

**COUR D'APPEL**

**DE**

**VERSAILLES**

**17ème chambre**

**ARRET N°**

CONTRADICTOIRE

DU 22 JANVIER 2014

R.G. N° 12/03390

AFFAIRE :

**EURL DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT**

C/

**Mohamed KHOUNA**

Décision déferée à la cour : Jugement rendu le 28 Juin 2012 par le Conseil de Prud'hommes -  
Formation paritaire de MONTMORENCY

Section : Activités diverses

N° RG : 11/00971

Copies exécutoires délivrées à :

**Me Arnaud LEROY**

**Me Marc DESMICHELLE**

Copies certifiées conformes délivrées à :

**EURL DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT**

**Mohamed KHOUNA**

le : 23 Janvier 2014

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

LE VINGT DEUX JANVIER DEUX MILLE QUATORZE,

La cour d'appel de VERSAILLES, a rendu l'arrêt suivant dans l'affaire entre :

**EURL DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT**

24 Route de Groslay

95200 SARCELLES

représentée par Me Arnaud LEROY, avocat au barreau de VAL DOISE, vestiaire : 100

*APPELANTE*

\*\*\*\*\*

**Monsieur Mohamed KHOUNA**

16 Chemin des Carrières de Saint Come

95270 LUZARCHES

comparant en personne, assisté de Me Marc DESMICHELLE, avocat au barreau de PARIS, vestiaire : R078 substitué par Me Nadia AGAOUA, avocat au barreau de PARIS, vestiaire : C2476

*INTIME*

\*\*\*\*\*

**Composition de la cour :**

En application des dispositions de l'article 945-1 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 20 Novembre 2013, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Isabelle LACABARATS, Président chargé d'instruire l'affaire.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Madame Isabelle LACABARATS, Président,

Madame Clotilde MAUGENDRE, Conseiller,

Madame Régine NIRDE-DORAIL, Conseiller,

Greffier, lors des débats : Madame Christine LECLERC,

Vu le jugement du conseil de prud'hommes de Montmorency (section Activités diverses) du 28 juin 2012 qui a :

- dit le licenciement de Monsieur KHOUNA sans cause réelle et sérieuse,

- dit que la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT devrait verser à Monsieur KHOUNA les sommes suivantes :

. 25 000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

. 6 036,10 euros à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement,

. 12 553,65 euros à titre d'indemnité de préavis,

. 603,61 euros au titre des congés payés afférents,

- . 3 609,90 euros à titre de rappel de salaire pour la période du 5 octobre au 9 novembre 2010,
- . 360,99 euros au titre des congés payés afférents,
- . 900 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- dit que la moyenne des trois derniers mois de salaire était de 4 184,55 euros bruts aux fins de l'exécution provisoire du présent jugement,
- laissé à chacune des parties la charge de ses éventuels dépens,

Vu la déclaration d'appel adressée au greffe le 16 juillet 2012 et les conclusions déposées et soutenues oralement à l'audience par son conseil pour la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT qui demande à la cour, infirmant le jugement, de :

- dire le licenciement ' prononcé pour faute grave le 9 novembre 2010 ',
- débouter Monsieur KHOUNA de l'ensemble de ces demandes,
- dire qu'il devra restituer à la société les sommes réglées au titre de l'exécution provisoire, soit la somme de 21 016,08 euros et au besoin, l'y condamner,
- le condamner aux entiers dépens et au paiement de la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Vu les conclusions déposées et soutenues oralement à l'audience par son conseil pour Monsieur Mohamed KHOUNA qui entend voir :

- dire que le constat d'huissier en date du 8 octobre 2010 produit par la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT a été établi en violation du droit à sa vie privée et en ordonner le retrait,
- confirmer le jugement,
- dire son licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- condamner la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT à lui payer les sommes de :
  - . 6 036,10 euros au titre de l'indemnité de préavis et 603,61 euros au titre des congés payés afférents,
  - . 3 609,90 euros à titre de rappel de salaire pour la période du 5 octobre au 9 novembre 2010 et 360,99 euros à titre de rappel sur l'indemnité de congés payés afférents,
  - . 12 553,65 euros à titre d'indemnité de licenciement,
  - . 900 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- statuant à nouveau, sur le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- condamner la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT à lui payer la somme de 50 214 euros,

- condamner la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT aux dépens et au paiement d'une somme de 3 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile,

## LA COUR,

Considérant que Monsieur KHOUNA a été engagé, le 18 décembre 2000, en qualité de chauffeur-livreur, par la SARL DISTRIBUTION SERVICE ayant pour activité la distribution, le stockage, le transport et le transit, spécialisée dans le domaine cinématographique et appliquant la convention collective nationale des industries de distribution de films cinématographiques ;

Qu'en 2009, la société ayant décidé d'organiser son activité en créant des filiales, le contrat de travail de Monsieur KHOUNA a été transféré à la SARL DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT ayant pour activité le transport routier de proximité au sein de laquelle il occupait en dernier lieu les fonctions de 'responsable chauffeurs' ;

