

Texte de la décision

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Vu leur connexité, joint les pourvois n° J 09-40. 708 et C 09-40. 840 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Riom, 16 décembre 2008), que Mme X...a été engagée le 6 mars 1989 par la société Areste informatique en qualité d'ingénieur commercial ; que la salariée, en arrêt de travail pour maladie depuis le 14 octobre 2003, a été placée en invalidité 1re catégorie à compter du 14 octobre 2006 ; que contestant le montant des sommes qui lui étaient versées au titre du maintien de sa rémunération en application des dispositions de la convention collective applicable et du régime obligatoire de prévoyance, Mme X...a saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant à la résiliation judiciaire de son contrat de travail et à la condamnation de son employeur au paiement de diverses sommes à titre salarial et indemnitaire ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner au paiement de diverses sommes à titre de complément de salaire, de dommages-intérêts pour non-respect de la garantie de salaire, d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement injustifié, alors, selon le moyen, que toute décision de justice doit mentionner le nom des magistrats qui en ont délibéré ; que cette condition n'est pas remplie lorsque, comme en l'espèce, la décision mentionne que trois magistrats ont assisté aux débats et au délibéré (M. Payard, président ainsi que Mme Sonokpon et M. Nicolas, conseillers) et indique que le rapport a été effectué par un quatrième magistrat (M. Thomas), dès lors que cette présentation contradictoire ne permet pas de connaître l'identité des magistrats qui ont délibéré, en violation des dispositions des articles 454, 457 et 458 du code de procédure civile ;

Mais attendu que ce moyen est devenu sans objet dès lors que par arrêt rendu le 30 juin 2009, la cour d'appel de Riom, statuant d'office, a rectifié l'erreur dont était entaché son arrêt du 16 décembre 2008 quant à la composition de la cour ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire qu'il a commis des manquements justifiant la résiliation judiciaire du contrat de travail à ses torts en ne versant pas à Mme X...l'intégralité des sommes auxquelles elle avait droit pendant sa période de maladie, et de le condamner à lui payer diverses sommes à titre de complément de salaire, d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement injustifié, alors, selon le moyen :

1°/ que l'avis d'une commission d'interprétation instituée par un accord collectif ne s'impose au juge que si l'accord collectif lui donne la valeur d'un avenant ; que lorsqu'une telle valeur est accordée à l'avis de la commission d'interprétation en vertu non pas du texte initial mais d'un avenant à la convention collective, seuls s'imposent au juge les avis postérieurs à l'entrée en vigueur dudit avenant, les avis antérieurs conservant, à moins que l'avenant n'en dispose autrement, la valeur qui était la leur à la date à laquelle ils ont été émis ; que la cour d'appel, qui a jugé en l'espèce que le salaire de référence à prendre en compte pour le calcul des sommes dues par l'employeur au titre du maintien du salaire en cas de maladie, devait être calculé sur la base de la moyenne mensuelle des 12 derniers mois en se fondant directement sur l'avis en date du 27 mai 1993 de la commission d'interprétation instituée par la convention collective du commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et informatique et de librairie du 15 décembre 1988, cependant qu'antérieurement à l'avenant n° 5 du 8 octobre 1997 étendu par arrêté du 5 mai 1998 (JORF 16 mai 1998), l'article 1. 8 de la convention collective, qui institue la commission d'interprétation, ne prévoyait pas que les avis de celle-ci auraient valeur d'avenant de sorte que l'avis rendu en 1993 ne pouvait avoir une telle valeur, a violé l'article 1. 8 de la convention collective du commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et informatique et de librairie dans sa rédaction applicable à l'espèce antérieure à l'avenant n° 5 du 8 octobre 1997 ainsi que l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'en se fondant sur un avis de la commission d'interprétation qui ne les liait pas, cependant qu'il lui incombait de

rechercher elle-même le sens des articles 3. 13. 2 et 5. 8. 2 de la convention collective, qui fixaient les obligations de l'employeur en matière de maintien du salaire en cas de maladie, la cour d'appel a méconnu son office et a violé les articles 3. 13. 2 et 5. 8. 2 précités de la convention collective du commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et informatique et de librairie, ensemble les articles L. 1221-1 du code du travail, 1134 et 1184 du code civil ;

