

Photographier un ancien salarié : une pratique illégale



Un employeur n'est pas en droit de prendre des photographie de son ancien salarié même dans un lieu public pour établir une violation de sa clause de non concurrence Il s'agit là d'un moyen de preuve illicite et donc irrecevable.

Filature d'un ex-employeur

Au visa de l'article 9 du code civil, le salarié a fait valoir avec succès que l'employeur ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle sans en avoir informé son salarié, qu'une filature organisée par l'employeur est un moyen de preuve illicite.

Il ajoute qu'il n'était pas sur la voie publique, que les filatures se sont déroulées sur plusieurs mois et que les photographies n'ont pas été prises à la demande de l'employeur dans le but de préserver ses intérêts, mais par un collègue de manière fortuite alors qu'il rencontrait son épouse et des amis.

La société a répondu (sans succès) qu'il est permis de prendre des photographies de personnes dans un lieu public dès lors qu'elles ne révèlent pas leur vie privée et non pas été diffusées.

Absence de pouvoirs de l'ex employeur

Les pièces 9 et 16 sont postérieures (27 janvier et 27 juin 2017) à la cessation de l'activité du salarié au sein de la société de sorte que les règles applicables au pouvoir de l'employeur sont ici inopérantes.

Ces pièces sont, selon les deux parties, des photographies de la personne du salarié dont le consentement n'a pas été sollicité. Elles sont produites en justice, peu important qu'elles n'aient pas été diffusées.

Respect de la vie privée

Aux termes de l'article 9 du code civil, chacun a droit au respect de sa vie privée. La production en justice d'un cliché ne révélant rien de la vie privée ne constitue pas une atteinte à ce droit.

Par ailleurs, le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Il ne peut être affirmé que les photographies cotées 9 et 17 ne révèlent rien de la vie privée du salarié. L'indication de leurs date et heure ne suffit pas à établir qu'elles sont sans rapport avec celle-ci ; ce dernier a été photographié dans l'espace privé d'un établissement et son épouse atteste qu'ils devaient déjeuner ensemble. La seconde photographie cotée 17 a été prise sur un trottoir mais cette seule circonstance ne suffit pas pour dire qu'elle est sans lien avec la vie privée de l'appelant.

Par ailleurs, la production devant la cour de ces deux clichés

n'est pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et est disproportionnée au but recherché. Les 27 avril 2017, 15 mai et 24 mai 2017, la société a obtenu des présidents des tribunaux judiciaires de Limoges, [Localité 4] et [Localité 5] l'autorisation de se rendre dans les locaux des entreprises Nuances Unikalo, Techno Peint et Unikalo Charente pour obtenir des documents en lien avec le travail du salarié, de sorte que la capture de l'image de ce dernier n'était pas le seul élément de preuve utile, peu important que l'une d'elle ait été prise dans un lieu public. Ces deux pièces ont donc été écartées des débats.

COUR D'APPEL DE BORDEAUX

CHAMBRE SOCIALE – SECTION A

ARRÊT DU : 04 JANVIER 2023

PRUD'HOMMES

N° RG 19/04038 – N° Portalis DBVJ-V-B7D-LEQW

SAS DELZONGLE AQUITAINE

c/

Monsieur [F] [U]

Nature de la décision : AU FOND

Grosse délivrée le :

à :

Décision déferée à la Cour : jugement rendu le 21 juin 2019 (R.G. n°F 17/01184) par le Conseil de Prud'hommes – Formation

paritaire de BORDEAUX, Section Encadrement, suivant déclaration d'appel du 17 juillet 2019,

APPELANTE :

SAS Delzongle Aquitaine, agissant en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège social [Adresse 3]

N° SIRET : 344 037 213

représentée par Me Pierre FONROUGE de la SELARL LEXAVOUE BORDEAUX, avocat au barreau de BORDEAUX et assistée de Me Jean Romain RAPP, avocat au barreau de TOULOUSE

INTIMÉ :

Monsieur [F] [U]

né le 24 Mai 1983 à [Localité 7] de nationalité Française

demeurant [Adresse 2]

représenté par Me Caroline BALES substituant Me Marjorie SCHNELL de la SELARL MARJORIE SCHNELL AVOCAT, avocat au barreau de BORDEAUX

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 805 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 08 novembre 2022 en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Catherine Rouaud-Folliard, présidente chargée d'instruire l'affaire,

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

Madame Catherine Rouaud-Folliard, présidente

Madame Sylvie Tronche, conseillère

Madame Bénédicte Lamarque, conseillère

Greffier lors des débats : Evelyne Gombaudo,

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 à l'article 450 alinéa 2 du Code de Procédure Civile.

