

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PAU
Chambre sociale
ARRÊT DU 27/10/2016

Dossier : 14/02716

Nature affaire : Demande d'indemnités liées à la rupture du contrat de travail CDI ou CDD, son exécution ou inexécution

Affaire :

Hervé Z

C/

SAS SOPRIMMO OCEAN

ARRÊT

Prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour le 27 Octobre 2016, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du Code de Procédure Civile.

APRES DÉBATS à l'audience publique tenue le 08 Septembre 2016, devant :

Madame FILIATREAU, magistrat chargé du rapport, assistée de Madame HAUGUEL, greffière.

Madame FILIATREAU, en application des articles 786 et 910 du Code de Procédure Civile et à défaut d'opposition a tenu l'audience pour entendre les plaidoiries et en a rendu compte à la

Cour composée de :

Madame THEATE, Présidente

Madame PEYROT, Conseiller

Madame FILIATREAU, Vice-Président placé, délégué en qualité de Conseiller par ordonnance du 10 août 2016 qui en ont délibéré conformément à la loi. dans l'affaire opposant:

APPELANT :

Monsieur Herve Z ST SAUVEUR

Représenté par Maître VANDUYSE, avocat au barreau de BORDEAUX

INTIMÉE :

SAS SOPRIMMO OCÉAN

Adresse [...]

40600 BISCAROSSE

Représentée par Maître DE MARNIX, avocat au barreau de MONT-DE-MARSAN
sur appel de la décision en date du 02 JUILLET 2014 rendue par le CONSEIL DE
PRUD'HOMMES - FORMATION PARITAIRE DE MONT DE MARSAN

RG numéro : F 13/00291

FAITS et PROCÉDURE

Suivant contrat à durée indéterminée en date du 14 septembre 2007 à effet 1er octobre 2007, Monsieur Hervé Z a été embauché par la SAS SOPRIMMO OCÉAN en qualité de chargé d'affaires, statut cadre.

Par lettre remise en main propre le 27 mai 2013, la SAS SOPRIMMO OCÉAN a convoqué Monsieur Hervé Z à un entretien préalable de licenciement pour le 7 juin 2013 avec mise à pied conservatoire.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 13 juin 2013, la SAS SOPRIMMO OCÉAN a licencié Monsieur Hervé Z pour faute grave.

Par requête reçue le 5 juillet 2013, Monsieur Hervé Z a saisi le conseil de prud'hommes de Mont de Marsan en contestant son licenciement.

Les parties ont été convoquées devant le bureau de conciliation pour l'audience du 18 septembre 2013, date à laquelle l'affaire a été renvoyée au bureau de jugement.

En l'état de ses dernières conclusions, Monsieur Hervé Z a sollicité du conseil de prud'hommes de voir':

- dire et juger que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse,
- en conséquence, condamner la SAS SOPRIMMO OCÉAN à lui verser les sommes suivantes':
 - 2.858,07 euros à titre de salaire retenu durant la période de mise à pied conservatoire, outre 285,81 euros au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés y afférente, - 13.838,55 euros bruts au titre de l'indemnité de préavis outre la somme de 1.383,86 euros bruts à titre de congés payés y afférents, - 5.458,54 euros au titre de l'indemnité de licenciement, - 110.000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- dire et juger que l'ensemble des condamnations produira intérêts à compter de la saisine du conseil de prud'hommes,
- ordonner la remise sous astreinte de 100 euros par jour de retard suivant le prononcé du jugement à intervenir d'un bulletin de salaire, d'un certificat de travail rectifié et d'une attestation Pôle Emploi rectifiée,
- condamner la SAS SOPRIMMO à lui verser la somme de 2.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner la SAS SOPRIMMO OCÉAN aux dépens de l'instance, au remboursement du timbre fiscal de 35 euros et frais éventuels d'exécution.

Par jugement du 2 juillet 2014, le conseil de prud'hommes de Mont de Marsan, section encadrement, a':

- confirmé le licenciement de Monsieur Hervé Z pour faute grave qui lui a été notifié le 13 juin 2013 par la SAS SOPRIMMO OCÉAN,
- débouté Monsieur Hervé Z de l'intégralité de ses demandes,
- condamné Monsieur Hervé Z à verser à la SAS SOPRIMMO OCÉAN la somme de 1.000 euros,
- condamné Monsieur Hervé Z aux entiers dépens.

