

Cour de cassation

Chambre criminelle

Audience publique du 27 mai 2015

N° de pourvoi: 13-85.440

ECLI:FR:CCASS:2015:CR02013

Non publié au bulletin

Rejet

M. Guérin (président), président

SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, a rendu l'arrêt suivant :
Statuant sur les pourvois formés par :

- M. Thierry X...,

- La société KPMG,

contre l'arrêt de la cour d'appel de CAEN, chambre correctionnelle, en date du 5 juillet 2013, qui, pour discrimination syndicale et harcèlement moral, a condamné le premier, à 10 000 euros d'amende, la seconde, à 50 000 euros d'amende, et a prononcé une mesure de publication ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 31 mars 2015 où étaient présents dans la formation prévue à l'article 567-1-1 du code de procédure pénale : M. Guérin, président, M. Straehli, conseiller rapporteur, M. Finidori, conseiller de la chambre ;

Greffier de chambre : M. Bétron ;

Sur le rapport de M. le conseiller STRAEHLI, les observations de la société civile professionnelle GARREAU, BAUER-VIOLAS et FESCHOTTE-DESBOIS, de la société civile professionnelle CÉLICE, BLANCPAIN, SOLTNER et TEXIDOR, et de la société civile professionnelle MASSE-DESSEN, THOUVENIN et COUDRAY, avocats en la Cour, et les conclusions de M. le premier avocat général BOCCON-GIBOD ;

Joignant les pourvois en raison de la connexité ;

Vu les mémoires produits, en demande et en défense ;

Sur le premier moyen de cassation proposé pour la société KPMG, pris de la violation des articles 6, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article préliminaire du code de procédure pénale et les articles 388 et 593 du même code, manque de base légale, défaut et contradiction de motifs ;

” en ce que l’arrêt attaqué a déclaré la société KPMG coupable des faits de discrimination syndicale et de harcèlement moral qui lui étaient reprochés, condamné la société KPMG au paiement d’une amende de 50 000 euros, ordonné à l’encontre de la société KPMG la publication d’un extrait de la condamnation dans la presse, déclaré la société KPMG entièrement et solidairement responsable du préjudice subi par les parties civiles et condamné solidairement la société KPMG à verser une somme de 3 000 euros de dommages-intérêts au syndicat CFDT ;

” aux motifs que sur la prévention, la question préalable est celle de la délimitation de la saisine des premiers juges et donc de la cour d’appel ; qu’en effet, les prévenus considèrent que certains faits retenus par le tribunal correctionnel ou par la partie civile ne sont pas visés à la prévention, en particulier, le non règlement de la cotisation de commissaire aux comptes, le refus de congés et l’état d’isolement ; que cependant, la prévention se lit, s’agissant tant de l’infraction de discrimination que de l’infraction de harcèlement : « ¿ qu’en l’espèce, notamment le déclenchement de deux procédures de licenciement sans qu’aucune sanction ne soit finalement prise, lui retirer une partie significative de son activité, l’entraver dans l’exercice des formations nécessaires à l’activité de commissaire aux comptes » (souligné par la cour d’appel) ; qu’il est constant que l’utilisation à la prévention de l’adverbe « notamment » a pour effet que les faits spécifiquement mentionnés à la prévention ne peuvent être considérés comme limitativement énumérés ; que celle-ci peut ainsi être établie par l’ensemble des faits résultant de la procédure et dont les juges décideraient qu’ils sont acquis ; que la cour d’appel doit ainsi examiner l’ensemble des éléments de droit et de fait qui lui ont été soumis et qui, en l’espèce, ont fait l’objet d’un débat par chacune des parties ; que la cour d’appel examinera successivement les différents points évoqués en procédure et au cours des débats ;

” 1°) alors que les tribunaux correctionnels ne peuvent statuer que sur les faits relevés par l’ordonnance ou la citation qui les saisit ; qu’au cas présent, les faits reprochés à la société KPMG à l’encontre de M. Y... dans la citation étaient « le déclenchement de deux procédures de licenciements sans qu’aucune sanction ne soit finalement prise, lui retirer une partie significative de son activité, l’entraver dans l’exercice des formations nécessaires à l’activité de commissaire aux comptes » ; que, pour entrer en voie de condamnation, la cour d’appel a imputé aux prévenus des faits étrangers à la prévention consistant à avoir refusé à M. Y... des congés et à s’être abstenue de régler sa cotisation à l’ordre des commissaires aux comptes ; qu’en statuant de la sorte, la cour d’appel a excédé sa saisine en violation des textes susvisés ;

” 2°) alors que tout prévenu a droit à être informé « d’une manière détaillée, de la nature et de la cause de l’accusation portée contre lui », la cause s’entendant des faits matériels reprochés à la personne poursuivie ; qu’il en résulte que l’acte de poursuite doit indiquer de manière exhaustive les faits susceptibles de constituer selon l’accusation l’élément matériel de l’infraction poursuivie ; que l’acte de poursuite doit ainsi préciser l’ensemble des décisions de l’employeur susceptibles de caractériser le délit de prise en considération de l’activité syndicale et l’ensemble des agissements susceptibles de caractériser le harcèlement moral afin de permettre au prévenu de préparer utilement sa défense sur chacun des faits matériels qui lui sont reprochés ; qu’en estimant que « l’utilisation à la prévention de l’adverbe « notamment » a pour effet que les faits spécifiquement mentionnés à la prévention ne peuvent être considérés comme limitativement énumérés » pour s’estimer saisie de l’« ensemble des faits résultant de la procédure » et se fonder sur des faits non relevés dans la citation pour entrer en voie de condamnation, la cour d’appel a violé les textes susvisés “ ;

Sur le deuxième moyen de cassation proposé pour la société KPMG, pris de la violation des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l’homme, L. 2141-5 et L. 2146-2 du code du travail, 111-4, 121-1 et 121-2 du code pénal, ensemble l’article

préliminaire du code de procédure pénale et les articles 593 du même code, manque de base légale, défaut et contradiction de motifs ;

” en ce que l’arrêt attaqué a déclaré la société KPMG coupable des faits de discrimination syndicale qui lui étaient reprochés, condamné la société KPMG au paiement d’une amende de 50 000 euros, ordonné à l’encontre de la société KPMG la publication d’un extrait de la condamnation dans la presse, déclaré la société KPMG entièrement et solidairement responsable du préjudice subi par les parties civiles et condamné solidairement la société KPMG à verser une somme de 3 000 euros de dommages-intérêts au syndicat CFDT ;

” aux motifs que sur la discrimination syndicale, conformément aux dispositions de l’article L. 2141-5 du code du travail, « il est interdit à l’employeur de prendre en considération l’appartenance à un syndicat ou l’exercice d’une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d’avancement, de rémunération et d’octroi d’avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail » qu’à titre préliminaire, il convient de rappeler que M. Y...a déposé sa candidature en tant que délégué du personnel se présentant sur la liste syndicale CFDT le 12 septembre 2007 pour le premier tour et le 12 octobre 2007 pour le second tour ; qu’alors qu’il était le seul candidat au premier tour suite au désistement de Mme A..., se sont présentés en date des 12 et 15 octobre 2007 MM. B...et C..., en qualité de candidats libres ; que M. Y...a été élu délégué du personnel suppléant le 31 octobre 2007 ; qu’il résulte de ce qui précède que, dès le 12 septembre 2007, M. Y...doit être considéré comme un salarié protégé au sens de la loi ; que la convocation à un entretien préalable en vue d’une éventuelle sanction et le retrait des dossiers de commissariat aux comptes : la défense du prévenu KPMG avance le fait que M. Y...n’était pas réellement commissaire aux comptes, et par conséquent, qu’une mesure lui retirant de tels dossier ne pouvait lui porter atteinte ; que cette défense s’appuie sur le fait que M. Y...ne signait pas les rapports, qu’il n’était que rédacteur de projets de rapports, lesquels étaient à la signature du commissaire aux comptes ; que la cour d’appel observe que ceci est exact, de même qu’il est constant que cette mesure n’a eu aucune incidence sur sa rémunération ; que la cour d’appel n’entend pas davantage remettre en cause l’organisation de la société KPMG en tant qu’elle souhaite, après une première expérience professionnelle de ses salariés qualifiés, les spécialiser dans le domaine de l’expertise comptable ou dans celui du commissariat aux comptes ; mais que cela faisait de nombreuses années que l’essentiel de l’activité de M. Y...était liée à l’expertise ; que l’expression « poursuivre la politique de recentrage », utilisée dans la lettre du 15 octobre 2007 (pièce n° 15 des parties civiles), n’aurait ainsi de sens que si la société KPMG avait produit ne serait-ce qu’un élément permettant de vérifier que le « plan Magellan » avait commencé d’être mis en oeuvre au sein du bureau de Flers, qu’il y avait été présenté, discuté : qu’il n’en est rien ; qu’en outre, il n’en demeure pas moins que M. Y...exerçait concrètement des fonctions de commissariat aux comptes, bénéficiait de formations professionnelles en conséquence (pièce société KPMG n° 30) et du règlement de la cotisation afférente par la société KPMG ; que la mesure de retrait des dossiers de commissariat aux comptes lui a nécessairement porté une atteinte effective, à la fois sur le plan symbolique, puisque lui étaient retirées les fonctions les plus valorisantes, sur le plan de ses qualifications professionnelles et sur le plan de ses possibilités d’occupation professionnelle, la circonstance qu’il ait une préférence pour l’expertise comptable étant ici indifférente qu’enfin, les termes mêmes de la lettre du 15 octobre 2007 démontrent que la réaction soudaine consistant à retirer à M. Y...ses attributions de commissariat aux comptes constitue la répression des manquements supposés de l’intéressé, puisqu’il est expressément fait référence à des « faits graves » ; qu’il s’agit donc bien d’une sanction ; que sur le caractère éventuellement discriminatoire de cette sanction, il convient, après avoir relevée qu’elle aurait dû obéir à certaines règles