Que, mis à pied à titre conservatoire et convoqué par lettre recommandée avec avis de réception du 5 octobre 2010 à un entretien préalable fixé le 14 octobre, Monsieur KHOUNA a été licencié pour faute grave par lettre recommandée avec avis de réception du 9 novembre 2010 développant sur sept pages, sous forme de compte-rendu d'entretien préalable, de nombreux griefs tenant à l'exercice d'une activité concurrente et déloyale par le biais de la société FACILITY EVENT ainsi qu'à des irrégularités comptables ;

Considérant, sur le rejet des débats du procès-verbal de constat du 8 octobre 2010, que Monsieur KHOUNA, suivi en cela par le conseil de prud'hommes, entend voir écarter des débats le constat d'huissier établi à la demande de l'employeur, le 8 octobre 2010, après sa mise à pied, en violation de sa vie privée, au motif que les documents qui ont fait l'objet des constatations effectuées sur l'ordinateur désigné comme celui mis à sa disposition par l'employeur, classés dans le dossier 'mes documents', étaient des fichiers personnels ;

Que, cependant, les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence ;

Que des fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils sont classés dans un dossier intitulé 'mes documents' ;

Qu'en l'espèce, Monsieur KHOUNA ne conteste pas que les fichiers, dont l'huissier instrumentaire a constaté la présence dans un dossier intitulé 'mes documents', se trouvaient bien sur l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur ;

Qu'aucune mention ne permettant de les identifier comme personnels et aucune disposition restreignant le pouvoir de consultation de l'employeur ou le soumettant à des conditions particulières n'étant invoquée, l'employeur était en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé ; que, dès lors, le constat établi à sa demande par l'huissier de justice constitue un mode de preuve licite et qu'il n'y a pas lieu de l'écarter des débats ;

Considérant, sur la cause du licenciement, que la faute grave résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui rend impossible son maintien dans l'entreprise ; que la mise en oeuvre de la rupture du contrat de travail doit intervenir dans un délai restreint après que l'employeur a eu connaissance des faits allégués dès lors qu'aucune vérification n'est nécessaire ; que la charge de la preuve de la faute grave incombe à l'employeur ;

Qu'en vertu de l'article L. 1332-4 du code du travail, 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 que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice

de poursuites pénales ; que cette disposition ne s'oppose pas à la prise en considération d'un fait antérieur à deux mois dans la mesure où le comportement du salarié s'est poursuivi dans ce délai ;

Considérant qu'il convient d'abord de préciser que, nonobstant sa présentation, la lettre de licenciement, signée du seul gérant de la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT, ne constitue pas un compte rendu-d'entretien préalable et que les réponses qu'elle prête au salarié n'ont aucune valeur probante ;

Considérant, *s'agissant des irrégularités comptables*, que le cabinet d'expertise-comptable de la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT atteste avoir alerté le gérant de la société, lors de l'établissement de la situation comptable intermédiaire au 31 août 2010, sur des anomalies des indicateurs comptables et sollicité qu'il soit procédé à des investigations approfondies auxquelles l'employeur justifie s'être livré en septembre et octobre 2010 ;

Que cette attestation ne peut cependant expliquer la découverte de factures ou notes de frais datant de 2009 dont l'irrégularité, à la supposer établie, ne pourrait être retenue à l'appui du licenciement prononcé au mois de novembre 2010 ;

Que l'authenticité des annotations manuscrites portées sur les factures du garage AUTO DISTRIBUTION n'étant pas établie, ces pièces, dont certaines datent de 2010 mais qui ne mentionnaient ni le n° d'immatriculation ni le type du véhicule concerné, ne permettent pas d'établir avec certitude la réalité des irrégularités invoquées à leur sujet ;

Que ce grief n'est, en conséquence, pas établi ;

Considérant, *s'agissant de l'exercice d'une activité concurrente et déloyale*, qu'il résulte des courriels adressés par Monsieur KHOUNA au gérant de la société que celui-ci avait connaissance, dès 2009, de l'intention de son salarié de développer une activité pour son compte personnel et qu'il a été informé, au mois de juin 2010, de son souhait de quitter la société en septembre pour se consacrer à cette activité et, le 29 juillet 2010, de la création de la société FACILITY EVENT ;

Que, cependant, alors que les messages échangés ne mentionnent pas précisément l'activité envisagée par Monsieur KHOUNA, la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT démontre n'avoir eu connaissance de l'activité concurrente à la sienne menée par la société FACILITY EVENT et du détournement de clientèle opéré par le salarié à son détriment que par le courriel reçu le 30 septembre 2010 de la société WILD BUNCH lui demandant de transférer son stock chez FACILITY EVENT dans les plus brefs délais, suivi par celui de la société BORSALINO du 6 octobre 2010 l'informant de son souhait de cesser d'entreposer ses palettes chez elle et autorisant ' Mohamed de la société FACILITY EVENT ' à venir les chercher ;