EXPOSE DU LITIGE

Monsieur [F] [U] né en 1983, a été engagé en qualité de préparateur de commandes par la SAS Delzongle Aquitaine, par contrat de travail à durée indéterminée à compter du 6 juillet 2004.

A compter du 1er août 2007, M. [U] a été promu aux fonctions de représentant exclusif.

Les relations contractuelles entre les parties étaient soumises à la convention collective nationale du commerce de gros.

En dernier lieu, la rémunération mensuelle brute moyenne de M. [U] s'élevait à la somme de 3 286,68 euros calculée sur les trois derniers mois.

Par lettre datée du 5 septembre 2016, M. [U] a notifié sa démission à la SAS Delzongle Aquitaine.

Le 14 septembre 2016, la société a informé M. [U] qu'elle maintenait la clause de non concurrence d'une durée d'un an sur les départements 87 et 23 et qu'elle lui versait en conséquence la contrepartie financière.

Après un préavis de 3 mois expirant le 5 décembre 2016, les relations contractuelles ont pris fin.

Le 7 décembre 2016, M. [U] a été embauché au sein de la société Unikalo Charente en qualité de technico commercial sur le département de la Gironde.

Soutenant que la clause de non concurrence était opposable à M. [U], souhaitant faire constater la violation de l'obligation de non concurrence et sollicitant diverses indemnités, la SAS Delzongle Aquitaine a saisi le 27 juillet 2017, le conseil de prud'hommes de Bordeaux qui, par jugement rendu le 21 juin 2019, a :

- dit que la clause de non-concurrence définie à l'article 7 du contrat de travail est opposable à M. [U],
- dit que M. [U] n'a pas violé son obligation contractuelle de non-concurrence,
- débouté la SAS Delzongle Aquitaine de l'intégralité de ses demandes,
- condamné la SAS Delzongle Aquitaine à payer à M. [U] la somme de 7.431,96 euros bruts à titre de solde de son indemnité compensatrice de non-concurrence outre la somme de 743,19 euros de congés payés y afférents,
- rappelé que l'exécution provisoire est de droit, conformément aux dispositions de l'article R.1454-28 du code du travail, dans la limite maximum de neuf mois de salaire calculés sur la moyenne des trois derniers mois, soit 3.288,66 euros bruts,
- condamné la SAS Delzongle Aquitaine à payer à M. [U] la somme de 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- débouté M. [U] du surplus de ses demandes,

– condamné la SAS Delzongle Aquitaine aux entiers dépens.

Par déclaration du 17 juillet 2019, la SAS Delzongle Aquitaine a relevé appel de cette décision, notifiée le 21 juin 2019.

Dans ses dernières conclusions adressées au greffe par le réseau privé virtuel des avocats le 10 octobre 2022, la SAS Delzongle Aquitaine demande à la cour de :

- révoquer l'ordonnance de clôture en date du 6 octobre 2022,
- rejetant toutes conclusions contraires comme injustes et mal fondées,

Sur l'appel principal de la SAS Delzongle Aquitaine :

– confirmer le jugement du conseil des prud'hommes de Bordeaux en ce qu'il a dit que la clause de non concurrence définie à l'article 7 du contrat de travail était opposable à M. [U],

– réformer la décision dont appel, en ce qu'elle a :

* dit que M. [U] n'a pas violé son obligation contractuelle de non concurrence,

* débouté la SAS Delzongle Aquitaine de l'intégralité de ses demandes,

* condamné la SAS Delzongle Aquitaine à payer à M. [U] la somme de 7.431,96 euros bruts à titre de solde de son indemnité compensatrice de non-concurrence outre la somme de 743,19 euros de congés payés y afférents,

* condamné la SAS Delzongle Aquitaine à payer à M. [U] la somme de 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

* condamné la SAS Delzongle Aquitaine aux dépens,

Et statuant à nouveau,

* dire que M. [U] a violé son obligation contractuelle de non concurrence,

* condamner M. [U] au remboursement des indemnités de non concurrence effectivement perçues soit la somme au total de 16.350,24 euros brut,

* condamner M. [U] au paiement de la somme de 41.349,33 euros à titre de dommages et intérêts par application de la clause pénale contractuelle sur le fondement de l'article L.1231-5 du code civil,

– confirmer le jugement dans toutes ses autres dispositions ayant rejeté les demandes indemnitaires de M. [U],

Sur l'appel incident de M. [U] :

– à titre principal, débouter M. [U] de son appel incident à titre principal,

* constater que M. [U] n'apporte, comme en première instance, aucun élément de nature à déterminer le préjudice subi,

* confirmer la décision du conseil des prud'hommes et rejeter la demande de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi,

– à titre subsidiaire, débouter M. [U] de son appel incident à titre subsidiaire,

* constater que M. [U] n'était pas libéré de sa clause de non-concurrence,

* confirmer la décision du conseil de prud'hommes,

– à titre infiniment subsidiaire, débouter M. [U] de son appel incident à titre infiniment subsidiaire,

* faire une stricte application de la clause pénale dans son montant,

* condamner M. [U] à payer à la la SAS Delzongle Aquitaine, 41.349,33 euros à titre de dommages et intérêts par application de la clause pénale contractuelle sur le fondement de l'article L.1231-5 du code civil,

– débouter M. [U] de toutes ses demandes,

– condamner M. [U] à payer à la la SAS Delzongle Aquitaine une somme de 3.000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, outre les dépens et frais de procédure.