Ce jugement a été notifié aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception reçue le 7 juillet 2014 par Monsieur Hervé Z .

Par lettre recommandée avec accusé de réception reçue le 16 juillet 2014, le conseil de Monsieur Hervé Z a formé appel de cette décision.

Les parties ont été convoquées devant la chambre sociale de la présente Cour pour l'audience du 24 mars 2016 date à laquelle elle a été renvoyée à celle du 8 septembre 2016.

MOYENS et PRÉTENTIONS DES PARTIES

Lors de l'audience, Monsieur Hervé Z a repris oralement ses conclusions récapitulatives et responsives déposées le 20 juin 2016, et tendant à voir':

- le recevoir en son appel,
- le déclarer bien-fondé en toutes ses demandes, fins et conclusions,
- en conséquence, infirmer le jugement dont appel en toutes ses dispositions ;

En conséquence :

- dire et juger que son licenciement est sans cause réelle et sérieuse,
- en conséquence, condamner la SAS SOPRIMMO OCÉAN à lui verser les sommes suivantes:
 - 2.858,07 euros bruts à titre de salaire retenu durant la période de mise à pied conservatoire, outre 285,81 euros bruts au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés y afférente, 13.838,55 euros bruts au titre de l'indemnité de préavis outre la somme de 1.383,86 euros bruts à titre de congés payés y afférents, - 5.458,54 euros au titre de l'indemnité de licenciement, - 110.000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- dire et juger que l'ensemble des condamnations produira intérêts à compter de la saisine du conseil de prud'hommes,
- ordonner la remise sous astreinte de 100 euros par jour de retard suivant le prononcé du jugement à intervenir d'un bulletin de salaire, d'un certificat de travail rectifié et d'une attestation Pôle Emploi rectifiée,

- condamner la SAS SOPRIMMO à lui verser la somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

- condamner la SAS SOPRIMMO Océan aux entiers dépens et frais éventuels d'exécution.

Au soutien de ses prétentions, Monsieur Hervé Z rappelle que le licenciement pour motif personnel est strictement encadré par le code du travail et qu'il importe de caractériser une cause à la fois réelle et sérieuse, les motifs énoncés dans la lettre de licenciement fixant les termes du litige. Il rappelle par ailleurs, la définition jurisprudentielle de la faute grave et la nécessité d'engager la procédure de licenciement dans un délai restreint à compter de la connaissance des faits. Il constate à ce sujet que ce délai n'aurait pas été respecté par l'employeur alors que les faits ont été révélés près d'un mois avant la mise en 'uvre de la procédure par l'employeur.

Monsieur Hervé Z rappelle également les règles relatives à la charge de la preuve en matière de faute grave. Or, il conteste la valeur probante des constats d'huissier de justice réalisés à la demande de l'employeur qui n'ont pas été effectués contradictoirement et qui constitueraient donc un moyen illicite de preuve. Le salarié rappelle par ailleurs que l'employeur a reconnu avoir eu connaissance des données litigieuses avant même la réalisation des constats et qu'il avait envisagé de se séparer de son salarié depuis le refus par celui-ci d'un avenant au contrat insérant une clause de non-concurrence.

Sur la présence d'un disque dur externe, Monsieur Hervé Z la reconnaît indiquant qu'il travaillait beaucoup à l'extérieur de son bureau soit en déplacement, soit à son domicile et qu'il ne disposait pas d'un ordinateur portable. Il précise à cet effet que le disque dur était visible sur son ordinateur et aurait été mis à sa disposition par son employeur. Il estime par conséquent que contrairement à ce qu'a jugé le conseil de prud'hommes, il n'y a aucun détournement d'informations de sa part.

Sur la présence de photographies pornographiques, Monsieur Hervé Z conteste avoir consulté des sites pornographiques ou installé des photographies pornographiques et relève que l'huissier n'a pas indiqué la date de création des fichiers. Il rappelle encore que l'ordinateur était utilisable par l'ensemble des salariés et que depuis le 24 mai au soir, il n'avait plus accès à son ordinateur. Il estime en conséquence qu'il n'est pas démontré qu'il soit à l'origine de l'installation ou de la consultation de ces photographies. Monsieur Hervé Z soutient encore qu'en application de la jurisprudence de la Cour de cassation, les constatations de l'employeur ne constituent pas des moyens de preuve licites pouvant justifier le licenciement puisque le constat n'a pas été établi contradictoirement, c'est-à-dire en sa présence et ce alors même qu'il n'avait reçu aucune information sur la réalisation de ce constat et qu'il n'est pas justifié d'un risque ou d'un événement particulier pour l'entreprise.