3°/ que l'accord relatif à la prévoyance sociale du 10 décembre 1990 prévoit seulement l'obligation, pour l'employeur, de souscrire auprès d'un organisme tiers un contrat de prévoyance destiné à prendre le relais de l'obligation de maintien des salaires, à hauteur de 90 %, mise à la charge de l'employeur durant les 90 premiers jours d'arrêt de travail pour maladie ; qu'il n'était pas contesté en l'espèce que l'employeur avait exécuté cette obligation en souscrivant un contrat de prévoyance collective auprès du Groupe Mornay ; que dès lors, en imputant à faute à l'employeur le fait que Mme X...n'aurait pas perçu l'intégralité des sommes qui lui étaient dues au titre du contrat de prévoyance, cependant que l'employeur était seulement tenu de souscrire un contrat de prévoyance collective et non de garantir sa bonne exécution, la cour d'appel a violé par fausse application les articles 1, 2 et 5 de l'accord relatif à la prévoyance sociale du 10 décembre 1990, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail et les articles 1134 et 1184 du code civil ;

4°/ qu'en toute hypothèse la rémunération de référence pour le calcul des sommes dues au titre de l'obligation de maintien du salaire en cas de maladie ne comprend pas les éléments du salaire qui ne rémunèrent pas le travail proprement dit mais sont liés à la simple présence du salarié ou aux servitudes particulières attachées à la prestation de travail ; qu'en affirmant que les primes de fin d'année devaient être intégrées dans le salaire de référence sans rechercher à quelles conditions le versement de ces primes était subordonné, ce qui conditionnait l'intégration ou non de ces primes dans la base de calcul de l'indemnisation due à la salariée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 3. 13. 2 et 5. 8. 2 de la convention collective du commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et informatique et de librairie du 15 décembre 1988, ainsi que des articles 1, 2 et 5 de l'accord relatif à la prévoyance sociale du 10 décembre 1990, ensemble l'article L. 1221-1 du code du travail et les articles 1134 et 1184 du code civil ;

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel, qui a retenu, d'une part, que selon l'avis du 27 mai 1993 rendu par la commission d'interprétation de la convention collective du commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, bureautique et informatique et de librairie du 15 mars 1988 pour l'application des articles 3. 13. 2 et 5. 8. 2 de la convention collective, la période de référence à retenir pour le calcul de la moyenne mensuelle du salaire de référence était celle des douze derniers mois lorsque le salaire comprend une rémunération variable, d'autre part que selon l'article 2 de l'accord du 10 décembre 1990 relatif au régime de prévoyance, le traitement de référence est égal au salaire net moyen perçu au cours des douze derniers mois précédant l'arrêt de travail, enfin que cette disposition a été reprise par l'avenant non étendu du 2 juin 1994 modifiant l'article 3. 13. 2 précité, a énoncé à bon droit que le salaire de référence pour la garantie de salaire prévue par les articles 3. 13. 2 et 5. 8. 2 de la convention collective est celui des douze derniers mois précédant l'arrêt de travail ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des dispositions de l'article 3. 13. 2 de la convention collective que les salariés absents pour maladie reçoivent un pourcentage de la rémunération brute qu'ils auraient gagnée s'ils avaient continué à travailler et de celles de l'accord du 10 décembre 1990 que les indemnités versées sont égales au complément nécessaire pour que le salarié perçoive 100 % de son traitement net imposable, celui-ci devant correspondre au salaire net moyen perçu au cours des douze derniers mois ; que la cour d'appel en a exactement déduit que la prime de fin d'année et la prime de 13e mois devaient être prises en compte pour déterminer le montant du salaire de référence ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner au paiement de certaines sommes à titre d'indemnité de préavis et de congés payés afférents, alors, selon le moyen, que le salarié ne peut prétendre au paiement d'une indemnité pour un préavis qu'il est dans l'impossibilité d'exécuter ; que la cour d'appel, en condamnant la société Areste à payer à Mme X...une indemnité de préavis et les congés payés y afférents cependant qu'elle constatait que la salariée,

