

Texte de la décision

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

Attendu, selon les arrêts attaqués (Bastia, 10 janvier et 5 décembre 2007), que M. X..., associé de la société Golfo Di Sogno (la société), exploitant un camping, a perçu un salaire de 1982 à mai 2001 ; qu'invoquant sa qualité de directeur des ventes, salarié, il a saisi la juridiction prud'homale de demandes afférentes à la rupture de son contrat de travail ; que la société a soulevé une exception d'incompétence au profit de la juridiction commerciale ; qu'ayant fait l'objet de poursuites pour recel d'abus de biens sociaux, à raison de la perception de salaires fictifs de 1994 à 2001, M. X... a été relaxé par arrêt du 1er mars 2006, devenu irrévocable ; que, par arrêt du 10 janvier 2007, la cour d'appel a constaté l'existence d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein entre les parties et retenu la compétence de la juridiction prud'homale ; qu'elle a statué sur le fond par arrêt du 5 décembre 2007 ;

Sur les premier, troisième, quatrième, cinquième, septième et huitième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens, qui ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt du 10 janvier 2007 de statuer en l'état d'une formation de jugement incluant un conseiller, M. Huyette, qui faisait partie de la formation de jugement ayant eu à connaître du volet pénal de l'affaire en litige, alors, selon le moyen, que l'impartialité est une exigence requise de toute juridiction ; que n'est pas objectivement impartial un conseiller de cour d'appel qui, ayant participé à la formation de jugement d'une chambre correctionnelle, a déjà eu à connaître des faits objet du litige ; qu'au cas présent, l'un des conseillers ayant participé au jugement de la présente affaire avait précédemment eu connaissance des faits en litige comme membre de la formation de jugement ayant été appelée à déterminer si ces faits constituaient, ou non, une infraction d'abus de biens sociaux et de recel d'abus de biens sociaux ; qu'en incluant ce conseiller dans sa formation, tout en faisant expressément référence, dans ses motifs, à la décision intervenue dans le volet pénal de l'affaire, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs, en violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que les débats ayant eu lieu devant une formation collégiale dont la composition, conforme à l'ordonnance du premier président fixant la répartition des juges dans les différents services de la juridiction, pouvait être connue de la société représentée par son avocat, celle-ci n'est pas recevable à invoquer devant la Cour de Cassation la violation de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'elle n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant M. Huyette par application de l'article 341. 5° du code de procédure civile ;

Sur le sixième moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt du 5 décembre 2007 de la condamner à verser à M. X... des sommes inhérentes

à l'existence et à la rupture d'un contrat de travail, en l'état d'une formation de jugement incluant un conseiller, M. Huyette, qui faisait partie de la formation de jugement ayant eu à connaître du volet pénal de l'affaire en litige, alors, selon le moyen, que l'impartialité est une exigence requise de toute juridiction ; que n'est pas objectivement impartial un conseiller de cour d'appel qui, ayant participé à la formation de jugement d'une chambre correctionnelle, a déjà eu à connaître des faits objet du litige ; qu'au cas présent, l'un des conseillers ayant participé au jugement de la présente affaire avait précédemment eu connaissance des faits en litige comme membre de la formation de jugement ayant été appelée à déterminer si ces faits constituaient, ou non, une infraction d'abus de biens sociaux et de recel d'abus de biens sociaux ; qu'en incluant ce conseiller dans sa formation, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs, en violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que la question à juger, portant sur les conséquences de la rupture du contrat de travail, étant différente de celle tranchée par la juridiction pénale, le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Golfo Di Sogno aux dépens ;

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du dix-sept juin deux mille neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat aux Conseils pour la société Golfo Di Sogno,

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt du 5 décembre 2007, après que l'arrêt du 10 janvier 2007 a déclaré la juridiction prud'homale compétente, d'AVOIR condamné la société Golfo di Sogno à verser à Monsieur X... des sommes inhérentes à l'existence et à la rupture d'un contrat de travail ;

