Texte de la **décision**

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 12 janvier 2009), que M. X... a été engagé par la société Maridis, exploitant à Marignane un supermarché sous l'enseigne « E. Leclerc », à compter du 18 septembre 1998, en qualité de responsable administratif et financier ; que licencié pour faute grave le 20 février 2004, il a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir paiement de diverses sommes ;

Sur le pourvoi du salarié :

Sur les premier, deuxième et troisième moyens réunis :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes en paiement de rappel de salaires au titre d'heures supplémentaires outre les congés payés afférents, de dommages-intérêts pour non information des droits à repos compensateurs, de dommages-intérêts pour repos compensateur non pris et de dommages-intérêts pour travail dissimulé, et de limiter les indemnités conventionnelles de licenciement et de préavis, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en relevant qu'en qualité de responsable administratif et financier, il n'avait aucune contrainte de nature à justifier les horaires qu'il invoque, la cour d'appel a statué par voie de simple affirmation, violant l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que l'employeur ne peut être dispensé du paiement des heures supplémentaires effectuées par le salarié, sauf à démontrer qu'elles ont été accomplies contre son gré ; que pour le débouter de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, la cour d'appel a relevé « qu'aucune pièce n'est versée aux débats montrant que les heures supplémentaires invoquées ont été effectuées à la demande de l'employeur » ; qu'en rejetant la demande du salarié alors qu'il ne résulte pas de ses motifs que le salarié avait accompli les heures supplémentaires contre le gré de l'employeur, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail (anciennement L. 212-1-1) ;

3°/ que le juge ne peut faire peser sur le seul salarié la charge de la preuve des heures de travail réellement accomplies ; que la cour d'appel a relevé que le salarié produisait des attestations de témoins faisant état de l'accomplissement d'heures supplémentaires, ces attestations étant « combattues et contredites par celles, versées aux débats par l'employeur émanant d'autres salariés » ; qu'en rejetant la demande du salarié au motif que les attestations produites de part et d'autre étaient contraires, la cour d'appel a fait peser sur le seul salarié la charge des heures de travail réellement accomplies, en violation de l'article l'article L. 3171-4 du code du travail (anciennement L.. 212-1-1) ;

4°/ qu'il produisait, outre des attestations, ses fiches de paie démontrant qu'il n'avait bénéficié que de quelques jours de congés payés durant plusieurs années, en soulignant que l'employeur ne produisait pas les fiches de demandes de congés que tout salarié était tenu d'établir et que trois salariés avaient été embauchés pour le remplacer, ce qui démontrait sa charge de travail ; que la cour d'appel a retenu que les attestations produites par le salarié étaient contredites par celles produites par l'employeur ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans se prononcer sur les mentions figurant sur les fiches de paie ni sur l'absence de production, par l'employeur, des fiches de demandes de congés, ni sur le fait, invoqué par le salarié que trois salariés avaient été embauchés pour le remplacer, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail (anciennement L. 212-1-1) ;

5°/ que la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation emportera cassation par voie de conséquence de l'arrêt en ce qu'il a limité le montant dû au titre de l'indemnité de préavis et de congés payés afférents en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

6°/ que la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation emportera cassation par voie de conséquence de l'arrêt en ce qu'il a limité le montant dû au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que la nature des fonctions du salarié ne permettait pas de justifier les horaires de travail invoqués, la cour d'appel, abstraction faite d'un motif surabondant critiqué par la deuxième branche du moyen, pour statuer comme elle a fait, s'est fondée sur d'autres éléments de la cause que les pièces produites par le salarié et a apprécié l'existence des heures supplémentaires grâce aux éléments de preuve fournis par les parties ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de dire son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et de le débouter de sa demande en paiement de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ que le salarié ne peut être sanctionné que pour des faits qui lui sont personnellement imputables ; qu'il avait insisté sur le fait que l'ordinateur de la société sur lequel il travaillait ne disposait pas de code d'accès, qu'il était utilisé par d'autres personnes et que les faits qui lui étaient reprochés avaient été constatés en son absence ; que la cour d'appel a affirmé que « le moyen invoqué par M. X..., selon lequel les membres du personnel avaient également accès à son ordinateur ne (peut), faute d'éléments probatoires utiles, être retenu » ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans qu'il résulte de ses constatations qu'il ait été le seul à avoir accès audit ordinateur et donc que les faits lui étaient personnellement imputables, la cour d'appel a violé l'article L. 1232- 1du code du travail (anciennement L. 122-14-3) ;