Dans ses dernières conclusions adressées au greffe par le réseau privé virtuel des avocats le 30 septembre 2022, M. [U] demande à la cour de :

A titre principal :

– confirmer le jugement dont appel en ce qu'il a :

* dit que M. [U] n'a pas violé son obligation contractuelle de non-concurrence,

* débouté la SAS Delzongle Aquitaine de l'intégralité de ses demandes,

* condamné la SAS Delzongle Aquitaine à payer à M. [U] la somme de 7.431,96 euros bruts à titre de solde de son indemnité compensatrice de non-concurrence outre la somme de 743,19 euros de congés payés y afférents,

* rappelé que l'exécution provisoire est de droit, conformément aux dispositions de l'article R.1454-28 du code du travail, dans la limite maximum de neuf mois de salaire calculés sur la moyenne des trois derniers mois, soit 3.288,66 euros bruts,

* condamné la SAS Delzongle Aquitaine à payer à M. [U] la somme de 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

* condamné la SAS Delzongle Aquitaine aux entiers dépens,

– réformer le jugement dont appel en ce qu'il a :

* dit que la clause de non-concurrence définie à l'article 7 du contrat de travail était opposable à M. [U],

* débouté M. [U] du surplus de ses demandes,

Statuant de nouveau,

– rejeter, en raison du mode de preuve déloyal et illicite, les pièces adverses n°9, 20 et 17,

– condamner la SAS Delzongle Aquitaine à verser à M. [U] la somme de 8.000 euros nets à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution par la SAS Delzongle Aquitaine de son obligation de verser la contrepartie financière,

– débouter la SAS Delzongle Aquitaine de l'ensemble de ses demandes,

– condamner la SAS Delzongle Aquitaine aux dépens de l'instance ainsi qu'à verser à M. [U] la somme de 3.000 euros au titre de l'indemnité prévue par l'article 700 du code de procédure civile,

A titre subsidiaire, si par extraordinaire, la cour considérait que M. [U] avait violé son obligation de non-concurrence :

– confirmer le jugement dont appel en ce qu'il a :

* débouté la SAS Delzongle Aquitaine de l'intégralité de ses demandes,

* condamné la SAS Delzongle Aquitaine à payer à M. [U] la somme de 7.431,96 euros bruts à titre de solde de son indemnité compensatrice de non-concurrence outre la somme de 743,19 euros de congés payés y afférents,

* rappelé que l'exécution provisoire est de droit, conformément aux dispositions de l'article R.1454-28 du code du travail, dans la limite maximum de neuf mois de salaire calculés sur la moyenne des trois derniers mois, soit 3.288,66 euros bruts,

* condamné la SAS Delzongle Aquitaine à payer à M. [U] la somme de 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

* condamné la SAS Delzongle Aquitaine aux dépens,

– réformer le jugement dont appel en ce qu'il a :

* dit que la clause de non-concurrence définie à l'article 7 du contrat de travail était opposable à M. [U],

* débouté M. [U] du surplus de ses demandes,

Statuant de nouveau :

– rejeter, en raison du mode de preuve déloyal et illicite, les pièces adverses n°9, 20 et 17,

– condamner la SAS Delzongle Aquitaine à verser à M. [U] la somme de 8.000 euros nets à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution par la SAS Delzongle Aquitaine de son obligation de verser la contrepartie financière,

– juger que M. [U] était libéré de sa clause de non-concurrence,

– débouter la SAS Delzongle Aquitaine de l'ensemble de ses demandes,

– condamner la SAS Delzongle Aquitaine aux dépens de l'instance ainsi qu'à verser à M. [U] la somme de 3.000 euros au titre de l'indemnité prévue par l'article 700 du code de procédure civile,

A titre infiniment subsidiaire, si par extraordinaire, la Cour considérait que M. [U] avait violé son obligation de non-concurrence et n'était pas libéré de sa clause de non-concurrence :

– rejeter, en raison du mode de preuve déloyal et illicite, les pièces adverses n°9, 20 et 17,