ALORS QUE, par application de l'article 625, alinéa 2, du Code de procédure civile, la cassation de l'arrêt du 10 janvier 2007, par lequel la cour d'appel de Bastia a constaté l'existence d'un contrat de travail ayant lié Monsieur X... à la société Golfo di Sogno, entraînera l'annulation, par voie de conséquence, de l'arrêt du 5 décembre 2007 qui, ayant condamné cette dernière au paiement de sommes inhérentes à la rupture d'un contrat de travail, est la suite et l'application du premier arrêt.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt du 10 janvier 2007 d'AVOIR constaté l'existence d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein entre Monsieur X... et la société Golfo di Sogno, et d'AVOIR, en conséquence, dit que la juridiction prud'homale était compétente pour statuer sur les demandes formées par Monsieur X... à l'encontre de la société Golfo di Sogno ;

EN L'ETAT d'une formation de jugement incluant un conseiller (Monsieur Michel Huyette) qui faisait partie de la formation de jugement ayant eu à connaître du volet pénal de l'affaire en litige ;

ALORS QUE l'impartialité est une exigence requise de toute juridiction ; que n'est pas objectivement impartial un conseiller de cour d'appel qui, ayant participé à la formation de jugement d'une chambre correctionnelle, a déjà eu à connaître des faits objets du litige ; qu'au cas présent, l'un des conseillers ayant participé au jugement de la présente affaire avait précédemment eu connaissance des faits en litige comme membre de la formation de jugement ayant été appelée à déterminer si ces faits constituaient, ou non, une infraction d'abus de biens sociaux et de recel d'abus de biens sociaux ; qu'en incluant ce conseiller dans sa formation, tout en faisant expressément référence, dans ses motifs, à la décision intervenue dans le volet pénal de l'affaire, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs, en violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt du 10 janvier 2007 d'AVOIR constaté l'existence d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein entre Monsieur X... et la société Golfo di Sogno, et d'AVOIR, en conséquence, dit que la juridiction prud'homale était compétente pour statuer sur les demandes formées par Monsieur X... à l'encontre de la société Golfo di Sogno ;

AUX MOTIFS QUE Monsieur X... a été poursuivi pénalement pour recel d'abus de biens sociaux pour avoir, ainsi que cela résulte de l'arrêt précité du 1er mars 2006, p. 5, perçu des salaires sur une période pendant laquelle il était considéré comme n'exécutant aucune activité justifiant une rémunération ; que cet arrêt, dont la société Golfo di Sogno indique, sans en justifier, qu'il a été l'objet de pourvois en cassation, et dont il n'est pas établi que ses dispositions pénales ne sont pas définitives, précise dans ses motifs, sous le titre « les salaires de Monsieur X... », que ce dernier a travaillé depuis 1981 dans l'entreprise dans laquelle son épouse est associée, qu'il est soupçonné d'avoir perçu une rémunération pendant toute l'année en ne travaillant que de mai à septembre inclus, qu'il a expliqué qu'il se rendait au camping toute l'année pour y effectuer différentes tâches, que l'administrateur judiciaire a indiqué que l'entreprise employait plus de soixante personnes l'été et seize le reste de l'année ; qu'en conséquence, il existait un doute quant à l'existence de l'infraction de Monsieur X... et l'a relaxé des chefs de la poursuite ; qu'il résulte de cet arrêt que les rémunérations perçues par ce dernier toute l'année ne peuvent plus être considérées comme ne correspondant à aucune activité réelle et comme étant fictives ; que par ailleurs, Monsieur X... verse aux débats les bulletins de salaire qui lui ont été délivrés par la société Golfo di Sogno et qui font état de sa qualité de directeur des ventes ; qu'il n'est pas contesté qu'il a perçu les sommes figurant sur ces bulletins ; que le fait que les cotisations mentionnées sur ces fiches de paie n'aient pas été effectivement versées à l'ASSEDIC, ainsi que confirmé par cet organisme, ne peut être utilement invoqué par la société Golfo di Sogno dès lors qu'il s'agit d'une inexécution, par l'employeur, de ses obligations ; que Monsieur X... ne détenait, personnellement, que 2 % des parts du capital de la société Golfo di Sogno ; que les pièces versées aux débats, notamment le procès-verbal d'audition de Monsieur A... du 30 mai 2001 indiquant que Mme B... assurait la direction, la sommation interpellative du 21 décembre 1996, le procès-verbal du 4 septembre 2000 effectués à la demande de Mme B..., gérante de la société Golfo di Sogno ; montrent que cette dernière exerçait effectivement les fonctions de direction et qu'aucun élément produit ne permet d'écarter un tel pouvoir à l'encontre de Monsieur X... ; que la société Golfo di Sogno invoque, à l'appui de son affirmation selon laquelle Monsieur X... n'aurait agi qu'en qualité d'associé, la rétention provisoire des recettes du camping ; que la sommation interpellative du 21 décembre 1996 qu'elle verse aux débats fait apparaître que ce fait concerne Mme X... et non son mari ; que les pièces produites en l'état ne permettent pas d'écarter