2°/ qu'il avait notamment produit le témoignage de Mme Y..., laquelle indiquait qu'elle utilisait régulièrement son ordinateur ; que la cour d'appel a considéré que « le moyen invoqué par M. X... selon lequel les membres du personnel avaient également accès à son ordinateur ne (peut), faute d'éléments probatoires utiles, être retenu » ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans examiner le témoignage Mme Y..., la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ qu'il avait fait valoir que les quelques erreurs qui lui étaient reprochées étaient sans conséquence, que le nombre de ces erreurs était dérisoire par rapport à la charge de travail qu'il assurait, que l'employeur avait toujours toléré jusqu'à présent ce genre d'erreurs et qu'elles ne pouvaient en aucun cas justifier son licenciement alors qu'il avait 6 ans d'ancienneté et n'avait jamais fait l'objet auparavant de la moindre réflexion concernant son travail ; que la cour d'appel a affirmé que son comportement fautif constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher, d'une part, si l'employeur n'avait pas toléré ce genre d'erreurs qui étaient dérisoires, et, d'autre part, si elles justifiaient le prononcé du licenciement d'un salarié ayant plusieurs années d'ancienneté et n'ayant jamais fait l'objet auparavant de la moindre réflexion concernant son travail, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des articles L. 1222-1 et L. 1232- 1du code du travail (anciennement L. 120-4 et L. 122-14-3) ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'elle avait décidé d'écarter, examinant l'ensemble des griefs contenus dans la lettre de licenciement, a retenu que les fautes relatives à l'établissement des bulletins de salaires et aux déclarations auprès des organismes administratifs ainsi qu'à l'utilisation de l'ordinateur de la société étaient imputables au salarié ; qu'usant du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, elle a estimé que ces griefs constituaient une cause réelle et sérieuse de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen :

Attendu que ce moyen n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le pourvoi incident de l'employeur :

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Maridis fait grief à l'arrêt de dire le licenciement fondé non sur une faute grave mais sur une cause réelle et sérieuse et de la condamner à payer diverses sommes au titre des indemnités de rupture, alors, selon le

moyen :

1°/ que le juge ne doit pas dénaturer les documents de la cause ; qu'en disant qu'on ne pouvait reprocher à M. X..., responsable administratif et financier, de ne pas avoir réglé diverses factures dès lors qu'il n'était pas démontré qu'il entrait dans ses attributions de régler les fournisseurs, cependant que le reproche précis, exposé dans la lettre de licenciement et repris dans ses conclusions, était de n'avoir pas comptabilisé plusieurs factures de fournisseurs, ce qui entrait incontestablement dans les attributions du salarié et générait des impayés, la cour d'appel a dénaturé tant le contrat de travail que la lettre de licenciement et les conclusions de l'employeur, en violation du principe susvisé ;

2°/ que la faute grave résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié et qui constitue une violation des obligations résultant du contrat de travail, violation d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; qu'en jugeant que le comportement de M. X..., responsable administratif et financier dont la cour d'appel a constaté qu'il avait versé « par erreur » à une salariée une somme de 75 000 euros revenant aux impôts, qu'il remettait en retard les déclarations sociales (URSSAF, Caisses de retraites, Prévoyance), ce qui occasionnait pénalités de retard et contentieux, qu'il avait déposé également en retard une déclaration préalable à l'embauche (infraction pénalement répréhensible au titre du travail dissimulé), qu'il multipliait les erreurs de paye, prélevant sur certains salariés des cotisation indues, ou au contraire en gratifiant d'autres de rémunérations ne correspondant à aucun travail fait, qu'il ne réglait pas à temps la cotisation d'assurance-vie de l'entreprise au risque de la voir résiliée et qu'enfin il utilisait ou laissait utiliser son ordinateur pendant son temps de travail pour des usages privés et exposant non seulement l'appareil mais tout le logiciel de gestion de l'entreprise à des virus informatiques, que ce comportement, donc, constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement mais pas d'un caractère de gravité suffisant pour rendre le maintien du salarié impossible pendant la période de préavis, cependant que les risques qu'aurait fait peser sur l'entreprise le maintien à son poste de M. X... ne laissait pas d'autre choix à l'employeur que de mettre fin sans délai à la relation de travail, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, et violé les articles L. 1234-1, L. 1234-5, L. 1234-9 et L. 1232-1 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel, analysant les griefs invoqués dans la lettre de licenciement, seul support valant énonciation des motifs, en a écarté certains notamment en relevant qu'il ne pouvait être reproché à M. X..., responsable administratif et financier, de ne pas avoir réglé diverses factures, dès lors qu'il n'était pas démontré qu'il entrait dans ses attributions de régler les fournisseurs ; qu'elle a ainsi pu décider que le comportement du salarié ne présentait pas un caractère de gravité suffisant pour rendre impossible son maintien dans l'entreprise durant le préavis ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société Maridis fait grief à l'arrêt de la condamner à payer diverses sommes à titre de rappel de salaires et congés payés afférents et de rappel de primes annuelles des années 1999 et 2000, alors, selon le moyen, que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et que le contrat de travail à durée indéterminée, pas plus que ses avenants, n'obéissent à des conditions de forme particulières ; qu'en revenant sur une baisse de salaire ponctuelle convenue plusieurs années auparavant et dont l'acceptation était avérée par le fait que le salarié, directeur administratif et financier, établissait lui-même ses bulletins de salaire, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé, par refus d'application, l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu que l'acceptation de la modification du contrat de travail que constitue la baisse de la rémunération contractuelle ne peut résulter que d'une manifestation claire et non équivoque de volonté et ne peut se déduire d'un acquiescement implicite, d'une absence de protestation et de réclamation ou de la seule poursuite du contrat modifié ;

Et attendu que l'arrêt énonce, à juste titre, que le seul fait que M. X..., en sa qualité de responsable administratif et financier, eût établi lui-même ses bulletins de paie ne permettait pas de conclure qu'il avait accepté la modification de sa rémunération ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS ;

