

Le : 23/05/2012

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 10 mai 2012**

**N° de pourvoi: 11-10571**

**Cassation partielle**

**M. Frouin (conseiller le plus ancien faisant fonction de président), président**

SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Gaschignard, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... engagé le 25 octobre 2004 en qualité d'assistant par M. Y... exerçant les fonctions d'expert-comptable et de commissaire aux comptes, a été licencié pour faute lourde, le 18 octobre 2006 ;

Sur les premier, deuxième et quatrième 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 ;

Mais sur le troisième moyen pris en sa deuxième branche qui est recevable :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en remboursement de la somme retenue sur son bulletin de salaire au titre d'une clause de dédit-formation, l'arrêt retient que ce rejet est parfaitement justifiée au regard de la date et de la cause de la rupture du contrat de travail ;

Qu'en statuant ainsi alors que la clause de dédit-formation stipulée au contrat de travail n'était pas applicable en cas de rupture à l'initiative de l'employeur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute le salarié de sa demande au titre des prélèvements indus en application de la clause de dédit-formation, l'arrêt rendu le 19 novembre 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Metz ;  
Condamne M. Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de M. Y... et le condamne à payer à M. X... la somme de 2 500 € ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

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

#### MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Fabiani et Luc-Thaler, avocat aux Conseils pour M. X....

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR dit que le licenciement de Monsieur X... reposait sur une faute grave et de l'avoir débouté de l'ensemble de ses demandes indemnitaires à ce titre ;

AUX MOTIFS QUE « la lettre de licenciement fixant les limites du litige, et le salarié ayant été licencié pour faute lourde la charge de la preuve incombe à l'employeur, étant observé que l'employeur doit dans ce cas, non seulement rapporter la preuve de la gravité de la faute mais encore de l'intention de nuire de la part du salarié ; que l'employeur fait grief au salarié d'être intervenu dans un dossier relevant d'un confrère, sans le respect du code des devoirs professionnels et de la déontologie, d'avoir effectué des transactions sur le système informatique entre le 23 et le 26 mars 2006, notamment par des manoeuvres illicites (utilisation du mot de passe de l'administrateur), d'avoir utilisé le logiciel comptable à des fins personnelles, d'être intervenu pour des personnes non clientes du cabinet et d'avoir, vis à vis de son employeur, qui était également son maître de stage, violé les dispositions de son contrat de travail, notamment l'article 10 " comportement éthique et diligences professionnelles " et l'article 11 " clause de conscience " ; que selon l'employeur ces faits portent également une atteinte grave à ses fonctions et responsabilités ordinaires, en sa qualité de membre du Conseil Régional des Experts comptables d'Alsace depuis décembre 2000 ; qu'il convient, avant d'examiner le bien-fondé des griefs invoqués par l'employeur, d'écarter l'exception de prescription fondée sur les dispositions de l'article L. 1332-4 du Code du travail aux termes desquelles aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales ; qu'en effet, l'employeur n'a eu connaissance des faits relatifs au " dossier H ", qui ont été à l'origine du contrôle qui a permis de constater l'ensemble des autres faits fautifs que par un courrier à lui adressé le 29 septembre 2006, et, réceptionné le 2 octobre 2006, émis par Monsieur Stéphane Z..., Expert comptable ; que dès qu'il a eu connaissance de ces faits, l'employeur a mis en oeuvre la procédure de licenciement le 3 octobre 2006 en convoquant Monsieur X... à un entretien préalable et en le mettant à pied à titre conservatoire ; que l'employeur fait état de différents griefs dont il convient d'examiner le bien fondé.

