique.

Monsieur Olivier Z doit faire usage des services Internet dans le cadre de ses activités professionnelles dans le respect des principes généraux propres à la législation vigueur. L'utilisation

d'Internet à des fins privées doit être limitée aux cas exceptionnels et en tout état de cause ne jamais contrevenir aux règles de bonnes m'urs. (Il) est informé que la société se réserve un droit permanent et total d'accès sur le système d'information, de gestion et de communication- même accessible sous la seule adresse de Monsieur Olivier Z - et qu'elle se réserve le droit de consulter.".

Au vu de cette disposition, des échanges de courriels entre le salarié et des factures produites par l'employeur, il est clair que Monsieur Olivier Z a disposé dès son arrivée d'un matériel informatique mis à sa disposition ; si Monsieur Olivier Z a fait le choix personnel d'utiliser un ordinateur personnel plus puissant, la société ne démontre pas que les téléchargements des

fichiers documents, appels d'offres etc. listés dans les procès-verbaux de huissier sur une adresse de messagerie personnelle et son ordinateur personnel, aient été contraires à l'article 10 du contrat de travail ; en effet, si cette disposition interdit la transmission des documents d'une information à usage interne vers une entité hors de la société sans l'autorisation préalable du responsable hiérarchique, elle n'interdisait pas au directeur général de la société de se renvoyer sur une adresse personnelle mais pour les besoins de son activité professionnelle les documents et informations auxquelles il avait nécessairement accès par sa fonction dans la société.

La cour retient que dans la mesure où la société avait un droit d'accès et de consultation de l'utilisation faite par le salarié de sa messagerie professionnelle et du système Citrix, elle avait ainsi parfaitement les moyens de connaître les divers téléchargements effectués par le salarié sur son adresse personnelle en toute transparence et il est peu crédible que Mr ljalva n'ait pas su que son directeur général ait utilisé un ordinateur portable personnel sur lequel il téléchargeait des documents nécessaires à l'exercice de sa mission; de fait, il n'est pas contesté qu'en raison de son niveau de responsabilité , le salarié était amené à travailler régulièrement en dehors des locaux d'entreprise mais également le soir et le week-end depuis son domicile et avait donc besoin dans l'exercice de sa mission d'accéder à l'ensemble des informations (fichier clients, appel d'offre) à tout moment sans être tributaire des difficultés de connexion ni des dysfonctionnements du système Citrix; à cet égard, le tableau produit par la société montre la réalité d'incidents de fonctionnement même si en nombre relativement faible ; ces dysfonctionnements et à la détérioration du disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition par la société en 2009 pas sérieusement contestée par l'employeur et obligeant le salarié à acquérir en 2009 un ordinateur personnel plus puissant comme le montre la facture d'achat produite expliquent suffisamment les téléchargements plus importants opérés sur son matériel personnel à partir de 2010 et lui permettant de travailler efficacement sur la base de ces documents.

En toute hypothèse, l'employeur ne démontre pas que son directeur général ait utilisé à des fins autres que professionnelles l'ensemble des fichiers téléchargés sur son ordinateur personnel; à cet égard, le fait que le salarié après son licenciement ait créé une entreprise de télécommunication intervenant au bénéfice d'un distributeur concurrent ne suffit pas à établir que le salarié ait utilisé les fichiers de la SAS CRE'ACTIVE pour des fins personnelles, ce que la société n'établit aucunement; d'ailleurs la société qui a introduit une action pénale en cours des chefs de vol, de recel de vol de documents informatiques et abus de confiance n'a pas, quatre ans après la création de sa société par Monsieur Olivier Z , introduit d'action en concurrence déloyale.

Par suite, le grief de détournement du patrimoine informatique de la SAS CRE'ACTIVE et la

violation de l'article 10 du contrat de travail ne sont pas établis.