REJETTE les pourvois principal et incident ;

Laisse à chaque partie la charge de ses propres dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de M. X... ;

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

Le conseiller referendaire rapporteur le president
Le greffier de chambre

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat aux conseils pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de Monsieur X... tendant à obtenir le paiement de rappel d'heures supplémentaires, outre les congés payés afférents, ainsi que le paiement de dommages et intérêts pour non information des droits à repos compensateurs, des dommages et intérêts compensatoires des repos compensateurs non pris du fait de l'employeur et des dommages et intérêts pour travail dissimulé ;

AUX MOTIFS QUE selon l'article L 3171-4 du Code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, le juge forme sa conviction au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande ; M. X... soutient avoir accompli chaque semaine d'avril 1999 à décembre 2000, 18 heures supplémentaires à l'exception d'une semaine d'avril 2000 ou il n'a effectué que 8, 5 heures supplémentaires et 22 heures supplémentaires de janvier 2001 à la première semaine de février 2004 ; il verse aux débats un tableau de ses heures de travail et se prévaut des attestations d'anciens salariés qui témoignent, selon lui, de ses heures de travail et de sa renonciation aux temps de pause et aux congés payés pour assumer la considérable charge de travail ; il souligne l'absence de toute convention individuelle de forfait ; l'employeur se fondant, notamment sur les témoignages de salariés, indique que M. X... effectuait les horaires classiques de bureau, 8 h l5 à l2 h et l4 h à 18 h, 5 jours par semaine ; M. Z... affirme dans l'une des trois attestations produites par M. X... que celui-ci était présent sur son poste de travail dés 8 heures du matin jusqu'à 19 h 30 et parfois au-delà du lundi au samedi ainsi que les jours d'ouverture exceptionnelle ; celle signée par M. A... qui précise avoir vu M. X... toute la journée à son poste de travail du matin au soir sans prendre de jours de repos ni de congés, comporte des indications différentes puisque indiquant que ce dernier « était là » dès 6 h30 du matin ; Mme Y... affirme, de son côté, dans le troisième témoignage produit par M. X..., que celui-ci « était là » lorsqu'elle arrivait à 8 h du matin, qu'il y était encore lorsqu'elle partait à 17 heures et que lorsqu'elle revenait vers 19 heures pour faire des courses, il était toujours présent ; que l'horaire qu'elle attribue de la sorte à M. X... est, ainsi, supérieur à celui revendiqué par lui-même ; ces attestations sont combattues et contredites par celles versées aux débats par l'employeur émanant d'autres salariés, Mme B..., Mme C..., membre du comité d'entreprise, et M. D... qui indiquent que M. X... effectuait les heures normales de bureau ; ces mêmes personnes, ainsi que Mmes E... et F..., également salariées, précisent que M. X... prenait ses pauses déjeuner ; Mme C... souligne que M. X... ne venait pas le samedi et que Mme G... affirme qu'il prenait ses congés payés ; M. X... était responsable administratif et financier ; ainsi que l'affirme justement son employeur, il n'avait, en cette qualité, aucune contrainte de nature à justifier les horaires qu'il invoque ; aucune pièce n'est versée aux débats montrant que les heures supplémentaires invoquées ont été effectuées à la demande de l'employeur ; au vu de l'ensemble de ces éléments, la réalité de l'accomplissement d'heures supplémentaires par M. X... n'est pas établie ; sa demande de ce chef et celles subséquentes, en particulier celles relatives au repos compensateur et au travail dissimulé doivent, par suite, être écartées ;

ALORS aussi QU'en relevant qu'en qualité de responsable administratif et financier, Monsieur X... n'avait aucune

contrainte de nature à justifier les horaires qu'il invoque, la Cour d'appel a statué par voie de simple affirmation, violant l'article 455 du Code de procédure civile.

ALORS QUE l'employeur ne peut être dispensé du paiement des heures supplémentaires effectuées par le salarié, sauf à démontrer qu'elles ont été accomplies contre son gré ; que pour débouter Monsieur X... de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, la Cour d'appel relevé « qu'aucune pièce n'est versée aux débats montrant que les heures supplémentaires invoquées ont été effectuées à la demande de l'employeur » ; qu'en rejetant la demande du salarié alors qu'il ne résulte pas de ses motifs que le salarié avait accompli les heures supplémentaires contre le gré de l'employeur, la Cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail (anciennement L. 212-1-1) ;

ALORS subsidiairement QUE le juge ne peut faire peser sur le seul salarié la charge de la preuve des heures de travail réellement accomplies ; que la Cour d'appel a relevé que le salarié produisait des attestations de témoins faisant état de l'accomplissement d'heures supplémentaires, ces attestations étant « combattues et contredites par celles, versées aux débats par l'employeur émanant d'autres salariés » ; qu'en rejetant la demande du salarié au motif que les attestations produites de part et d'autre étaient contraires, la Cour d'appel a fait peser sur le seul salarié la charge des heures de travail réellement accomplies, en violation de l'article l'article L. 3171-4 du code du travail (anciennement L. 212-1-1) ;