– condamner la SAS Delzongle Aquitaine à verser à M. [U] la somme de 8.000 euros nets à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution par la SAS Delzongle Aquitaine de son obligation de verser la contrepartie financière,

– réduire le montant de l'indemnité de non-concurrence à rembourser en ne retenant que la période du 27 janvier 2017 au 5 décembre 2017,

– réduire le montant de la clause pénale en application de l'article 1235-1 du code civil,

– débouter la SAS Delzongle Aquitaine de l'ensemble de ses demandes,

– condamner la SAS Delzongle Aquitaine aux dépens de l'instance ainsi qu'à verser à M. [U] la somme de 3.000 euros au titre de l'indemnité prévue par l'article 700 du code de procédure civile.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 6 octobre 2022 et l'affaire a été fixée à l'audience du 8 novembre 2022.

Pour un plus ample exposé des faits, de la procédure antérieure, des prétentions et des moyens des parties, la cour se réfère à leurs conclusions écrites conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile ainsi qu'à la décision déferée.

À l'audience, avant le déroulement des débats, à la demande de la société formulée par conclusions du 10 octobre 2022, et

avec l'accord de la partie adverse, l'ordonnance de clôture a été révoquée et la procédure a été à nouveau clôturée.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur le rejet des pièces 9, 17 et 20 de la société

Au visa de l'article 9 du code civil, M. [U] fait valoir que l'employeur ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle sans en avoir informé son salarié, qu'une filature organisée par l'employeur est un moyen de preuve illicite. Il ajoute qu'il n'était pas sur la voie publique, que les filatures se sont déroulées sur plusieurs mois et que les photographies n'ont pas été prises à la demande de l'employeur dans le but de préserver

ses intérêts, mais par un collègue de manière fortuite alors qu'il rencontrait son épouse et des amis.

La société répond qu'il est permis de prendre des photographies de personnes dans un lieu public dès lors qu'elles ne révèlent pas leur vie privée et non pas été diffusées.

Les pièces 9 et 16 sont postérieures (27 janvier et 27 juin 2017) à la cessation de l'activité de M. [U] au sein de la société appelante de sorte que les règles applicables au pouvoir de l'employeur sont ici inopérantes.

Ces pièces sont, selon les deux parties, des photographies de la personne de M. [U] dont le consentement n'a pas été sollicité. Elles sont produites en justice, peu important qu'elles n'aient pas été diffusées.

Aux termes de l'article 9 du code civil, chacun a droit au respect de sa vie privée. La production en justice d'un cliché ne révélant rien de la vie privée ne constitue pas une atteinte à ce droit.

Par ailleurs, le droit à la preuve ne peut justifier la

production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.

Il ne peut être affirmé que les photographies cotées 9 et 17 ne révèlent rien de la vie privée de M. [U]. L'indication de leurs date et heure ne suffit pas à établir qu'elles sont sans rapport avec celle-ci ; ce dernier a été photographié dans l'espace privé d'un établissement et son épouse atteste qu'ils devaient déjeuner ensemble (pièce 9). La seconde photographie cotée 17 a été prise sur un trottoir mais cette seule circonstance ne suffit pas pour dire qu'elle est sans lien avec la vie privée de l'appelant.

Par ailleurs, la production devant la cour de ces deux clichés n'est pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et est disproportionnée au but recherché. Les 27 avril 2017, 15 mai et 24 mai 2017, la société a obtenu des présidents des tribunaux judiciaires de Limoges, [Localité 4] et [Localité 5] l'autorisation de se rendre dans les locaux des entreprises Nuances Unikalo, Techno Peint et Unikalo Charente pour obtenir des documents en lien avec le travail de M. [U], de sorte que la capture de l'image de ce dernier n'était pas le seul élément de preuve utile, peu important que l'une d'elle ait été prise dans un lieu public.

Ces deux pièces seront écartées des débats.

L'attestation de M. [R] coté 20 est produite au soutien de la photographie cotée 9 sus écartée. Le rédacteur, auteur de la prise des clichés, indique la date et l'heure de cette dernière pour en préciser les circonstances.

Elle sera elle aussi écartée.

Sur la violation de la clause de non concurrence

La société fait valoir pour l'essentiel que M. [U] qui ne

conclut pas à la nullité de la clause de non concurrence a été embauché par le groupe Unikalo comprenant tant la société Unikalo Charentes que la société Techno Peint disposant d'un établissement à [Localité 8] connu sous le nom " Nuances Unikalo" , que ces sociétés ou établissement exercent une activité concurrente à la sienne, que M. [U] a été vu à plusieurs reprises en situation de violation de sa clause de non concurrence, peu important le stratagème organisé par l'intimé et son nouvel employeur, qu'elle a versé l'indemnité de non concurrence sur la période prévue de douze mois.