la qualité de salarié de Monsieur X... du seul fait de la fermeture de la pâtisserie le 31 août (arrêt du 10 janvier 2007, p. 6 et 7) ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES DES PREMIERS JUGES QU'en présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve ; que dans le cas de figure soumis au conseil de prud'homme, l'employeur conteste la réalité du contrat de Monsieur X... ; qu'il lui appartient donc d'en rapporter la preuve ... ; qu'en l'absence d'un écrit constatant l'existence d'un contrat de travail à temps partiel, l'on peut présumer que ce dernier a été conclu pour un horaire normal (jugement p. 4 et 5) ;

1°) ALORS, d'une part, QUE s'il appartient à l'employeur qui dénonce le caractère fictif d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve, la charge de la preuve ne repose, ainsi, sur l'employeur que lorsqu'il existe une apparence de contrat de travail et que, en particulier, le contrat en cause a été formalisé par un écrit ; qu'à défaut, c'est à la personne qui se prétend liée à l'employeur par un contrat de travail d'en rapporter la preuve, quand bien même elle aurait perçu des sommes intitulées « salaires » dans des bulletins de paie ; qu'au cas présent, il est constant qu'aucun contrat de travail écrit ne liait Monsieur X... à la société Golfo di Sogno ; qu'en déduisant, malgré tout, l'existence d'un état de subordination de Monsieur X... à la société du fait que ladite société n'aurait pas rapporté la preuve de ce que l'autorité exercée par la gérante ne se serait pas exercée également sur Monsieur X..., la cour d'appel a interverti la charge de la preuve, en violation de l'article 1315 du Code civil ;

2°) ALORS, d'autre part, QUE le cumul entre les fonctions de salarié et celle d'associé n'existe pas si les fonctions de salarié ne correspondent pas à un emploi effectif, rémunéré comme tel, et si l'intéressé n'est pas placé, pour l'exercice desdites fonctions, dans un état de subordination à l'égard de la société ; que, s'agissant de conditions délicates à caractériser, le juge appelé à en apprécier l'existence doit se livrer à une appréciation d'ensemble des éléments invoqués par les parties sur ces points, sans les isoler les uns des autres ; qu'au cas présent, pour écarter la demande de la société Golfo di Sogno tendant à voir constater le caractère fictif du travail salarié de Monsieur X..., la cour d'appel a, au contraire, examiné un à un les éléments invoqués par l'exposante sans se livrer à une appréciation d'ensemble, appréciation d'ensemble qui, seule, aurait pu lui permettre de saisir la réalité du lien ayant existé entre les parties ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel a violé l'article L121-1 du Code du travail ;

3°) ALORS, subsidiairement, QUE le juge est tenu de répondre à l'ensemble des moyens invoqués par les parties ; que dans ses conclusions d'appel prises pour l'audience du 14 novembre 2006 (p. 7, alinéas 3 et suiv.), la société Golfo di Sogno avait fait valoir qu'elle avait fait l'objet d'une procédure de redressement fiscal pour avoir traité les sommes versées à Monsieur X... comme des salaires, ces sommes ne correspondant précisément pas, selon l'administration, à des salaires fruits d'un contrat de travail ; qu'en ne répondant pas à ce moyen, la cour d'appel a privé sa décision de motif, violant ainsi l'article 455 du nouveau Code de procédure civile.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt du 10 janvier 2007 d'avoir constaté l'existence d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein entre Monsieur X... et la société Golfo di Sogno, et d'avoir, en conséquence, dit que la juridiction prud'homale était compétente pour statuer sur les demandes formées par Monsieur X... à l'encontre de la société Golfo di Sogno ;