particulières, M. Y...étant un salarié protégé, de s'intéresser à ce qui a pu la motiver ; que s'agissant de l'erreur de jugement qu'aurait commise M. Y..., il ressort des pièces que ce dernier n'a eu d'autre choix que remettre un rapport assorti de réserves qu'en effet, M. Y...n'ayant eu connaissance que le 11 septembre 2007 (pièce n° 19 des parties civiles) que l'assemblée générale était fixée au 28 septembre 2007, le délai imparti était d'autant plus restreint qu'il n'avait toujours pas en sa possession les décomptes définitifs de la société que de plus, du fait de l'absence de réponse à sa première demande d'entretien à M. X...du 14 septembre 2007 (pièce n° 20 des parties civiles), il sollicitait le 19 septembre (pièce n° 21 des parties civiles) l'avis d'un spécialiste technique qui le confortait, sous réserve de l'impossibilité de faire compléter l'annexe, dans l'opportunité d'émettre des réserves (pièce n° 22 des parties civiles) ; que son projet de rapport avec réserve était alors transmis à M. X...le 20 septembre (pièce des parties civiles n° 22) en faisant part de ses hésitations mais se heurtait encore une fois à une absence de réponse ; que le 24 septembre (pièce n° 22 des parties civiles) il sollicitait de nouveau l'avis de M. X...lequel lui annonçait que la rédaction de son projet était erronée sans pour autant lui formuler de reproche (pièce n° 23 des parties civiles) ; que l'argument avancé par M. X...selon lequel il est extrêmement rare que des réserves accompagnent un rapport est particulièrement inopérant : la seule circonstance qu'il ait pu être envisagé d'émettre des réserves aurait dû le conduire non pas à répondre qu'il avait autre chose à faire que de s'occuper de telles peccadilles, mais à s'inquiéter d'un événement hors norme, d'autant plus que la société concernée était en difficulté ; que la cour d'appel relève au demeurant qu'il n'est pas dans le respect des normes et des responsabilités du commissaire aux comptes qu'est M. X...que le rapport qu'il signe concernant une société soit préparé par l'expert-comptable en charge de l'examen des comptes de la société ; qu'enfin, il faut relever que, pour M. D..., comptable de la société ACM, a déclaré : « j'ai travaillé pendant douze années en qualité de comptable pour la société ACM et nous avons le cabinet KPMG en tant qu'expert comptable dans un premier temps puis commissaire aux comptes dans un second temps ; que M. Y...était le commissaire aux comptes pour la société ACM jusqu'à il y a peu de temps » (souligné par la cour d'appel) ; qu'en d'autres termes, au moins pour ce qui concerne la société ACM et quand bien-même il n'avait pas le pouvoir de certification, M. Y...était considéré comme le commissaire aux comptes de la société ; que prendre des mesures de nature non seulement à critiquer ses compétences en la matière mais également à lui retirer cette qualité ne peut ainsi être assimilé à un simple recadrage ni à la simple mise en oeuvre, au demeurant cinq ans après, d'un plan de réorganisation de la société KPMG ; qu'au regard des développements précédents, la mesure de retrait des dossiers de commissariat aux comptes consécutive à la procédure disciplinaire ne peut être motivée objectivement ni par une erreur de jugement de M. Y...ni par la politique de spécialisation des compétences ; qu'or, force est de constater que cette mesure a été prise à la suite d'une procédure disciplinaire enclenchée immédiatement (quatorze jours) après la présentation par M. Y...de sa candidature aux élections de délégué du personnel sur une liste CFDT (pièces n° 9 et 10 des parties civiles) ; qu'il existe ainsi un lien indissociable entre la candidature et la sanction prise ; que par conséquent, la discrimination syndicale ne peut qu'être constituée ; que si le moindre doute existait quant à l'existence d'une discrimination syndicale, il serait en tout état de cause levé par la succession des mesures dont M. Y...va faire l'objet, le refus de vacances et le rejet des demandes de droit individuel à la formation : au préalable il est opportun de rappeler que le 9 mars 2008, M. Y...a envoyé à M. X...un courrier contestant la procédure d'octobre 2007 et ses conséquences dont copie a été adressée au contrôleur du travail (pièce n° 12 du prévenu KPMG) ; que la cour d'appel note, sur ce point, que si cette réponse de M. Y...est effectivement assez tardive, il n'est pas possible d'en tirer la moindre conséquence sur les faits de l'espèce, d'autant que, dès le mois suivant, tant les demandes de formations que de congés de M. Y...ont été refusées ; que la défense avance que quatre

formations ont été accordées à M. Y...pendant la période litigieuse et qu'elles s'inscrivaient dans l'exercice de son activité d'expertise-comptable (pièce n° 30 du prévenu KPMG) tandis que les formations refusées s'inscrivaient dans une activité de commissaire aux comptes ; qu'ainsi qu'il a été discuté, le retrait de cette partie de l'activité de M. Y...constitue une sanction discriminatoire ; que de plus il ressort des propos de M. Y...lors de l'audience, que seules deux formations sur trois concernaient l'activité de commissariat aux comptes ; que cette affirmation n'est pas contestée par les prévenus ; qu'en effet, la troisième formation consistait en un bilan de compétences ; que M. X...a, selon ses propos à l'audience, préféré rejeter l'intégralité de la demande de formations par souci de simplicité ; que cette décision apparaît ainsi dénuée de toute objectivité ; qu'il convient d'ajouter que M. X...ne peut ignorer que le suivi de certaines formations constitue une condition pour pouvoir continuer d'être inscrit sur la liste des commissaires aux comptes ; que, par ailleurs, il est constant que la décision de refus d'accorder la semaine de vacances demandée par M. Y...a été prise par le directeur du bureau de Flers ; que le prévenu M. X...justifie le refus par la forte activité de la période en raison de l'arrêt des comptes des entreprises pendant celle-ci ; que si telle est en tout cas l'idée que peut s'en faire le commun des mortels, il demeure qu'aucun élément ne vient corroborer cette affirmation et qu'aucun démenti n'est apporté à M. Y...lorsqu'il indique qu'il prenait régulièrement des congés à cette période ; que là encore, la décision apparaît dénuée de toute objectivité ; que la circonstance que M. X...n'est pas, ce qui est exact, le directeur du bureau de Flers n'est pas opérante, dès lors qu'il est le responsable régional, que le système de remontée de l'information au sein de la société KPMG est, ainsi qu'il sera examiné plus en détail ci-après, particulièrement performant et que M. X...a admis être responsable des dossiers disciplinaires pour l'ensemble de la Basse-Normandie et, d'une manière générale, exerce son autorité sur l'ensemble des salariés de la région, fussent-ils répartis au sein de divers bureaux ; qu'il s'agisse des vacances ou des formations, il y a eu rupture avec une pratique antérieure ; que compte tenu du contexte, compte tenu de la proximité de ces décisions avec la lettre de contestation de M. Y..., le caractère discriminatoire ne fait pas de doute ; que la convocation à un entretien préalable en vue d'un licenciement : qu'au préalable il est opportun de rappeler que, le 25 juin 2008, le contrôleur du travail s'est rendu dans les locaux du bureau de Flers, faisant suite au courrier de M. Y...du 9 mars 2008 à destination de M. X...dont copie fut transmise au contrôleur du travail (pièce n° 12 du prévenu KPMG) et dans lequel il évoquait une situation discriminatoire à son égard ; que la procédure a été initiée, selon la défense, par un client, la société Couture Confort, qui se serait plaint par appel téléphonique du 26 juin 2008 (pièce KPMG n° 15) du comportement de M. Y..., et plus précisément du fait de son absence à l'assemblée générale du 26 juin 2008, à laquelle il aurait dû transmettre des documents, alors qu'il s'y serait engagé la veille et ne les ayant avertis de son absence que le matin même par SMS ; que M. Y...est convoqué par M. X...le 11 juillet 2008 à un entretien préalable en vue d'un éventuel licenciement, fixé au 28 juillet 2008 ; que cette procédure s'est achevée le jour de l'entretien préalable, M. X...expliquant à son salarié qu'il n'existait aucun grief à son encontre ; qu'il convient toutefois de noter qu'à la date de l'assemblée générale de la société Couture confort, M. Y...était en congés (cette période de congés s'étendait du 23 juin 2008 au 11 juillet 2008, pièce n° 40 des parties civiles) ; qu'au moment d'adresser la de convocation à un entretien préalable, M. X...ne disposait d'aucun élément d'aucune sorte, autre qu'une indication verbale, de ce que M. Y...aurait commis une faute ; que cette faute n'est en aucune manière avérée ; que de fait, le 15 juillet 2008, Couture confort a adressé un courrier (pièce n° 39 des parties civiles), reçu le 17 juillet, dans lequel il était fait état des qualités professionnelles de M. Y..., auquel le client renouvelait sa confiance, que la présence du salarié n'avait pas été requise pour l'assemblée générale concernée et l'auteur de la lettre ajoutait : « j'en déduis que vous cherchez des griefs à M. Y..., notre conseil » et « nous nous inquiétons de votre demande

qui aurait pour but d'accuser M. Y...de manquements vis-à-vis de nous » ; que malgré ce courrier, M. X..., dont il est juste de préciser qu'il n'était revenu de vacances que le matin même de l'entretien, a maintenu celui-ci, avançant le souhait d'obtenir les explications de son salarié ; que cette défense est reprise par le prévenu KPMG ; que cependant, cet argument ne peut en aucun cas justifier le maintien d'un entretien disciplinaire ; que la société KPMG, sinon M. X..., bénéficiait d'un laps de temps conséquent, onze jours, pour informer M. Y...que la procédure ne pouvait être de nature disciplinaire et qu'il ne désirait que s'entretenir avec lui ; qu'il appartenait à M. X..., dans ses fonctions de directeur régional, d'organiser son service pour éviter toute carence en son absence ; qu'en effet, rien ne peut expliquer cette procédure en l'absence de tout fondement si ce n'est la volonté de nuire ; qu'en effet, M. Y...bénéficie, en tant que délégué du personnel, depuis l'automne 2007, d'une protection spécifique ; que le fait d'engager dans la précipitation une procédure disciplinaire, en vue d'un éventuel licenciement, à son encontre nécessitait un motif d'autant plus sérieux qu'une autorisation de l'inspection du travail aurait été indispensable ; que ce motif faisant défaut, cette procédure était nécessairement vouée à l'échec ; que la preuve est ainsi rapportée que la décision prise n'est pas objective et ne peut être étrangère à toute prise en considération de l'activité syndicale ; que sur ce point également, l'infraction de discrimination est établie ; que le non règlement de la cotisation de commissaire aux comptes ; qu'au préalable il est opportun de rappeler que le syndicat CFDT a informé la société KPMG de la qualité délégué du personnel référent de M. Y...par courrier du 28 octobre 2008 ; que M. X... motive le non règlement de la cotisation de commissaire aux comptes du fait que cette activité n'étant plus confiée à M. Y..., il ne pouvait plus y prétendre ; que cependant, le retrait des dossiers de commissariat aux comptes étant une mesure constitutive de discrimination syndicale, le non règlement de la cotisation de commissariat aux comptes ne peut être objectivement motivé par ce retrait ; que ce non-paiement aura par ailleurs pour conséquence de suspendre M. Y...de la liste de la compagnie régionale de commissaires aux comptes le 9 juin 2010 (pièce n° 34 des parties civiles) ; qu'il convient de souligner que cette mesure est intervenue trois jours après la réception du courrier du syndicat CFDT informant la société KPMG de la qualité délégué du personnel référent de M. Y...; que la discrimination syndicale est là encore établie ;

" 1°) alors qu'une mesure prise par l'employeur dans l'exercice normal de son pouvoir de direction ne saurait caractériser l'existence une discrimination syndicale du seul fait de sa proximité avec la candidature du salarié aux élections professionnelles ; qu'au cas présent, il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que M. Y... n'était pas réellement commissaire aux comptes, que l'activité de commissariat aux comptes n'occupait que 20 % de son activité et que le retrait des dossiers de commissariat aux comptes n'avait eu aucune incidence sur sa rémunération ; qu'il est également constant qu'une difficulté était apparue dans la gestion d'un dossier de commissariat aux comptes par M. Y... concernant la société ACM et que la société KPMG mettait en oeuvre depuis plusieurs années une politique de spécialisation dite « plan Magellan » destinée à sécuriser les missions de commissariat aux comptes, rendues de plus en plus exigeantes en termes de technicité et de contrôles réglementaires, en imposant un principe de spécialisation exclusive des salariés qui exercent cette activité, prévoyant notamment qu'un collaborateur ne peut pas exercer l'activité de commissariat aux comptes, lorsque celle-ci ne représente pas 50 % de ses activités ; qu'en se contentant d'énoncer que la mesure de retrait des dossiers de commissariat aux comptes ne pouvait être motivée par une erreur de jugement de M. Y... dans la gestion du dossier de la société ACM, ni par la politique de spécialisations des compétences au sein de la société KPMG au motif que celle-ci n'avait pas encore été mise en oeuvre au sein de l'agence de Flers, sans rechercher, comme cela lui était demandé, si les difficultés apparues dans la gestion du dossier de la société ACM, peu important qu'elles soient ou non imputables au salarié,

n'étaient pas précisément de nature à alerter la société KPMG sur la nécessité de mettre en oeuvre sa politique de recentrage au sein de cette agence, de sorte que la mesure était objectivement justifiée au regard des règles de fonctionnement internes de l'entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes visés au moyen ;