Sur le grief relatif au refus systématique de renseigner le CRM (Consumer Relation Management), outil informatique de gestion de la relation client, la cour observe au vu des échanges de courriels du 16 février 2010, 11 mars et 22 mars 2010 que si Mr Ijalva a demandé à l'intimé de renseigner le CRM alors que ce dernier proposait parallèlement un autre outil de suivi "la note interne" dont M. Ijalva ne voyait pas la pertinence, il reste que la société ne démontre pas que l'intimé aurait systématiquement refusé de renseigner ou faire renseigner par son équipe ce CRM; la cour observe que la société ne produit aucun extrait de ce CRM en sorte que la carence alléguée contestée par le salarié n'est pas établie ; en outre, le 17 mars 2010, le salarié indiquait à Mr Ijalva avoir envoyé les

éléments requis avec mise à jour du CRM ; de même, Mr Ijalva dans son courriel du 7 décembre 2010 fait le point sur l'avancement des affaires au vu du CRM, ce qui montre qu'il est renseigné et complété le 31 décembre 2010 par l'intimé (pièce 17-4 de l'employeur); M.Ijalva qui demande un business plan et autres informations à son directeur général reconnaît expressément le 3 janvier 2011 que tous ces éléments peuvent être donnés dans la mesure où tous les éléments sont sur le CRM.

La société n'établit pas davantage que son directeur général n'engageait pas son équipe à remplir le CRM, aucun élément probant n'étant produit sur ce point, alors que des réunions hebdomadaires avec l'équipe commerciale étaient réalisées permettant de faire le point sur les affaires et renseigner le CRM, les quelques absences ponctuelles de Mr Z à ces réunions relevées par l'employeur étant inopérantes à établir le grief reproché au salarié.

Au regard de ces éléments, la cour considère que la preuve du défaut systématique de renseignement du CRM n'est pas rapportée par l'employeur.

Sur le grief relatif au refus systématique de suivre les procédures et les directives, là encore les allégations de l'employeur ne sont pas suffisamment étayées par les mails partiels et ponctuels invoqués qui, s'ils demandent au salarié différentes informations, sont suivies de réponses étayées du salarié; s'agissant du traitement de l'affaire PMU, l'employeur ne dément pas que le marché a été remporté avec succès par Monsieur Olivier Z et ne démontre pas que la préconisation de l'utilisation d'un répéteur était contraire aux accords avec le client SFR; la société ne produit aucune directive ni aucune instruction précise que son directeur général aurait enfreint dans le cadre de cette préconisation.

La société appelante échoue dans la démonstration de la violation systématique des directives et instructions.

Sur le grief relatif à l'insubordination et au comportement irrespectueux, la société produit un échange de courriel de janvier 2008 entre Mr Ijalva et l'intimé; mais la lecture attentive de cet échange au demeurant trop ancien pour justifier un licenciement 4 ans plus tard montre des difficultés manifestes de compréhension entre le président et son directeur général sans que toutefois ce dernier ne montre aucun irrespect à l'égard de son Président, indiquant régulièrement rester à sa disposition pour échanger et dont le ton reste toujours courtois et professionnel tout en étant ferme sur sa conception différente du management des commerciaux notamment.

Le second échange de courriel invoqué date du 7 décembre 2010 confirme ces incompréhensions entre le président et le directeur général alors que ce dernier a fait l'objet de critiques lors de la réunion du 6 décembre 2010 , critiques que le directeur estime infondées et sur lesquelles il souhaite s'expliquer de vive voix avec le président ; là encore si cet échange de courriel traduit des tensions vives entre le Président et l'intimé qui se sent constamment critiqué, ni le ton ni les termes employés ne caractérisent un comportement irrespectueux ni une quelconque insubordination.

En définitive, au vu de l'ensemble des pièces et des moyens soulevés, la cour retient comme le premier juge que les griefs listés dans la lettre de licenciement ne sont pas établis et que le licenciement ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse.