M. [U] répond que le montant de l'indemnité de non concurrence ne peut varier en fonction des modalités de la rupture du contrat de travail, que la société ne lui a versé ni l'indemnité au titre du mois de décembre 2017 ni le montant de l' indemnité prévue au contrat de travail et qu'il était libéré de la clause de non concurrence qu'il a toutefois respectée.

La clause de non concurrence figurant au contrat de travail de M. [U] est ainsi rédigée :

" après la résiliation du présent contrat pour quelque cause que ce soit, M. [U] restera tenu de la discrétion prévue à l'alinéa précédent.

En outre, il s'engage formellement à ne pas travailler pour son propre compte, à ne pas collaborer ou s'intéresser directement ou indirectement pour le compte d'un tiers, sous quelque forme que ce soit, à une entreprise concurrente de la société ou susceptible de la concurrencer, pendant les douze mois suivant la cessation effective d'activité, qu'elle qu'en soit la cause.

Cette obligation de non concurrence est limitée au secteur visité lors de la notification de la rupture du contrat. En cas de changement de secteur datant de moins de six mois, la société pourra opter pour le secteur précédent à condition de

notifier son choix à M. [U] dans les 15 jours suivant la notification de la rupture.

La clause de non concurrence ne jouera pas en cas de rupture du contrat pendant la période d'essai ou de démission pendant les 45 premiers jours de l'emploi.

Pendant l'exécution de l'interdiction, M. [U] aura droit à une contrepartie mensuelle dont le montant est égal à 1/3 de mois de la rémunération mensuelle moyenne des 12 derniers mois ou de la période de référence si elle est inférieure, après déduction des frais professionnels.

Ce montant est réduit de moitié en cas de démission.

Cette contrepartie est assujettie à l'impôt sur le revenu, aux participations assises sur les salaires, à la CSG et à la CRDS, ainsi qu'aux cotisations à la sécurité sociale, chômage et retraite complémentaire.

Elle cesse d'être due en cas de violation par le représentant de cette clause sans préjudice des dommages et intérêts pouvant lui être réclamés par la société.

En cas de non- respect de l'interdiction de non concurrence, M. [U] sera redevable d'une clause pénale envers la société, le montant de cette pénalité étant égale au montant des rémunérations versées par l' employeur durant les 12 derniers mois ou pendant la durée de l'emploi si celle – ci est inférieure.

Sous condition de prévenir, par lettre recommandée avec accusé de réception, le représentant dans les 15 jours suivant la notification, par l'une ou l'autre des parties de la rupture du contrat, l' employeur peut dispenser l'intéressé de l'exécution de la clause de non concurrence ou en réduire la durée".

La minoration du montant de la contrepartie financière de la

clause de non concurrence en cas de démission n'emporte pas la nullité de la clause de non concurrence. Cette disposition est réputée non écrite.

M. [U] fait ensuite valoir que la société n'a pas versé la contrepartie financière de son interdiction de concurrence pour le mois de décembre 2016 et qu'en tout état de cause, l'employeur, en se référant une disposition réputée non écrite, n'a ensuite pas payé l'intégralité de la compensation financière due.

M. [U] a démissionné par lettre datée du 5 septembre 2016. Il a effectué son préavis et il a quitté effectivement l'entreprise le 5 décembre 2016.

La société produit les bulletins de paye sur la période du mois de décembre 2016 au mois de décembre 2017 inclus.

Le bulletin de paye du mois de décembre 2016 porte sur la période du 1er au 5 décembre et aucune contrepartie financière de l'interdiction de concurrence n'y figure au titre de la période du 6 au 31 décembre 2016. Cette contrepartie a été payée à la fin des douze mois suivants, la première fois le 31 janvier 2017. Il y a donc eu un mois de décalage du paiement de la contrepartie due au 31 décembre 2016 prorata temporis.

Par la suite, la société a versé une somme brute de 681,26 euros, congés payés afférents inclus et diminuée des cotisations soit une somme nette de 529,94 euros, représentant la moitié de la contrepartie calculée sur la base du tiers de la rémunération moyenne des douze derniers mois.

Le décalage dans le paiement de l'indemnité due au titre du 5 au 31 décembre 2016 et le défaut de paiement de l'intégralité de la contrepartie due n'ont pas délié M. [U] de son obligation de non concurrence. Il a été embauché par son nouvel employeur par contrat de travail signé le 10 août 2016 avec effet le 1er décembre 2016 au plus tard, soit avant le premier paiement de la contrepartie financière. Il a perçu

douze mensualités de cette dernière soit sur toute la durée de l'obligation de non concurrence et n'a jamais sollicité le paiement de la seconde moitié de cette indemnité avant la procédure prud'homale, de sorte que les manquements de la société n'étaient pas suffisamment graves pour le délier de son obligation.