ALORS enfin QUE Monsieur X... produisait, outre des attestations, ses fiches de paie démontrant qu'il n'avait bénéficié que de quelques jours de congés payés durant plusieurs années, en soulignant que l'employeur ne produisait pas les fiches de demandes de congés que tout salarié était tenu d'établir et que trois salariés avaient été embauchés pour le remplacer, ce qui démontrait sa charge de travail ; que la Cour d'appel a retenu que les attestations produites par le salarié étaient contredites par celles produites par l'employeur ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans se prononcer sur les mentions figurant sur les fiches de paie ni sur l'absence de production, par l'employeur, des fiches de demandes de congés, ni sur le fait, invoqué par le salarié que trois salariés avaient été embauchés pour le remplacer, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail (anciennement L. 212-1-1) ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité l'indemnité de préavis à la somme de 8. 235 euros, outre 823, 5 euros à titre de congés payés ;

AUX MOTIFS QUE Monsieur X... a droit, en application de la convention collective à un préavis de trois mois, soit 8235 euros (2745 x 3), outre les congés payés afférents, soit 823, 5 euros ;

ALORS QUE Monsieur X... avait fait valoir que le salaire de référence s'élevait à 4. 904, 69 euros compte tenu des heures supplémentaires dont il demandait le règlement et donc que l'indemnité de préavis correspondant à trois mois s'élevait à 14. 714, 07 euros outre les congés payés ; que la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation emportera cassation par voie de conséquence de l'arrêt en ce qu'il a limité le montant dû au titre de l'indemnité de préavis et des congés payés afférents et ce, en application de l'article 624 du Code de Procédure Civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité l'indemnité conventionnelle de licenciement à la somme de 4 776, 3 euros ;

AUX MOTIFS QUE l'indemnité conventionnelle de licenciement s'élève à 4776, 3 euros (5x 2745x 3/ 10 + 8/ 12 x 2745 X3/ 10) ;

ALORS QUE Monsieur X... avait fait valoir que le salaire de référence s'élevait à 4. 904, 69 euros compte tenu des heures supplémentaires dont il demandait le règlement et donc que l'indemnité conventionnelle de licenciement s'élevait à 8. 349, 98 euros ; que la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation emportera cassation par voie de conséquence de l'arrêt en ce qu'il a limité le montant dû au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement et ce, en

application de l'article 624 du Code de Procédure Civile.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que le licenciement de Monsieur X... reposait sur une cause réelle et sérieuse et de l'avoir débouté de sa demande tendant à obtenir en conséquence le paiement de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS QUE la lettre de licenciement du 20 février 2004 mentionne notamment : « ... Ainsi que nous vous l'avons exposé lors de l'entretien, les motifs de ce licenciement sont les suivants :

- aucun suivi du service dont vous aviez la responsabilité notamment pour le suivi des marges et pour l'encadrement nécessaire au bon fonctionnement du service,- graves irrégularités en matière sociale (omission de D. U. E, avenants de contrat de travail à durée déterminée non faits dans les temps, erreurs de cotisations, cotisations de la mutuelle retenue sur une salariée sans qu'elle soit enregistrée auprès de l'organisme, salariée payée un mois entier pour une journée travaillée, erreurs répétées sur les salaires ...,

- un certain nombre de fournisseurs de frais généraux n'ont pas été payés malgré plusieurs relances, notamment INFOMIL (gestion des caisses) et DELTA INFORMATIQUE (comptabilité et gestion marketing), deux éléments clés de notre activité,

- sortie de l'entreprise de photocopies de documents comptables appartenant à notre société,

- utilisation de l'ordinateur de la société à des fins personnelles (téléchargement de kits de connexions pour des sites Internet,

- nombreuses irrégularités dans les comptes que vous présentiez à notre expert-comptable et impossibilité de votre part de justifier les chiffres que vous aviez donnés,

- aucun suivi de vos comptes et dossiers de révision comptable quasiment inexistant,

- perte de confiance de certains de nos partenaires commerciaux notamment MULTIMEDIS pour qui nous avons noté une absence de paiement après expiration de l'échéance de plus de deux mois (créances de plus de 86 000 €),

- en dépit de la formation que vous avez suivie courant 2003, vous n'avez pas traité les intégrations d'accords commerciaux (plus de six mois de retard). Du fait de la nature de votre poste à responsabilité nous considérons que ces faits constituent une faute grave rendant impossible votre maintien même temporaire dans l'entreprise » ;