Sur les conséquences financières du licenciement

Les parties s'opposent sur le salaire de référence à prendre en compte:

Selon R1234-4 du code du travail, le salaire à prendre en compte est, selon la formule la plus avantageuse, soit le douzième de la rémunération des douze derniers mois, soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou toute gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé

à dure proportion.

Or au vu du salaire annuel payé soit 102.712,40 euros, le salaire moyen est de 8.559,37 euros; au vu des bulletins de paie de novembre 2011 (6647,76 euros), décembre 2011 (7.294 euros) et janvier 2012 euros (21924, 86 euros), cette dernière rémunération étant réduite en prenant en compte à hauteur de trois mois la prime variable versée par quadrimestre, le salaire moyen des trois derniers mois est fixé à 11.351,03 euros; c'est donc à juste titre que le premier juge a fixé le salaire de référence à 11.351, 03 euros correspondant à la formule plus avantageuse, sans avoir pris en compte les rappels de primes demandés dans le cadre de la présente instance.

La question du salaire de référence tranchée, les montants de l'indemnité compensatrice de préavis, des congés payés y afférents, de l'indemnité conventionnelle de licenciement n'étant pas discutés autrement par la société appelante sont confirmés en appel.

Au vu de l'ancienneté et de l'âge du salarié au moment de son licenciement, de la situation professionnelle et personnelle du salarié (indemnisation par Pole Emploi jusqu'en juin 2013 et un salaire net en baisse de 19,50 % dans le cadre de la société Mobile Indoor créée en mars 2012), la somme allouée par les premiers juges à hauteur de 110.000 euros est de nature à réparer intégralement le préjudice du salarié en application de l'article 1235-3 du code du travail; le salarié est débouté du surplus de sa demande faute de prouver l'ampleur du dommage à hauteur de la somme réclamée.

Les conditions de l'article L. 1235-4 du code du travail étant réunies, il convient d'ordonner le remboursement par la SAS CRE'ACTIVE aux Assedic concernées les indemnités de chômage éventuellement payées à Monsieur Olivier Z du jour du licenciement au jour du présent arrêt, dans la limite de six mois d'indemnités de chômage.

Sur le harcèlement moral

L'article 1152-1 du code du travail dispose qu'aucun salarié ne doit subir des agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité ou d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Selon l'article 1154-1 du code du travail, en cas de litige le salarié doit établir la matérialité de faits précis et concordants de nature à faire présumer un harcèlement moral à charge par l'employeur ensuite de démontrer que ces faits ne sont pas constitutifs de harcèlement moral et s'expliquent par des éléments objectifs.

En l'espèce, le salarié qui réclame la somme de 68.106 euros de dommages intérêts (6mois de salaire) allègue :

-entre 2007 et 2010, un management dans la pression et des menaces, par la tenue de propos volontairement blessants dont il s'est plaint par courriel du 15 janvier 2007, d'humiliations systématiques, de dénigrements et un comportement abrupt et rude (cf le courriel de Mr Ijalva du 16 mars 2008) et des méthodes despotiques dont s'était plainte la directrice commerciale

une modification unilatérale de son contrat de travail le 6 mai 2009 par l'annonce par Mr Ijalva de la reprise par lui de la direction commerciale et de la direction générale de l'entreprise, ce qui a conduit à sa marginalisation publique en vue de le déstabiliser et l'inciter au départ

agression physique et verbale de Mr Ijalva le 8 février 2010 lors d'une réunion de l'ensemble de l'équipe commerciale, l'obligeant à quitter la réunion, faits dénoncés dès le 9 février 2010 et non démentis par Mr Ijalva.

- en 2011, un refus de payer ses primes contractuelles réclamées en vain verbalement et par pli recommandé du 23 février 2011 et des menaces en date du 21 décembre 2011 ayant occasionné un arrêt de travail et ayant donné lieu au dépôt d'une main courante le 29 décembre 2011 et d'une plainte pénale le 9 janvier 2012.