Sur l'accès à la messagerie personnelle du salarié, Monsieur Hervé Z considère là encore que les moyens de preuve sont illicites, l'employeur ne l'ayant pas informé du contrôle de ses courriers électroniques. Il rappelle que la messagerie était utilisée à des fins personnelles et professionnelles. Il estime que le seul fait que l'employeur a eu accès à toutes les données informatiques de l'entreprise et qu'il a pu contrôler tous ses mails, démontre bien qu'il avait mis en place un système de contrôle individuel en contradiction avec les exigences de la jurisprudence.

Sur les actes de concurrence déloyale qui lui sont reprochés, Monsieur Hervé Z conteste formellement avoir exercé la moindre activité concurrente à celle de son employeur n'ayant conclu aucune transaction pour son compte personnel soit directement soit indirectement. Il estime que l'employeur ne fait état que de soupçons et ne justifie d'aucun acte positif de concurrence. Il conteste ensuite chacun des dossiers invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement excluant avoir exercé une activité personnelle concurrente à celle de son employeur.

En conséquence, Monsieur Hervé Z estime que le licenciement n'est pas fondé sur une cause réelle et sérieuse et en demande indemnisation. Il rappelle dans ce cadre qu'il avait une ancienneté de six ans, qu'il a rencontré des difficultés pour retrouver un emploi et qu'il n'a reçu aucune indemnisation pendant le délai de carence prévu par la convention d'assurance-chômage.

La SAS SOPRIMMO OCÉAN a repris oralement ses conclusions déposées le 17 mars 2016 tendant à voir':

- confirmer en toutes ses dispositions le jugement rendu par le conseil de prud'hommes le 2 juillet 2014,
- débouter en conséquence Monsieur Hervé Z de l'intégralité de ses demandes,
- condamner Monsieur Hervé Z à lui verser la somme de 5.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- le condamner aux entiers dépens.

Sur l'envoi de mail depuis la messagerie professionnelle de l'entreprise à des personnes qui ne sont ni clients ni partenaires de l'entreprise et l'envoi de documents appartenant à l'entreprise à Monsieur MUNILLA, son beau-frère :

La SAS SOPRIMMO OCÉAN rappelle que la lettre de licenciement fait bien état de courriels envoyés par le salarié depuis l'adresse de messagerie professionnelle de l'entreprise. Elle fait état d'un mail échangé avec Madame REGNIER duquel il résulterait que Monsieur Hervé Z a, pendant son temps de travail et à titre personnel, pris en charge le dossier de celle-ci qui n'était pas cliente de la société. Elle ajoute qu'il importe peu que le salarié ait été ou non rémunéré puisqu'il ne pouvait exercer pendant son temps de travail une activité similaire à celle exercée pour son employeur. L'employeur ajoute ne jamais avoir été informé de ce dossier, ni par la cliente, ni par son salarié.

Par ailleurs, la SAS SOPRIMMO OCÉAN reproche à Monsieur Hervé Z d'avoir adressé à son beau-frère un mail et des documents de l'entreprise en vue de l'acquisition d'un terrain pour réaliser une opération de lotissement. Les faits reprochés démontreraient que le salarié a exercé avec les outils mis à sa disposition pour son travail, pendant son temps de travail, une activité similaire à celle pour laquelle il était employé. Cette opération devait être réalisée conjointement entre Monsieur Hervé Z et son beau-frère.

L'employeur fait également état d'autres mails envoyés à des tiers permettant également de constater qu'il se livrait pendant son temps de travail à des occupations personnelles similaires à celles pour lesquelles il est employé. L'employeur estime que ces seuls faits constituent une faute grave.