M. X... observe qu'il n'a jamais fait l'objet de la moindre remontrance sur la qualité de son travail ni sur les opérations comptables effectuées antérieurement au bilan de l'année 2003, que le grief du mauvais suivi du service est imprécis et non fondé, qu'il ne reconnaît aucune erreur en ce qui concerne les « irrégularités en matière sociale qui lui sont reprochées, qu'il était chargé d'établir plus de 90 bulletins de salaire par mois et que la portée des rares erreurs alléguées doit être appréciée en conséquence, que le paiement des fournisseurs était du ressort du président directeur général, qu'aucun manquement ne peut lui être reproché s'agissant des opérations comptables, n'y ayant procédé que compte tenu des éléments et des informations fournies par la société, que l'erreur concernant l'impôt sur les sociétés n'a entraîné aucune conséquence pour l'employeur et qu'en tout état de cause, elle était connue de celui-ci, sans sanction de sa part, dès le 7 octobre 2003 ; il ajoute que l'essentiel des griefs invoqués sont frappés par la prescription de l'article L 122-44 du Code du travail ; selon les écritures mêmes de l'employeur, les griefs à l'encontre de M. X... concernent « des irrégularités commises en matière sociale, le non paiement des fournisseurs, des irrégularités comptables et l'utilisation de l'ordinateur de la société à des fins personnelles » ; les irrégularités invoquées en matière sociale concernent les bulletins de salaire et les déclarations relatives au personnel ; la déclaration tardive de l'embauche d'une employée, Mme H..., en février 2004, est établie, M. X... ne pouvant, malgré ses affirmations., ignorer rengagement de celle-ci début janvier 2004 puisqu'ayant établi pour ce mois le bulletin de salaire de la salariée ; les bulletins de salaire de Mmes N...et O... montrent que des cotisations non dues ont été prélevées jusqu'en janvier 2004 pour la première et que la situation,

pour les deux salariées, a été régularisée en février 2004 ; aussi, des retenues injustifiées ont été pratiquées au titre de congés sans solde alors qu'il s'agissait, en réalité, de congés payés sur les salaires de janvier 2004 de Mme I... et de novembre 2003 de Mme J..., la régularisation de ces erreurs ayant eu lieu en février 2004 ; également, Mme K... a été payée pour la totalité du mois de janvier 2004 alors qu'elle n'a travaillé qu'un seul jour pendant cette période ; ces faits constituent des manquements fautifs de la part de M. X..., qui était, selon son contrat de travail, responsable administratif et financier, assurant la responsabilité de la gestion du personnel administratif et comptable, de la gestion financière du magasin, de la gestion, l'organisation et le contrôle des services administratifs et comptables, de la gestion administrative de l'ensemble du personnel, de l'établissement de la paie et qui bénéficiait d'une délégation de pouvoirs, notamment en matière de législation fiscale et de législation sociale ; les autres erreurs, essentiellement, le versement indu à Mme L... d'une somme de 15201, 11 euros, celui, également indu, effectué au profit de Mme M... en décembre 2002, d'un montant de 75247 euros qui constituait, en réalité, un acompte de l'impôt sur les sociétés pour 2002, ainsi que les déclarations tardives à l'URSSAF qui sont établies par l'argumentation même de cet organisme devant le tribunal des affaires de sécurité sociale lors d'une instance pour obtenir une remise des majorations de retard, peuvent être utilement invoquées puisque s'ajoutant à des fautes de même nature mentionnées ci-dessus et non prescrites ; la SAS MARIDIS justifie par les pièces produites que M, X... n'a pas réglé l'échéance du mois d'octobre 2003 de l'assurance-vie souscrite par l'entreprise ainsi que cela ressort d'un courrier du 30 mars 2004 de la compagnie d'assurances ; en revanche le défaut de paiement de la mutuelle Arrimance du fait de M. X... n'est pas suffisamment établi par le seul document produit ; de même, le reproche fait à ce dernier de ne pas avoir réglé diverses factures, notamment à la société Multimedis, ne peut être retenu dés lors qu'il n'est pas démontré qu'il entrait dans ses attributions de régler les fournisseurs ; les irrégularités alléguées à rencontre de celui-ci telles qu'elles sont mentionnées dans le rapport de l'expert comptable versé aux débats concernent une période prescrite puisque l'analyse précitée est relative au bilan au 31 mai 2003, il n'est pas indiqué à quelle date le rapport précité a été remis à l'employeur et ce dernier ne justifie aucunement n'avoir eu connaissance des erreurs comptables que postérieurement au 7 décembre 2003, soit deux mois avant la date à laquelle M. X... a été convoqué à l'entretien préalable au licenciement ; les griefs concernant l'absence de suivi du service, la sortie de documents comptables appartenant à la société, le défaut de traitement « des intégrations d'accords commerciaux » et la perte de confiance de partenaires de la société ne sont pas étayés ; l'attestation de la société YZIACT, chargée de la maintenance du système informatique de la SAS MARIDIS établit l'utilisation, à des fins personnelles, de l'ordinateur de la société utilisé par M. X... et la présence de kits de connexion à des sites pouvant être porteurs de virus informatiques, le moyen invoqué par M. X... selon lequel les membres du personnel avaient également accès à son ordinateur ne pouvant, faute d'éléments probatoires utiles, être retenu ; au vu de l'ensemble de ces éléments, que seules ont seuls été retenues à rencontre de M. X... les fautes relatives aux bulletins de salaire et aux déclarations à des organismes administratifs ainsi qu'à l'utilisation de l'ordinateur de la société ; les autres reproches concernant, en particulier, la tenue de la comptabilité et le paiement des fournisseurs ont été écartés ; dans ces conditions, le comportement fautif de M, X..., s'il ne présente pas un caractère de gravité suffisant pour rendre impossible son maintien pendant la période de préavis, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement ;