1. Grief relatif au dossier H : que ce grief est fondé ; qu'il n'est pas contesté que Monsieur X... a réalisé le 29 juillet 2006 à l'aide du logiciel LIGNE CONSEIL GESCAP disponible au cabinet Y..., des travaux de calcul et vérification des charges sociales, d'un travailleur indépendant (M. H) auprès de l'URSSAF et des organismes sociaux ; que ce faisant, Monsieur X... a remis à un tiers, Monsieur H, client de l'ancien cabinet d'expertise comptable dans lequel il était employé avant son embauche par Monsieur Y..., des documents étrangers à l'activité du cabinet Y..., établis à partir d'un logiciel et portant les références dudit cabinet ; que Monsieur Z... a pu croire, en découvrant ces documents que le cabinet Y... s'ingérait dans la relation professionnelle qu'il avait avec M. H. ; que Monsieur X... a violé les dispositions de l'article 13 du Code des devoirs professionnels (devenu l'article 21 du Code de déontologie), sa démarche étant susceptible de nuire à la réputation de Monsieur Y... ; que la gravité du comportement fautif de Monsieur X... a été relevée par la décision de la Chambre de discipline de l'ordre des experts comptables de la région de STRASBOURG, rendue le 22 avril 2008, et devenue définitive.

2. Grief relatif au dossier P (pharmacie) : que ce grief est relatif au retrait du bloc de travail de Monsieur X... de notes rédigées sur des feuilles de travail pré-imprimées cabinet ; que ces informations ne concernaient nullement, ni des prospects, ni des clients du cabinet ; que selon l'attestation de Madame Nadine A..., responsable du secrétariat de Monsieur Hubert Y..., celle-ci a pu constater qu'une feuille annotée retirée du bloc de travail professionnel de Monsieur X... était un schéma d'organisation de différentes sociétés, écrit en rouge dont un mot est resté : " pharmacie ". Ces notes concernaient des personnes qui n'étaient pas clientes du cabinet Y... ; que Monsieur X... accomplissait des travaux pour des non-clients sans l'autorisation de son employeur ; que ce grief est fondé.

3. Grief relatifs aux transactions sur le système informatique et à l'utilisation du logiciel comptable à des fins personnelles : que le contrôle des éléments professionnels de l'ordinateur de Monsieur X... permet de constater que ce dernier a effectué des travaux autres que ceux qui lui étaient confiés par le cabinet Y... et, plus grave, a effectué des transactions qui ne sont autorisées qu'à l'administrateur et aucunement à un autre salarié du cabinet (création, maintenance et suppression d'un dossier) ; que Monsieur X... a ainsi violé l'article 9 de son contrat de travail aux termes duquel il ne pouvait effectuer aucun autre travail comptable en dehors des travaux qui lui sont confiés, sans autorisation écrite de Monsieur Y... ; qu'en ce qui concerne le fait d'avoir effectué des transactions qui ne sont autorisées qu'à l'administrateur, Fabienne B..., administrateur de réseau informatique atteste être la seule personne habilitée à assurer la création, la suppression ou les transferts de dossiers comptables dans les logiciels de production CEGID ; qu'elle ajoute que ces interventions ne sont possibles qu'avec l'identifiant et le mot de passe administrateur, qui ne sont connus que par elle-même ; qu'elle atteste enfin ne jamais avoir communiqué ce mot de passe à Monsieur X... et qu'il n'a pu l'obtenir que d'une manière détournée en outrepassant les droits qui lui ont été conférés, droits de même niveau que les autres responsables de dossiers ; que d'autres salariés, Yann C..., Mireille D..., Céline E..., Véronique F..., Roland G..., Marlène H..., Nadine A..., Thierry I..., Marion G..., Valérie J..., attestent ne pas disposer de l'identifiant et du mot de passe de l'administrateur ; que ces attestations, précises et concordantes, démontrent que Monsieur X... a effectué des transactions qui ne sont autorisées qu'à l'administrateur ; que Monsieur X... produit une attestation établie par Monsieur Mustapha K..., selon laquelle ce dernier aurait effectué des travaux concernant des dossiers CEGID et qui ont donné lieu à l'établissement d'une plaquette au nom du cabinet, avec l'autorisation de Monsieur X... ; qu'une telle attestation n'est pas probante et démontre seulement la collusion existant entre Monsieur X... et Monsieur K... ; que le fait d'avoir effectué des travaux non autorisés et d'avoir utilisé le mot de passe de l'administrateur caractérise également la faute grave.