" 2°) alors que le prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de la culpabilité incombe à la partie poursuivante ; que les textes du code du travail concernant le délit de discrimination syndicale n'instituant aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale, il incombe à la partie poursuivante de rapporter la preuve de la prise en considération de l'activité syndicale du salarié par le prévenu ; qu'au cas présent, la cour d'appel s'est contentée de déduire l'existence d'une discrimination syndicale de la proximité de la mesure de retrait des tâches de commissariat aux comptes avec la candidature de M. Y... avec les élections de délégués du personnel et de l'absence de justification objective de la mesure par l'employeur ; qu'en statuant de la sorte, par des motifs impliquant un renversement de la charge de la preuve et sans établir objectivement un lien entre la mesure et l'activité syndicale de la partie civile, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

" 3°) alors que tout arrêt doit comporter les motifs propres à justifier légalement la décision ; que la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'il résulte du courriel du 13 septembre 2007 adressé par M. Y... à M. X... que celui-ci ne faisait part d'aucune difficulté ni du fait qu'il ne disposait pas des éléments nécessaires pour établir le rapport ; qu'il résulte du courriel du 19 septembre 2007 que M. Z..., spécialiste technique contacté par M. Y..., avait évoqué la possibilité d'établir un rapport comportant des réserves mais avait insisté sur le caractère « très théorique » de son avis et sur la nécessité d'évoquer cette question avec le signataire du rapport ; qu'il résulte du courriel adressé par M. Y... à M. X... le 20 septembre 2007 que celui-ci s'était contenté d'adresser son projet de rapport à son directeur sans aucunement attirer son attention sur le fait que celui-ci comportait des réserves ; qu'en énonçant néanmoins que M. Z... avait conforté M. Y... dans l'opportunité d'émettre des réserves et que M. Y... aurait « fait part » à M. X... « de ses hésitations » lors de la transmission de son rapport, la cour d'appel a entaché sa décision d'une contradiction de motifs ;

" 4°) alors que le refus des formations nécessaires pour continuer d'être inscrit dans la liste des commissaires aux comptes et le non-paiement de la cotisation pour l'inscription sur la liste tenue par la chambre régionale des commissaires aux comptes sont la conséquence directe du retrait des tâches de commissariat aux comptes antérieurement exercées par M. Y... ; qu'en l'absence de démonstration du caractère discriminatoire de ce retrait, les refus de formation et le non-paiement de la cotisations ne caractérisent pas le délit de discrimination syndicale ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

" 5°) alors que tout arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux articulations essentielles des mémoires des parties ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'au cas présent, la société KPMG démontrait que M. Y... avait suivi quatre formations pour un total de six jours ouvrés au cours de l'exercice 2006/ 2007 et cinq formations, pour un total de sept jours ouvrés, au cours de l'exercice 2007/ 2008, de sorte que le salarié avait été intégralement rempli de ses droits en matière de formation (conclusions page 29) ; qu'en estimant que les refus de formation présentaient un caractère discriminatoire sans rechercher, comme cela lui était demandé, s'ils ne relevaient pas de l'exercice normal du pouvoir de direction de l'employeur dès lors que celui-ci avait déjà rempli ses obligations en matière de formation à l'égard du salarié, la cour d'appel a entaché sa décision d'une insuffisance de motivation ;

" 6°) alors que les personnes morales ne sont responsables pénalement que des

infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou leurs représentants ; qu'au cas présent, la société KPMG était poursuivie pour des faits de discrimination syndicale à l'encontre de M. Y... prétendument commis pour son compte par M. X... ; qu'en se fondant, pour entrer en voie de condamnation, sur un refus de congés payés sollicités par M. Y..., cependant qu'elle constatait que M. X... n'était pas l'auteur de cette décision, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses constatations et a violé les textes susvisés ;

" 7°) alors le prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de la culpabilité incombe à la partie poursuivante ; que les textes du code du travail concernant le délit de discrimination syndicale n'instituant aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale, il incombe à la partie poursuivante de rapporter la preuve de la prise en considération de l'activité syndicale du salarié par le prévenu ; que, pour considérer que le refus d'accorder une semaine de congés payés à M. Y... présentait un caractère discriminatoire, la cour d'appel s'est contentée de relever qu'aucun élément ne vient corroborer l'affirmation de la société KPMG selon laquelle le refus était justifié par la forte activité de l'entreprise et qu'aucun démenti n'était apportait au salarié « lorsqu'il indique » qu'il prenait régulièrement des congés à cette période ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel a procédé à une inversion de la charge de la preuve, en violation des principes susvisés ;

" 8°) alors la loi pénale est d'interprétation stricte et que le délit de prise en considération de l'activité syndicale édicté par l'article L. 2141-5 du code du travail suppose l'existence d'une « décision arrêtée par l'employeur » en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail ;

que l'entretien préalable a pour objet de permettre à l'employeur qui envisage de prendre une décision de nature à affecter la présence dans l'entreprise, la fonction la carrière ou la rémunération du salarié d'indiquer au salarié le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir ses explications pour instaurer un dialogue ; que la convocation à l'entretien a donc précisément pour objet d'entendre les explications du salarié sur les faits qui lui sont reprochés et de déterminer si ceux-ci sont ou non de nature à justifier la mesure envisagée et n'est pas constitutive d'une « décision en matière de mesure de discipline ou de rupture du contrat de travail » entrant dans le cadre de l'article L. 2141-5 du code du travail ; qu'en estimant que la seule convocation de M. Y... à un entretien préalable au licenciement à la suite de son absence de dernière minute à l'assemblée générale de la société Couture confort caractérisait l'existence d'une discrimination syndicale, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

" 9°) alors qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que M. X... n'a eu connaissance du courrier de la société Couture confort écartant l'existence d'un manquement commis par M. Y... à son encontre qu'à son retour de congé le jour-même de l'entretien préalable et qu'il a au cours de cet entretien indiqué au salarié qu'il n'existait finalement aucun grief à son encontre ; qu'en reprochant aux prévenus d'avoir maintenu l'entretien préalable nonobstant l'existence de ce courrier, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences qui s'évinçaient de ses propres constatations en violation des textes susvisés " ;

Sur le troisième moyen de cassation proposé pour la société KPMG, pris de la violation des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, des articles 121-1, 121-2 et 222-33-2 du code pénal, des articles L. 1152-1 et L. 1155-2 du code du travail, ensemble l'article préliminaire du code de procédure pénale et l'article 593 du même code ;

" en ce que l'arrêt attaqué a déclaré la société KPMG coupable des faits de harcèlement moral qui lui étaient reprochés, condamné la société KPMG au paiement d'une amende de

50 000 euros, ordonné à l'encontre de la société KPMG la publication d'un extrait de la condamnation dans la presse, déclaré la société KPMG entièrement et solidairement responsable du préjudice subi par les parties civiles et condamné solidairement la société KPMG à verser une somme de 3 000 euros de dommages-intérêts au syndicat CFDT ;

” aux motifs que sur le harcèlement moral, conformément aux dispositions de l'article 222-33-2 du code pénal, « le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende » ; que les faits susceptibles de constituer le délit de harcèlement invoqués à la prévention sont, comme il a été précisé plus haut, identiques à ceux fondant la discrimination syndicale ; que la défense de la société KPMG s'appuie principalement sur l'absence de caractérisation d'une « quelconque dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et la dignité de M. Y... » ; que la défense de M. X..., quant à elle, reprend ce dernier argument a y ajoutant l'absence de répétition d'agissements dégradants, avançant que les « deux procédures ont été indépendantes et autonomes l'une de l'autre » ; que la société KPMG fait en outre valoir qu'elle a mis en place une procédure spécifique, permettant aux salariés qui s'estimeraient victimes de harcèlement, de provoquer une enquête ; sur ce deuxième point, il est constant qu'une telle enquête a bien été diligentée, dont les résultats n'ont été connus que récemment et qui conclut à la nécessité d'une mutation ou d'une rupture amiable ; que s'il est sans doute appréciable que la société KPMG ait mis en place une telle procédure, facultative, dont on peut admettre qu'elle présente un caractère préventif, l'existence de cette procédure en elle-même ne saurait en aucune manière conduire à considérer que, dès lors, qu'elle n'a pas été employée, il ne saurait y avoir de harcèlement moral ; sur le premier point, le texte de poursuite du harcèlement moral n'exige pas que les agissements se répètent sur un rythme soutenu ni ne détermine de délai dans lequel ils devraient être intervenus pour que l'on puisse les considérer comme répétés ; que sur ce point, il convient de tenir compte de l'ensemble des circonstances pour vérifier qu'il n'y a pas eu des comportements indépendants les uns des autres mais des comportements qui, finalement, ne peuvent qu'être raisonnablement considérés comme s'inscrivant dans une attitude unique ; que le rapport entre la période considérée et le nombre des agissements reprochés constitue incontestablement, à cet égard, un critère déterminant ; qu'or, il résulte de ce qui précède que, entre septembre 2007 et décembre 2008, au moins, M. Y... a été victime d'une succession de comportements de la part du responsable régional de la société KPMG qui caractérisent la discrimination ; qu'il convient dès lors de vérifier s'ils ont eu pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail ; qu'en premier lieu, le retrait des dossiers de commissariat aux comptes représentant 20 % de l'activité du salarié soit une part non négligeable, constitue une mesure attentatoire à la personne même de M. Y..., en ce qu'elle caractérise une perte de confiance et jette le discrédit sur ses relations professionnelles ; qu'il résulte des déclarations mêmes des prévenus que M. Y... a continué de bénéficier de la même rémunération alors que ses tâches étaient réduites, ce qui accentue le caractère méprisant de la mesure prise et contribue directement et immédiatement à la dégradation des conditions de travail de l'intéressé ; qu'ainsi qu'on l'a vu plus haut, le statut de M. Y... au sein de l'entreprise a été dégradé, puisqu'il s'est trouvé interdit de toute activité de commissariat aux comptes ; que bien plus, un simple appel téléphonique suffit à provoquer sa convocation en vue d'un entretien préalable à un éventuel licenciement, quand un minimum de vérification aurait permis de constater non seulement que M. Y... n'avait commis aucune faute mais encore qu'il était particulièrement apprécié du client en cause ; que les termes de la lettre sont particulièrement illustrant de la pression exercée par ses supérieurs sur M. Y..., puisque le responsable de la société Couture confort va écrire à la société KPMG qu'il s'inquiète que cette société paraisse

rechercher des « griefs » à l'encontre de M. Y... ; que de plus, entre les deux convocations à un entretien, M. Y..., dont la réponse à la première lettre de M. X... a, certes, été tardive, s'est vu confronté à des mesures vexatoires comme le refus de formations, alors même qu'elles ne concernaient pas l'activité de commissaire aux comptes (à supposer, comme il a été discuté ci-dessus, qu'on ait même pu lui interdire celles-ci) ou le refus de congés et ce, en contradiction avec une longue pratique antérieure et sans motif précis ni légitime, la référence générale au calendrier habituel de présentation des comptes étant insuffisante compte tenu, justement, de cette pratique antérieure ; qu'enfin, les conditions de travail d'un salarié sont nécessairement dégradées dès lors que ce n'est pas seulement son environnement de travail auquel il est porté atteinte mais la substance même de ce travail, dans ce qu'il a de plus valorisant ; qu'ainsi, M. Y... a été victime d'agissements répétés qui ont eu pour effet de porter atteinte à ses droits et à sa dignité ; qu'en l'espèce, ces agissements étaient également susceptibles de compromettre son avenir professionnel ; qu'en effet, il ne peut être sérieusement contesté qu'un expert-comptable ayant plus de vingt-cinq ans d'ancienneté ne peut, sans risque pour ses chances de promotion ou simplement de changement éventuel d'employeur, devoir s'exposer à des vérifications qui feraient apparaître qu'il n'est plus jugé digne de préparer des rapports de commissariat aux comptes, alors qu'il le faisait depuis des années, quand bien même les qualités d'expert-comptable ne seraient pas remises en cause. Il sera, de fait, finalement suspendu de la liste de la compagnie régionale de commissaires aux comptes le 9 juin 2010 (pièce n° 34 des parties civiles) ; qu'en outre, s'il est exact que le refus par la société KPMG de régler les cotisations afférentes à la qualité de commissaire aux comptes n'impose pas, par lui-même, que M. Y... ne soit plus inscrit en cette qualité sur la liste des commissaires aux comptes, l'intéressé pouvant choisir de régler lui-même cette cotisation, il n'en demeure pas moins que M. Y... perdait un avantage, ce qui en soit, d'ailleurs, constitue une sanction, et s'exposait aux yeux des tiers à ce que ses compétences professionnelles paraissent remises en cause par son employeur ; que l'infraction reprochée est dès lors constituée ; qu'à titre surabondant, et en tout état de cause, il peut être relevé que les agissements répétés évoqués plus haut ont été susceptibles de porter atteinte à la santé physique ou mentale de M. Y..., alors âgé de 50 ans (pièces n° 51 et cinquante-deux des parties civiles). Si les éléments médicaux soumis à la cour d'appel peuvent être considérés comme tardifs, si l'on compare la date à laquelle ils ont été établis à la date des faits reprochés, il n'en demeure pas moins que, certes en termes généraux, le médecin signataire établit une relation directe entre l'état de santé de M. Y... et les faits dont il se dit victime au travail ; que par conséquent, le délit de harcèlement moral est établi ;

