

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

**COUR D'APPEL DE TOULOUSE
4eme Chambre Section 2 - Chambre sociale
ARRÊT DU 15/09/2017**

N° RG 15/04135

Décision déferée du 29 Juin 2015 - Conseil de Prud'hommes - Formation
paritaire de TOULOUSE F14/00318

Michel ...
Jean-Marie Z
C/
A.G.S./C.G.E.A. TOULOUSE

APPELANT

Monsieur Jean-Marie Z
ALES

Représenté par Me Sandrine GERAUD-LINFORT, avocat au barreau de TOULOUSE

INTIMÉS

SAS NAV ON TIME en liquidation judiciaire

Maître Christian Y ès qualités de mandataire liquidateur de la SAS NAV ON TIME
2 bis avenue Jean
TOULOUSE CEDEX 5

Représenté par Me Pascal SAINT GENIEST de la SCP D'AVOCATS ACTEIS, avocat au
barreau de TOULOUSE substituée par Me David GILLET-ASTIER, avocat au barreau de
TOULOUSE

PARTIE INTERVENANTE

C.G.E.A /A.G.S. de TOULOUSE
1, rue des Pénitents Blancs
TOULOUSE CEDEX 6

Représenté par Me Pascal SAINT GENIEST de la SCP D'AVOCATS ACTEIS, avocat au
barreau de TOULOUSE substitué par Me David GILLET-ASTIER, avocat au barreau de
TOULOUSE

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions de l'article 945.1 du Code de procédure civile, l'affaire a été

débatte le 08 Juin 2017, en audience publique, devant Caroline PARANT, présidente et Colette DECHAUX, conseillère, toutes deux chargées d'instruire l'affaire, les parties ne s'y étant pas opposées. Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour composée de :

Caroline PARANT, présidente

Colette DECHAUX, conseillère

Sonia DEL ARCO SALCEDO, conseillère

Greffier, lors des débats B. COUTTENIER

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE

- 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

- signé par Caroline PARANT, présidente, et par Brigitte COUTTENIER, greffière de chambre.

EXPOSÉ DU LITIGE

M. Jean-Marie Z, doctorant, était embauché en qualité d'ingénieur d'études recherche et développement, catégorie cadre, position 1.2 coefficient 100, par la société Nav on time par contrat de travail à durée indéterminée, en date du 2 octobre 2008 prenant effet au 13 octobre suivant, conclu dans le cadre d'une convention industrielle de formation par la recherche (dite Cifre). Ce contrat qui stipulait une rémunération mensuelle brute de 2 400 euros outre deux primes (de vacances et de fin d'année), et un forfait annuel jours (218 jours), relevait de la convention collective nationale Syntec.

M. Z était placé en arrêt de travail le 31 décembre 2011, puis à l'issue des deux visites de reprise des 6 et 21 février 2012, le médecin du travail le déclarait inapte à son poste et à tout poste dans l'entreprise, en précisant qu'une étude de poste avait été faite le 8 février 2012.

M. Z était convoqué, par lettre recommandée avec avis de réception en date du 13 février 2012, à un entretien préalable à licenciement fixé au 21 février 2012, avec notification d'une mise à pied conservatoire, puis licencié par lettre recommandée avec avis de réception en date du 12 mars 2012, l'employeur retenant la qualification de faute grave.

Le 4 février 2014, M. Z saisissait la juridiction prud'homale.

Par jugement en date du 29 juin 2015, le conseil de prud'hommes de Toulouse, après avoir jugé le licenciement fondé sur une faute grave, déboutait de M. Z de l'ensemble de ses demandes.

M. Z interjetait régulièrement appel dans des conditions de délai et de forme qui ne sont pas

discutées.

Par jugement en date du 13 novembre 2015, le tribunal de commerce de Toulouse ordonnait l'ouverture de la liquidation judiciaire de la société Nav on time et désignait Me Y, mandataire judiciaire en qualité de mandataire liquidateur.

