

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS
REPUBLIQUE FRANCAISE**

COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE
18e Chambre
ARRÊT DU 20 AVRIL 2018

N°2018/226 SL

Société BC TRANSPORT
C/
Pascal Y

Décision déferée à la Cour : Jugement du Conseil de Prud'hommes - Formation
paritaire de TOULON - section C - en date du 22 Juillet 2015, enregistré au répertoire général
sous le n° 13/2254.

APPELANTE

Société BC TRANSPORT, demeurant LA CRAU

représentée par Me Philippe SCHRECK, avocat au barreau de DRAGUIGNAN substitué par
Me Aurélie LAPONCHE, avocat au barreau de DRAGUIGNAN

INTIMÉ

Monsieur Pascal Y, demeurant PIERREFEU DU VAR

représenté par Me Stéphane MAMOU, avocat au barreau de TOULON

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions de l'article 945-1 du Code de Procédure Civile, l'affaire a été
débattue le 15 Mars 2018, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant
Madame Sandrine LEFEBVRE, Conseiller, chargé d'instruire l'affaire.

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

Madame Chantal BARON, Présidente de chambre
Monsieur Thierry CABALE, Conseiller
Madame Sandrine LEFEBVRE, Conseiller
Greffier lors des débats : Mme Suzie BRETER.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au
greffe le 20 Avril 2018

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 20 Avril 2018

Signé par Madame Chantal BARON, Présidente de chambre et Mme Suzie BRETER, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Pascal Y a été engagé par la société BC TRANSPORTS en qualité de mécanicien chauffeur occasionnel à compter du 10/01/1984.

Pascal Y a été licencié pour faute grave par lettre du 07/10/2013.

Contestant son licenciement et estimant ne pas avoir été rempli de ses droits, Pascal Y a saisi le conseil de prud'hommes de Toulon, qui, par jugement du 22/07/2015 a :

- dit et jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- condamné la société BC TRANSPORTS à payer à Pascal Y les sommes suivantes :
- 35 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieux,
- 5240,88 euros bruts au titre de l'indemnité de préavis,
- 524,08 euros au titre des congés payés y afférents,
- 22 000 euros au titre de l'indemnité légale de licenciement,
- 1469,60 euros bruts en raison de l'annulation de la mise à pied conservatoire,
- 146,96 euros bruts au titre des congés payés y afférents,
- 1000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- ordonné à la société BC TRANSPORTS de lui remettre les bulletins de salaire de septembre et octobre 2013 et l'attestation Pôle Emploi rectifiés, sous astreinte de 200 euros par jour de retard
- ordonné l'exécution provisoire,
- débouté Pascal Y de ses autres demandes,
- condamné la société BC TRANSPORTS aux entiers dépens.

Aux termes d'un acte du 13/08/2015, dans le délai légal et par déclaration régulière en la forme, la société BC TRANSPORTS a régulièrement interjeté appel du jugement notifié le 29/07/2015.

Par conclusions déposées le jour de l'audience, visées par le greffe, développées oralement et

auxquelles il est renvoyé pour un exposé complet des moyens et prétentions, la société BC TRANSPORTS demande à la cour de :

- infirmer le jugement et de constater que le licenciement repose sur une faute grave,
- à titre subsidiaire, constater que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse,
- la condamner en deniers ou quittances au paiement des sommes relatives à l'indemnité compensatrice de préavis et des congés payés y afférents, à l'indemnité légale de licenciement et au paiement de la mise à pied conservatoire,
- réformer le jugement sur le surplus,
- condamner Pascal Y au paiement d'une somme de 2000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

A l'appui de ses prétentions, la société BC TRANSPORTS soutient avoir licencié Pascal Y en raison de ses connexions sur l'internet à titre privé notamment sur des sites pornographiques pendant ses heures de travail, ainsi qu'en atteste le procès-verbal de constat de l'huissier de justice en date du 24/02/2014. Elle soutient que Pascal Y était le seul usager de son ordinateur qui est doté d'un dispositif anti-spams. Les discussions identifient Pascal Y comme l'utilisateur dans la mesure où son prénom apparaît.

Elle souligne que ce licenciement est intervenu suite à deux avertissements dont le salarié avait fait l'objet.