" 1°) alors qu'une mesure relevant de l'exercice normal de son pouvoir de direction par l'employeur n'est pas constitutive d'un agissement susceptible de caractériser le délit de harcèlement moral ; qu'au cas présent, il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que M. Y... n'était pas réellement commissaire aux comptes, que l'activité de commissariat aux comptes n'occupait que 20 % de son activité et que le retrait des dossiers de commissariat aux comptes n'avait eu aucune incidence sur sa rémunération ; qu'il est également constant qu'une difficulté était apparue dans la gestion d'un dossier de commissariat aux comptes par M. Y... concernant la société ACM et que la société la société KPMG mettait en oeuvre depuis plusieurs années une politique de spécialisation dite « plan Magellan » destinée à sécuriser les missions de commissariat aux comptes, rendues de plus en plus exigeantes en termes de technicité et de contrôles réglementaires, en imposant un principe de spécialisation exclusive des salariés qui exercent cette activité, prévoyant notamment qu'un collaborateur ne peut pas exercer l'activité de commissariat aux comptes lorsque celle-ci ne représente pas 50 % de ses activités ; qu'en se contentant d'énoncer que la mesure de retrait des dossiers de commissariat aux comptes ne pouvait être motivée par une erreur de jugement de M. Y...

dans la gestion du dossier ACM, ni par la politique de spécialisation des compétences au sein de la société la société KPMG au motif que celle-ci n'avait pas encore été mise en oeuvre au sein de l'agence de Flers, sans rechercher, comme cela lui était demandé, si les difficultés apparues dans la gestion du dossier de la société ACM, peu important qu'elles soient ou non imputables au salarié, n'étaient pas précisément de nature à alerter la société la société KPMG sur la nécessité de mettre en oeuvre sa politique de recentrage au sein de cette agence, de sorte que la mesure était objectivement justifiée au regard des règles de fonctionnement internes de l'entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes visés au moyen ;

" 2°) alors que tout arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la solution retenue ; que la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'il résulte du courriel du 19 septembre 2007 que M. Z..., spécialiste technique contacté par M. Y..., avait évoqué la possibilité d'établir un rapport comportant des réserves mais avait insisté sur le caractère « très théorique » de son avis et sur la nécessité d'évoquer cette question avec le signataire du rapport ; qu'il résulte du courriel adressé par M. Y... à M. X... le 20 janvier 2007 que celui-ci s'était contenté d'adresser son projet de rapport à son directeur sans aucunement attirer son attention sur le fait que celui-ci comportait des réserves ; qu'en énonçant néanmoins que M. Z... avait conforté M. Y... dans l'opportunité d'émettre des réserves et que M. Y... aurait « fait part » à M. X... « de ses hésitations » lors de la transmission de son rapport, la cour d'appel a entaché sa décision d'une contradiction de motifs ;

" 3°) alors que le délit de harcèlement moral suppose l'existence d'agissements répétés, et que ne caractérise pas une telle répétition la succession d'événements découlant d'une seule et même mesure ; qu'au cas présent, le refus des formations nécessaires pour continuer d'être inscrit dans la liste des commissaires aux comptes et le non-paiement de la cotisation pour l'inscription sur la liste tenue par la chambre régionale des commissaires aux comptes sont la conséquence directe du retrait des tâches de commissariat aux comptes antérieurement exercées par M. Y... ; qu'en analysant ces deux événements comme des agissements distincts du retrait des tâches de commissariat aux comptes pour prétendre caractériser le délit de harcèlement moral, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

" 4°) alors que le fait pour l'employeur de maintenir la rémunération du salarié après avoir recentré ses activités relève de l'exécution normale du contrat de travail et ne saurait donc constituer un agissement susceptible de caractériser le harcèlement moral ; qu'en considérant que le maintien de la rémunération de M. Y... à la suite du retrait de ses fonctions de commissariat aux comptes présentait un « caractère méprisant » et « contribue directement et immédiatement à la dégradations des conditions de travail de l'intéressé », la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

" 5°) alors que tout arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision retenue et répondre aux articulations essentielles des mémoires des parties ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'au cas présent, la société la société KPMG démontrait que M. Y... avait suivi quatre formations pour un total de six jours ouvrés au cours de l'exercice 2006/ 2007 et cinq formations, pour un total de sept jours ouvrés, au cours de l'exercice 2007/ 2008, de sorte que le salarié avait été intégralement rempli de ses droits en matière de formation au cours de la période couverte par la prévention (conclusions page 29) ; qu'en estimant que les refus de formation présentaient un caractère vexatoire sans rechercher, comme cela lui était demandé, si ces refus ne relevaient de l'exercice normal du pouvoir de direction de l'employeur dès lors que celui-ci avait déjà rempli ses obligations en matière de formation, la cour d'appel a entaché sa décision d'une insuffisance de motivation ;

" 6°) alors que les personnes morales ne sont responsables pénalement que des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou leurs représentants ; qu'au

cas présent, la société KPMG était poursuivie pour des faits de harcèlement moral à l'encontre de M. Y... prétendument commis pour son compte par M. X... ; qu'en se fondant, pour entrer en voie de condamnation, sur un refus de congés payés sollicités par M. Y..., cependant qu'elle constatait que M. X... n'était pas l'auteur de cette décision, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses constatations et a violé les textes susvisés ;

" 7°) alors que le prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de la culpabilité incombe à la partie poursuivante ; qu'il incombe ainsi à la partie poursuivante de rapporter la preuve qu'une mesure prise par l'employeur à son encontre ne relève pas de l'exercice normal du pouvoir de direction et est susceptible de constituer un agissement constituant le délit de harcèlement moral ; que, pour considérer que le refus d'accorder une semaine de congés payés à M. Y... présentait un caractère vexatoire, la cour d'appel s'est contentée de relever qu'aucun élément ne vient corroborer l'affirmation de la société la société KPMG selon laquelle le refus était justifié par la forte activité de l'entreprise et qu'aucun démenti n'était apporté au salarié « lorsqu'il indique » qu'il prenait régulièrement des congés à cette période ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel a procédé à une inversion de la charge de la preuve, en violation des textes et principes susvisés ;

" 8°) alors que la procédure disciplinaire est encadrée par des délais stricts courant à compter de la connaissance par l'employeur d'agissements du salarié susceptibles de constituer une faute et que la tenue d'un entretien préalable à une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement a pour finalité de permettre au salarié de s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés et de permettre à l'employeur de déterminer si ces faits sont ou non constitutifs d'une faute justifiant une sanction ainsi que, le cas échéant, la nature de cette sanction ; qu'il en résulte que la seule convocation du salarié à un entretien préalable relève du pouvoir normal de direction et ne saurait s'analyser en un agissement susceptible de caractériser le délit de harcèlement moral, lorsqu'il est établi que l'employeur était effectivement informé de faits pouvant être imputés au salarié et pouvant présenter un caractère fautif au moment de l'envoi de la lettre de convocation ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté que l'employeur avait été informé par téléphone du fait que M. Y... ne s'était pas présenté à l'assemblée générale de la société Couture confort cependant qu'il s'y était engagé et qu'il n'avait prévenu de son absence que par l'envoi d'un SMS le jour-même ; qu'en énonçant que la convocation à un entretien préalable sur la base de cette information présentait un caractère vexatoire, la cour d'appel a violé les textes visés au moyen ;

" 9°) alors qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que M. X... n'a eu connaissance du courrier de la société Couture confort qu'à son retour de congés le jour-même de l'entretien préalable et qu'il a au cours de cet entretien indiqué au salarié qu'il n'existait finalement aucun grief à son encontre ; qu'en reprochant aux prévenus d'avoir maintenu l'entretien préalable nonobstant l'existence de ce courrier, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, en violation des textes visés au moyen " ;

Sur le premier moyen de cassation proposé pour M. X..., pris de la violation des articles 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, L. 8113-7 du code du travail, 429, 485, 591, 593 du code de procédure pénale, omission de statuer, défaut de motifs, violation de la loi ;

" en ce que l'arrêt attaqué n'a pas statué sur l'exception de nullité du procès-verbal établi le 5 décembre 2008 par le contrôleur du travail soulevée devant elle par le demandeur ;

" 1°) alors que l'arrêt d'une cour d'appel est nul lorsqu'il a omis de statuer sur une ou plusieurs demandes des parties ; que le demandeur a repris dans ses conclusions d'appel le moyen, déjà soulevé en première instance, tiré de la nullité du procès-verbal du contrôleur du travail du 5 décembre 2008 ayant servi de base aux poursuites devant les juridictions correctionnelles ; qu'en omettant de statuer sur cette demande, la cour a violé

les textes susvisés ;

” 2°) alors que l’arrêt d’une cour d’appel est nul s’il ne contient pas de motifs ; que le demandeur a saisi la cour d’appel du moyen tiré de la nullité du procès-verbal du contrôleur du travail du 5 décembre 2008 ayant servi de base aux poursuites devant les juridictions correctionnelles ; que l’arrêt attaqué ne contenant aucun motif sur ce chef de demande, la cour d’appel a violé les textes susvisés “ ;

Sur le deuxième moyen de cassation proposé pour M. X..., pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l’homme, 388, 551, 591 et 593 du code de procédure pénale, violation de la loi ;

” en ce que l’arrêt attaqué a rejeté le moyen, soulevé par le demandeur devant elle, tiré de ce que le tribunal correctionnel d’Argentan avait excédé les termes de sa saisine et a lui-même déclaré le demandeur coupable des délits de discrimination syndicale et de harcèlement moral pour avoir refusé des vacances à M. Y... et pour avoir refusé de régler la cotisation de commissaire aux comptes, faits non compris dans la prévention ;