qui était en arrêt de travail depuis le 14 octobre 2003, était dans l'impossibilité d'exécuter le préavis, a méconnu les conséquences légales de ses propres constatations au regard des articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail ;

Mais attendu que dès lors que la résiliation judiciaire du contrat de travail est prononcée aux torts de l'employeur, l'indemnité de préavis est toujours due ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la société Areste informatique aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Areste informatique à payer à Mme X...la somme de 2 500 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit avril deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens identiques produits, aux pourvois n° J 09-40. 708 et C 09-40. 840, par la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat aux Conseils pour la société Areste informatique

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la Société ARESTE à payer à Madame X...les sommes de 15. 598, 71 € au titre du complément de salaire pendant la maladie pour la période d'octobre 2003 à octobre 2006, 2. 000 € à titre de dommages et intérêts pour non-respect de la garantie de salaire, 9. 056, 76 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 905, 97 € au titre des congés payés y afférents, 6. 945, 80 € à titre d'indemnité de licenciement, 50. 000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement injustifié et 1. 500 € au titre des frais irrépétibles ;

ALORS QUE toute décision de justice doit mentionner le nom des magistrats qui en ont délibéré ; que cette condition n'est pas remplie lorsque, comme en l'espèce, la décision mentionne que trois magistrats ont assisté aux débats et au délibéré (M. PAYARD, Président ainsi que Madame SONOKPON et Monsieur NICOLAS, Conseillers) et indique que le rapport a été effectué par un quatrième magistrats (Monsieur THOMAS), dès lors que cette présentation contradictoire ne permet pas de connaître l'identité des magistrats qui ont délibéré, en violation des dispositions des articles 454, 457 et 458 du Code de procédure civile.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la Société ARESTE avait commis des manquements justifiant la résiliation judiciaire du contrat de travail à ses torts en ne versant pas à Madame X...l'intégralité des sommes auxquelles elle avait droit pendant sa période de maladie, et de l'AVOIR, en conséquence, condamnée à lui payer diverses sommes à titre de complément de salaire, indemnité compensatrice de préavis, congés payés afférents, indemnité de licenciement et dommages et intérêts pour licenciement injustifié, outre les frais irrépétibles,

AUX MOTIFS QUE « la Convention collective du commerce de détail des papeteries et fournitures de bureau informatique prévoit, dans son article 3. 13. 2, relatif à l'indemnisation des absences pour maladie, et dans son article 5. 8. 2, concernant les dispositions spécifiques au personnel d'encadrement, qu'au-delà de 3 années d'ancienneté dans