Par conclusions déposées le jour de l'audience, visées par le greffe, développées oralement et auxquelles il est renvoyé pour un exposé complet des moyens et prétentions, Pascal Y demande à la cour de :

- confirmer le jugement du conseil de prud'hommes de Toulon,
- débouter la société BC TRANSPORTS de toutes ses demandes,
- écarter des débats le procès-verbal de constat de l'huissier de justice en date du 24/02/2014,
- déclarer son licenciement sans cause réelle et sérieuse et abusif,
- condamner la société BC TRANSPORTS au paiement des sommes suivantes :
 - 90 000 euros à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, -5240, 88 euros au titre de l'indemnité de préavis,
 - 524,09 euros au titre des congés payés y afférents, -22 000 euros au titre de l'indemnité légale de licenciement,
- prononcer la nullité de la mise à pied conservatoire,
- condamner la société BC TRANSPORTS au paiement d'une somme de 1369,60 euros au titre des rappels de salaire et celle de 136,96 euros au titre des congés payés y afférents,

-ordonner la remise de l'attestation Pôle Emploi et des bulletins de salaire de septembre et octobre 2013 rectifiés sous astreinte de 200 euros par jour de retard à compter de la décision à intervenir,

-condamner la société BC TRANSPORTS à lui verser la somme de 2000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile en sus de l'indemnité allouée en première instance outre les entiers dépens avec distraction au profit de maître

A l'appui de ses prétentions, Pascal Y conteste les faits reprochés dans la lettre de licenciement.

Il demande ainsi d'écarter des débats le procès-verbal de constat de l'huissier de justice en date du 24/02/2014 qui a été établi 5 mois après son licenciement, hors sa présence. Pascal Y soutient que la société BC TRANSPORTS aurait dû saisir le président du tribunal de grande instance pour obtenir la désignation d'un expert de manière contradictoire.

Il ajoute que le constat a été dressé par un huissier de justice choisi par l'employeur qui a pu ainsi lui dresser l'historique qu'il souhaitait. L'huissier de justice, qui n'est pas un technicien, un expert ou informaticien, n'a procédé à aucune constatation objective.

Selon ses dires, la société BC TRANSPORTS a demandé à un de ses salariés qui est informaticien de manipuler l'ordinateur, de changer les logiciels, de supprimer des données ou d'en créer pour ensuite solliciter un huissier de justice qui n'avait aucune compétence pour vérifier si avant son arrivée dans l'entreprise l'ordinateur n'avait pas été manipulé. L'huissier de justice s'est contenté de regarder l'informaticien de l'employeur travailler sur l'ordinateur.

Pascal Y conteste par ailleurs s'être vu affecter l'usage d'un outil informatique, rappelant que la société BC TRANSPORTS a reconnu à la barre du conseil de prud'hommes que l'ordinateur litigieux n'avait aucun code secret pour son usage ni de mot de passe de sorte que n'importe lequel des 93 salariés de l'entreprise pouvait l'utiliser.

Il rappelle enfin que la Cour de cassation considère en vertu de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de l'article 9 du Code civil, que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, ce qui interdit à l'employeur de prendre connaissance et d'utiliser les éléments personnels au salarié, y compris sur l'ordinateur mis à sa disposition, soulignant toutefois que les éléments relatés par l'huissier de justice n'émanent pas de sa personne ni de son usage.

Pascal Y soutient que la société BC TRANSPORTS ne peut valablement se prévaloir des avertissements des 03/05/2011 et 25/05/2012 dans la mesure où elle ne les a pas visés dans la lettre de licenciement. Il précise n'avoir commis aucune faute justifiant de telles sanctions disciplinaires.

Il relève que les attestations de messieurs ... et ... qui ont été établies quelques jours avant l'audience de la cour sont de pure complaisance, ne respectent pas les dispositions de l'article 202 du code de procédure civile et sont contredites par celle de monsieur

Pascal Y souligne que le motif disciplinaire n'est pas le véritable motif de son licenciement, la société BC TRANSPORTS procédant depuis de nombreux mois à des licenciements en

chaîne pour faire des économies et se débarrasser de lui eu égard à sa grande ancienneté. l'employeur n'a pas supporté son refus d'accepter la modification de son contrat de travail consistant à diminuer son salaire brut et à défalquer une partie de son salaire en divers frais et indemnités.