Au soutien de la violation de la clause de non concurrence, la société qui doit l'établir fait état ce que :

– la société Unikalo Charentes fait partie du groupe Unikalo comportant aussi la société Techno Peint qui dispose d'un établissement à [Localité 8] dénommé Nuances Unikalo situé dans le département de la Haute Vienne relevant du secteur protégé par la clause de non concurrence (départements 23 et 87) Elle verse les avis SIRENE des sociétés Techno Peint et d'un établissement dénommé Nuances Unikalo à [Localité 8] et de la société Unikalo Charente située à [Localité 9] (33) comportant l' APE 4673B attaché au commerce de gros d'appareils sanitaires et de produits de décoration dont relève sa propre activité. Sont aussi produits les comptes consolidés dont le périmètre comprend ces deux sociétés.

M. [U] ne conteste pas le lien unissant ces sociétés ou établissements. Il dit seulement avoir été embauché par la société Unikalo Charente pour travailler sur le département de la Gironde (33).

– M. [U] travaillait pour ces sociétés Unikalo Charente et Techno Peint sur le département de Haute Vienne, plus précisément à [Localité 8], lié à l'établissement Nuances Unikalo. La société évoque plusieurs faits qui établiraient des actes contraires à l'obligation de non concurrence:

*le 27 janvier 2017, M. [U] a été vu vers midi, sortant du service technique et peinture de l'hôpital de [Localité 8] avec des échantillons des collections Delzongle. Les pièces 9 et 20 produites en soutien ont été écartées.

*le 15 février 2017, M. [R] et M. [C], commercial sur le secteur de [Localité 8], se trouvaient chez un de ses clients, la société Pro Peinture 87 à [Localité 6](87), et ont été témoins d'un appel téléphonique de M. [U] au gérant de cette société, M. [Y]. Les deux témoins le confirment sans préciser sans pouvoir certifier que l'appel était d'ordre privé ou professionnel.

De son côté, M. [Y] atteste que M. [U] avec lequel il a des liens amicaux,, a pris de ses nouvelles " car, à ce moment là, il travaillait dans une autre région. Je n'ai jamais stipulé en la présence de M. [R] et M. [C], le fait que M. [U] travaillait chez (') Unikalo à (')".

Il n'en résulte pas, ainsi que le soutient l'appelante, que les liens étroits noués entre M. [U] et les dirigeants et responsables techniques de ses clients, permettent aisément de les inviter à se servir auprès de son nouvel employeur.

* M. [U] travaille pour un groupe implanté dans le secteur géographique concurrentiel. Il a été destinataire de mails adressés par l'assistante commerciale de la société Nuances Unikalo les 25 janvier et 6 février 2017.

Le procès- verbal d'huissier de justice dressé le 17 mai 2017 au siège de la société Techno Peint sise à Villeneuve sur Lot par Me [E] mentionne que le registre du personnel de cette société n'indique pas le nom de M. [U].

Cependant, sur la boîte mail de l'ordinateur du gérant de la société Techno Peint, apparaissent deux messages datés des 25 janvier et 6 février 2017 envoyés par Mme [P], assistante commerciale de l'établissement Nuances Unikalo sis en Haute Vienne. M. [U] était l'un des destinataire. Ces messages sont adressés à des salariés effectuant de la propection pour l'établissement émetteur dont l'activité est concurrente de celle de la société Dezongle.

Le texte du permier message est " bonjour à tous, comme évoqué

lors de non réunions commerciales, vous trouverez en pièce jointe la fiche découverte des collectivités à rajouter dans votre mallette prospection...”.

Le second message concerne une offre Découvertes 180 ° proposée dans le cadre de la prospection. La commande d'Unikalo est également désormais possible en achat auprès d'Unikalo”;

M. [U] répond que ces mails ont été adressés à d'autres personnes qu' à lui et n'étaient pas destinés aux seuls commerciaux mais églament à des salariés occupant des fonctions autres telles que chef de secteur, responsable de magasin, prescripteur régional, etc....

Il importe peu que d'autres personnes que des commerciaux aient été destinataires de ces mails d'autant qu'aux termes de son contrat de travail , M. [U] était embauché en qualité de technico-commercial. M. [U] a reçu des messages relatifs à la prospection commerciale d'un établissement situé en Haute Vienne dont l'activité est concurenrte de celle de son ancien employeur et dans le périmètre visé par la clause de non concurrence. Il a collaboré ou s'est intéressé directement ou indirectement pour le compte d'un tiers à une entreprise concurrente de la société appelante au cours de la période de douze mois suivant son départ de la société, peu important qu'il ait été embauché par la société Unikalo Charente en vertu d'un contrat de travail mentionnant un périmètre de travail limité au département de la Gironde et qu'il n'apparaisse pas dans le registre du personnel de la société Techno Peint.