A la lecture des courriels versés aux débats tant par le salarié que par l'employeur, la cour retient que dès 2007 des tensions ont traversé la relation entre le Président et son directeur général, le premier ayant le sentiment de ne pas avoir toutes les informations demandées et de ne plus maîtriser l'action de son directeur général et le second estimant être en permanence contrôlé et critiqué par son Président sans pour autant avoir les réponses qu'il attendait de lui sur certains sujets ; toutefois les pièces 24, 25, 26 produites par le salarié ne suffisent pas à établir la matérialité des humiliations systématiques alléguées par le salarié, dès lors que ce ne sont que des courriers ou courriels envoyés par le salarié lui-même et traduisent son sentiment mais qui ne sont pas corroborés par aucun témoignage ni aucun autre élément objectif.

L'échange de courriels entre la directrice commerciale et Mr Ijalva en mars 2009 s'il traduit la volonté de cette dernière critiquée dans son action commerciale par Mr Ijalva de ne plus travailler dans les conditions de travail imposées par ce dernier, il n'est pas pertinent en ce qu'il concerne la directrice commerciale.

De même la matérialité de l'agression alléguée survenue le 8 février 2010 lors d'une réunion commerciale avec les commerciaux n'est pas démontrée; le fait que le salarié ait adressé à Mr Ijalva une lettre recommandée le 9 février 2010 pour dénoncer cette agression publique " à savoir une insulte "la ferme" devant l'équipe et le raccompagnement de M Z à la sortie par Mr Ijalva qui lui avait pris le bras en le serrant avec agressivité" ne suffit pas à démontrer la véracité des dires du salarié, qui ne sont corroborés par aucun témoignage alors que plusieurs commerciaux auraient été

témoins de ce fait et par aucun autre fait objectif.

S'agissant de la menace "toi et ta famille, vous en paierez le prix" proférée par Mr Ijalva lors d'un dîner le 21 décembre 2011 ainsi que le soutient le salarié, si ces éléments sont notés dans la main courante déposée par le ce dernier le 29 décembre 2011 suivie d'un dépôt de plainte pour harcèlement moral le 9 janvier 2012, il reste que cette plainte a fait l'objet d'un classement sans suite le 28 janvier 2013 pour "infraction non suffisamment caractérisée" et qu'en toute hypothèse, le fait allégué est intervenu en dehors des heures de travail et du lieu de travail et ne peut donc être rattaché à l'exécution du contrat de travail.

Enfin, ainsi qu'il est jugé par le présent arrêt (cf infra), le salarié ne peut se plaindre de ne pas avoir été réglé de ses primes variables.

En revanche, il ressort de la note du 6 mai 2009 que l'employeur a indiqué en public reprendre en direct la Direction générale commerciale opérationnelle et devenir l'interlocuteur direct des

commerciaux dès le 7 mai 2009, en retirant ce faisant partie des attributions du Directeur général qui avait notamment pour mission de diriger, coordonner, animer, superviser l'action des cadres en charge des secteurs commerciaux, administratifs etc. vainement l'employeur justifie-t-il cette modification du contrat de travail du salarié par une insuffisance des résultats commerciaux, dans la mesure où ce reproche n'est pas formulé à l'encontre du salarié dans la lettre de licenciement et que la réorganisation invoquée décrédibilisait le directeur général dont une partie importante des fonctions était supprimée de manière injustifiée.

Par ailleurs, les courriels de mars 2008 et mars 2009 (pièces 27 et 28)de l'employeur dénotent dans le ton et la teneur une attitude blessante et des termes vexatoires à l'encontre de son directeur général menacé d'être l'un des trois salariés à être congédié en cas d'absence de rendez-vous commercial dans les mois de mai 2009 et que la seule insatisfaction du Président quant aux résultats commerciaux et attentes à l'égard de son directeur général ne suffisent pas à excuser.

Les agissements répétés conduisant à une dégradation de ses conditions de travail et portant atteinte à la dignité du salarié caractérisent un harcèlement que les premiers juges ont à juste titre retenu; toutefois, la cour retient que le préjudice doit être intégralement réparé et alloue au salarié à ce titre la somme de 7.000 euros de dommages intérêts; le jugement est réformé sur le quantum alloué.