” aux motifs que la question préalable est celle de la délimitation de la saisine des premiers juges et donc de la cour d’appel ; qu’en effet, les prévenus considèrent que certains faits retenus par le tribunal correctionnel ou par la partie civile ne sont pas visés à la prévention, en particulier, le non-règlement de la cotisation de commissaire aux comptes, le refus de congés et l’état d’isolement ; que cependant, la prévention se lit, s’agissant tant de l’infraction de discrimination que de l’infraction de harcèlement : «.... en l’espèce notamment le déclenchement de deux procédures de licenciement sans qu’aucune sanction ne soit finalement prise, lui retirer une partie significative de son activité, l’entraver dans l’exercice des formations nécessaires à l’activité de commissaire aux comptes » (souligné par la cour d’appel) ; qu’il est constant que l’utilisation à la prévention de l’adverbe « notamment » a pour effet que les faits spécifiquement mentionnés à la prévention ne peuvent être considérés comme limitativement énumérés ; que celle-ci peut ainsi être établie par l’ensemble des faits résultant de la procédure et dont les juges décideraient qu’ils sont acquis ; que la cour d’appel doit ainsi examiner l’ensemble des éléments de droit et de fait qui lui ont été soumis et qui, en l’espèce, ont fait l’objet d’un débat par chacune des parties ; que la cour d’appel examinera successivement les différents points évoqués en procédure et au cours des débats ;

” alors qu’en l’absence d’ordonnance de renvoi, la citation détermine l’étendue de la saisine des juges du fond, lesquels ne peuvent statuer que dans les limites de cette saisine ; que si un procès-verbal de constat d’infractions peut préciser l’objet de la citation, il ne peut jamais en étendre la portée ; qu’en affirmant que les faits poursuivis s’étendraient, au-delà de ceux limitativement énumérés par la citation, à tous les faits résultant de la procédure que les juges du fond considéreraient comme acquis et en retenant, pour déclarer le demandeur coupable des chefs de discrimination syndicale et de harcèlement moral, que celui-ci aurait refusé à M. Y... des congés ainsi que le règlement de la cotisation de commissaire aux comptes, quand ces faits n’étaient pas visés par la citation et ne pouvaient être tenus comme précisant l’objet de celle-ci, la cour d’appel a excédé les termes de sa saisine et a violé les textes susvisés “ ;

Sur le troisième moyen de cassation proposé pour M. X..., pris de la violation des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l’homme, L. 1232-2, 1232-3, L. 2141-5 et L. 2146-2 du code du travail, 111-4, 121-1 et 222-33-2 du code pénal, préliminaire, 427, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut et insuffisance de motifs, violation de la loi ;

” en ce que l’arrêt attaqué a déclaré le demandeur coupable des faits de discrimination syndicale et de harcèlement moral, et l’a condamné au paiement d’une amende de 10 000 euros et en ce qu’il a, sur l’action civile, dit les prévenus entièrement et solidairement responsables du préjudice subi par les parties civiles et a condamné les prévenus à payer à la CFDT la somme de 3 000 euros à titre de dommages-intérêts ;

” aux motifs que sur la discrimination syndicale, conformément aux dispositions de l'article L. 2141-5 du code du travail, « il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail » ; qu'à titre préliminaire, il convient de rappeler que M. Y... a déposé sa candidature en tant que délégué du personnel se présentant sur la liste syndicale CFDT le 12 septembre 2007 pour le premier tour et le 12 octobre 2007 pour le second tour ; qu'il était le seul candidat au premier tour suite au désistement de Mme A..., se sont présentés en date des 12 et 15 octobre 2007 MM. B... et C..., en qualité de candidats libres ; que M. Y... a été élu délégué du personnel suppléant le 31 octobre 2007 ; qu'il résulte de ce qui précède que, dès le 12 septembre 2007, M. Y... doit être considéré comme un salarié protégé au sens de la loi ; que la convocation à un entretien préalable en vue d'une éventuelle sanction et le retrait des dossiers de commissariat aux comptes, la défense du prévenu KPMG avance le fait que M. Y... n'était pas réellement commissaire aux comptes, et par conséquent, qu'une mesure lui retirant de tels dossier ne pouvait lui porter atteinte ; que cette défense s'appuie sur le fait que M. Y... ne signait pas les rapports, qu'il n'était que rédacteur de projets de rapports, lesquels étaient à la signature du commissaire aux comptes ; que la cour d'appel observe que ceci est exact, de même qu'il est constant que cette mesure n'a eu aucune incidence sur sa rémunération ; que la cour d'appel n'entend pas davantage remettre en cause l'organisation de la société KPMG en tant qu'elle souhaite, après une première expérience professionnelle de ses salariés qualifiés, les spécialiser dans le domaine de l'expertise-comptable ou dans celui du commissariat aux comptes ; mais que cela faisait de nombreuses années que l'essentiel de l'activité de M. Y... était liée à l'expertise ; que l'expression « poursuivre la politique de recentrage », utilisée dans la lettre du 15 octobre 2007 (pièce n° 15 des parties civiles), n'aurait ainsi de sens que si la société KPMG avait produit ne serait-ce qu'un élément permettant de vérifier que le « plan Magellan » avait commencé d'être mis en oeuvre au sein du bureau de Flers, qu'il y avait été présenté, discuté : qu'il n'en est rien ; qu'en outre, il n'en demeure pas moins que M. Y... exerçait concrètement des fonctions de commissariat aux comptes, bénéficiait de formations professionnelles en conséquence (pièce KPMG n° 30) et du règlement de la cotisation afférente par la société KPMG ; que la mesure de retrait des dossiers de commissariat aux comptes lui a nécessairement porté une atteinte effective, à la fois sur le plan symbolique, puisque lui étaient retirées les fonctions les plus valorisantes, sur le plan de ses qualifications professionnelles et sur le plan de ses possibilités d'occupation professionnelle, la circonstance qu'il ait une préférence pour l'expertise comptable étant ici indifférente ; qu'enfin, les termes mêmes de la lettre du 15 octobre 2007 démontrent que la réaction soudaine consistant à retirer à M. Y... ses attributions de commissariat aux comptes constitue la répression des manquements supposés de l'intéressé, puisqu'il est expressément fait référence à des « faits graves » ; qu'il s'agit donc bien d'une sanction ; que, sur le caractère éventuellement discriminatoire de cette sanction, il convient, après avoir relevée qu'elle aurait dû obéir à certaines règles particulières, M. Y... étant un salarié protégé, de s'intéresser à ce qui a pu la motiver ; que s'agissant de l'erreur de jugement qu'aurait commise M. Y..., il ressort des pièces que ce dernier n'a eu d'autre choix que remettre un rapport assorti de réserves ; qu'en effet, M. Y... n'ayant eu connaissance que le 11 septembre 2007 (pièce n° 19 des parties civiles) que l'assemblée générale était fixée au 28 septembre 2007, le délai imparti était d'autant plus restreint qu'il n'avait toujours pas en sa possession les décomptes définitifs de la société ; que de plus, du fait de l'absence de réponse à sa première demande d'entretien à M. X... du 14 septembre 2007 (pièce n° 20 des parties civiles), il sollicitait le 19 septembre (pièce n° 21 des parties civiles) l'avis d'un spécialiste technique qui le confortait, sous réserve de l'impossibilité de faire

compléter l'annexe, dans l'opportunité d'émettre des réserves (pièce n° 22 des parties civiles) ; que son projet de rapport avec réserve était alors transmis à M. X... le 20 septembre (pièce des parties civiles n° 22) en faisant part de ses hésitations mais se heurtait encore une fois à une absence de réponse ; que le 24 septembre (pièce n° 22 des parties civiles) il sollicitait de nouveau l'avis de M. X... lequel lui annonçait que la rédaction de son projet était erronée sans pour autant lui formuler de reproche (pièce n° 23 des parties civiles) ; que l'argument avancé par M. X... selon lequel il est extrêmement rare que des réserves accompagnent un rapport est particulièrement inopérant : la seule circonstance qu'il ait pu être envisagé d'émettre des réserves aurait dû le conduire non pas à répondre qu'il avait autre chose à faire que de s'occuper de telles peccadilles, mais à s'inquiéter d'un événement hors norme, d'autant plus que la société concernée était en difficulté ; que la cour d'appel relève au demeurant qu'il n'est pas dans le respect des normes et des responsabilités du commissaire aux comptes qu'est M. X... que le rapport qu'il signe concernant une société soit préparé par l'expert-comptable en charge de l'examen des comptes de la société ; qu'enfin, il faut relever que M. D... , comptable de la société ACM, a déclaré : « j'ai travaillé pendant douze années en qualité de comptable pour la société ACM et nous avons le cabinet KPMG en tant qu'expert-comptable dans un premier temps puis commissaire aux comptes dans un second temps ; que M. Y... était le commissaire aux comptes pour la société ACM jusqu'à il y a peu de temps » (souligné par la cour d'appel) ; qu'en d'autres termes, au moins pour ce qui concerne la société ACM et quand bien-même il n'avait pas le pouvoir de certification, M. Y... était considéré comme le commissaire aux comptes de la société ; que prendre des mesures de nature non seulement à critiquer ses compétences en la matière mais également à lui retirer cette qualité ne peut ainsi être assimilé à un simple recadrage ni à la simple mise en oeuvre, au demeurant cinq ans après, d'un plan de réorganisation de la société KPMG ; qu'au regard des développements précédents, la mesure de retrait des dossiers de commissariat aux comptes consécutive à la procédure disciplinaire, ne peut être motivée objectivement ni par une erreur de jugement de M. Y... ni par la politique de spécialisation des compétences ; qu'or, cette mesure a été prise à la suite d'une procédure disciplinaire enclenchée immédiatement (quatorze jours) après la présentation par M. Y... de sa candidature aux élections de délégué du personnel sur une liste CFTD (pièces n° 9 et 10 des parties civiles) ; qu'il existe ainsi un lien indissociable entre la candidature et la sanction prise ; que par conséquent, la discrimination syndicale ne peut qu'être constituée ; que si le moindre doute existait quant à l'existence d'une discrimination syndicale, il serait en tout état de cause levé par la succession des mesures dont M. Y... va faire l'objet ; que le refus de vacances et le rejet des demandes de droit individuel à la formation au préalable il est opportun de rappeler que le 9 mars 2008, M. Y... a envoyé à M. X... un courrier contestant la procédure d'octobre 2007 et ses conséquences dont copie a été adressée au contrôleur du travail (pièce n° 12 du prévenu KPMG) ; que la cour d'appel note, sur ce point, que si cette réponse de M. Y... est effectivement assez tardive, il n'est pas possible d'en tirer la moindre conséquence sur les faits de l'espèce, d'autant que, dès le mois suivant, tant les demandes de formations que de congés de M. Y... ont été refusées ; que la défense avance que quatre formations ont été accordées à M. Y... pendant la période litigieuse et qu'elles s'inscrivaient dans l'exercice de son activité d'expertise-comptable (pièce n° 30 du prévenu KPMG) tandis que les formations refusées s'inscrivaient dans une activité de commissaire aux comptes ; qu'ainsi qu'il a été discuté, le retrait de cette partie de l'activité de M. Y... constitue une sanction discriminatoire ; que de plus il ressort des propos de M. Y... lors de l'audience, que seules deux formations sur trois concernaient l'activité de commissariat aux comptes ; que cette affirmation n'est pas contestée par les prévenus ; qu'en effet, la troisième formation consistait en un bilan de compétences ; que M. X... a, selon ses propos à l'audience, préféré rejeter l'intégralité de la demande de formations par souci de simplicité ; que cette décision apparaît ainsi