AUX MOTIFS QUE la cour d'appel adopte les motifs du premier juge s'agissant du moyen de la société Golfo di Sogno relatif à l'article 50 de la loi du 24 juillet 1966, étant ajouté, ainsi qu'indiqué ci-dessus, que l'inexécution de son obligation par l'employeur ne peut être opposée par ce dernier à un salarié (arrêt du 10 janvier 2007, p. 7, alinéa 5) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES DES PREMIERS JUGES QUE la société Golfo di Sogno est composée de 4500 parts ; que Monsieur X... en possède 2, soit 0, 044 % dans les prises de décision de la société, ce qui démontre la qualité insignifiante d'actionnaire de Monsieur X... ; que la gérante fait valoir dans sa déposition auprès du SRPJ d'Ajaccio que tous les actionnaires de la société étaient salariés de la société Golfo di Sogno ; que de ce fait, l'ensemble des actionnaires ne pouvait ignorer le statut de salarié de Monsieur X... ; que la validation de son contrat entre lui et la société Golfo di Sogno était de fait acquise par le silence tacite de l'ensemble des actionnaires durant de nombreuses années ; que la contestation du contrat de salarié n'a vu le jour de la part de l'employeur qu'en représailles de la procédure pénale engagée par les autres actionnaires de la société ; que d'autre part, aux termes de l'article 50-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 introduit par la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985, les dispositions de l'article 50 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ; qu'ainsi, l'embauche d'un directeur des ventes, prévu dans la nomenclature d'une convention collective, relève des prérogatives du gérant, même si le contrat est passé avec un des associés, fournisseur ou prestataire de service de la société (jugement p. 6 et 7) ;

1°) ALORS, d'une part, QUE l'assemblée des associés de la société à responsabilité limitée est appelée à statuer sur toutes les conventions conclues entre la société et un de ses associés, peu important la part exacte du capital social détenue par cet associé ; qu'au cas présent, en considérant cette réglementation comme non applicable du fait de la faiblesse de la proportion du capital social détenue par Monsieur X..., la cour d'appel a violé l'article L223-19 du Code de commerce ;

2°) ALORS, d'autre part, QUE les conventions conclues entre une société à responsabilité limitée et l'un de ses associés doivent faire l'objet d'un rapport établi par le gérant ou le commissaire aux comptes de ladite société, rapport sur lequel l'assemblée des associés est appelée à statuer ; qu'aucune approbation tacite des conventions ainsi réglementées ne peut intervenir en dehors des formes prévues par la loi ; qu'en considérant au contraire qu'une convention de ce type aurait pu faire l'objet d'une approbation tacite, du fait de la connaissance qu'en auraient eu tous les autres associés et du silence gardé par eux, la cour d'appel a violé l'article L223-19 du Code de commerce ;

3°) ALORS, de troisième part, QUE les dispositions de l'article L223-19 du Code de commerce ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ; que les opérations courantes sont celles qui entrent dans l'objet social de la société considérée et qui sont fréquemment réalisées par ladite société ; que les opérations conclues à des conditions normales sont celles qui sont conclues à des conditions qui auraient été consenties à un tiers parfaitement étranger à la société ; qu'en retenant, comme critère de la convention portant sur une opération courante et conclue à des conditions normales, le simple fait que la conclusion du contrat de travail litigieux entrait dans les prérogatives du gérant, la cour d'appel s'est référée à un critère inopérant, violant ainsi l'article L223-20 du Code de commerce ;

4°) ALORS, de quatrième part, QUE toute convention conclue directement entre une société à responsabilité limitée et l'un de ses associés est soumise à la procédure prévue par l'article L223-19 du Code de commerce ; qu'en particulier, le contrat de travail conclu entre la société et l'un de ses associés est soumis à cette procédure, sans que l'associé salarié puisse, pour échapper aux sanctions prévues en cas de non respect de ladite procédure, arguer de ce que la faute éventuelle de la société, en tant qu'employeur, ne devrait pas lui préjudicier ; qu'en affirmant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L223-19 du Code de commerce ;

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt du 5 décembre 2007, après que l'arrêt du 10 janvier 2007 a déclaré la juridiction prud'homale compétente, d'AVOIR condamné la société Golfo di Sogno à verser à Monsieur X... des sommes inhérentes à l'existence et à la rupture d'un contrat de travail ;

ALORS QUE, par application de l'article 625, alinéa 2, du Code de procédure civile, la cassation de l'arrêt du 10 janvier 2007, par lequel la cour d'appel de Bastia a constaté l'existence d'un contrat de travail ayant lié Monsieur X... à la société Golfo di Sogno, entraînera l'annulation, par voie de conséquence, de l'arrêt du 5 décembre 2007 qui, ayant condamné cette dernière au paiement de sommes inhérentes à la rupture d'un contrat de travail, est la suite et l'application du premier arrêt ;