Sur le rappel de salaires

Monsieur Olivier Z réclame la somme de 58.046 euros à titre de prime d'intéressement sur l'exercice social du 1er octobre 2009 au 30 septembre 2010 payable au plus tard en avril 2011, c'est à dire dans les trente jours de l'assemblée statuant sur l'exercice clos le 30 septembre 2010.

Se prévalant d'une augmentation de 29,96 % du chiffre d'affaires et de 7,52% du résultat net, il revendique en application de l'avenant n°2 une prime de 10% du bénéfice avant impôts, soit 58.046 euros.

L'avenant n°2 du contrat de travail prévoit :

" Au visa des articles 5 et 7 du contrat et concernant l'octroi au salarié d'une prime d'intéressement arrêtée sur la progression du chiffre d'affaires de l'année N-1 et d'un pourcentage du bénéfice net avant impôts, par rapport à l'exercice clos le 30 septembre de l'année N (septembre 2006 à la date de la signature).

Si cette progression du CA est $>$ ou $=$ à 15%, générant un bénéfice avant impôts $>$ ou $=$ à 8% de ce CA, le salarié reçoit une prime exceptionnelle égale à 5% de ce bénéfice

Si cette progression du CA est $>$ ou $=$ à 20%, générant un bénéfice avant impôts $>$ ou $=$ à 8% de ce CA, la prime est portée, sur la fraction comprise entre 15 à 20%, à 10 % de ce bénéfice.

La prime est exigible dans les trente jours de la date de l'Assemblée statuant sur les comptes de l'exercice."

Mais comme le fait valoir à juste titre la société appelante, au vu du tableau produit non critiqué par le salarié, si le chiffre d'affaires a augmenté de 29,96 %, le résultat n'a augmenté que de 7,52 % sans atteindre les 8%; par suite la seconde condition à laquelle était subordonné le paiement de la prime variable n'étant pas remplie, la prime n'était pas due.

Vainement le salarié soutient -il que du fait de la modification de son contrat de travail, il ne pouvait influencer sur le bénéfice avant impôt, ce qui n'est pas démontré et est un argument peu opérant, puisque en toute hypothèse, le versement de la prime ne précise pas les modes de fixations du bénéfice avant impôt.

Monsieur Olivier Z réclame un solde de prime variable 2011 à hauteur de 6.000 euros, faute d'avoir perçu en 2011 l'intégralité des 2.400 euros dus par quadrimestre en application de l'avenant n°1-II du contrat de travail.

L'avenant n°1-II du contrat de travail prévoit :

"Au visa des articles 5 et 7 du contrat et concernant la partie variable

La partie variable de 27.000 euros, déterminée annuellement dans un plan de commissionnement fixé par le Président par Quadrimestre et payé ci : Q+M+1.

Ce plan est, pour 2006, arrêté comme suit :

I/Base : ACC SFR à concurrence de 6.000 euros par Quadrimestre et par tiers sur les trois items suivants :

1) Volet 1 (15 euros) ventes brutes (M2M, Compteur Data, Accès distant 5Mo) >ou = à 4% par rapport aux ventes brutes Q3 2005 (y compris M2M, Compteur Data, Accès distant 5Mo),

2) Volet 2 (5 euros) si croissance nette(M2M, Compteur Data, Accès distant 5Mo) >ou =à 3% entre début et fin quadrimestre,

3) Volet 4 (10 euros) sur toutes les lignes (hors M2M, Compteur Data, Accès distant 5Mo) si label EMD

4) Volet 5 (25 euros) sur toutes les lignes (hors M2M, Compteur Data, Accès distant 5Mo) si vente BD +AD >ou =à 30% des ventes brutes.

Un lissage annuel correspondant au lissage SFR sera effectué.