ALORS QUE le salarié ne peut être sanctionné que pour des faits qui lui sont personnellement imputables ; que Monsieur X... avait insisté sur le fait que l'ordinateur de la société sur lequel il travaillait ne disposait pas de code d'accès, qu'il était utilisé par d'autres personnes et que les faits qui lui étaient reprochés avaient été constatés en son absence ; que la Cour d'appel a affirmé que « le moyen invoqué par M. X... selon lequel les membres du personnel avaient également accès à son ordinateur ne (peut), faute d'éléments probatoires utiles, être retenu » ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans qu'il résulte de ses constatations que Monsieur X... ait été le seul à avoir accès audit ordinateur et donc que les faits lui étaient personnellement imputables, la Cour d'appel a violé l'article L 1232- 1du Code du Travail (anciennement L 122-14-3) ;

ALORS surtout QUE Monsieur X... avait notamment produit le témoignage de Madame Sylviane Y... laquelle indiquait qu'elle utilisait régulièrement l'ordinateur de Monsieur X... ; que la Cour d'appel a considéré que « le moyen invoqué par M. X... selon lequel les membres du personnel avaient également accès à son ordinateur ne (peut), faute d'éléments probatoires utiles, être retenu » ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans examiner le témoignage de Madame Y..., la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de Procédure Civile ;

ALORS d'autre part QUE Monsieur X... avait fait valoir que les quelques erreurs qui lui étaient reprochées étaient sans conséquence, que le nombre de ces erreurs était dérisoire par rapport à la charge de travail qu'il assurait, que l'employeur avait toujours toléré jusqu'à présent ce genre d'erreurs et qu'elles ne pouvaient en aucun cas justifier son

licenciement alors qu'il avait 6 ans d'ancienneté et n'avait jamais fait l'objet auparavant de la moindre réflexion concernant son travail ; que la Cour d'appel a affirmé que le comportement fautif de Monsieur X... constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher d'une part, si l'employeur n'avait pas toléré ce genre d'erreurs qui étaient dérisoires, et d'autre part si elles justifiaient le prononcé du licenciement d'un salarié ayant plusieurs années d'ancienneté et n'ayant jamais fait l'objet auparavant de la moindre réflexion concernant son travail, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard des articles L 1222-1 et L 1232-1du Code du Travail (anciennement L 120-4 et L 122-14-3).

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande tendant à obtenir le paiement de dommages et intérêts pour abus de droit et licenciement vexatoire ;

Et ce sans aucun motif ;

ALORS QUE toute décision doit être motivée à peine de nullité ; qu'en rejetant la demande de Monsieur X... tendant à obtenir le paiement de dommages et intérêts pour abus de droit et licenciement vexatoire sans motiver sa décision sur ce point, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de Procédure Civile.

Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat aux conseils pour la société Maridis,

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que le licenciement de Monsieur Georges X... n'était pas fondé sur une faute grave, mais seulement sur une cause réelle et sérieuse, et d'avoir en conséquence condamné la Société MARIDIS, employeur, au paiement à Monsieur X... de la somme de 633, 55 € à titre de rappel de salaire pour la période de mise à pied, 63, 35 € au titre des congés payés afférents, 8. 235 € au titre du préavis, 823, 5 € au titre des congés payés afférents, 4. 776, 3 € au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, avec intérêts au taux légal à compter du jour de la convocation de la SAS MARIDIS devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, avec capitalisation dans les conditions de l'article 1154 du Code civil ; d'avoir enjoint à la SAS MARIDIS de remettre à Monsieur X... des bulletins de salaire et une attestation ASSEDIC rectifiés selon les dispositions de l'arrêt ; d'avoir fait injonction à la SAS MARIDIS de régulariser la situation de Monsieur X... auprès des organismes sociaux compte tenu de ce qui a été jugé ;

AUX MOTIFS QUE la lettre du 20 février 2004 mentionne notamment : « ... ainsi que nous vous l'avons exposé lors de l'entretien, les motifs de ce licenciement sont les suivants :

- aucun suivi du service dont vous aviez la responsabilité notamment pour le suivi des marges, et pour l'encadrement nécessaire au bon fonctionnement du service,

- graves irrégularités en matière sociale (omission de D. P. E., avenants de contrat de travail à durée déterminée non faits dans les temps, erreurs de cotisations, cotisations de la mutuelle retenue sur une salariée sans qu'elle soit enregistrée auprès de l'organisme, salariée payée un mois entier pour une journée travaillée, erreurs répétées sur les salaires-plusieurs relances, notamment INFOMIL (gestion des caisses) et DELTA activité – sortie de l'entreprise de photocopies de documents comptables appartenant à notre société – utilisation de l'ordinateur de la société à des fins personnelles (téléchargement de kits de connexion pour des sites Internet),

- nombreuses irrégularités dans les comptes que vous présentiez à notre expert-comptable et impossibilité de votre part de justifier les chiffres que vous aviez donnés,
- aucun suivi des vos comptes et dossiers de révision comptables quasiment inexistant,

- perte de confiance de certains de nos partenaires commerciaux notamment MULTIMEDIS pour qui nous avons noté

une absence de paiement après expiration de l'échéance de plus de deux mois (créance de plus de 86. 000 €),

- en dépit de la formation que vous avez reçue courant 2003, vous n'avez pas traité les intégrations d'accords commerciaux (plus de six mois de retard)