Pascal Y sollicite enfin 90 000 euros à titre de dommages et intérêts au vu de sa situation professionnelle et financière précaire.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur le licenciement pour faute grave

Aux termes de l'article L 1232-1 du code du travail, tout licenciement pour motif personnel doit être motivé et justifié par une cause réelle et sérieuse.

La faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié, qui constitue une violation des obligations issues du contrat de travail ou des relations de travail, d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis.

La gravité du manquement retenu est appréciée in concreto au regard du contexte, de la nature des agissements et de leur caractère éventuellement répété, des fonctions exercées par le salarié dans l'entreprise, de son ancienneté, d'éventuels sanctions antérieures et des conséquences de ces agissements ou du préjudice en résultant pour l'employeur.

L'employeur qui invoque la faute grave pour licencier doit en rapporter la preuve.

Par lettre du 26/09/2013, la société BC TRANSPORTS a convoqué Pascal Y à un entretien préalable à son licenciement.

Par lettre du 07/10/2013, la société BC TRANSPORTS a licencié Pascal Y pour faute grave dans les termes suivants : 'l'utilisation d'internet au travail a en principe une nature professionnelle mais une utilisation personnelle est tolérée si celle-ci est raisonnable pendant les temps de pause déjeuner. Après vérification, vous vous êtes adonné durant vos heures de travail à la consultation de certains sites internet sur votre ordinateur qui n'ont rien à voir avec votre métier, vous avez donc abusé de la connexion internet pour visiter des sites à caractère pornographique ce qui est un manquement grave à vos obligations de votre contrat de travail. En conséquence, je vous notifie par la présente votre licenciement pour faute grave, décision qui prendra effet à compter de la première présentation de cette lettre(...)'.
'

La société BC TRANSPORTS verse aux débats un procès-verbal de constat d'un huissier de justice du 24/02/2014.

Pascal Y demande d'écarter des débats le procès-verbal de constat de l'huissier de justice qui a été établi 5 mois après son licenciement, hors sa présence, soutenant que la société BC TRANSPORTS aurait dû saisir le président du tribunal de grande instance pour obtenir la désignation d'un expert de manière contradictoire.

Il convient toutefois de rappeler que 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

présupposés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors de sa présence si bien que l'employeur peut, hormis ce cas, en prendre connaissance même en son absence.

Pascal Y ne contestant que l'ordinateur litigieux a été mis sa disposition par l'employeur pour l'exécution de son travail et réfutant que les deux messages adressés à un dénommé Pascal lui sont destinés, il convient par conséquent de retenir aux débats le procès-verbal de constat de l'huissier de justice.

Aux termes de son procès-verbal de constat, l'huissier de justice a indiqué que monsieur ..., gérant de la société BC TRANSPORTS, lui a présenté Charles ... qui exerce les fonctions d'informaticien au sein de la société, lequel lui montrant une unité centrale qui fonctionne sous windows XP professionnel que monsieur ... déclare être celui que Pascal Y utilisait.

Charles ... a démarré l'ordinateur dénommé 'atelier' et a consulté les paramètres de messagerie internet.

L'huissier de justice a examiné les messages reçus dans la boîte mail de l'ordinateur entre le 17/09/2013 et le 17/08/2013 et a effectué une impression des e-mails reçus.

Il a indiqué: 'la majeure partie de ces messages ne semble pas présenter un caractère professionnel. Nous cliquons ensuite sur la ligne 'éléments supprimés' situés en limite gauche de la page d'accueil. Nous effectuons une impression d'une partie des e-mails supprimés reçus le 16 septembre 2013. Nous constatons notamment la présence d'un e-mail intitulé 'Stéphanie, 25 ans, (SPAM) j'aime croquer les hommes et la vie'. Nous nous plaçons sur la ligne de ce message. En limite droite de la fenêtre, apparaît un aperçu du message. Nous constatons la présence dans cet aperçu de la phrase: 'bonjour Pascal, pour faire des rencontres coquines...'

L'huissier de justice a également constaté un message adressé à une dénommée Louise auquel cette dernière répond: 'tu sais Pascal...'

Charles ... a déclaré à l'huissier de justice avoir installé sur cet ordinateur un programme dénommé 'recover my files' qui permet de récupérer une partie des fichiers qui ont été supprimés du disque de l'ordinateur.