Par conclusions visées au greffe le 8 avril 2017, reprises oralement à l'audience, auxquelles il est expressément renvoyé pour l'exposé plus ample de ses moyens et arguments, M. Z conclut à l'infirmité du jugement entrepris, et demande à la cour, après avoir ordonné l'application de la position 2.2 coefficient 130 de la convention collective Syntec, constaté le non-respect du forfait jours et jugé son licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, de fixer ainsi qu'il suit ses créances au passif de la société Nav on time :

- * 20 224.25 euros à titre de rappel de salaire,
- * 2 022 euros au titre des congés payés y afférents,
- * 9 644 euros à titre de rappel de salaire,
- * 964 euros au titre des congés payés y afférents,
- * 18 542 euros au titre de l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé,
- * 18 540 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- * 9 270 euros à titre d'indemnité de préavis,
- * 927 euros au titre des congés payés y afférents,
- * 3 519 euros au titre d'indemnité de licenciement,
- * 3 090 euros au titre de la mise à pied conservatoire,
- * 309 euros au titre des congés payés y afférents,
- * 2 500 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Il demande en outre à la cour d'ordonner sous astreinte à hauteur de 50 euros par jour de retard la rectification de l'ensemble des bulletins de salaire ainsi que l'attestation Pôle emploi.

Par conclusions visées au greffe le 1er juin 2017, reprises oralement à l'audience, auxquelles il est expressément renvoyé pour l'exposé plus ample de ses moyens et arguments, le mandataire liquidateur de la société Nav on time conclut à la confirmation du jugement entrepris et à la condamnation de M. Z aux dépens.

Par conclusions visées au greffe le 1er juin 2017, reprises oralement à l'audience, auxquelles il est expressément renvoyé pour l'exposé plus ample de ses moyens et arguments, le Centre de gestion et d'études AGS dit CGEA de Toulouse conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Il demande à la cour de juger que :

* l'AGS ne devra procéder à l'avance des créances visées aux articles L.3253-8 et suivants du code du travail que dans les termes et conditions résultant des dispositions des articles L. 3253-19, L. 3253-17 et D. 3253-5 du code du travail, et dans les limites du plafond applicable,

* la somme de 2 500 euros réclamée par M. Z sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile est exclue de la garantie,

* son obligation de faire l'avance de la somme à laquelle serait évalué le montant total des créances garanties, compte tenu du plafond applicable, ne pourra s'exécuter que sur présentation d'un relevé par le mandataire judiciaire et sur justification par celui-ci de l'absence de fonds disponibles entre ses mains pour procéder à leur paiement,

* les dépens ne seront pas mis à sa charge.

MOTIFS

* Sur la classification :

La convention collective Syntec définit ainsi la position 1.2 coefficient 100 reconnue à M. Z dans le contrat de travail : 'débutant, titulaires du diplôme de sortie des écoles'.

M. Z estime qu'il aurait dû relever de la position 2.2 coefficient 130 pour laquelle les dispositions conventionnelles précisent que les salariés doivent remplir les conditions de la position 2.1 (ingénieurs ou cadres, ayant moins de deux ans de pratique de la profession) qui partant d'instructions précises de leur supérieur, doivent prendre des initiatives et assumer des responsabilités que nécessite la réalisation de ces instructions, étudient des projets courants et peuvent participer à leur exécution, ainsi que les ingénieurs d'études ou de recherches mais sans fonction de commandement.

M. Z ne justifie pas de ses diplômes. Il résulte de son dossier de candidature intitulé 'pourquoi me prendriez vous en thèse à financement semi-privé Cifre' de septembre 2008 à septembre 2011", qu'il est étudiant en master 2ème année en informatique (Bac+5) à Montpellier et 'spécialiste en intelligence artificielle et en génie logiciel'.

Il a très probablement obtenu son master 2, et était donc à la date de son embauche par la société Nav on time ingénieur-doctorant débutant.

La convention Cifre, qui est une convention tripartite, ayant pour objet de lui permettre pendant les trois ans destinés à la rédaction de sa thèse et sa soutenance, de travailler sous le statut de 'salarié-doctorant', et à l'employeur de bénéficier d'un contrat aidé, rappelle qu'il doit bénéficier d'un salaire annuel brut, hors charges patronales et primes incluses, qui ne peut être inférieur à 23 484 euros (fixé en l'espèce à 28 800 euros).