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt du 5 décembre 2007, après que l'arrêt du 10 janvier 2007 a déclaré la juridiction prud'homale compétente, d'AVOIR condamné la société Golfo di Sogno à verser à Monsieur X... des sommes inhérentes à l'existence et à la rupture d'un contrat de travail ;

EN L'ETAT d'une formation de jugement incluant un conseiller (Monsieur Michel Huyette) qui faisait partie de la formation de jugement ayant eu à connaître du volet pénal de l'affaire en litige ;

ALORS QUE l'impartialité est une exigence requise de toute juridiction ; que n'est pas objectivement impartial un conseiller de cour d'appel qui, ayant participé à la formation de jugement d'une chambre correctionnelle, a déjà eu à connaître des faits objets du litige ; qu'au cas présent, l'un des conseillers ayant participé au jugement de la présente affaire avait précédemment eu connaissance des faits en litige comme membre de la formation de jugement ayant été appelée à déterminer si ces faits constituaient, ou non, une infraction d'abus de biens sociaux et de recel d'abus de biens sociaux ; qu'en incluant ce conseiller dans sa formation, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs, en violation de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt du 5 décembre 2007 d'AVOIR considéré que le contrat de travail de Monsieur X... avait été rompu à l'initiative de la société Golfo di Sogno, d'AVOIR dit que cette rupture s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et d'AVOIR en conséquence condamné la société Golfo di Sogno à verser à ce dernier les sommes de 30. 000 à titre de dommages-intérêts, 7. 457 à titre d'indemnité de préavis et 745, 70 de congés payés afférents, et 7. 830, 06 à titre d'indemnité de licenciement ;

AUX MOTIFS, sur la rupture du contrat de travail, QUE Monsieur X... soutient avoir été licenciée par un courrier du 22 mai 2001, que les règles prévues en la matière n'ont pas été respectées, et que le licenciement est donc sans cause réelle et sérieuse ; que la société Golfo di Sogno estime que Monsieur X... a pris acte de la rupture, qu'il ne prouve pas la méconnaissance par l'employeur de ses obligations, et que la résiliation du contrat de travail doit être constatée, fin mai 2001, aux torts du salarié, et subsidiairement aux torts partagés ; qu'elle ajoute que le courrier précité ne signifie pas autre chose que la décision de l'employeur de ne plus verser de salaires fictifs, et qu'au surplus, il se justifiait par le contexte pénal ; que la résiliation d'un contrat à durée indéterminée ne peut être prononcée à la demande d'un employeur ; que, par ailleurs, il ne résulte d'aucun document versé aux débats que Monsieur X... aurait pris acte de la rupture de son contrat de travail ; que l'arrêt du 10 janvier 2007 a constaté l'existence d'un contrat à durée indéterminée à temps plein entre Monsieur X... et la société Golfo di Sogno ; que cette société a versé à ce salarié jusqu'en avril 2001, un salaire en qualité de directeur des ventes ; que les bulletins de paie produits pour les mois de février, mars, et avril 2001 font état d'une entrée de celui-ci dans la société en 1982 ; que la société Golfo di Sogno a adressé à Monsieur X..., le 22 mai 2001, un courrier mentionnant : « Nous vous informons qu'à compter de ce jour, la société Golfo di Sogno n'entend plus régler une quelconque somme vous concernant en tant que salaire fictif » ; que cet écrit doit être interprété, contrairement à ce que prétend l'employeur, comme la décision de la société de cesser le versement de toute