. Du fait de la nature de votre poste à responsabilité, nous considérons que ces faits constituent une faute grave rendant impossible votre maintien même temporaire dans l'entreprise » ;

que les irrégularités en matière sociale concernent les bulletins de salaire et les déclarations relatives au personnel ; que la déclaration tardive de l'embauche d'une employée, Mme H... en février 2004, est établie, Monsieur X... ne pouvant malgré ses affirmations, ignorer l'engagement de celle-ci début janvier 2004 puisqu'ayant établi pour ce mois le bulletin de salaire de la salariée ; que les bulletins de salaire de Mmes N...et O... montrent que des cotisations non dues ont été prélevées jusqu'en janvier 2004 pour la première et que la situation, pour les deux salariées, a été régularisée en février 2004 ; qu'aussi, des retenues injustifiées ont été pratiquées au titre de congés sans solde alors qu'il s'agissait, en réalité, de congés payés sur les salaires de janvier 2004 de Mme I... et de novembre 2003 de Mme J..., la régularisation de ces erreurs ayant eu lieu en février 2004 ; qu'également, Mme K... a été payée pour la totalité du mois de janvier 2004 alors qu'elle n'avait travaillé qu'un seul jour pendant cette période ; que ces faits constituent des manquements fautifs de la part de Monsieur X... qui était, selon son contrat de travail, responsable administratif et financier, assurant la responsabilité de la gestion du personnel administratif et comptable, de la gestion financière du magasin, de la gestion, l'organisation et le contrôle des services administratifs et comptables, de la gestion administrative de l'ensemble du personnel, de l'établissement de la paie et qui bénéficiait d'une délégation de pouvoirs, notamment en matière de législation fiscale et de législation sociale ; que les autres erreurs, essentiellement, le versement indu à Mme L... d'une somme de 15. 201, 11 €, celui également indu, effectué au profit de Mme M... en décembre 2002, d'un montant de 75. 247 € qui constituait, en réalité un acompte de l'impôt sur les sociétés pour 2002, ainsi que les déclarations tardives à l'URSSAF qui sont établies par l'argumentation même de cet organisme pour obtenir une remise des majorations de retard, peuvent être utilement invoquées puisque s'ajoutant à des fautes de même nature mentionnées ci-dessus et non prescrites ; que la SAS MARIDIS justifie par les pièces produites que Monsieur X... n'a pas réglé l'échéance du mois d'octobre 2003 de l'assurance-vie souscrite par l'entreprise ainsi que cela ressort d'un courrier du 30 mars 2004 de la compagnie d'assurances ; qu'en revanche, le défaut de paiement de la mutuelle Arrimance du fait de Monsieur X... n'est pas suffisamment établi par le seul document produit ; que de même, le reproche fait à ce dernier de ne pas avoir réglé diverses factures, notamment à la société Multimedis, ne peut être retenu, dès lors qu'il n'est pas démontré qu'il entrait dans ses attributions de régler les fournisseurs, que les irrégularités alléguées à l'encontre de celui-ci telles qu'elles sont mentionnées dans le rapport de l'expert comptable versé aux débats concernent une période prescrite puisque l'analyse précitée est relative au bilan au 31 mai 2003 ; qu'il n'est pas indiqué à quelle date le rapport précité a été remis à l'employeur et que ce dernier ne justifie aucunement n'avoir eu connaissance des erreurs comptables que postérieurement au décembre 2003, soit deux mois avant la date à laquelle Monsieur X... a été convoqué à l'entretien préalable au licenciement ; que les griefs concernant l'absence de suivi du service, la sortie de documents comptables appartenant à la société, le défaut de traitement « des intégrations d'accords commerciaux » et la perte de confiance de partenaires de la société ne sont pas étayés ; que l'attestation de la société YZIACT, chargée de la maintenance du système informatique de la SAS MARIDIS établit l'utilisation, à des fins personnelles, de l'ordinateur utilisé par Monsieur X... et la présence de kits de connexion à des sites pouvant être porteurs de virus informatiques, le moyen invoqué par Monsieur X... selon lequel les membres du personnel avaient également accès à son ordinateur ne pouvant, faute d'éléments probatoires, être retenu ; qu'au vu de l'ensemble de ces éléments, seules ont été retenues à l'encontre de Monsieur X... les fautes relatives aux bulletins de salaire et aux déclarations à des organismes administratifs ainsi qu'à l'utilisation de l'ordinateur de la société ; que les autres reproches, concernant en particulier la tenue de la comptabilité et le paiement des fournisseurs ont été écartés ; que dans ces conditions, le comportement fautif de Monsieur X..., s'il ne présente pas un caractère de gravité suffisant pour rendre impossible son maintien pendant la période de préavis, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement ; que la faute grave n'ayant pas été retenue, Monsieur X... sollicite à bon droit le paiement d'une somme de 633, 55 € correspondant au salaire pendant la période de mise à pied conservatoire ainsi que celle de 63, 35 € au titre des congés payés afférents ; que Monsieur X... a droit, en application de la convention collective, à un préavis de trois mois, soit 8. 235 €, outre les congés payés afférents ; que l'indemnité conventionnelle de licenciement s'élève à 4. 776, 3 € ; qu'il doit être enjoint à la SAS MARIDIS de remettre à Monsieur X... des bulletins de salaire et une attestation ASSEDIC rectifiés selon le présent arrêt ; qu'il convient d'enjoindre à la SAS