Sur le stockage du disque dur :

Il est reproché au salarié d'avoir stocké sur un disque dur branché sur l'ordinateur professionnel des documents appartenant à l'entreprise et strictement confidentiel constituant le savoir-faire de l'entreprise. Il a par ailleurs utilisé les données copiées notamment pour les envoyer à son beau frère. L'employeur conteste avoir remis à son salarié un disque dur et lui avoir demandé de travailler à son domicile.

L'employeur rappelle que l'ensemble des données de l'entreprise étaient stockées sur DROPBOX et que tous les salariés y avaient accès'; Monsieur Hervé Z n'avait donc pas besoin pour des raisons professionnelles de copier ces données sur le disque dur. L'employeur rappelle que sur le disque dur ont même été reproduit des documents rédigés par le gérant de la société et son père.

La SAS SOPRIMMO OCÉAN rappelle dans ce cadre qu'il est de jurisprudence constante que le disque dur ou la clé USB est un accessoire de l'outil informatique ayant un caractère professionnel et revêt par conséquent également un caractère professionnel. Il en résulte que l'employeur aurait la possibilité de consulter le disque dur externe ou la clé USB reliée à l'ordinateur professionnel mis à la disposition du salarié sans recueillir sa présence. Par ailleurs, il précise qu'aucun des fichiers n'était répertorié par le salarié comme personnel.

L'employeur rappelle encore que les connexions Internet effectuées pendant le temps de travail sur l'ordinateur de l'entreprise sont présumées avoir un caractère professionnel et que l'employeur est libre de les contrôler même en l'absence du salarié. De même, les courriels envoyés depuis l'ordinateur de la société sont présumés avoir un caractère professionnel. Il ajoute que le salarié n'a jamais répertorié ses mails dans un fichier intitulé personnel. Il ajoute n'avoir mis en place aucun système de contrôle individuel et qu'il ne saurait dès lors lui être reproché de ne pas avoir déclaré ce système à la CNIL. L'employeur estime au vu de ces éléments qu'il n'avait nullement besoin de recueillir la présence du salarié ou de l'informer lors de la réalisation des constats d'huissier de justice, aucun fichier répertorié comme personnel n'ayant été ouvert. Il rappelle encore à cet égard que les constats d'huissier ne sont que des moyens de preuve et qu'il n'a pas à en faire état dans la lettre de licenciement.

Enfin, l'employeur rappelle que le premier constat du 29 avril 2013 n'avait pour objet que de faire constater le contenu du disque dur externe et n'a pas fait apparaître d'envoi de mails litigieux. En revanche, ce n'est que lors de l'opération de récupération des données intervenue pendant le week-end des 25 et 26 mai et dont les résultats n'ont pu être consultés que le 27 mai par l'employeur que les faits reprochés, l'envoi des mails litigieux ont été connus par celui-ci.

En outre, l'employeur conteste le contenu des attestations versées aux débats par le salarié certaines émanant en outre de membres de la famille ou de proches du salarié.

La SAS SOPRIMMO OCÉAN estime en conséquence que le salarié n'a pas été de bonne foi et n'a pas loyalement exécuté son contrat de travail et ce alors même qu'il était cadre.

MOTIFS

En vertu de l'article L. 1232-1 du code du travail, « tout licenciement pour motif personnel doit être justifié par une cause réelle et sérieuse ».

Par ailleurs, la faute grave résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations résultant 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.

En l'espèce, par lettre recommandée avec accusé de réception du 13 juin 2013, la SAS SOPRIMMO OCÉAN a licencié Monsieur Hervé Z pour faute grave. La motivation de la lettre de licenciement est la suivante : « Vous avez envoyé depuis la messagerie professionnelle de l'entreprise (') des mails à des personnes qui ne sont pas clients ou partenaires de travail de l'entreprise. Le contenu de ces mails (avec pour certains des pièces jointes) laisse apparaître que vous exercez une activité parallèle et concurrente à celle de la SAS SOPRIMMO OCÉAN pendant votre temps de travail.' Par exemple': le 13 mai 2013 vous avez envoyé à une certaine Madame REGNIER un courriel avec des pièces jointes, dont le contenu et les pièces jointes correspondent à l'activité de la SAS SOPRIMMO OCÉAN (.). Vous avez adressé également à Monsieur MUNILLA des mails dont le contenu laisse supposer très clairement que vous exercez une activité concurrente à celle de la SAS SOPRIMMO OCÉAN. ('). En tout état de cause, vous n'avez pas, pendant votre temps de travail, à aider une personne extérieure à l'entreprise en lui donnant des conseils et en lui adressant des documents appartenant à l'entreprise.