rémunération à Monsieur X... ; qu'il convient, à cet égard, de relever que la société Golfo di Sogno soutient que la rupture du contrat de travail la liant à Monsieur X... est intervenue fin mai 2001 et qu'en indiquant, dans le courrier précité, qu'aucune somme ne serait plus payée « en tant que salaire fictif » sans aucune précision sur la part de rémunération qu'elle estimait être fictive, elle visait nécessairement l'intégralité de celle-ci ; que le courrier litigieux ne peut, dans ces conditions, puisque supprimant tout salaire, que s'analyser en une lettre de cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur ; qu'une telle rupture intervenue sans respecter les règles prévues en la matière doit s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; sur les indemnités de rupture, QUE Monsieur X... sollicite le versement d'une somme de 89. 486, 16 pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et 60. 979, 61 pour licenciement abusif ; qu'il précise que son salaire brut était de 3. 730, que la somme de 89. 486, 16 correspond à 24 mois de salaire, soit un mois de salaire par année d'ancienneté, que le licenciement été vexatoire et est intervenu à l'âge de cinquante ans, donc à un âge rendant difficile l'obtention d'un autre emploi et alors que ses enfants n'avaient pas terminé leurs études ; qu'il ajoute que ne détenant que deux pour cent du capital de la société Golfo di Sogno, il n'a perçu que des dividendes d'un faible montant ; qu'il verse ses avis d'imposition pour les années 2003, 2004, et 2005 ; que la société Golfo di Sogno observe que Monsieur X... et son épouse ont perçu des dividendes importants et souligne que Monsieur X... ne démontre pas les préjudices invoqués ; que la société Golfo di Sogno justifie par une attestation de l'expert comptable de la société que les dividendes suivants ont été versés à Monsieur et Madame X... : 30. 489 en 2001, 30. 600 en 2003, 49. 500 en 2005, et 20. 700 en 2007 ; qu'au vu de la rémunération de Monsieur X... lors de la rupture de son contrat de travail, de son ancienneté, de son âge, des pièces produites et des circonstances de la cause que les dommages-intérêts destinés à compenser le préjudice subi du fait du licenciement sans cause réelle et sérieuse doivent être fixés à 30. 000 ; que l'indemnité de préavis, égale à deux mois de salaire, est justifiée ; que la somme de 745, 70 sera accordée pour les congés payés afférents à la période de préavis ; que la somme de 7. 830, 06 réclamée par Monsieur X... au titre de l'indemnité de licenciement, dont le montant n'est pas discuté, même à titre subsidiaire, est aussi justifiée au regard de l'ancienneté de Monsieur X... et de sa rémunération (arrêt du 5 décembre 2007, p. 4 à 6) ;

ALORS QU'en se bornant à énoncer que la lettre adressée à Monsieur X... le 22 mai 2001, précisant qu'aucune somme ne lui serait plus payée " en tant que salaire fictif ", ne comportait aucune précision sur la part de rémunération prétendument fictive, et qu'elle visait donc nécessairement l'intégralité de celle-ci et devait s'analyser en une lettre de rupture du contrat de travail, sans répondre aux conclusions prises pour l'audience du 9 octobre 2007 (production) par lesquelles la société Golfo di Sogno faisait valoir que Monsieur X..., bien que rémunéré tout au long de l'année, exerçait une activité saisonnière s'étendant au mieux du 1er juin au 15 septembre, d'où il résultait que la lettre du 22 mai 2001 ne matérialisait aucunement la rupture du contrat de travail mais signifiait seulement qu'il ne percevait plus de salaires durant la partie de l'année où il ne travaillait pas, la cour a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

HUITIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt du 5 décembre 2007 d'AVOIR liquidé à la somme de 5000 chacune des deux astreintes prononcées par la formation de conciliation du Conseil de prud'hommes d'Ajaccio ;

AUX MOTIFS QUE le bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes d'Ajaccio a ordonné le 5 février 2002 à la société Golfo di Sogno de remettre à Monsieur X..., sous astreinte de 30, 50 par jour de retard pour chaque document, l'attestation Assedic et le certificat de travail ; que le Conseil de prud'hommes en sa formation de jugement a, par jugement attaqué du 1er octobre 2002, d'une part liquidé l'astreinte concernant l'Attestation Assedic à la somme de 6. 100 et ordonné la remise de ce document sous une nouvelle astreinte de 1. 500 par jour de retard à compter du huitième jour de la signification du jugement, d'autre part liquidé l'astreinte concernant le certificat de travail à la somme de 3. 100 et ordonné la remise de cette pièce sous une nouvelle astreinte de 300 par jour de retard à compter du huitième jour de la signification du jugement ; que la société Golfo di Sogno soutient que les premiers juges ont statué ultra petita sur la liquidation et la fixation d'une nouvelle astreinte qui n'étaient pas demandées par Monsieur X... et estime donc que la décision doit, pour ces raisons, être annulée sur ces points ; qu'elle ajoute, en sollicitant en tout état de cause l'infirmité de la décision que, compte tenu du sursis à statuer, de l'effet dévolutif de l'appel comme de