MADIRIS de régulariser la situation de Monsieur X... auprès des organismes sociaux compte tenu de ce qui a été jugé dans le présent arrêt ;

1°) ALORS QUE le juge ne doit pas dénaturer les documents de la cause ; qu'en disant qu'on ne pouvait reprocher à Monsieur X..., responsable administratif et financier de ne pas avoir réglé diverses factures dès lors qu'il n'était pas démontré qu'il entrait dans ses attributions de régler les fournisseurs, cependant que le reproche précis, exposé dans la lettre de licenciement et repris dans les conclusions de la Société MARIDIS, employeur, était de n'avoir pas comptabilisé plusieurs factures de fournisseurs, ce qui entrait incontestablement dans les attributions du salarié et générait des impayés, la cour d'appel a dénaturé tant le contrat de travail que la lettre de licenciement et les conclusions de l'employeur, en violation du principe susvisé ;

2°) ALORS QUE la faute grave résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié et qui constitue une violation des obligations résultant du contrat de travail, violation d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; qu'en jugeant que le comportement de Monsieur X..., responsable administratif et financier dont la cour d'appel a constaté qu'il avait versé « par erreur » à une salariée une somme de 75. 000 € revenant aux impôts, qu'il remettait en retard les déclarations sociales (URSSAF, Caisses de retraites, Prévoyance), ce qui occasionnait pénalités de retard et contentieux, qu'il avait déposé également en retard une déclaration préalable à l'embauche (infraction pénalement répréhensible au titre du travail dissimulé), qu'il multipliait les erreurs de paye, prélevant sur certains salariés des cotisation indues, ou au contraire en gratifiant d'autres de rémunérations ne correspondant à aucun travail fait, qu'il ne réglait pas à temps la cotisation d'assurance-vie de l'entreprise au risque de la voir résiliée et qu'enfin il utilisait ou laissait utiliser son ordinateur pendant son temps de travail pour des usages privés et exposant non seulement l'appareil mais tout le logiciel de gestion de l'entreprise à des virus informatiques, que ce comportement, donc, constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement mais pas d'un caractère de gravité suffisant pour rendre le maintien du salarié impossible pendant la période de préavis, cependant que les risques qu'aurait fait peser sur l'entreprise le maintien à son poste de Monsieur X... ne laissait pas d'autre choix à l'employeur que de mettre fin sans délai à la relation de travail, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, et violé les articles L 1234-1, L 1234-5, L 1234-9 et L 1232-1 du Code du travail.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la Société MARIDIS, employeur, au paiement à Monsieur X... de la somme de 7. 662, 72 € à titre de rappel de salaire et 766, 27 € à titre de congés payés afférents avec intérêts au taux légal à compter du jour de la convocation de la SAS MARIDIS devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes et capitalisation dans les conditions de l'article 1154 du Code civil, d'avoir fait injonction à la SAS MARIDIS de régulariser la situation de Monsieur X... auprès des organismes sociaux compte tenu de ce qui a été jugé et encore d'avoir condamné la SAS MARIDIS à l'allocation des sommes de 682, 29 € à titre du rappel sur les primes annuelles des années 1999 et 2000 calculées pour 70 % sur le salaire de novembre et 30 % sur le salaire de décembre et de 68, 22 € au titre des congés payés afférents ;

AUX MOTIFS QUE le contrat de travail prévoyait une rémunération mensuelle d'un montant brut de 14. 000 F (2. 134, 29 €) ; que cette rémunération a été réduite à 11. 000 F (1. 676, 94 €) à compter du 1er juin 1999 ; que l'employeur ne peut, sans l'accord du salarié modifier sa rémunération ; que la SAS MARIDIS soutient que Monsieur X... était responsable administratif et financier ; qu'il établissait lui-même les bulletins de salaire et qu'il en découle son accord ; que cependant la preuve de l'accord de Monsieur X... n'est pas rapportée par ce simple fait car l'absence de contestation par le salarié ne peut valoir acceptation ; que par suite, la demande de rappel de salaire formulée par Monsieur X... d'un montant de 7. 662, 72 € est justifiée et doit être accueillie ; qu'il lui est également dû la somme de 766, 72 € au titre des congés payés afférents ; que Monsieur X... peut également prétendre, compte tenu de ce rappel de salaire, à l'allocation des sommes de 682, 29 € au titre du rappel sur les primes annuelles des années 1999 et 2000 calculées pour 70 % sur le salaire de novembre et 30 % sur le salaire de décembre et de 68, 22 € au titre des congés payés afférents ;

ALORS QUE les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et que le contrat de travail à durée indéterminée, pas plus que ses avenants, n'obéissent à des conditions de forme particulières ; qu'en revenant sur une baisse de salaire ponctuelle convenue plusieurs années auparavant et dont l'acceptation était avérée par le fait que

le salarié, directeur administratif et financier, établissait lui-même ses bulletins de salaire, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et violé, par refus d'application, l'article 1134 du Code civil.