4. Grief relatif au dossier D. lettre de mission du cabinet MUTZ et contrats CNE : que Monsieur X... ne conteste pas avoir travaillé sur différents autres dossiers ne relevant pas du cabinet Y... ; qu'il a été retrouvé dans son ordinateur professionnel, copie sous format PDF d'une mise en demeure établie par le CDI ALTKIRCH pour M. D qui n'est pas client du cabinet ; que de même, les contrôles ont permis de retrouver la présence d'une lettre de mission établie sur le papier à en-tête du cabinet MUTZ et proposée à une " SCI A 68 " ; qu'enfin un contrat nouvelle embauche entre la SARL A et Monsieur F a été retrouvé ; que ces griefs sont fondés et Monsieur X... ne saurait se retrancher derrière le caractère bénévole d'interventions pour des amis ; que ces interventions sont contraires au Code de déontologie professionnelle ; qu'il convient de répondre au moyen soulevé par Monsieur X... de l'illicéité des moyens de preuve utilisés par l'employeur dans le cadre du contrôle de l'ordinateur, s'agissant de documents qui seraient personnels ; que les moyens d'investigations utilisés par l'employeur sont licites car les données relevées sont présumées professionnelles et aucune marque du caractère personnel des données entrées dans l'ordinateur n'a été mentionnée ; que la copie de l'arborescence de l'ordinateur de Monsieur X... est produite et il ressort de ces documents que les fichiers ne portaient aucune mention pouvant induire un quelconque caractère personnel.

Qu'il ressort de l'ensemble de ces éléments que Monsieur X... n'a pas respecté les dispositions de son contrat de travail et du Code des devoirs professionnels (devenu code de déontologie professionnelle) en utilisant son ordinateur à des fins autres que le travail sur des dossiers du cabinet, en usant illicitement le mot de passe réservé à l'administrateur et a ainsi commis des fautes graves rendant impossible son maintien dans l'entreprise et non des faits fautifs caractérisant la cause réelle et sérieuse comme l'ont dit à tort les premiers juges ; que les fautes commises par Monsieur X... ne revêtent toutefois pas le caractère d'une faute lourde, l'intention de nuire n'étant pas démontrée » ;

1°) ALORS QUE la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise même pendant la durée du préavis ; que ne saurait caractériser une faute grave justifiant le licenciement du salarié sans indemnité, l'utilisation des outils informatiques de l'entreprise même sans autorisation de l'employeur et en violation des règles déontologiques de la profession, lorsque cette utilisation a eu lieu à des fins strictement bénévoles, sans que le salarié n'en ait tiré aucun profit ; qu'en décidant que le licenciement de Monsieur X... reposait sur une faute grave aux seuls motifs qu'il avait utilisé son ordinateur et le mot de passe de l'administrateur à des fins autres que le travail sur les dossiers du cabinet quand il résultait de ses propres constatations, que cette utilisation qui avait un caractère strictement bénévole ne lui avait en rien profité, la Cour d'appel a violé l'article L. 1234-1 du Code du travail.

2°) ALORS QUE la décision prise par la juridiction ordinaire quant à la violation par le salarié d'une obligation déontologique de sa profession n'a pas autorité de la chose jugée devant le juge judiciaire qui ne peut, pour les mêmes faits, s'abstenir de rechercher si le manquement du salarié qui est à l'origine de son licenciement, présente le caractère d'une faute grave ; qu'en l'espèce, pour dire que le comportement de Monsieur X... dans le dossier H. était susceptible de nuire à son employeur et caractérisait une faute grave, la Cour d'appel qui s'est uniquement fondée sur l'autorité de chose jugée, à cet égard, de la décision de la Chambre de discipline des experts comptables, sans rechercher en quoi le comportement du salarié aurait effectivement porté préjudice à Monsieur Y..., a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-1 et L. 1235-1 du Code du travail.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de ses demandes à titre d'indemnité de préavis, outre les congés payés afférents et de rappel de salaire pour la période de mise à pied conservatoire, outre les congés payés y afférents ;

AUX MOTIFS QUE « le licenciement reposant sur une faute grave, l'indemnité compensatrice de préavis, et des congés payés sur préavis n'est pas due ; que la mise à pied conservatoire étant justifiée, le salaire au titre de cette période n'est pas dû ».

ALORS QUE la cassation qui ne manquera pas d'intervenir sur le premier moyen relatif au chef de dispositif par lequel la cour d'appel a retenu la faute grave du salarié, entraînera, par voie de conséquence, en application de l'article 625 du Code de procédure civile, la cassation du chef du dispositif présentement attaqué, lequel a débouté Monsieur X... de sa demande en paiement de l'indemnité de préavis et des salaires afférents à la période de mise à pied conservatoire.

#### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné Monsieur X... à verser à Monsieur Y... la somme de 4. 900 € en application de la clause de dédit formation de l'avoire débouté de sa demande au titre de l'allocation de formation et de frais de stages ;

AUX MOTIFS QUE « l'article 16 du contrat de travail " formation " dispose que, dans le cas où Monsieur X... aurait bénéficié de séances de formation payées par le cabinet depuis moins de deux ans organisées au sein de l'entreprise ou à l'extérieur et dont le coût total excède une somme correspondant au salaire de deux journées de travail, il s'engage à rester au service du cabinet pendant une durée minimale de deux années à compter du dernier jour de cette ou de ces séances de formation ; qu'à défaut, Monsieur X... est tenu de verser une indemnité forfaitaire qui sera égale, soit à la totalité des frais et débours ci-dessus visés, supportés par le cabinet si le départ a lieu dans les 6 mois suivants, soit à 50 % desdites sommes si le départ a lieu dans les 7 à mois suivants, soit à 25 % si le départ a lieu entre le 19ème et le 24ème mois suivants ; que c'est à tort que les premiers juges ont fait droit à la demande de remboursement de la somme de 4. 900 € ; que ce montant représente le dédit-formation ; que Monsieur X... avait par courrier du 7 juillet 2005 demandé la prise en charge par l'organisme de formation auquel est affilié Monsieur Y... des frais d'inscription à un D. E. S GESTION DE PATRIMOINE, diplôme d'université de 3ème cycle à la faculté des sciences économiques de CLERMONT-FERRAND ; que l'institut de formation Yves CHABRIER a établi deux factures le 31 décembre 2005, et le 30 juin 2006 qui ont été réglées par l'intermédiaire de l'AGEFOS-PME, organisme de collecte et de gestion de la contribution à la formation professionnelle du cabinet ; que la situation du compte AGEFOS-PME fait apparaître les opérations suivantes :- le 29 août 2006 : règlement de 1. 690 € H. T,- le 19 septembre 2006 : règlement complémentaire de 4. 024 €,- le 31 décembre 2006 : 3. 210 € HT.

Que l'AGEFOS n'a accepté de prendre en charge la formation exceptionnelle située en dehors de l'obligation légale du cabinet Y... qu'à la condition d'un règlement exceptionnel de l'employeur ; que dans ces conditions, la déduction du dédit-formation opérée sur le bulletin de paie d'octobre 2006 est parfaitement justifiée au regard de la date et de la cause de la rupture du contrat de travail ; qu'il convient d'infirmer cette disposition du jugement et de débouter Monsieur X... de cette demande ; que la demande au titre de l'allocation de formation et des frais de stage formée à hauteur d'appel, doit être rejetée, la clause de dédit-formation étant appliquée » ;

1°) ALORS QUE l'engagement du salarié de suivre une formation à l'initiative de son employeur, et en cas de démission, d'indemniser celui-ci des frais qu'il a assumés, doit, pour être valable, faire l'objet d'une convention particulière conclue avant le début de la formation et qui précise la date, la nature, la durée de la formation et son coût réel pour l'employeur, ainsi que le montant et les modalités du remboursement à la charge du salarié ; qu'en l'espèce, en condamnant Monsieur X... à l'application de la clause de dédit-formation, quand il s'évinçait de ses propres constatations que ladite clause ne contenait aucune précision sur le coût réel de la formation pour l'employeur, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil.

2°) ALORS QUE la clause de dédit-formation ne s'applique au salarié que s'il prend l'initiative de rompre le contrat de travail ; qu'en appliquant à Monsieur X... la clause de dédit formation au motif inopérant que la rupture de son contrat de travail reposait sur une faute grave et lui était imputable, quand il était constant que l'employeur avait pris l'initiative de la rupture en procédant au licenciement de Monsieur X..., la cour d'appel a derechef violé l'article 1134 du Code civil.