dénuée de toute objectivité ; qu'il convient d'ajouter que M. X... ne peut ignorer que le suivi de certaines formations constitue une condition pour pouvoir continuer d'être inscrit sur la liste des commissaires aux comptes ; que par ailleurs, il est constant que la décision de refus d'accorder la semaine de vacances demandée par M. Y... a été prise par le directeur du bureau de Flers ; que le prévenu, M. X..., justifie le refus par la forte activité de la période en raison de l'arrêt des comptes des entreprises pendant celle-ci ; que si telle est en tout cas l'idée que peut s'en faire le commun des mortels, il demeure qu'aucun élément ne vient corroborer cette affirmation et qu'aucun démenti n'est apporté à M. Y... lorsqu'il indique qu'il prenait régulièrement des congés à cette période ; que là encore, la décision apparaît dénuée de toute objectivité. La circonstance que M. X... n'est pas, ce qui est exact, le directeur du bureau de Flers n'est pas opérante, dès lors qu'il est le responsable régional, que le système de remontée de l'information au sein de la société KPMG est, ainsi qu'il sera examiné plus en détail ci-après, particulièrement performant et que M. X... a admis être responsable des dossiers disciplinaires pour l'ensemble de la Basse-Normandie et, d'une manière générale, exerce son autorité sur l'ensemble des salariés de la région, fussent-ils répartis au sein de divers bureaux ; qu'il s'agisse des vacances ou des formations, il y a eu rupture avec une pratique antérieure ; que compte tenu du contexte, compte tenu de la proximité de ces décisions avec la lettre de contestation de M. Y..., le caractère discriminatoire ne fait pas de doute ; que sur la convocation à un entretien préalable en vue d'un licenciement, au préalable il est opportun de rappeler que, le 25 juin 2008, le contrôleur du travail s'est rendu dans les locaux du bureau de Flers, faisant suite au courrier de M. Y... du 9 mars 2008 à destination de M. X... dont copie fut transmise au contrôleur du travail (pièce n° 12 du prévenu KPMG) et dans lequel il évoquait une situation discriminatoire à son égard ; que la procédure a été initiée, selon la défense, par un client, la société Couture confort, qui se serait plaint par appel téléphonique du 26 juin 2008 (pièce KPMG n° 15) du comportement de M. Y..., et plus précisément du fait de son absence à l'assemblée générale du 26 juin 2008, à laquelle il aurait dû transmettre des documents, alors qu'il s'y serait engagé la veille et ne les ayant avertis de son absence que le matin même par SMS. M. Y... est convoqué par M. X... le 11 juillet 2008 à un entretien préalable en vue d'un éventuel licenciement, fixé au 28 juillet 2008 ; que cette procédure s'est achevée le jour de l'entretien préalable, M. X... expliquant à son salarié qu'il n'existait aucun grief à son encontre ; qu'il convient toutefois de noter qu'à la date de l'assemblée générale de la société Couture confort, M. Y... était en congés (cette période de congés s'étendait du 23 juin 2008 au 11 juillet 2008- pièce n° 40 des parties civiles) ; qu'au moment d'adresser la lettre de convocation à un entretien préalable, M. X... ne disposait d'aucun élément d'aucune sorte, autre qu'une indication verbale, de ce que M. Y... aurait commis une faute ; que cette faute n'est en aucune manière avérée ; que de fait, le 15 juillet 2008, la société Couture confort a adressé un courrier (pièce n° 39 des parties civiles), reçu le 17 juillet, dans lequel il était fait état des qualités professionnelles de M. Y..., auquel le client renouvelait sa confiance, que la présence du salarié n'avait pas été requise pour l'assemblée générale concernée et l'auteur de la lettre ajoutait : « j'en déduits que vous cherchez des griefs à M. Y..., notre conseil » et « nous nous inquiétons de votre demande qui aurait pour but d'accuser M. Y... de manquements vis-à-vis de nous » ; que malgré ce courrier, M. X..., dont il est juste de préciser qu'il n'était revenu de vacances que le matin même de l'entretien, a maintenu celui-ci, avançant le souhait d'obtenir les explications de son salarié ; que cette défense est reprise par le prévenu KPMG ; que cependant, cet argument ne peut en aucun cas justifier le maintien d'un entretien disciplinaire ; que la société KPMG, sinon M. X..., bénéficiait d'un laps de temps conséquent, onze jours, pour informer M. Y... que la procédure ne pouvait être de nature disciplinaire et qu'il ne désirait que s'entretenir avec lui ; qu'il appartenait à M. X..., dans ses fonctions de directeur régional, d'organiser son service pour éviter toute carence en son absence ; qu'en effet, rien ne peut expliquer cette

procédure en l'absence de tout fondement si ce n'est la volonté de nuire ; qu'en effet, M. Y... bénéficie, en tant que délégué du personnel, depuis l'automne 2007, d'une protection spécifique ; que le fait d'engager dans la précipitation une procédure disciplinaire, en vue d'un éventuel licenciement, à son encontre nécessitait un motif d'autant plus sérieux qu'une autorisation de l'inspection du travail aurait été indispensable ; que ce motif faisant défaut, cette procédure était nécessairement vouée à l'échec ; que la preuve est ainsi rapportée que la décision prise n'est pas objective et ne peut être étrangère à toute prise en considération de l'activité syndicale ; que sur ce point également, l'infraction de discrimination est établie ; que sur le non-règlement de la cotisation de commissaire aux comptes au préalable il est opportun de rappeler que le syndicat CFDT a informé la société KPMG de la qualité délégué du personnel référent de M. Y... par courrier du 28 octobre 2008 ; que M. X... motive le non règlement de la cotisation de commissaire aux comptes du fait que cette activité n'étant plus confiée à M. Y..., il ne pouvait plus y prétendre ; que cependant, le retrait des dossiers de commissariat aux comptes étant une mesure constitutive de discrimination syndicale, le non règlement de la cotisation de commissariat aux comptes ne peut être objectivement motivé par ce retrait ; que ce non-paiement aura par ailleurs pour conséquence de suspendre M. Y... de la liste de la compagnie régionale de commissaires aux comptes le 9 juin 2010 (pièce n° 34 des parties civiles) ; qu'il convient de souligner que cette mesure est intervenue trois jours après la réception du courrier du syndicat CFDT informant la société KPMG de la qualité délégué du personnel référent de M. Y... ; que la discrimination syndicale est là encore établie ; que sur le harcèlement moral, conformément aux dispositions de l'article 222-33-2 du code pénal, « le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende » ; que les faits susceptibles de constituer le délit de harcèlement invoqués à la prévention sont, comme il a été précisé plus haut, identiques à ceux fondant la discrimination syndicale ; que la défense de la société KPMG s'appuie principalement sur l'absence de caractérisation d'une « quelconque dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et la dignité de M. Y... » ; que la défense de M. X..., quant à elle, reprend ce dernier argument et y ajoutant l'absence de répétition d'agissements dégradants, avançant que les « deux procédures ont été indépendantes et autonomes l'une de l'autre » ; que la société KPMG fait en outre valoir qu'elle a mise en place une procédure spécifique, permettant aux salariés qui s'estimeraient victimes de harcèlement, de provoquer une enquête ; que sur ce deuxième point, il est constant qu'une telle enquête a bien été diligentée, dont les résultats n'ont été connus que récemment et qui conclut à la nécessité d'une mutation ou d'une rupture amiable ; que s'il est sans doute appréciable que la société KPMG ait mis en place une telle procédure, facultative, dont on peut admettre qu'elle présente un caractère préventif, l'existence de cette procédure en elle-même ne saurait en aucune manière conduire à considérer que dès lors qu'elle n'a pas été employée, il ne saurait y avoir de harcèlement moral ; que sur le premier point, le texte de poursuite du harcèlement moral n'exige pas que les agissements se répètent sur un rythme soutenu ni ne détermine de délai dans lequel ils devraient être intervenus pour que l'on puisse les considérer comme répétés ; que sur ce point, il convient de tenir compte de l'ensemble des circonstances pour vérifier qu'il n'y a pas eu des comportements indépendants les uns des autres mais des comportements qui, finalement, ne peuvent qu'être raisonnablement considérés comme s'inscrivant dans une attitude unique ; que le rapport entre la période considérée et le nombre des agissements reprochés constitue incontestablement, à cet égard, un critère déterminant ; or, qu'il résulte de ce qui précède que, entre septembre 2007 et décembre 2008, au moins, M. Y... a été victime d'une succession de comportements de la part du responsable régional de la

société KPMG qui caractérisent la discrimination ; qu'il convient, dès lors, de vérifier s'ils ont eu pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail ; qu'en premier lieu, le retrait des dossiers de commissariat aux comptes représentant 20 % de l'activité du salarié soit une part non négligeable, constitue une mesure attentatoire à la personne même de M. Y..., en ce qu'elle caractérise une perte de confiance et jette le discrédit sur ses relations professionnelles ; qu'il résulte des déclarations mêmes des prévenus que M. Y... a continué de bénéficier de la même rémunération alors que ses tâches étaient réduites, ce qui accentue le caractère méprisant de la mesure prise et contribue directement et immédiatement à la dégradation des conditions de travail de l'intéressé ; qu'ainsi qu'on l'a vu plus haut, le statut de M. Y... au sein de l'entreprise a été dégradé, puisqu'il s'est trouvé interdit de toute activité de commissariat aux comptes ; que bien plus, un simple appel téléphonique suffit à provoquer sa convocation en vue d'un entretien préalable à un éventuel licenciement, quand un minimum de vérification aurait permis de constater non seulement que M. Y... n'avait commis aucune faute mais encore qu'il était particulièrement apprécié du client en cause ; que les termes de la lettre sont particulièrement illustrant de la pression exercée par ses supérieurs sur M. Y..., puisque le responsable de la société Couture confort va écrire à la société KPMG qu'il s'inquiète que cette société paraisse rechercher des « griefs » à l'encontre de M. Y... ; que de plus, entre les deux convocations à un entretien, M. Y..., dont la réponse à sa première lettre de M. X... a, certes, été tardive, s'est vu confronté à des mesures vexatoires comme le refus de formations, alors même qu'elles ne concernaient pas l'activité de commissaire aux comptes (à supposer, comme il a été discuté ci-dessus, qu'on ait même pu lui interdire celles-ci) ou le refus de congés et ce, en contradiction avec une longue pratique antérieure et sans motif précis ni légitime, la référence générale au calendrier habituel de présentation des comptes étant insuffisante compte tenu, justement, de cette pratique antérieure ; qu'enfin, les conditions de travail d'un salarié sont nécessairement dégradées dès lors que ce n'est pas seulement son environnement de travail auquel il est porté atteinte mais la substance même de ce travail, dans ce qu'il a de plus valorisant ; qu'ainsi, M. Y... a été victime d'agissements répétés qui ont eu pour effet de porter atteinte à ses droits et à sa dignité ; qu'en l'espèce, ces agissements étaient également susceptibles de compromettre son avenir professionnel ; qu'en effet, il ne peut être sérieusement contesté qu'un expert-comptable ayant plus de vingt-cinq ans d'ancienneté ne peut, sans risque pour ses chances de promotion ou simplement de changement éventuel d'employeur, devoir s'exposer à des vérifications qui feraient apparaître qu'il n'est plus jugé digne de préparer des rapports de commissariat aux comptes, alors qu'il le faisait depuis des années, quand bien même les qualités d'expert-comptable ne seraient pas remises en cause ; qu'il sera, de fait, finalement suspendu de la liste de la compagnie régionale de commissaires aux comptes le 9 juin 2010 (pièce n° 34 des parties civiles) ; qu'en outre, s'il est exact que le refus par la société KPMG de régler les cotisations afférentes à la qualité de commissaire aux comptes n'impose pas, par lui-même, que M. Y... ne soit plus inscrit en cette qualité sur la liste des commissaires aux comptes, l'intéressé pouvant choisir de régler lui-même cette cotisation, il n'en demeure pas moins que M. Y... perdait un avantage, ce qui en soit, d'ailleurs, constitue une sanction, et s'exposait aux yeux des tiers à ce que ses compétences professionnelles paraissent remises en cause par son employeur ; que l'infraction reprochée est dès lors constituée ; qu'à titre surabondant, et en tout état de cause, il peut être relevé que les agissements répétés évoqués plus haut ont été susceptibles de porter atteinte à la santé physique ou mentale de M. Y..., alors âgé de 50 ans (pièces n° 51 et 52 des parties civiles) ; que si les éléments médicaux soumis à la cour d'appel peuvent être considérés comme tardifs, si l'on compare la date à laquelle ils ont été établis à la date des faits reprochés, il n'en demeure pas moins que, certes en termes généraux, le médecin signataire établit une relation directe entre l'état de santé de M. Y... et les faits dont il se dit victime au travail ; que par conséquent, le délit de

harcèlement moral est établi ; que sur l'imputabilité, M. X... a la qualité de directeur régional de la société KPMG pour la Basse-Normandie ; qu'il estime ne pas avoir celle d'employeur de M. Y... et par conséquent ne pouvoir être poursuivi de faits de discrimination syndicale ; que cependant, il ressort des propos tenus à l'audience, des pièces et des conclusions en défense, que M. X... dispose non seulement du pouvoir de direction, de contrôle et de gestion, également démontré notamment par sa décision de retrait des fonctions de commissariat aux comptes à M. Y..., qui n'était, selon les prévenus, pas une sanction disciplinaire, mais aussi du pouvoir disciplinaire tant sur l'instruction des dossiers que sur la décision à prendre à l'égard des personnes qui se trouvent sous son autorité ; que M. X... sera, par conséquent, déclaré coupable de discrimination syndicale et de harcèlement moral ;