Charles ... a ainsi lancé ce logiciel en présence de l'huissier de justice d'où il a extrait des fichiers consultés le 27/06/2011 et effacés du disque dur.

Dans un des sous fichiers, l'huissier de justice a constaté la présence de 20 clichés photographiques à caractère pornographique.

Charles ... a également présenté à l'huissier de justice une liste de fichiers créés en septembre 2013 qui ont été récupérés sur le disque de l'ordinateur à l'aide du logiciel 'recover my files' dans lesquels l'huissier de justice a constaté la présence de photographies à caractère pornographique et ses clichés photographiques attrayant au kart.

Charles ... a également installé en présence de l'huissier de justice sur l'ordinateur un logiciel afin de visionner certains fichiers qui se sont révélés avoir un caractère pornographique.

La société BC TRANSPORTS verse également aux débats :

- l'attestation de monsieur ..., chef de parc de la société BC TRANSPORTS, qui déclare : 'je (...) certifie ne pas m'être servi du poste informatique 'où il a été reprocher un certain abus. Personnellement, j'ai mon ordinateur portable qui est mon outil de travail',

- l'attestation de monsieur ... qui déclare: ' je soussigné Stéphane ... employé de la société BC TRANSPORTS depuis février 1992 atteste par la présente que monsieur Y était l'utilisateur de l'ordinateur situé dans le bureau de l'atelier'.

Les attestations litigieuses, régulièrement communiquées, ne peuvent être écartées des débats au seul motif qu'elle ne répond pas en la forme aux prescriptions légales, le juge devant seulement en apprécier la valeur probante. Leurs auteurs sont clairement identifiables et elles ne comportent aucun indice de nature à mettre en doute on authenticité. Il n'y a pas lieu de les écarter.

Aux termes de la lettre de licenciement, la société BC TRANSPORTS indique avoir découvert les connexions litigieuses de Pascal Y après avoir procédé à des vérifications.

La société BC TRANSPORTS ne produit toutefois aucune attestation et aucun document établissant que l'ordinateur litigieux a fait l'objet de vérifications à l'origine de la découverte des connexions litigieuses en septembre 2013 ou dans les deux mois précédents la convocation du salarié à l'entretien préalable au licenciement.

L'employeur ne rapporte la preuve des faits que par un procès-verbal de constat dressé 4 mois après le licenciement, les constatations de l'huissier de justice sur l'ordinateur l'ayant été en présence de l'informaticien de la société, Charles ..., qui a pu ouvrir la session de l'ordinateur sans mot de passe ou code secret.

Si le procès-verbal de constat de l'huissier de justice établit l'existence de connexions à l'internet sans lien avec l'activité de la société BC TRANSPORTS, il n'existe cependant aucun élément de preuve permettant d'imputer à la personne de Pascal Y ces connexions litigieuses à l'internet depuis cet ordinateur qui se trouvait dans un atelier de la société qui comptait 93 salariés.

Plusieurs personnes travaillaient dans cet atelier dans la mesure où la société BC TRANSPORTS a rappelé à Pascal Y, qu'en sa qualité de chef d'atelier, il avait la responsabilité du travail de son équipe (sic) dans la lettre d'avertissement du 03/05/2011 .

Monsieur ..., chef d'atelier de la société BC TRANSPORTS de 1994 à 2010, témoigne que Pascal Y n'était pas le seul utilisateur de l'ordinateur de l'atelier.

Si monsieur ... indique que Pascal Y utilisait l'ordinateur, il ne confirme pas toutefois qu'il était le seul utilisateur de l'ordinateur litigieux et le seul à pouvoir accéder à l'internet.

Au vu de ces éléments, il n'existe ainsi aucun élément de preuve objectif sérieux permettant d'imputer les connexions litigieuses à Pascal Y.

Il convient dès lors de déclarer son licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Pascal Y qui, à la date du licenciement, comptait moins de deux ans d'ancienneté a droit, en

application de l'article L. 1235-5 du code du travail, à une indemnité correspondant au préjudice subi.

Le montant des salaires bruts des 6 derniers mois s'élève à une somme totale de 15757,43 euros . Pascal Y est resté sans emploi jusqu'au 06/06/2016.