Vous avez en outre stocké sur un disque dur que vous avez laissé branché sur votre ordinateur professionnel des documents appartenant à l'entreprise et strictement confidentiels comme l'a constaté Maître MAURY dans son rapport le 29 avril dernier (' l'employeur liste les dossiers). Ce constat permet d'établir que vous avez stocké sur ce disque dur externe des données personnelles et confidentielles appartenant à l'entreprise et qui constituent le savoir-faire de l'entreprise.

Au vu des e-mails que vous avez envoyés, il est parfaitement clair que vous utilisez ces documents copiés à des fins personnelles pour une activité concurrente de celle de la SAS SOPRIMMO OCÉAN. Ces actes sont répréhensibles et constituent des actes de concurrence déloyale constitutifs en eux-mêmes d'une faute grave.

Enfin, à la suite d'un problème technique sur Dropbox, il a été lancé un logiciel de récupération des données le week-end du 25/26 mai qui a laissé là encore apparaître que vous avez copié et envoyé des documents appartenant à l'entreprise. (' L'employeur liste les documents et données concernés).

En conclusion':

- vous n'avez pas hésité à copier et à transmettre à des personnes extérieures à l'entreprise des données strictement confidentielles et appartenant à la SAS SOPRIMMO OCÉAN, comme des bilans d'études de rentabilité, actes authentiques, etc ; - vous travaillez pour votre compte pendant votre temps de travail à des activités concurrentes à celle de la SAS SOPRIMMO OCÉAN ; - vous avez consulté des sites pornographiques pendant votre temps de travail.

Vos agissements et votre comportement ne sont pas acceptables et ne correspondent certainement pas à une exécution loyale du contrat de travail. Nous ne saurions tolérer plus longtemps de votre part des comportements constitutifs d'une faute grave ».

Sur le bref délai :

Il résulte de la lettre de licenciement que l'employeur reproche à Monsieur Hervé Z trois séries de manquements': le fait d'avoir enregistré des données confidentielles de l'entreprise sur un disque dur externe, le fait d'avoir envoyé des mails à des tiers comprenant parfois des pièces confidentielles et laissant apparaître qu'il exercerait une activité parallèle et concurrente à la sienne pendant son temps de travail et le fait d'avoir consulté pendant son temps de travail des sites pornographiques. Si l'enregistrement des données sur le disque dur externe a pu être constaté dès le 29 avril 2016, les autres faits n'ont été révélés qu'ultérieurement à l'employeur qui a, comme l'affirme d'ailleurs le salarié, continué à mener des vérifications sur Monsieur Hervé Z . Ainsi sans démonstration de la réalité d'un problème technique, l'employeur a mis en route un logiciel de récupérations de données sur le week-end du 25/26 mai lui permettant de constater la seconde série de griefs reprochés à son salarié.

Dès le 27 mai 2013, la SAS SOPRIMMO OCÉAN a enclenché la procédure de licenciement notifiant à Monsieur Hervé Z une mise à pied conservatoire dans la lettre de convocation à un entretien préalable de licenciement.

Il résulte de ces éléments que la SAS SOPRIMMO OCÉAN a agi dans un bref délai dès qu'elle a eu connaissance de l'ensemble des griefs reprochés à son salarié.

Sur le caractère licite ou illicite des moyens de preuve :

Monsieur Hervé Z invoque le caractère illicite des moyens de preuve mis en 'uvre par la SAS SOPRIMMO OCÉAN.

Il convient de rappeler dans un premier temps que les dossiers et fichiers créés par un salarié sur l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur sont présumés avoir un caractère professionnel et l'employeur peut donc y accéder librement. Il en est de même pour une clef USB et un disque dur externe connectés à l'ordinateur professionnel. Il résulte en l'espèce du procès-verbal de constat du 29 avril 2013 que le disque dur externe était bien connecté sur l'ordinateur mis à disposition de Monsieur Hervé Z par la SAS SOPRIMMO OCÉAN et qu'aucun des fichiers qu'il contenait n'était identifié ou dénommé comme personnel. Dès lors, l'employeur pouvait y accéder librement en dehors de la présence de son salarié. La SAS SOPRIMMO OCÉAN pouvait dans les mêmes conditions faire constater le contenu du disque par un huissier de justice hors la présence de Monsieur Hervé Z . Dès lors, le procès-verbal de constat du 29 avril 2013 constitue un moyen de preuve licite.