" 1°) alors que seul l'employeur, doté des pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction à l'égard du salarié, peut être auteur du délit de discrimination syndicale ; que dans ses conclusions d'appel, le demandeur, s'il n'a pas contesté exercer un pouvoir disciplinaire sur les salariés de la société KPMG rattachés au marché Ken sur la région Normandie, a justifié être dépourvu, en tant que directeur Ken pour la région Normandie basé à Hérouville Saint-Clair, d'un quelconque pouvoir de direction et de contrôle sur les salariés du bureau de Flers ; qu'en énonçant, pour retenir la qualité d'employeur de M. X..., qu'il ressortait des propos tenus à l'audience, des pièces et des conclusions en défense, que M. X... disposait du pouvoir de direction, de contrôle et de gestion et également du pouvoir disciplinaire à l'égard des personnes placées sous son autorité sans mentionner sur quelles pièces de la procédure elle se fondait pour retenir que le demandeur aurait été titulaire au sein de la société KPMG d'un pouvoir de direction, de contrôle et de gestion sur les salariés du bureau de Flers, la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision ;

" 2°) alors que l'insuffisance de motifs constitue un défaut de motifs ; qu'en constatant que la décision de refus de la demande de congés reprochée au demandeur n'avait pas été prise par celui-ci mais par le directeur du bureau de Flers tout en attribuant la responsabilité de cette décision au demandeur, aux motifs que le système de remontée de l'information était particulièrement performant au sein de la société KPMG, que le demandeur avait admis être responsable des dossiers disciplinaires pour l'ensemble de la Basse-Normandie et qu'il exerçait d'une manière générale son autorité sur l'ensemble des salariés de la région, fussent-ils répartis au sein de divers bureaux sans préciser en quoi la titularité par le demandeur d'un pouvoir disciplinaire sur les salariés de la société KPMG rattachés au marché Ken sur la région Normandie lui aurait conféré le pouvoir de refuser des congés, décision qui relevait du pouvoir de direction du directeur de l'établissement de Flers et dont il n'était pas contesté qu'elle avait été effectivement prise par celui-ci, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

" 3°) alors que l'article L. 2145-1 du code du travail, concernant le délit de discrimination syndicale, n'institue aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale ; que tout prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de sa culpabilité incombe à la partie poursuivante ; que les juges du fond doivent, sauf à renverser la charge de la preuve, rechercher l'existence d'une relation de causalité entre les mesures jugées discriminatoires et l'appartenance ou l'activité syndicale de la partie poursuivante ; qu'en présumant l'existence d'un motif discriminatoire du seul constat de l'absence de justification objective des mesures adoptées par le prévenu et en s'abstenant de rechercher de façon effective l'existence d'une relation de causalité entre les mesures reprochées et l'appartenance syndicale de M. Y..., la cour d'appel a violé les articles préliminaire du code de procédure pénale, 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, L. 2141-5 du code du travail, ensemble le principe de la présomption d'innocence ;

" 4°) alors que tout prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de sa

culpabilité incombe à la partie poursuivante ;

que le harcèlement moral suppose des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail ; que l'éventuel exercice irrégulier par le prévenu de son pouvoir de direction n'établit pas l'existence de faits de harcèlement moral, sauf si l'accusation démontre au surplus que les mesures auraient eu pour objet ou effet une dégradation des conditions de travail ; qu'en présumant l'existence d'une dégradation des conditions de travail du seul constat de l'absence de rattachement des mesures adoptées par le prévenu à un exercice régulier de son pouvoir de direction et en ne recherchant pas de façon effective si les mesures reprochées à le demandeur avaient eu pour objet ou effet une dégradation des conditions de travail, la cour d'appel a méconnu les articles préliminaire du code de procédure pénale, 6, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, 222-33-2 du code pénal, ensemble le principe de la présomption d'innocence ;

" 5°) alors que l'insuffisance de motifs constitue un défaut de motifs ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que la prévention a visé la convocation de M. Y... par le prévenu le 26 septembre 2007 à un entretien en vue d'une éventuelle sanction comme un fait distinct du retrait des dossiers de commissariat aux comptes, mesure subséquente à cette procédure ; que si la cour d'appel a motivé son arrêt sur le caractère discriminatoire de la décision de retrait des dossiers de commissariat aux comptes et sur la dégradation des conditions de travail qu'elle aurait entraînée, l'arrêt attaqué ne contient aucun motif de nature à caractériser que la convocation de M. Y... à un entretien en vue d'une éventuelle sanction constituait un fait caractéristique d'une discrimination syndicale et d'un harcèlement moral ; qu'en statuant ainsi la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision ;

" 6°) alors que ne saurait être constitutive d'une discrimination syndicale ou participer d'un harcèlement moral une mesure prise à l'égard d'un salarié par son supérieur hiérarchique dès lors qu'elle est objectivement justifiée et s'inscrit dans le cadre de l'exercice normal de son pouvoir de direction ou de sanction ; que le demandeur a fait valoir dans ses conclusions d'appel que M. Y... n'intervenait en tant que collaborateur senior que sur deux dossiers de commissariat aux comptes pour les groupes Leverrier et la société ACM, ce qui occupait 20 % de son temps de travail, que ce temps aurait été réduit après la reprise de la société ACM par une société non soumise à l'obligation de certification des comptes et qu'en tout état de cause, M. Y... était demeuré occupé à 100 % au sein de la société KPMG malgré le retrait des dossiers de commissariat aux comptes ; qu'il y a également exposé que ce retrait ne constituait pas un déclassement dès lors que, d'une part, M. Y..., dont la rémunération avait été maintenue et même légèrement augmentée, s'était vu proposer d'accroître sa spécialisation dans le domaine de l'expertise-comptable en assumant une activité de haute valeur, la consolidation des comptes et d'autre part, que les missions dévolues à un expert-comptable, qui au demeurant peut devenir commissaire aux comptes à la seule condition d'avoir accompli un stage, sont infiniment plus variées que celles dévolues au commissaire aux comptes lequel se voit interdire toute activité de conseil de l'entité qu'il est chargé de contrôler ; qu'en se bornant à affirmer que le retrait des dossiers de commissariat aux comptes avait porté atteinte à M. Y... sur le plan symbolique, sur le plan de ses qualifications professionnelles et sur le plan de ses possibilités d'occupation professionnelle sans rechercher si les éléments fondamentaux invoqués par le demandeur dans ses conclusions d'appel n'établissaient pas au contraire que ce retrait n'avait emporté aucune conséquence sur la valorisation et le temps d'occupation du salarié au sein de la société KPMG, la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision ;

" 7°) alors que l'insuffisance de motifs équivaut à un défaut de motifs ; que la cour a affirmé que, par le retrait des dossiers de commissariat aux comptes, M. Y... se serait vu

retirer également la qualité de commissaire aux comptes « apparent » à l'égard du groupe ACM ; qu'à supposer que M. Y..., lequel n'a jamais eu la qualité de commissaire aux comptes et n'intervenait sur les dossiers qu'en qualité de collaborateur et non de signataire, ait fait croire à la société ACM qu'il était commissaire aux comptes, cette situation ne pouvait produire aucun effet de droit à l'encontre de la société KPMG et de M. X... ; qu'en statuant par un tel motif inopérant, la cour d'appel n'a légalement justifié sa décision ;

" 8°) alors que la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs ; que pour retenir que la mesure de retrait des dossiers de commissariat aux comptes ne pouvait être motivée objectivement par une erreur de jugement de M. Y..., la cour d'appel a considéré qu'il ressortait des pièces de la procédure que ce dernier n'avait eu d'autre choix que de remettre un rapport assorti de réserves dès lors que « du fait de l'absence de réponse à sa première demande d'entretien à M. X... du 14 septembre 2007 (pièce n° 20 des parties civiles), il (M. Y...) sollicitait le 19 septembre (pièce n° 21 des parties civiles) l'avis d'un spécialiste technique qui le confortait, sous réserve de l'impossibilité de faire compléter l'annexe, dans l'opportunité d'émettre des réserves (pièce n° 22 des parties civiles) ; que son rapport avec réserve était alors transmis à M. X... le 20 septembre (pièce des parties civiles n° 22) en faisant part de ses hésitations mais se heurtait encore une fois à une absence de reproches » et que « l'argument avancé par M. X... selon lequel il est extrêmement rare que des réserves accompagnent un rapport est particulièrement inopérant : la seule circonstance qu'il ait pu être envisagé d'émettre des réserves aurait dû le conduire non pas à répondre qu'il avait autre chose à faire que de s'occuper de telles peccadilles, mais à s'inquiéter d'un événement hors norme, d'autant plus que la société concernée était en difficulté » ; qu'en se prononçant ainsi, la cour d'appel a dénaturé les termes du courriel du 19 septembre 2007 de M. Z... à M. Y... en omettant de rappeler que M. Z... avait expressément indiqué à M. Y... qu'à supposer que le projet d'une réserve pour désaccord soit maintenu, M. X... devait être consulté sur cette difficulté, étant seul décisionnaire ; qu'elle a également dénaturé les termes du courriel de M. Y... à M. X... du 20 septembre 2007 dès lors que M. Y... s'est contenté d'adresser ses projets de rapports non modifiés sans attirer l'attention du demandeur sur la question de la réserve pour désaccord et enfin, elle a dénaturé le courriel de M. X... à M. Y... du 25 septembre 2007 qui, s'il indiquait qu'il aimerait ne pas perdre de temps sur ces points, affirmait également que la rédaction des rapports était totalement erronée et demandait à M. Y... de les communiquer à M. Z... pour avis, ce qui établissait bien que M. X..., une fois au courant du problème de la réserve, s'en était inquiété ; que la cour d'appel a entaché dès lors sa décision d'une contradiction de motifs ;

" 9°) alors que l'insuffisance de motifs équivaut à un défaut de motifs ; qu'en se bornant à retenir, pour considérer que la mesure de retrait des dossiers de commissariat aux comptes, ainsi que les mesures subséquentes de rejets des demandes de formation et de règlement de la cotisation relatives à l'activité de commissaire aux comptes, n'étaient pas motivées objectivement par la politique de spécialisation des compétences du plan Magellan, qu'il n'aurait pas été établi que celle-ci aurait effectivement été mise en oeuvre par la société KPMG sans rechercher si les statistiques communiquées par la compagnie régionale des commissaires aux comptes de Caen établissant une forte diminution du nombre des associés signataires exerçant l'activité de commissaire aux comptes à partir de 2003 au sein de la société KPMG n'établissaient pas la mise en oeuvre effective du plan Magellan destiné à réduire, dans le cadre de l'entrée en vigueur de la loi du 1er août 2003 instaurant un contrôle strict de l'activité de commissaire aux comptes, les risques de mise en cause de la responsabilité civile et pénale de la société et des associés signataires par la spécialisation de ceux-ci et de leurs collaborateurs, la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision ;