Il est à ce jour auto-entrepreneur dont le chiffre d'affaire de l'activité est inférieur mensuellement à 250 euros.

Ses revenus se sont élevés à 17 012 euros en 2015 et 99 euros en 2016.

Compte-tenu de son âge au moment du licenciement, 48 ans, de son ancienneté, 19 ans et 8 mois, du montant de son salaire horaire brut (2580,58) et de sa situation professionnelle depuis son licenciement, il convient d'allouer à Pascal Y une somme de 50 000 euros en réparation de son préjudice. Il convient sur ce point d'infirmier le jugement du conseil de prud'hommes.

Le licenciement de Pascal Y étant dépourvu de cause réelle et sérieuse, il convient de condamner la société BC TRANSPORTS au paiement des sommes suivantes :

-5240,88 euros bruts au titre de l'indemnité de préavis, -524,09 euros bruts au titre des congés payés y afférents,

-1369,60 euros au titre des rappels de salaire, -136,96 euros au titre des congés payés y afférents pendant la mise à pied conservatoire,

Pascal Y réclame une somme de 22 000 euros au titre de l'indemnité légale de licenciement sans toutefois détailler le calcul de cette indemnité.

Selon l'article L1234-9 du code du travail dans sa version applicable au litige, le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement.

Les modalités de calcul de cette indemnité sont fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail. Ce taux et ces modalités sont déterminés par voie réglementaire.

Selon l'article R1234-1 du code du travail, l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté.

Il résulte des pièces versées aux débats que le montant des 3 derniers mois de salaires bruts de Pascal Y (comprenant les salaires pendant la mise à pied conservatoire) de juillet à septembre 2013 s'élèvent à la somme totale de 7657,42 euros bruts soit une somme mensuelle de 2552,47 euros bruts alors que le montant des 12 derniers mois est de 31 955,08 euros bruts soit 2662,92 euros bruts.

Dans la mesure où Pascal Y a une ancienneté de 19 ans et 8 mois, l'indemnité légale de licenciement s'élève à la somme de 13 906,40 euros bruts

Il convient par conséquent d'infirmier le jugement en ce qu'il a fixé cette indemnité à la somme de 22 000 euros et d'allouer à ce titre à Pascal Y la somme de 13 906,40 euros bruts.

Sur les autres demandes

Compte tenu des développements qui précèdent, il convient d'enjoindre à la société BC TRANSPORTS de remettre un bulletin de salaire et l'attestation Pôle Emploi conformément à la présente décision dans les termes du dispositif de l'arrêt.

Sur les frais irrépétibles et les dépens

La société BC TRANSPORTS qui succombe sera condamnée à verser à Pascal Y la somme de 2500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais exposés en première instance et en appel, outre les dépens de première instance et d'appel.

La représentation n'étant pas obligatoire, il convient de débouter Pascal Y de sa demande de distraction des dépens.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant publiquement, par arrêt contradictoire, en matière prud'homale et par mise à disposition au greffe :

Infirmes partiellement le jugement entrepris et statuant à nouveau sur le tout pour une meilleure compréhension, et y ajoutant,

Déclare le licenciement de Pascal Y sans cause réelle et sérieuse,

Condamne la société BC TRANSPORTS à verser à Pascal Y les sommes suivantes

-5240, 88 euros bruts au titre de l'indemnité de préavis,

-524,09 euros bruts au titre des congés payés y afférents,

-1369,60 euros bruts au titre des rappels de salaire pendant la mise à pied conservatoire, -
136,96 euros au titre des congés payés y afférents,

-13 906,40 euros bruts au titre de l'indemnité légale de licenciement,

Condamne la société BC TRANSPORTS à remettre à Pascal Y un bulletin de salaire et une attestation Pôle Emploi rectifiés conformément à la présente décision, sous astreinte de 10 euros par jour de retard qui commencera à courir à l'expiration d'un délai de 2 mois à compter de la notification du présent arrêt, pendant 3 mois, passé lequel il pourra être à nouveau statuer,

Condamne la société BC TRANSPORTS à payer à Pascal Y une somme totale de 2500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais exposés en première instance et en appel,

Condamne la société BC TRANSPORTS aux dépens de première instance et d'appel,

Déboute Pascal Y de sa demande de distraction des dépens.

LE GREFFIER
LA PRÉSIDENTE