Son contrat de travail mentionne qu'il est embauché en qualité d'ingénieur d'étude recherche et développement, mais comporte aussi une clause intitulée 'convention de formation' stipulant que durant les trois premières années de son contrat (correspondant aux trois années de thèse) il sera affecté à un premier poste en R&D à caractère formateur, effectué dans le cadre d'une formation par la recherche et encadré par une convention Cifre, que dans le cadre de cette

formation, la responsabilité de l'encadrement scientifique des travaux de M. Z est confiée aux chercheurs du laboratoire Cnrs-Laas, que la qualité des travaux réalisés et la formation acquise sera vérifiée par la soutenance d'une thèse de doctorat.

M. Z ne remplissait donc absolument pas les conditions pour relever de la position 2.2 coefficient 130 au moment de son embauche, mais bien de la position 1.2 coefficient 100, l'intitulé des fonctions attribuées dans le contrat de travail ne correspondant pas à celles de la définition conventionnelle.

Il ne justifie pas de l'obtention de son doctorat se contentant de verser aux débats :

* un rapport d'activité à l'issue de sa première année de thèse, daté du 22 juin 2010, alors que sa première année de thèse aurait dû se terminer en juin 2009,

* un rapport à l'issue de sa deuxième année de thèse, daté du 3 juillet 2011.

La cour déduit de ces quelques éléments, que M. Z n'avait pas mené à son terme sa thèse lorsque son contrat de travail a été rompu, élément corroboré par la teneur de sa lettre en date du 29 février 2012 à son employeur, dans laquelle il justifie le fait d'avoir 'transporté' sans autorisation écrite sur un support personnel un logiciel de l'entreprise, par la date butoir du 25 décembre 2011, fixée par ses directeurs de thèse pour la remise d'un rapport incluant des résultats (manuscrit de thèse).

Il n'est pas plus fondé à arguer que la convention collective prévoit pour les ingénieurs et cadres ayant au moins deux ans de pratique de la profession un coefficient supérieur à 100 (105 lorsqu'ils sont âgés de moins de 26 ans et 115 s'ils ont plus de 26 ans), alors qu'il n'avait pas au bout de trois ans soutenu sa thèse, ni obtenu le diplôme correspondant.

Il n'avait donc qu'une expérience professionnelle limitée, liée à sa formation en cours, qui ne lui permettait pas de prétendre à un coefficient supérieur au coefficient 100.

Le jugement entrepris sera confirmé à cet égard. * sur la convention de forfait :

Il résulte des dispositions cumulées des articles L.3121-39, L.3121-43 et L.3121-44 du code du travail que les cadres disposant d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et dont la nature des fonctions ne les conduit pas à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés, et les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées, peuvent conclure une convention de forfait en jours sur l'année dans la limite de la durée annuelle fixée par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut par une convention ou un accord de branche, sans pouvoir excéder 218 jours.

Chaque salarié concerné doit donner son accord par écrit, et l'employeur doit organiser, avec chaque salarié ayant conclu une telle convention, un entretien annuel individuel portant sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale et sur sa rémunération.

En l'espèce, si le contrat de travail fait mention d'un forfait annuel de 218 jours, il n'est produit aux débats aucun entretien annuel individuel. La clause de forfait-jours n'est pas opposable à

M. Z dont le temps de travail relève donc du droit commun.

Aux termes 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 effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.

La preuve des horaires de travail effectués n'incombe ainsi spécialement à aucune des parties et l'employeur doit être en mesure de fournir des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, lorsque ce dernier fournit des éléments de nature à étayer sa demande.

En l'espèce, M. Z ne produit aucun décompte précis, hebdomadaire, des heures de travail qu'il prétend avoir effectuées, se contentant d'affirmer qu'il a travaillé 51 jours en 2008, 236 jours en 2009, 239 jours en 2010 et 228 jours en 2011 et sollicite un rappel de salaires pour 18 jours en 2009, pour 21 jours en 2010 et pour 228 jours en 2011.