L'unicité de l'instance en liquidation, toute fixation d'astreinte doit s'apprécier au regard des décisions intervenues ayant comme conséquence que celle-ci n'a jamais couru ; qu'elle souligne qu'elle a remis à Monsieur X..., par courrier recommandé du 5 février 2007, l'attestation Assedic et le certificat de travail ; qu'elle précise enfin que la liquidation d'astreinte doit s'apprécier en fonction du préjudice subi ; que Monsieur X... sollicite la confirmation de la décision attaquée sur la définition et la liquidation des astreintes et demande aussi de liquider les astreintes ; que, lorsque le juge s'est prononcé sur une chose non demandée, une telle irrégularité ne peut être réparée que selon la procédure prévue aux articles 463 et 464 du nouveau Code de procédure civile et ne peut donc donner lieu à la nullité invoquée ; que, par ailleurs, tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision ; que la demande d'annulation invoquée par la société Golfo di Sogno pour avoir décidé la liquidation des astreintes et prononcé de nouvelles astreintes doit donc être rejetée ; que, concernant le bien fondé des dispositions du jugement attaqué concernant les astreintes litigieuses, il doit être précisé que la liquidation de l'astreinte doit se faire, non selon le préjudice subi, mais en fonction du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées ; que, certes, les documents litigieux, le certificat de travail et l'attestation Assedic n'ont été remis à Monsieur X... que le 5 février 2007 ; que, toutefois, doivent être pris en considération pour apprécier le comportement de la société Golfo di Sogno, les procédures pénales et sociales, les premières concernant le versement de salaires fictifs, en particulier à Monsieur X..., et les secondes relatives à l'existence d'un contrat de travail liant ce dernier à la société Golfo di Sogno ; que l'existence même de ces procédures, notamment la condamnation pénale en première instance du gérant de la société pour avoir versé des salaires fictifs ainsi que celle de Monsieur X..., puis la relaxe de ce dernier en appel a, incontestablement, rendu plus délicate l'exécution de la remise des documents litigieux sans pour autant la rendre impossible ; qu'à la lumière de ces éléments, il y a lieu de liquider à 5. 000 chacune des astreintes prononcées par la formation de conciliation du Conseil de prud'hommes d'Ajaccio (arrêt du 5 décembre 2007, p. 6 à 8) ;

1°) ALORS, de première part, QUE l'astreinte ne peut être liquidée que par le juge de l'exécution, ou, sous certaines conditions, par le juge qui l'a ordonnée ; que la formation de jugement du conseil de prud'hommes ne peut donc liquider l'astreinte prononcée par la formation de conciliation ; qu'en l'espèce, la cour a cru pouvoir d'une part approuver le bureau de jugement du conseil de prud'hommes d'avoir liquidé les astreintes ordonnées par le bureau de conciliation, d'autre part liquider elle-même pour d'autres montants lesdites astreintes ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 35 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 ;

2°) ALORS, de deuxième part, QUE l'astreinte est liquidée par le juge de l'exécution, sauf si le juge qui l'a ordonnée reste saisi de l'affaire ou s'en est expressément réservé le pouvoir ; qu'en l'espèce, la cour a cru pouvoir, d'une part, approuver le bureau de jugement du conseil de prud'hommes d'avoir liquidé les astreintes ordonnées par le bureau de conciliation, d'autre part liquider elle-même pour d'autres montants lesdites astreintes, sans même avoir constaté que le bureau de conciliation se serait réservé le pouvoir de liquider les astreintes qu'il prononçait ; qu'elle a ainsi encore violé l'article 35 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 ;

3°) ALORS, de troisième part, QUE l'astreinte est liquidée par le juge de l'exécution, sauf si le juge qui l'a ordonnée reste saisi de l'affaire ou s'en est expressément réservé le pouvoir ; que la formation de jugement du conseil de prud'hommes ne peut donc liquider l'astreinte prononcée par la formation de conciliation si l'ordonnance de cette dernière a fait l'objet d'un appel soit pour excès de pouvoir soit en raison d'une contestation sérieuse sur l'existence même du contrat de travail ; qu'en l'espèce, la cour a cru pouvoir, d'une part, approuver le bureau de jugement du conseil de prud'hommes d'avoir liquidé les astreintes ordonnées par le bureau de conciliation, d'autre part liquider elle-même pour d'autres montants lesdites astreintes, sans rechercher si la décision du bureau de conciliation n'avait pas fait l'objet d'un appel pour excès de pouvoir ; qu'en statuant ainsi, la cour a violé l'article 35 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 ;