Par ailleurs, il est constant que suite à la mise en 'uvre d'un logiciel de récupération de données ce qui ne constitue pas un dispositif de contrôle des salariés justifiant leur information préalable, l'employeur a constaté l'existence de plusieurs mails litigieux provenant de la boîte mail professionnelle mais également de la boîte mail personnelle de Monsieur Hervé Z .

Sur les mails émanant de la boîte professionnelle, il résulte du procès-verbal de constat du 27 mai 2013 qu'ils ne sont pas identifiés comme personnel. Dès lors, ils sont présumés être de nature professionnelle et l'employeur peut y accéder librement hors la présence du salarié. De même les photographies à caractère pornographique retrouvées sur le disque dur de l'ordinateur professionnel ne sont pas identifiées comme «'personnel'». La SAS SOPRIMMO OCÉAN pouvait donc faire constater la présence et le contenu de ces photographies et de ces mails intégrés au disque dur de l'ordinateur professionnel mis à disposition de Monsieur Hervé Z par un huissier de justice hors la présence du salarié.

En revanche, en ce qui concerne les mails ou courriels émanant de la messagerie Orange personnelle de Monsieur Hervé Z distincte de la messagerie professionnelle dont celui-ci disposait pour les besoins de son activité, la SAS SOPRIMMO OCÉAN ne pouvait y avoir accès librement même si Monsieur Hervé Z se servait de l'ordinateur professionnel pour envoyer et recevoir des messages sur cette adresse. En effet, même si en l'espèce, la SAS SOPRIMMO OCÉAN justifie d'un risque ou événement particulier, une suspicion légitime de concurrence déloyale, elle ne pouvait ouvrir ces mails ou courriels qu'en présence de Monsieur Hervé Z ou celui-ci dûment appelé ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En conséquence, ces messages électroniques doivent être écartés des débats en ce que leur production en justice porte atteinte au secret des correspondances.

Sur le bien-fondé du licenciement :

En ce qui concerne les photographies pornographiques, il convient de constater que Monsieur Hervé Z conteste être à l'origine de leur consultation et enregistrement sur le disque dur. Il résulte de l'attestation de Monsieur ARCHIMBAUD, collègue de Monsieur Hervé Z, que les salariés ne disposaient pas d'un mot de passe unique mais commun afin de permettre l'accès à chaque poste en l'absence d'un salarié. Dès lors, la seule présence de photographies à caractère pornographique sur le disque dur de l'ordinateur professionnel de Monsieur Hervé Z ne suffit pas à démontrer qu'il soit à l'origine de la consultation puis de l'enregistrement et ce d'autant, qu'aucune information sur la date et l'heure de téléchargement ou d'enregistrement n'est indiquée dans le procès-verbal. En tout état de cause, il convient de rappeler que le téléchargement et le stockage de documents pornographiques ne constituent pas une cause réelle et sérieuse de licenciement sauf en cas d'usage abusif ce qui n'est pas démontré en l'espèce. Ce grief ne sera en conséquence pas retenu. Par ailleurs, le contenu et les griefs tirés des courriels émanant de la messagerie personnelle de Monsieur Hervé Z ne seront pas étudiés dans la présente décision compte tenu du caractère illicite de leur retranscription hors la présence du salarié.

Sur le grief tiré de l'enregistrement de données personnelles par Monsieur Hervé Z, il résulte du procès-verbal de constat du 29 avril 2013 que celui-ci a enregistré sur un disque dur externe de nombreuses données importantes et confidentielles de la SAS SOPRIMMO OCÉAN. L'employeur conteste avoir mis à la disposition de Monsieur Hervé Z ce disque dur, et celui-ci disposant d'un ordinateur fixe à son bureau et d'un accès à DROPBOX permettant l'accès aux données nécessaires à son travail, il n'apparaît pas vraisemblable que l'employeur ait mis ce moyen d'enregistrement à la disposition de son salarié. Le procès-verbal permet de constater que des données importantes ont été enregistrées constituant le savoir-faire de la SAS SOPRIMMO OCÉAN. Ainsi, dans le fichier intitulé «'TERROAR'» ont été copiés des matrices d'étude de faisabilité, des modèles de promesse de vente, une matrice suivi client, un protocole lotissement ou encore un acte de vente authentique. En outre, de nombreux fichiers clients ou dossiers et un décompte de vente ont encore été copiés sur ce disque dur.