Il vient d'être jugé que la clause de forfait-jours n'est pas applicable. La durée de travail applicable est par conséquent celle du droit commun (35 heures hebdomadaires) et le rappel de salaire ne peut porter que sur des heures supplémentaires, qu'il incombe au salarié de quantifier précisément pour qu'il puisse être considéré qu'il étaye sa demande et permettre un débat contradictoire à son sujet.

Or M. Z n'étaye pas ses demandes, le Centre de gestion et d'études AGS relevant, avec pertinence, que le rapport d'activité de la première année de thèse mentionne qu'il 'a su ménagé (sic) son emploi du temps afin d'être présent environ 70 % dans la société et 30 % au laboratoire'.

Le jugement entrepris qui l'a débouté de sa demande de rappel de salaire pour non-respect de la convention forfait-jours et de la demande subséquente pour travail dissimulé sera confirmé.

* sur le licenciement :

Aux termes des dispositions de l'article L. 1232-6 du code du travail, l'employeur est tenu d'énoncer dans la lettre de licenciement, le ou les motifs du licenciement.

La lettre de licenciement fixe les limites du litige.

La faute grave se définit comme un fait ou un ensemble de faits, personnellement imputables au salarié, constituant une violation d'une obligation contractuelle ou un manquement à la discipline de l'entreprise, d'une gravité telle qu'elle rend impossible son maintien dans l'entreprise.

Lorsque l'employeur retient la qualification de faute grave dans la lettre de licenciement, il lui incombe de rapporter la preuve matérielle des faits reprochés à son salarié.

Le contrôle de la matérialité des faits reprochés auquel le juge doit procéder implique une appréciation de leur imputabilité au salarié, de leur caractère objectivement fautif et sérieux justifiant la rupture du contrat de travail, ainsi que de leur gravité rendant impossible le maintien dans l'entreprise.

Enfin, il résulte des dispositions de l'article L.1332-4 du code du travail qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins qu'il n'ait donné lieu dans le même temps à l'exercice de poursuites pénales.

La lettre de licenciement en date du 12 mars 2012, rédigée sur cinq pages, fait grief au salarié d'avoir manqué à son obligation de loyauté en violant le secret professionnel et des secrets de fabrication.

Elle fait état d'éléments découverts après restitution de l'ordinateur par un audit programmé les 11 et 12 février 2012 et lui reproche :

- * la divulgation de manière intentionnelle, de juin à septembre 2011, d'un logiciel en cours de développement destiné à être la propriété de la société : en effectuant des sauvegardes d'un logiciel en cours de développement sur des serveurs internet de l'entreprise Google en choisissant délibérément une licence GPL (open source), avec possibilité de libre redistribution, d'accès 'aux codes source' et aux travaux dérivés, sans en aviser son employeur, ni lui demander son autorisation. Elle relève que le dépôt de ce logiciel sur les serveurs de Google a été délibéré par 'son identification d'auteur personnelle', avec une messagerie personnelle,

- * des manquements à la discrétion et à la loyauté au travers de la soumission d'une publication scientifique à l'Icra 2012,

- * de ne pas avoir respecté le cloisonnement nécessaire des développements commerciaux et des développements de thèse en divulguant des informations sensibles sur les technologies propres de l'entreprise, mises en oeuvre par ses collègues de l'entreprise.

- * une copie illicite du code source des logiciels commerciaux et outils de l'entreprise, découverte sur son ordinateur, et réalisée le 5 décembre 2011.

M. Z soutient que la cause réelle de son licenciement est son inaptitude, et subsidiairement que les fautes qui lui sont reprochées sont prescrites et très subsidiairement que les fautes invoquées ne sont pas établies.

La convocation à entretien préalable avec mise à pied conservatoire en date du 13 février 2012, fait référence à la restitution de l'ordinateur de l'entreprise le 6 janvier 2012.

Par conséquent, l'employeur n'a pu avoir connaissance du contenu de cet ordinateur qu'après cette date, que M. Z ne conteste pas, comme étant celle de la restitution de l'ordinateur à son employeur, soutenant qu'en réalité il n'y a pas eu d'audit.

La lettre de licenciement se réfère effectivement à un 'audit des 10 et 11 février' ayant révélé à l'employeur notamment le dépôt d'un logiciel sur un serveur google non sécurisé et la copie illicite du code source des logiciels commerciaux et outils de l'entreprise.