l'entreprise, le salarié bénéficie d'une indemnisation à compter du premier jour d'absence et pour une durée de 90 jours, égale à 90 % de la rémunération brute. L'accord du 10 décembre 1990 intitulé " Accord relatif à la prévoyance sociale ", qui a été étendu par arrêté du 30 octobre 1991 et dont il n'est pas contesté qu'il était en vigueur au jour de l'arrêt maladie de Mme X...et opposable à l'employeur, prévoit, à l'article 2 : " Les salariés bénéficieront de la garantie en relais des obligations de maintien de salaire à 90 % prévu par la convention collective (...). Elle ajoute que le salaire de référence retenu par Mme X...est également erroné en ce qu'il prend en considération tous les éléments de rémunération alors que ni la prime annuelle de fin d'année ni la prime de 13ème mois ne doivent être pris en compte. Elle soutient également que les indemnités journalières versées par la sécurité sociale doivent être déduites du complément de salaire pour leur montant brut et non pour leur montant net. Elle estime, en conséquence, que la salariée a perçu des sommes supérieures à celles auxquelles elle pouvait prétendre. Sur la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, elle considère n'avoir commis aucune faute, la salariée ayant été remplie de ses droits. A titre subsidiaire, elle estime que, même si les compléments de salaire servis à Mme X...étaient jugés incorrects, cela ne serait pas suffisant pour justifier la résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur. Pour plus ample relation des faits, de la procédure et des prétentions et moyens antérieurs des parties, il y a lieu de se référer à la décision attaquée et aux conclusions déposées, oralement reprises. La Convention collective du commerce de détail des papeteries et fournitures de bureau informatique prévoit, dans son article 3. 13. 2, relatif à l'indemnisation des absences pour maladie, et dans son article 5. 8. 2, concernant les dispositions spécifiques au personnel d'encadrement, qu'au-delà de 3 années d'ancienneté dans l'entreprise, le salarié bénéficie d'une indemnisation à compter du premier jour d'absence et pour une durée de 90 jours, égale à 90 % de la rémunération brute. L'accord du 10 décembre 1990 intitulé " Accord relatif à la prévoyance sociale ", qui a été étendu par arrêté du 30 octobre 1991 et dont il n'est pas contesté qu'il était en vigueur au jour de l'arrêt maladie de Mme X...et opposable à l'employeur, prévoit, à l'article 2 : " Les salariés bénéficieront de la garantie en relais des obligations de maintien de salaire à 90 % prévu par la convention collective (...). Le montant des indemnités journalières versées sera égal au complément nécessaire pour que le salarié perçoive 100 % de son traitement net imposable, quelle que soit la cause de son arrêt de travail. L'indemnité versée par le régime de prévoyance sera versée en complément et en relais de la garantie employeur et après déduction des indemnités journalières versées par la Sécurité Sociale ". Il s'ensuit que Mme X...qui a été arrêtée pour maladie le 14 octobre 2003, devait bénéficier d'un montant égal à 90 % de sa rémunération moyenne mensuelle brute pendant 90 jours, soit jusqu'au 11 janvier 2004 et que, du 12 janvier 2004 au 13 octobre 2006 (date de son placement en invalidité), elle était en droit de bénéficier d'un maintien de 100 % de sa rémunération nette imposable. S'agissant du salaire de référence à prendre en compte pour le calcul des prestations du régime de prévoyance, la commission d'interprétation de la convention collective, dans son avis du 27 mai 1993, a considéré que, pour les salaires comportant une rémunération variable (comme c'est le cas de Mme X...), la période de référence pour le calcul de la moyenne mensuelle est celle des 12 derniers mois. Pour la garantie complémentaire, l'article 2 de l'accord du 10 décembre 1990 précise clairement que le salaire de référence " est égal au salaire net moyen perçu au cours des 12 mois civils précédant l'arrêt de travail ". Par conséquent, même si l'avenant du 2 juin 1994 qui reprend la même disposition mais qui n'a pas été étendu, ne peut être opposé à la société ARESTE INFORMATIQUE, il n'est pas sérieusement contestable que le salaire de référence est celui des douze derniers mois. C'est, en conséquence, à tort, que l'employeur a retenu le salaire moyen du trimestre précédent l'arrêt de travail. L'employeur soutient également à tort que la prime annuelle de fin d'année et la prime de 13ème mois ne doivent pas être prises en compte pour déterminer le montant du salaire de référence. Il résulte des dispositions de la convention collective, d'une part, que les salariés malades doivent percevoir un salaire maintenu correspondant à 90 % " de la rémunération brute qu'ils auraient gagnés s'ils avaient continué à travailler " et, d'autre part, que cette rémunération doit être calculée sur la moyenne des sommes perçues pendant les 12 derniers mois. De la même façon, l'accord du 10 décembre 1990 prévoit que les indemnités versées doivent être égales " au complément nécessaire pour que le salarié perçoive 100 % de son traitement net imposable ", celui-ci devant correspondre au salaire net moyen perçu au cours des douze derniers mois. Il s'ensuit que c'est l'ensemble des éléments de rémunération qui doit être pris en compte pour déterminer le montant du salaire de référence. Mme X...a établi un tableau récapitulatif des salaires qu'elle a perçus pendant les douze derniers mois avant son arrêt de travail, d'octobre 2002 à septembre 2003 d'où il ressort que le salaire mensuel moyen s'élève à la somme de 3. 019, 92 € brut.. Ce calcul est conforme aux indications fournies par les bulletins de salaire. Il convient de relever que, selon les indications fournies par le groupe MORNAY (conditions générales du contrat de prévoyance communiquées à l'inspecteur du travail, courriers adressés à Mme X..., décompte des sommes versées) cet organisme a calculé les indemnités versées à l'employeur sur la base des salaires des douze derniers mois et que le salaire de référence retenu dans le cas de Mme X...est de 100, 66 € par jour, soit pour un mois de 30 jours 3. 019, 80 €, ce qui corrobore, en tous points, les prétentions de la salariée. La garantie