" 10°) alors que le principe de l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque

partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, et notamment ses preuves, dans des conditions qui ne le placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ; qu'il exclut qu'une partie ait été favorisée dans l'administration de la preuve par rapport à son adversaire ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt que concernant la décision de refus de congés reprochée, M. Y... a affirmé qu'il avait l'habitude de prendre des congés à la période de l'année concernée et que M. X... a exposé en réponse que ce refus était justifié par la forte activité de la société KPMG pendant cette période correspondant à l'arrêt des comptes des entreprises ; que pour retenir que le refus de congés n'était pas objectivement justifié, la cour a relevé que le demandeur ne versait aucun élément corroborant ses dires et infirmant ceux de M. Y... ; qu'en se prononçant ainsi, alors que le salarié n'a pour sa part versé aucun élément établissant qu'il prenait régulièrement des congés à cette période, la cour d'appel a favorisé M. Y... dans l'administration de la preuve et a violé l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article préliminaire du code de procédure pénale ;

" 11°) alors que le motif justifiant la convocation à un entretien préalable en vue d'un licenciement n'a pas à être avéré, l'objet de cet entretien étant précisément d'instaurer un débat contradictoire sur ce motif entre l'employeur et le salarié avant que l'employeur arrête sa décision sur un éventuel licenciement, et doit être seulement étayé par des éléments d'apparence sérieuse sans que soit exigée l'existence d'un document écrit ; qu'en se bornant, pour retenir que la convocation n'était pas objectivement justifiée et était constitutive de discrimination syndicale et de harcèlement moral, à relever que cette convocation aurait été envoyée au vu d'une simple indication verbale selon laquelle M. Y... aurait commis une faute et que cette faute n'aurait été en aucune manière avérée, sans rechercher si le courrier circonstancié de M. E..., supérieur hiérarchique de M. Y..., adressé au demandeur le 27 juin 2008 qui faisait état d'indices sérieux de manquements fautifs de ce salarié résultant des déclarations non contestées d'un client de la société n'établissait pas que la convocation était objectivement justifiée par un motif qui n'avait pas, à ce stade de la procédure de licenciement, à être avéré, la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision ;

" 12°) alors que les délits de discrimination syndicale et de harcèlement moral sont des infractions intentionnelles ; que la cour d'appel a retenu que le maintien de l'entretien préalable le 28 juillet 2008 n'était pas justifié en l'état du courrier adressé par le client le 15 juillet 2008 et reçu par la société KPMG le 17 juillet et que le demandeur, bien qu'il était en congés jusqu'au 28 juillet, aurait dû dès le 17 juillet faire informer M. Y... de l'absence de caractère disciplinaire de l'entretien à venir, y compris en organisant son service pour éviter toute carence en son absence ; qu'en reprochant au demandeur, pour le déclarer coupable de discrimination syndicale et de harcèlement moral, une faute constitutive au pire d'une simple négligence, la cour d'appel a violé les articles L. 2141-5 du code du travail, 222-33-2 et 121-3 du code pénal ;

" 13°) alors qu'en cas de poursuites du chef de discrimination syndicale, les juges du fond doivent caractériser l'existence d'une relation de causalité entre les mesures jugées discriminatoires et l'appartenance ou l'activité syndicale de la partie poursuivante ; qu'en se bornant, pour retenir l'existence d'une relation de causalité entre les mesures reprochées et l'appartenance syndicale de M. Y... à relever la proximité temporelle entre ces décisions et un événement lié à l'activité syndicale de M. Y... ou à se référer de manière générale au contexte des relations entre M. Y... et le demandeur, la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision au regard de l'article L. 2141-5 du code du travail ;

" 14°) alors que la caractérisation de l'élément intentionnel de la discrimination syndicale suppose nécessairement que l'employeur ait été au cour d'appelant des activités syndicales ou de l'appartenance syndicale du salarié lors de sa prise de décision ; que le demandeur a fait valoir dans ses conclusions d'appel que la déclaration de candidature de M. Y... avait eu lieu auprès de M. E..., directeur du bureau de Flers, dès lors que les

élections s'opéraient établissement par établissement et que n'ayant aucun rapport de par ses fonctions avec les organisations syndicales et ayant son bureau à Hérouville Saint-Clair, il n'avait eu connaissance de la présentation de M. Y... aux élections que lors de l'affichage des résultats du premier tour le 4 octobre 2007 ; qu'en relevant, pour conclure à l'existence d'un motif discriminatoire, que la convocation du 26 septembre 2007 à un entretien en vue d'une éventuelle sanction avait eu lieu immédiatement (quatorze jours) après la présentation par M. Y... de sa candidature aux élections de délégué du personnel sur une liste CFDT sans rechercher si M. X... avait pu avoir effectivement connaissance au jour de la convocation de la présentation de M. Y... aux élections des délégués du personnel, partant de l'activité syndicale de ce dernier, la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision au regard des articles 121-3 du code pénal et L. 2141-5 du code du travail ;

" 15°) alors que le délit de harcèlement moral, incriminé à l'article 222-33-2 du code pénal, suppose la commission d'agissements répétés ayant pour objet ou effet une dégradation des conditions de travail ; que l'élément de répétition et la manifestation effective d'une dégradation des conditions de travail impliquent la caractérisation par les juges du fond de comportements de la part du prévenu exposant le salarié à une déconsidération et à un mépris systématique de sa personne ou de son activité ; qu'en ne recherchant pas en quoi les mesures reprochées au demandeur auraient toutes participé de la mise en oeuvre d'une politique de déstabilisation et de soumission du salarié créant une dégradation des conditions de travail et en se bornant à déduire cette dégradation du caractère injustifié, au regard de l'exercice normal d'un pouvoir de direction ou de sanction du prévenu, de chacun de ces mesures, la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision au regard de l'article 222-33-2 du code pénal ;

" 16°) alors que la dégradation des conditions de travail doit avoir été notamment susceptible de compromettre l'avenir professionnel du salarié ; qu'en retenant qu'un expert-comptable ayant plus de vingt-cinq ans d'ancienneté ne pouvait, sans risque pour ses chances de promotion ou simplement de changement éventuel d'employeur, devoir s'exposer à des vérifications qui feraient apparaître qu'il n'est plus jugé digne de préparer des rapports de commissariats aux comptes, alors qu'il le faisait depuis des années et que, du fait du refus de la société KPMG de régler les cotisations afférentes à la qualité de commissaire aux comptes, M. Y... s'exposait aux yeux des tiers à ce que ses compétences professionnelles paraissent remises en cause par son employeur, alors que la politique interne de spécialisation de l'activité de ses associés et de ses collaborateurs pratiquée par une société exposée à un important risque de mise en cause de sa responsabilité civile et pénale et de celle de ses membres, mise en oeuvre par des contrôles des compétences de ses membres et des réorientations de l'activité de ceux-ci vers leur compétence principale, ne saurait être tenue comme compromettant par principe l'avenir des salariés concernés et que M. Y..., titulaire d'un diplôme d'expertise comptable consacrant 80 % de son temps à cette activité, avait vu celle-ci se développer pour englober celles tout aussi valorisantes de consolidation des comptes, avait bénéficié d'une légère augmentation de sa rémunération, et avait conservé le même temps d'occupation professionnelle, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

" 17°) alors que les juges du fond apprécient souverainement les éléments de preuve contradictoirement débattus devant eux, sauf insuffisance ou contradiction de motifs ; qu'en retenant, pour considérer que les agissements du demandeur étaient susceptibles de porter atteinte à la santé de M. Y..., que les certificats médicaux produits par celui-ci aux débats établissaient une relation directe entre l'état de santé de M. Y... et les faits dont il se disait victime au travail, sans mieux expliquer en quoi ces certificats qu'elle considérait par ailleurs comme tardifs et rédigés en termes généraux apportaient la preuve de l'existence d'un lien de causalité certain et direct, la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision " ;

Les moyens étant réunis ;

Sur le premier moyen de cassation proposé pour M. X..., pris en sa première branche ;

Attendu que la Cour de cassation est en mesure de constater que, contrairement à ce qui est allégué par le demandeur, la cour d'appel n'était pas saisie par lui d'un moyen de nullité du procès-verbal établi par le contrôleur du travail, ses conclusions se bornant à en contester la force probante ;

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

Sur le même moyen pris en ses autres branches et sur les autres moyens de cassation proposés pour M. X... et la société KPMG ;

Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel, qui n'a ni renversé la charge de la preuve ni ajouté à la prévention, a sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnels, les délits de discrimination syndicale et de harcèlement moral dont elle a déclaré les prévenus coupables après avoir établi leur responsabilité personnelle ;

D'où il suit que les moyens, qui reviennent à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne sauraient être admis ;

Sur le quatrième moyen de cassation proposé pour la société KPMG, pris de la violation des articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 111-3 du code pénal, L. 1155-2 dans sa rédaction applicable à la date des faits, L. 2141-5 et L. 2146-2 du code du travail, ensemble l'article 593 du code de procédure pénale ;

" en ce que l'arrêt attaqué a ordonné à l'encontre de la société KPMG à titre de peine complémentaire la publication de l'extrait de la décision suivant : « par arrêt en date du 5 juillet 2013, la chambre des appels correctionnels de la cour d'appel de Caen a déclaré la société KPMG coupable des faits de : harcèlement moral à l'égard d'un commissaire aux comptes salarié commis entre le 1er juin 2007 et le 1er décembre 2008 ; discrimination syndicale à l'égard d'un délégué du personnel commis entre le 1er juin 2007 et le 1er décembre 2008, et a prononcé à son encontre une amende de cinquante mille euros (50 000 euros) outre la publication au sein du journal Les Echos » ;

" aux motifs que la prévenue a déjà fait l'objet d'une condamnation pénale ; qu'au regard de la nature et de la gravité des faits reprochés, il convient de la condamner à une peine d'amende de cinquante mille euros (50 000 euros) et d'ordonner la publication d'un extrait de la décision au sein du journal « Les Echos », par application des articles 225-2 du code pénal et L. 1155-2 du code du travail, ainsi qu'il est dit au dispositif ;

" alors que nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi ; qu'aucun texte ne prévoit que la commission du délit de prise en considération de l'activité syndicale d'un salarié puisse donner lieu à une publication à titre de peine complémentaire ; qu'en ordonnant la publication de la décision en ce qu'elle a déclaré la société KPMG coupable du délit de discrimination syndicale prévue par l'article L. 2141-5 du code du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés " ;

Attendu qu'en ordonnant la publication de la condamnation du chef de discrimination syndicale, la cour d'appel a fait une exacte application de l'article 225-4 du code pénal, applicable à l'époque des faits de discrimination syndicale poursuivis, selon lequel la personne morale déclarée coupable de ce délit encourt la peine complémentaire de diffusion de la décision soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, prévue par l'article 131-39, 9°, du même code ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE les pourvois ;

FIXE à 3 000 euros la somme globale que M. X... et la société KPMG devront payer à M. Y... et au syndical CFDT, en application de l'article 618-1 du code de procédure pénale ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le vingt-sept mai deux mille quinze ;
En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, le rapporteur et le greffier de chambre.

Décision attaquée : Cour d'appel de Caen , du 5 juillet 2013