II/2.400 E, si sur la même période Cré'Active affiche une place dans les trois premiers des partenaires Sfr Entreprises (hors structures nationales, SFD, Econom, 5/5 avec Ems) Région Sfr Ile de France, et si Cré'Active à des réalisations en concordance aux objectifs neuf Cegetel pour garder sa qualification Expert Data et Expert Voix."

Or comme l'indique exactement la société appelante, la prime de 2.400 euros par quadrimestre n'est pas automatique et dépend de la position de de la société parmi ses concurrents.

Or au vu du positionnement de la société au regard de ses concurrents tel qu'il résulte des courriels de la directrice commerciale (pièces 21.1, 21.2, 21.3 de l'employeur) pas sérieusement contredits par le salarié et des bulletins de salaire produits, il apparaît que le salarié qui a reçu chaque quadrimestre de 2011 une prime variable conforme à la clause du contrat a été intégralement rempli de ses droits à ce titre.

Le salarié est débouté de sa demande à ce titre et le jugement est infirmé de ce chef.

Sur le solde d'indemnités de congés payés

La société reconnaît devoir la somme de 286,29 euros au titre du jour de congé payé auquel le salarié avait droit; il convient de confirmer le jugement qui a condamné la société de ce chef.

Sur l'indemnité pour absence de mention des droits en matière d'information

Le salarié indique que l'absence d'information dans la lettre de licenciement de ses droits en

matière de droit individuel de formation en méconnaissance de l'article L.6323-17 du code du travail lui a nécessairement causé un préjudice dont il réclame réparation à hauteur de 5.000 euros.

Mais, comme le soutient à juste titre la société, le salarié qui ne rapporte pas la preuve de s'être engagé dans une formation ni d'en avoir été privé faute d'information au titre du DIF ne démontre pas le préjudice effectif subi du fait de l'absence de la mention exigée par l'article L. 6323-17 du code du travail, et ne peut se prévaloir d'un préjudice théorique.

Le salarié est donc débouté de sa demande à ce titre.

Sur les autres demandes

Le premier juge a exactement fixé le point de départ des intérêts au taux légal courant sur les sommes allouées et il convient de confirmer le jugement sur ce point.

La capitalisation des intérêts est de droit, dès lors qu'elle est demandée et s'opérera par année entière en vertu de l'article 1154 du code civil.

L'issue du litige commande de confirmer les dispositions du jugement relatives aux dépens de première instance, aux frais irrépétibles exposés par l'intimé devant les premiers juges, au rejet des demandes de la SAS CRE'ACTIVE sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel et à sa condamnation à payer à Monsieur Olivier Z la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement, par arrêt contradictoire et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Infirme partiellement le jugement en ce qu'il a condamné la SAS CRE'ACTIVE à payer à Monsieur Olivier Z la somme de 6.000 euros à titre de rappel de salaire (variable 2011 et 29.023 euros à titre de variable 2010), et la somme de 3.000 euros de dommages intérêts au titre du harcèlement moral ;

Statuant à nouveau

Déboute Monsieur Olivier Z de ses demandes de rappel de salaires au titre de la prime d'intéressement fin 2010 et de la prime variable 2011;

Condamne la SAS CRE'ACTIVE à payer à Monsieur Olivier Z la somme de 7.000 euros de dommages intérêts nets en réparation du préjudice moral au titre du harcèlement moral ;

Confirme le jugement pour le surplus ;

Y ajoutant

Ordonne le remboursement par la SAS CRE'ACTIVE aux Assedic concernées des indemnités de chômage versées à Monsieur Olivier Z du jour du licenciement au présent arrêt dans la limite de six mois ;

Ordonne la capitalisation des intérêts et dit qu'elle s'opérera par année entière en vertu de l'article 1154 du code civil ;

Condamne la SAS CRE'ACTIVE à payer à Monsieur Olivier Z la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel ;

Déboute les parties de leurs autres demandes plus amples ou contraires.

Le greffier, La conseillère faisant fonction de présidente,