3°) ALORS, en tout état de cause QU'à supposer même que la clause de dédit-formation ait vocation à s'appliquer au salarié licencié pour faute grave, la cassation qui ne manquera pas d'intervenir sur le premier moyen, lequel critique les motifs suivant lesquels la cour d'appel a jugé que le licenciement de Monsieur X... était justifié par une faute grave, emportera, par voie de conséquence, la cassation du chef de dispositif relatif à la clause de dédit-formation et ce, en application de l'article 625 du Code de procédure civile.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait fait partiellement droit à la demande de rappel d'heure supplémentaires du salarié à hauteur de 119 heures supplémentaires pour un montant de 1. 961, 12 € et 196, 11 € à titre de congés payés sur heures supplémentaires.

AUX MOTIFS QUE « l'article 4 du contrat de travail de Monsieur X... dispose que la durée hebdomadaire théorique de travail est de 35 heures, soit 151, 67 heures par mois ; que les horaires de travail auxquels Monsieur Olivier X... sera astreint sont affichés sur les tableaux réglementaires ; qu'ils peuvent varier en fonction des nécessités de service ; que cette disposition s'inscrit dans le cadre du passage aux 35 heures à compter du 1er avril 2002 : le temps de travail effectif annualisé est de 1. 582 heures, soit 1. 575 heures auxquelles s'ajoute la journée de solidarité (7 heures) ; que chaque début d'année, lors d'un entretien, une fiche individuelle est remise au salarié avec l'indication ; du temps de gestion : temps de travail total inscrit dans la gestion des interventions, temps effectif de travail affecté sur les dossiers, temps payés hors maladie et congés sur la base de l'annualisation ; des bruts annuels des 3 dernières années, l'évolution du brut de décembre de l'année passée à janvier de l'année en cours, du budget brut de l'année à venir, des kilomètres remboursés au titre de l'année passée ; que cette fiche a été remise à Monsieur X... tant pour l'année 2005 que pour 2006 ; que la récapitulation des heures pour les années 2004 à 2006 fait apparaître un excédent pour 2005 et une différence négative pour 2004 et 2006 ; que l'excédent total est de 119 heures ; que les heures de formation dans le cadre du stage de formation professionnelle sont incluses dans le travail réalisé ; que les premiers juges ont fait droit sur cette base à la demande dans la limite de 119 heures supplémentaires représentant l'excédent sur les années 2004 à 2006 ; que les décomptes présentés par Monsieur X... ne tiennent pas compte des règles d'annualisation du temps de travail et des consignes données par Monsieur Y... lors de l'entretien annuel aux fins de veiller à la question de l'annualisation des temps d'intervention ».

ALORS, d'une part, QUE s'il appartient au salarié de fournir préalablement des éléments de nature à étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaire, la preuve des heures de travail accomplies n'incombe spécialement à aucune des parties et le juge ne saurait rejeter une demande en paiement d'heures supplémentaires au motif que les éléments produits par le salarié ne prouvent pas le bien-fondé de sa demande ; qu'en l'espèce, en rejetant la demande du salarié dont elle avait constaté qu'elle était étayée par la production d'un décompte détaillé des heures de travail effectuées, au motif que les éléments de calcul des heures supplémentaires qu'il apportait n'étaient pas de nature à justifier pleinement du bien-fondé de sa demande, la Cour d'appel qui a en réalité fait peser sur le seul salarié la charge de la preuve des heures supplémentaires dont il revendiquait le paiement, a violé l'article L. 3171-4 du Code du travail.

ALORS, d'autre part, QUE s'il appartient au salarié de fournir préalablement des éléments de nature à étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaire, la preuve des heures de travail accomplies n'incombe spécialement à aucune des parties et l'employeur doit quant à lui fournir les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; qu'en l'espèce, en concluant à la non-exécution par le salarié des heures supplémentaires dont il réclamait le paiement, par des motifs inopérants tenant à l'annualisation de son temps de travail et à des directives annuelles générales de l'employeur fixant l'utilisation prévisionnelle d'un temps de référence pour chaque dossier traité, sans avoir recherché si Monsieur Y... apportait des éléments de preuve de nature à justifier des horaires réellement effectués par le salarié, la Cour d'appel a privé sa décision sa décision de base légale au regard de l'article L. 3171-4 du code du travail

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Colmar du 19 novembre 2010