Cet audit n'est pas versé aux débats, même si les conclusions qui lui sont attribuées par la lettre de licenciement, sont corroborées par le constat en date des 11 et 16 octobre, 15 novembre 2012 et 25 février 2013 auquel est annexé un rapport en date du 11 octobre 2012 d'un expert en informatique.

Même si l'employeur a lui-même découvert, en raison de ses compétences, après la restitution de l'ordinateur, soit après le 6 janvier 2012, que M. Z avait utilisé pour les sauvegardes un logiciel non sécurisé, et copié illicitement le code source des logiciels commerciaux et outils de l'entreprise, la connaissance de tels faits se situe nécessairement dans le délai de deux mois de l'enclenchement des poursuites disciplinaires (soit le 13 février 2012).

Ces faits ne sont donc pas prescrits.

Le rapport de l'expert en informatique établit sans contestation possible que l'auteur de ces sauvegardes sur le serveur Google est M. Z, l'identité des fichiers présents sur l'ordinateur qu'il utilisait et sur le site de Google, l'expert ajoutant que des items identiques ont été copiés sur google code.

M. Z ne conteste pas avoir procédé aux sauvegardes qui lui sont reprochées, ni copié, sans l'autorisation de son employeur, le code source des logiciels commerciaux et outils de l'entreprise, faits dont la matérialité est établie par ce rapport d'expertise informatique versé aux débats qui a pu ainsi être contradictoirement débattu.

M. Z n'est pas fondé à soutenir que de tels agissements ne seraient pas fautifs, motif pris qu'il était 'en droit' d'utiliser les logiciels, tant du Cnrs que de la société Nav on time utiles à son travail. La faute qui lui est reprochée ne réside pas dans l'utilisation pour son travail de ces logiciels mais dans la sauvegarde effectuée sur des serveurs internet de l'entreprise Google avec possibilité de libre redistribution, d'accès 'aux codes source' et aux travaux dérivés.

Or son contrat de travail comporte des clauses particulières et notamment :

* une clause de loyauté, lui faisant interdiction pendant toute la durée de son contrat de travail de s'intéresser à quelque titre que ce soit directement ou indirectement à toute entreprise ayant une activité susceptible de concurrencer en tout ou en partie celle de l'entreprise, sauf autorisation expresse de la direction,

* une clause de discrétion lui faisant interdiction de communiquer à qui que ce soit, pendant la durée de son contrat de travail et après sa rupture, des informations et documents sur les méthodes, l'organisation et/ou le fonctionnement de l'entreprise et à faire preuve d'une discrétion absolue sur l'ensemble des données ou informations dont il pourrait avoir connaissance, directement ou indirectement que celles-ci soient ou non en rapport avec ses fonctions.

En sauvegardant des données confidentielles, personnelles en lien avec ses recherches, mais aussi propres à l'entreprise, sur un serveur non sécurisé, sans solliciter préalablement l'accord de son employeur, alors même qu'il existait dans l'entreprise des serveurs sécurisés, M. Z a commis une faute d'une gravité particulière, incompatible avec la poursuite de la relation de travail.

Le jugement entrepris qui a retenu l'existence de la faute grave et débouté M. Z de ses demandes subséquentes à la rupture de son contrat de travail sera donc confirmé en totalité.

Enfin concernant l'irrégularité de procédure de licenciement liée au non-respect du délai de 5

jours ouvrables entre la convocation à entretien préalable et la date de celui-ci, M. Z ne fait pas état d'un préjudice particulier, ayant été assisté à cet entretien. Il ne formule pas davantage de demande indemnitaire chiffrée.

M. Z succombant en son appel ne peut solliciter une indemnité sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

- Confirme le jugement entrepris en totalité, y ajoutant,
- Dit n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile au bénéfice de M. Z,
- Condamne M. Jean-Marie Z aux dépens d'appel.

Le présent arrêt a été signé par Caroline ..., présidente, et par Brigitte ..., greffière

LA GREFFIÈRE LA PRÉSIDENTE

Brigitte COUTTENIER Caroline PARANT .