portant sur la rémunération nette que la salariée aurait dû percevoir, l'employeur est bien fondé à soutenir que les indemnités journalières servies par l'organisme de sécurité sociale doivent être prises en compte pour leur montant brut. Il n'en reste pas moins que Mme X...aurait dû, pour toute la période concernée, bénéficier, au total, d'une rémunération brute de 110. 818, 92 € brut, soit 64. 139, 18 € brut après déduction des indemnités journalière calculées en brut, alors que la rémunération brute calculée par l'employeur n'a été que de 95. 220, 21 €, soit 48. 540, 47 € après déduction des indemnités journalières. L'employeur reste donc lui devoir la somme de 15. 598, 71 € brut. La demande de Mme X... est entièrement fondée et le jugement doit être infirmé en ce qu'il l'a déboutée et condamnée à rembourser une somme à l'employeur. L'employeur qui a souscrit à un régime de prévoyance pour ses salariés a le devoir de les informer, en temps utile, du contenu, des droits et des obligations résultant de leur adhésion. Mme X...justifie avoir sollicité de l'employeur, le 13 mai 2006, des informations sur la garantie de salaire dont elle bénéficie. Cette demande a été réitérée par la suite, à plusieurs reprises, avec intervention de son conseil et de l'inspecteur du travail, sans que l'employeur ne fournisse les informations demandées ni ne communique le contrat de prévoyance souscrit auprès du groupe MORNAY ainsi qu'il lui était demandé. Il convient de relever que les droits de la salariée ne sont pas respectés depuis le mois d'octobre 2003 et que les sommes qu'elle perçoit sont inférieures à celles auxquelles elle peut prétendre depuis cette date. Les carences de l'employeur ont causé à la salariée un préjudice certain en ne lui permettant ni de déterminer ses droits ni de bénéficier de la garantie souscrite en temps voulu qui justifient indemnisation à hauteur de la somme de 2. 000, 00 €, compte tenu des éléments d'appréciation versés aux débats. Les droits de Mme X...étant suffisamment établis par les pièces produites, la demande de communication du contrat de prévoyance souscrit par l'employeur est sans objet. L'article 1184 du code civil permet à l'une ou à l'autre des parties à un contrat d'en demander la résolution judiciaire en cas d'inexécution des obligations découlant de ce contrat. S'agissant du contrat de travail, le salarié est en droit de solliciter la résiliation judiciaire du contrat de travail dès lors qu'il justifie de manquements de l'employeur d'une gravité suffisante pour justifier la rupture. En l'espèce, l'attitude de l'employeur qui, pendant plusieurs années a payé à la salariée une somme nettement inférieure à celle à laquelle elle pouvait prétendre au titre de la garantie de salaire pendant sa maladie et qui a négligé de répondre aux interrogations et demandes d'explications répétées de la salariée, a gravement manqué à ses obligations en privant Mme X...d'une partie non négligeable de sa rémunération. Une telle attitude justifie la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur. Le jugement sera donc infirmé en ce qu'il a débouté la salariée de cette demande. La résiliation devant produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, Mme X...est bien fondée à solliciter, compte tenu de sa rémunération, de son ancienneté et des dispositions de la convention collective prévoyant un préavis de 3 mois pour les cadres, la somme de 9. 059, 76 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis ainsi que celle de 905, 97 € au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés correspondante. Conformément à la convention collective qui prévoit une indemnité de licenciement égale à 15 % du salaire mensuel par année d'ancienneté jusqu'à 10 ans et 20 % au-delà, la demande de Mme X...à ce titre sera accueillie à hauteur de la somme de 6. 945, 80 €. Compte tenu de la durée de la présence de la salariée dans l'entreprise, du salaire qu'elle percevait et des pièces justificatives produites, l'employeur devra lui payer la somme de 50. 000, 00 € à titre de dommages-intérêts, cette somme étant de nature à réparer le préjudice résultant de la rupture du contrat de travail » ;