Cette constatations doit être rapprochée des déclarations consignées dans un procès verbal coté 15.

M. [V], responsable de l'établissement Nuances Unikalo de la société Techno Peint sis à [Localité 8], a déclaré à l'huissier de justice que “M. [U] qui habite à [Localité 8]

passé occasionnellement dans les locaux, généralement les lundi et vendredi pour éditer des devis ou des rapports d'activités." La société considère que, deux jours par semaine, M. [U] a ainsi collaboré avec une entreprise concurrente.

M. [U], domicilié à [Localité 8] fréquentait ainsi régulièrement l'établissement Nuances Kalikalo situé dans un "périmètre protégé" (département 87), dépendant de la société Uniklao Peint et concurrente de la société appelante.

Est aussi produit (pièce 18), un procès-verbal établi par un huissier de justice le 5 juillet 2017 à Limoges qui mentionne avoir vu un véhicule automobile de marque Ford Type C max immatriculé EJ6952-TC sur le parking de l'enseigne Unikalo sis [Adresse 1]. Son conducteur a été vu chargeant des pots de peinture depuis ces locaux. Nulle part, M. [U] n'indique qu'il n'utilisait pas cette voiture.

La pièce 22 est un procès-verbal dressé par huissier de justice le 1er juin 2017. Le dirigeant de la société Unikalo Charente déclare employer M. [U], lequel serait en formation depuis le mois de décembre 2016 et pour une période de douze mois. Il n'aurait aucune activité propre mais devrait être positionné dans le département de la Haute Vienne à la fin de la période de non concurrence. A l'huissier instrumentaire qui demandait les agendas professionnels de M. [U] permettant de retracer son activité depuis décembre 2016, il a été répondu que " la société ne pratiquait aucun reporting, que les commerciaux ne justifiaient pas de leur emploi du temps et que par conséquent, il n'y avait aucune trace ni papier ni informatique des rendez-vous et déplacements de M. [U]".

Il est aussi écrit que, visionnant l'agenda électronique de M. [U] depuis décembre 2016, le rédacteur du procès-verbal a retrouvé une note mentionnant un rendez-vous le 3 février 2017 à [Localité 8]. Aucun état de frais de M. [U] n'a été produit, "celui-ci n'exerçant aucune activité commerciale".

Donc, M. [U] qui oeuvrait depuis 2007 dans la prospection de l'activité répertoriée sous le code APE commun à toutes les entités ici évoquées, aurait bénéficié d'une formation d'une durée de douze mois correspondant à la durée de la clause de non concurrence, dont les modalités telles que l'objet et le lieu ne sont pas précisées et ne faisait l'objet d'aucun document. Il ne demandait pas de remboursement de frais de route ou de repas en dépit des termes de son contrat de travail, de son adresse personnelle à [Localité 8] et d'un travail qui serait effectué en Gironde, soit un trajet d'au moins deux heures trente (aucune adresse girondine de semaine n'étant alléguée). Il était aussi prévu qu'au terme de la durée de la clause de non concurrence, M. [U] serait affecté sur un territoire visé par l'interdiction de concurrence.

La cour note que le contrat de travail liant M. [U] à la société Unikalo Charente qui indique un travail de prospection ne mentionne aucune période de formation ni de période d'essai en dépit de la nécessité dans laquelle il se trouvait d'être formé. Pour la période d'une année depuis son embauche, le contrat de travail mentionne qu'" afin de garantir un certain niveau de rémunération à M. [U] , la société lui versera un bonus exceptionnel d'intégration d'un montant de 1 500 euros brut par mois".

M. [U] ne verse aucun bulletin de paye mentionnant cette prime ou établissant l'absence de commissions. En tout cas, aucune précision n'est apportée quant au bonus exceptionnel d'intégration versé à ce salarié en formation, n'ayant aucune activité propre, la société ne disant pas que ce bonus est attribué aux autres salariés en formation ou non.

Étaient mis à la disposition de M. [U] -prétendument délié de toute activité de prospection pendant douze mois- un véhicule de société en vue d'une utilisation professionnelle, un téléphone portable et une tablette informatique.

La société appelante affirme qu'après l'obtention des

autorisations judiciaires de recourir à des constatations par huissier de justice, "le groupe Unikalo a fait disparaître toutes les preuves matérielles de concurrence sur le secteur 23 et 87 et de faire en sorte que l'activité de M. [U] ne puisse être retracée ".

La cour constate que par mail daté du 23 mai 2017, produit sous cote 7 de l'intimé, la directrice organisationnelle de SCCO Groupe Unikalo a demandé aux salariés d'effacer leurs anciens messages, cette demande intervenant quelques jours après les déplacements des huissiers de justice du 17 mai.