Par ailleurs, le procès-verbal de constat du 27 mai 2013 permet de constater que Monsieur Hervé Z a pris connaissance et copié des documents strictement personnels de son employeur, et notamment une correspondance privée avec le père du gérant et une situation des marchés du lotissement «'le clos de taillurot'». Il est également constaté la présence d'une liste de fourniture et d'un budget travaux intitulé «'TERROAR'». Par ailleurs, dans les éléments

envoyés de la boîte professionnelle de Monsieur Hervé Z , différents mails envoyés à des tiers ont été retranscrits':

- un mail envoyé le 27 janvier 2012 à 16 h 14 à O. Munilla avec pour objet «Lasbordes'». Dans ce mail, Monsieur Hervé Z donne des précisions et pose un certain nombre de questions dans le cadre d'un projet vraisemblablement de lotissement. En pièce jointe, figure un plan avec des mentions manuscrites en lien avec les observations du mail ;
- un mail du 30 janvier 2012 à 14 h 37 adressé à l'étude de Maître LAMAIGNERE dans lequel Monsieur Hervé Z indique qu'il va s'occuper de la vente d'un garage pour sa belle-mère, Madame Dominique DALBIT et sollicite différents documents ;
- un mail du 3 janvier 2013 à 8 h 12 envoyé à Olivier Munilla concernant des informations sur la fiscalité immobilière ;
- un mail du 13 mai 2013 à 11 h 10 envoyé à Laurence REGNIER et Christian SAUVAGE concernant un projet immobilier dit «le bon Bernet'» avec des pièces jointes, un plan cadastral, des informations sur des parcelles et sur le POS.

Ces courriels ont tous été envoyés pendant les heures de travail de Monsieur Hervé Z , sont destinés à des tiers et démontrent au minima qu'à titre bénévole, celui-ci conseillait et effectuait des démarches pour la vente ou l'acquisition de bien immobilier. Il résulte des attestations produites par Monsieur Hervé Z qu'il se livre habituellement à ces activités pour ses proches. Ces activités au profit de Madame DURET, sa mère, de Madame DALBIT, sa belle-mère et de Madame DARMUZEY, marraine de sa fille, ne sauraient constituer des actes de concurrence déloyale compte tenu de leur caractère bénévole et des liens unissant ces personnes. En revanche, le fait que Monsieur Hervé Z les effectue au moins partiellement sur son lieu de travail avec le matériel mis à sa disposition par son employeur est fautif compte-tenu de leur répétition.

Par ailleurs, il convient de constater en ce qui concerne Madame REGNIER que celle-ci avait un double projet, l'acquisition d'une maison à titre personnel et l'acquisition d'un terrain pour la construction d'un foyer résidence sénior alzheimer. Si dans son attestation Madame REGNIER indique que la réalisation du projet pourrait à terme impliquer la société de Monsieur GIUSEPPONE (gérant de la SAS SOPRIMMO OCÉAN), cette affirmation n'est corroborée par aucune autre pièce. Monsieur Hervé Z ne justifie pas avoir informé son employeur de ce projet alors même qu'il entrait dans le cadre non seulement des activités de son employeur mais également des missions de son salarié, chargé d'affaires. Ainsi, le mail litigieux envoyé à Madame REGNIER sur les lieux et horaires de travail avec le matériel et la messagerie professionnels est très précis et technique sur le terrain proposé par Monsieur Hervé Z à celle-ci. Des pièces sont jointes à ce mail: un plan cadastral, des informations sur des parcelles et sur le POS. Il s'agit bien d'une activité similaire à celle exercée par son employeur réalisée à l'insu de celui-ci pendant ses heures et sur le lieu de travail.