ALORS, DE PREMIÈRE PART, QUE l'avis d'une commission d'interprétation instituée par un accord collectif ne s'impose au juge que si l'accord collectif lui donne la valeur d'un avenant ; que lorsqu'une telle valeur est accordée à l'avis de la commission d'interprétation en vertu non pas du texte initial mais d'un avenant à la convention collective, seuls s'imposent au juge les avis postérieurs à l'entrée en vigueur dudit avenant, les avis antérieurs conservant, à moins que l'avenant n'en dispose autrement, la valeur qui était la leur à la date à laquelle ils ont été émis ; que la cour d'appel qui a jugé en l'espèce que le salaire de référence à prendre en compte pour le calcul des sommes dues par l'employeur au titre du maintien du salaire en cas de maladie devait être calculé sur la base de la moyenne mensuelle des 12 derniers mois en se fondant directement sur l'avis en date du 27 mai 1993 de la Commission d'interprétation instituée par la Convention collective du Commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et informatique et de librairie du 15 décembre 1988, cependant qu'antérieurement à l'Avenant n° 5 du 8 octobre 1997 étendu par arrêté du 5 mai 1998 (JORF 16 mai 1998), l'article 1. 8 de la Convention collective, qui institue la Commission d'interprétation, ne prévoyait pas que les avis de celle-ci auraient valeur d'avenant de sorte que l'avis rendu en 1993 ne pouvait avoir une telle valeur, a violé l'article 1. 8 de la Convention collective du Commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et informatique et de librairie dans sa rédaction applicable à l'espèce antérieure à l'avenant n° 5 du 8 octobre 1997 ainsi que l'article 1134 du Code civil ;

QU'AU SURPLUS, en se fondant sur un avis de la Commission d'interprétation qui ne les liait pas, cependant qu'il lui incombait de rechercher elle-même le sens des articles 3. 13. 2 et 5. 8. 2 de la Convention collective, qui fixaient les obligations de l'employeur en matière de maintien du salaire en cas de maladie, la cour d'appel a méconnu son office et a violé les articles 3. 13. 2 et 5. 8. 2 précités de la Convention collective du Commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et informatique et de librairie, ensemble les articles L. 1221-1 du Code du travail, 1134 et 1184 du Code civil ;