Les demandes financières

M. [U] qui a violé la clause de non concurrence sera débouté de ses demandes de paiement d'un solde de contrepartie financière de la clause et en paiement de dommages et intérêts pour défaut de paiement de l'entière somme due.

M. [U] devra rembourser les sommes perçues depuis le début de son contrat de travail ayant pris effet dès son départ effectif de la société appelante soit une somme nette de 6 359,28 euros. Il sera donc débouté de sa demande de voir limiter ce remboursement aux indemnités versées depuis le 25 janvier 2017.

Le remboursement des sommes versées en vertu de l'exécution provisoire du jugement sera compris dans les comptes des parties sans qu'il soit nécessaire que la cour ordonne ce remboursement.

La clause de non concurrence comporte aussi une clause pénale à hauteur des douze derniers mois de salaire versés par la société appelante. M. [U] demande la minoration du montant de cette clause.

La société estime qu'elle est dûe sans nécessité d'établir l'existence et l'étendue de son préjudice mais verse:

* sous cote 19, un tableau indiquant une baisse de son chiffre d'affaires entre 2016 et 2017 qui n'est pas contesté par M. [U] qui le commente.

*sous cote 24, une liste de salariés débauchés par la société Unikalo depuis 2007 mais, en tout état de cause, elle n'est pas accompagnée de pièces la corroborant.

De son côté, M. [U] fait valoir que le lien de causalité entre la baisse du chiffre d'affaires de la société Delzongles et son départ n'est pas établi. Il fait état du manque de motivation d'un ancien commercial ayant quitté l'entreprise courant 2017 et de son remplacement par un salarié inexpérimenté.

Se reportant à la pièce 29 de l'appelante, il entend préciser que l'effondrement du chiffre d'affaires est en partie lié à deux clients qu'il ne suivait pas.

Aux termes de l'article 1231-5 du code civil, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier.

M. [U] qui connaissait le montant de la clause pénale applicable ne dit pas avoir quitté la société Unikalo avant le 6 décembre 2017 ou modifié le périmètre réel d'exercice de ses fonctions. Il n'a pas respecté son obligation depuis son départ effectif de la société appelante.

Il n'est pas contesté que le chiffre d'affaires de la société sur le secteur de [Localité 8] a baissé de manière significative mais l'appelante n'apporte aucune réponse aux événements évoqués par M. [U] et le montant de clause correspondant au salaire de 12 mois est manifestement excessif.

Au regard des éléments sus visés, M. [U] sera condamné à payer à la société appelante la somme de 28 000 euros.

M. [U] sera débouté de ses autres demandes.

Vu l'équité, M. [U] sera condamné à payer à la société Dcelzongle Aquitaine la somme totale de 3 000 euros au titre des frais Irrépétibles engagés dans le cadre des procédures de première instance et d'appel.

Partie perdante, M. [U] supportera les entiers dépens des procédures de première instance et d'appel.

PAR CES MOTIFS

la cour,

Dit que les pièces 9,17 et 20 de la société Delzongle Aquitaine seront écartées des débats,

Infirme le jugement entrepris,

statuant à nouveau,

Dit que la clause de non concurrence est opposable à M. [U], étant précisé que la mention portant sur la réduction de moitié de la contrepartie financière en cas de démission est réputé non écrite,

Dit que M. [U] a violé cette clause de non concurrence,

Condamne M. [U] à rembourser à la société Delzongle Aquitaine la somme de 6 359,28 euros au titre des paiements mensuels nets opérés par la société au titre de la contrepartie financière de la clause de non concurrence,

Condamne M. [U] à payer à la société Delzongle Aquitaine la somme de 28 000 euros au titre de la clause pénale,

Déboute M. [U] de toutes ses demandes à l'exception de celle relative à la réduction du montant de la clause pénale,

Dit que le remboursement des sommes versées par la société en vertu de l'exécution provisoire assortissant le jugement résultera des comptes opérés par les parties conformément au présent arrêt,

Condamne M. [U] à payer à la société Delzongle Aquitaine la somme totale de 3 000 euros au titre des frais Irrépétibles engagés dans le cadre des procédures de première instance et d'appel.

Condamne M. [U] aux entiers dépens des procédures de première instance et d'appel.

PAR CES MOTIFS

la cour,

Dit que les pièces cotées 9, 17 et 20 de la société seront écartées des débats,

répondre sur la date de remboursement de l'indemnité (contrat de travail / 1/12/201)

Signé par Madame Catherine Rouaud-Folliard, présidente et par A.-Marie Lacour-Rivière, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

A.-Marie Lacour-Rivière Catherine Rouaud-Folliard