Que l'employeur a engagé la procédure de licenciement dès le 5 octobre 2010, soit dans le délai restreint requis et que ces faits l'autorisent à se prévaloir de faits de même nature, connus d'elle depuis moins de deux mois, tels que la demande, portée à sa connaissance le 23 août 2010, que Monsieur KHOUNA avait adressée, le 28 juin 2010, au moyen du téléphone portable mis à sa disposition, à l'entreprise de transport EGETRA, prestataire de la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT, de ' facturer FACILITY EVENT ' pour un transport qu'il avait commandé le 24 juin 2010 ; que Monsieur KHOUNA, dont les courriels afférents à ce transport émanent de sa messagerie ' dstransport ', ne justifie nullement de ce qu'il agissait, comme il le prétend, en accord avec la société qui l'employait, ' pour la première fois sur le même projet avec un rôle bien défini pour chacune ' ;

Que la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT verse encore aux débats des courriels dont il résulte que Monsieur KHOUNA a tenté de retarder la récupération par l'employeur du matériel appartenant à des clients de la société et stocké, pour le compte de cette dernière, dans un local loué à

une SCI ABID, situé à son adresse personnelle et géré par lui, et que, dans le même temps, le 28 juillet 2010, il a sollicité, de son interlocutrice au sein de la société WALT DISNEY, 'un mail de ta part indiquant le souhait que le matériel stocké actuellement chez DS type événementiel est pris et stocké dans les locaux de FACILITY EVENT ' ; que ni l'attestation délivrée par la salariée de la société WALT DISNEY, destinataire du mail et amie de Monsieur KHOUNA, affirmant qu'il ne s'agissait pas d'une sollicitation de sa part en vue d'obtenir des commandes commerciales, ni celle du directeur marketing de la société WALT DISNEY qui estime que les deux sociétés, avec lesquelles il travaille toujours, assurent des prestations différentes, ne sont de nature à remettre en cause la portée du message, caractérisant pour le moins une tentative de détournement de la clientèle de son employeur ;

Que la SARL FACILITY EVENT, constituée le 10 juin 2010, dont Monsieur KHOUNA et son épouse détiennent chacun 40% des parts et dont 20% des parts sont détenues par Monsieur SALMI, alors salarié de la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT, a pour objet :

'- l'exploitation de tout fond de commerce ayant pour objet le stockage, la distribution de matériel cinématographique et tous autres supports, l'événement, décoration cinématographique, salon, congrès, type événementielle la prestation de service sur festival national ou international ...' ;

Que, si son objet social diffère dans son libellé de celui de la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT consistant dans 'le transport routier de marchandises et locations des véhicules avec des véhicules n'excédant pas 3,5 tonnes de poids maximal autorisé ', il résulte suffisamment des mentions figurant sur le contrat de travail de Monsieur KHOUNA, de la convention collective applicable et des pièces produites que son cœur de métier était la distribution, le stockage, le transport et le transit dans le domaine cinématographique de sorte que l'activité de la SARL FACILITY EVENT entrainait manifestement en concurrence avec celle de la société DISTRIBUTION SERVICE TRANSPORT ;

Que la création d'une structure concurrente, l'activité concurrente développée par Monsieur KHOUNA avant même la rupture de son contrat de travail et le détournement de clientèle qui lui sont reprochés sont ainsi établis ;

Que les circonstances que Monsieur KHOUNA n'ait jamais fait l'objet d'aucune remarque ni sanction, que l'employeur lui ait laissé un temps espérer une collaboration sans y donner suite puis, plus récemment, ait envisagé un partenariat avec la structure qu'il allait créer, dont le salarié ne justifie cependant pas l'avoir informé de l'activité exacte, ou encore que l'employeur n'ait pas d'emblée fait connaître qu'il refusait la rupture conventionnelle souhaitée par son salarié ne retirent pas aux faits commis par ce dernier leur caractère de gravité ;

Qu'il convient, en conséquence, infirmant le jugement, de dire le licenciement fondé sur une faute grave et de débouter Monsieur KHOUNA de l'intégralité de ses prétentions ;

Considérant que la restitution des sommes versées en exécution de la décision infirmée est, sans qu'il y ait lieu de l'ordonner, la conséquence de l'arrêt infirmatif rendu ;

## **PAR CES MOTIFS**

**STATUANT PUBLIQUEMENT ET CONTRADICTOIREMENT,**

**INFIRMANT** le jugement en toutes ses dispositions,

**DEBOUTE** Monsieur KHOUNA de sa demande de rejet des débats du procès-verbal d'huissier du 8 octobre 2010,

DIT le licenciement de Monsieur Mohamed KHOUNA fondé sur une faute grave,

LE DEBOUTE de l'intégralité de ses demandes,

LE CONDAMNE aux dépens de première instance et d'appel et dit n'y avoir lieu à indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

**Arrêt prononcé par mise à disposition au greffe de la cour, conformément à l'avis donné aux parties à l'issue des débats en application de l'article 450, alinéa 2, du code de procédure civile, et signé par Madame Isabelle Lacabarats, président et Madame Marie Verardo, greffier.**

**Le greffier Le président**