ALORS, DE TROISIÈME PART QUE l'Accord relatif à la prévoyance sociale du 10 décembre 1990 prévoit seulement l'obligation, pour l'employeur, de souscrire auprès d'un organisme tiers un contrat de prévoyance destiné à prendre le relais de l'obligation de maintien des salaires, à hauteur de 90 %, mise à la charge de l'employeur durant les 90 premiers jours d'arrêt de travail pour maladie ; qu'il n'était pas contesté en l'espèce que l'employeur avait exécuté cette obligation en souscrivant un contrat de prévoyance collective auprès du GROUPE MORNAY ; que dès lors, en imputant à faute à l'employeur le fait que Madame X...n'aurait pas perçu l'intégralité des sommes qui lui étaient dues au titre du contrat de prévoyance, cependant que l'employeur était seulement tenu de souscrire un contrat de prévoyance collective et non de garantir sa bonne exécution, la cour d'appel a violé par fausse application les articles 1, 2 et 5 de l'Accord relatif à la prévoyance sociale du 10 décembre 1990, ensemble l'article L. 1221-1 du Code du travail et les articles 1134 et 1184 du Code civil ;

ALORS, ENFIN ET EN TOUTE HYPOTHÈSE QUE la rémunération de référence pour le calcul des sommes dues au titre de l'obligation de maintien du salaire en cas de maladie ne comprend pas les éléments du salaire qui ne rémunèrent pas le travail proprement dit mais sont liés à la simple présence du salarié ou aux servitudes particulières attachées à la prestation de travail ; qu'en affirmant que les primes de fin d'année devaient être intégrées dans le salaire de référence sans rechercher à quelles conditions le versement de ces primes était subordonné, ce qui conditionnait l'intégration ou non de ces primes dans la base de calcul de l'indemnisation due à la salariée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 3. 13. 2 et 5. 8. 2 de la Convention collective du Commerce de détail de papeterie, fournitures de bureau, de bureautique et informatique et de librairie du 15 décembre 1988, ainsi que des articles 1, 2 et 5 de l'accord relatif à la prévoyance sociale du Code civil.

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la Société ARESTE à payer à Madame X...les sommes de 9. 059, 76 € à titre d'indemnité de préavis et 905, 97 € au titre des congés payés y afférents ;

AUX MOTIFS QUE « l'article 1184 du code civil permet à l'une ou à l'autre des parties à un contrat d'en demander la résolution judiciaire en cas d'inexécution des obligations découlant de ce contrat. S'agissant du contrat de travail, le salarié est en droit de solliciter la résiliation judiciaire du contrat de travail dès lors qu'il justifie de manquements de l'employeur d'une gravité suffisante pour justifier la rupture. En l'espèce, l'attitude de l'employeur qui, pendant plusieurs années a payé à la salariée une somme nettement inférieure à celle à laquelle elle pouvait prétendre au titre de la garantie de salaire pendant sa maladie et qui a négligé de répondre aux interrogations et demandes d'explications répétées de la salariée, a gravement manqué à ses obligations en privant Mme X...d'une partie non négligeable de sa rémunération. Une telle attitude justifie la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur. Le jugement sera donc infirmé en ce qu'il a débouté la salariée de cette demande. La résiliation devant produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, Mme X...est bien fondée à solliciter, compte tenu de sa rémunération, de son ancienneté et des dispositions de la convention collective prévoyant un préavis de 3 mois pour les cadres, la somme de 9. 059, 76 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis ainsi que celle de 905, 97 € au titre de l'indemnité compensatrice de congés payés correspondante » ;

ALORS QUE le salarié ne peut prétendre au paiement d'une indemnité pour un préavis qu'il est dans l'impossibilité d'exécuter ; que la cour d'appel, en condamnant la Société ARESTE à payer à Madame X...une indemnité de préavis et les congés payés y afférents cependant qu'elle constatait que la salariée, qui était en arrêt de travail depuis le 14 octobre 2003, était dans l'impossibilité d'exécuter le préavis, a méconnu les conséquences légales de ses propres constatations au regard des articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du Code du travail.