Quant aux mails adressés à Monsieur Olivier MUNILLA, il convient de constater qu'ils entrent aussi dans le cadre d'activité de l'employeur. Monsieur Olivier MUNILLA a rédigé trois attestations au profit de Monsieur Hervé Z au fur et à mesure de la procédure. Il en résulte que Monsieur Olivier MUNILLA a d'abord sollicité Monsieur Hervé Z dans le cadre de l'acquisition d'un terrain à LASBORDES ce qui pourrait correspondre au mail litigieux du 27 janvier 2012 envoyé sur les lieux et horaires de travail avec le matériel et la messagerie

professionnels. Par ailleurs, dans l'attestation du 30 mars 2014, Monsieur Olivier MUNILLA indique que Monsieur Z et lui voulaient, dès 2012, réaliser l'achat d'un bien immobilier pour réaliser une opération locative sous la forme d'une SCI dénommée TERROAR, projet non réalisé depuis. Cette attestation est à rapprocher des données trouvées sur le disque externe notamment sous le nom «'TERROAR'». Il convient à cet effet, de rappeler que Monsieur Hervé Z a copié les données confidentielles suivantes de son employeur': matrices d'étude de faisabilité, des modèles de promesse de vente, une matrice suivi client, un protocole lotissement ou encore un acte de vente authentique. Ces documents, compte tenu de leur nature, présentent un intérêt certain dans le cadre du projet immobilier du salarié et de son beau-frère. La SAS SOPRIMMO OCÉAN produit encore un justificatif permettant de constater que Monsieur Hervé Z a déposé un nom de domaine «'TERROAR.COM'» le 13 avril 2013. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que Monsieur Hervé Z avait manifestement pour projet de créer avec Monsieur MUNILLA, son beau-frère, une société immobilière au minima pour la mise en location de biens immobiliers mais plus vraisemblablement au vu des pièces citées ci-dessus, en vue de la création d'un lotissement ce qui constitue une activité concurrente à celle de son employeur.

Par conséquent, la SAS SOPRIMMO OCÉAN démontre que Monsieur Hervé Z avait bien pour projet de mener une activité concurrente à la sienne pour son compte et celui de son beau-frère et projet développé ce pour partie pendant son temps de travail et avec le matériel et les données confidentielles de son employeur.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il convient de constater que le grief tenant à l'enregistrement de données personnelles et confidentielles et à l'envoi de mails à des tiers laissant apparaître que Monsieur Hervé Z exerçait ou avait tenté d'exercer une activité parallèle et concurrente à celle de la SAS SOPRIMMO OCÉAN pendant son temps de travail sont établis. Ces actes constituent un manquement certain de Monsieur Hervé Z à son obligation de loyauté même en l'absence de clause d'exclusivité, celui-ci ayant mis à profit les facilités de son emploi pour se livrer ou tenter de se livrer pour son compte ou à titre bénévole à des activités concurrentes à celle de son employeur. Il a en outre enregistré des informations confidentielles de la SAS SOPRIMMO OCÉAN et relevé des informations contenues dans les fichiers de son employeur et constituant son savoir-faire dans un but personnel en vue de créer une société même de nature civile exerçant une activité concurrente à celle de son employeur. L'ensemble de ces faits pris en leur ensemble constitue une faute grave rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis. Il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit le licenciement fondé sur une faute grave et débouté Monsieur Hervé Z de l'intégralité de ses demandes.

Sur l'article 700 du code de procédure civile et les dépens :

Selon l'article 696 du code de procédure civile, la partie perdante est condamnée aux dépens.

Il convient en conséquence de condamner Monsieur Hervé Z aux entiers dépens.

Enfin, il convient de condamner Monsieur Hervé Z à verser à la SAS SOPRIMMO OCÉAN la somme de 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile. Monsieur Hervé Z sera débouté de sa demande fondée sur cet article.

PAR CES MOTIFS

La Cour,

Statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort, par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour,

Confirme en toutes ses dispositions, le jugement du 2 juillet 2014, rendu par le conseil de prud'hommes de Mont de Marsan, section encadrement,

Y ajoutant,

Condamne Monsieur Hervé Z à verser à la SAS SOPRIMMO OCÉAN la somme de 500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile,

Déboute Monsieur Hervé Z de sa demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne Monsieur Hervé Z aux entiers dépens.

Arrêt signé par Madame THEATE, Présidente, et par Madame HAUGUEL, greffière, à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

LA GREFFIÈRE

LA PRÉSIDENTE