

COUR DE CASSATION

Audience publique du **8 février 2017**

Cassation partielle

M. FROUIN, président

Arrêt n° 283 FS-P+B

Pourvoi n° F 15-21.064

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par M. Gilles-Julien Rivière, domicilié chemin Albin Mercoiret, 30270 Saint-Jean-du-Gard,

contre trois arrêts rendus les 30 janvier 2008, 6 septembre 2011 et 5 mai 2015 par la cour d'appel de Nîmes (chambre sociale), dans le litige l'opposant à la Société fiduciaire nationale d'expertise comptable, société anonyme, dont le siège est 41 rue capitaine Guynemer, 92925 Paris La Défense cedex,

défenderesse à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 10 janvier 2017, où étaient présents : M. Frouin, président, M. David, conseiller référendaire rapporteur, M. Chollet, conseiller doyen, Mmes Goasguen, Vallée, Guyot, Aubert-Monpeyssen, Schmeitzky-Lhuillery, MM. Rinuy, Schamber, Mme Van Ruymbeke, conseillers, M. Flores, Mme Ducloz, MM. Silhol, Belfanti, Mme Ala, conseillers référendaires, Mme Courcol-Bouchard, premier avocat général, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. David, conseiller référendaire, les observations de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de M. Rivière, de la SCP Le Bret-Desaché, avocat de la Société fiduciaire nationale d'expertise comptable, l'avis de Mme Courcol-Bouchard, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Rivière a été engagé le 23 juin 1998 en qualité de chef de mission par la Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (la société) ; qu'au dernier état de la relation de travail, il occupait les fonctions de directeur d'agence ; que le salarié a saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail ; qu'il a été licencié pour faute lourde le 29 novembre 2005 ;

Sur le premier moyen et sur le second moyen, pris en ses première, deuxième et cinquième branches :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le second moyen, pris en ses troisième et quatrième branches :

Vu l'article L. 223-14 alinéas 1^{er} et 4 du code du travail, devenu article L. 3141-26 du code du travail, en sa rédaction résultant de la décision n° 2015-523 du Conseil constitutionnel en date du 2 mars 2016 ;

Attendu que la faute lourde est caractérisée par l'intention de nuire à l'employeur, laquelle implique la volonté du salarié de lui porter préjudice dans la commission du fait fautif et ne résulte pas de la seule commission d'un acte préjudiciable à l'entreprise ;

Attendu que pour déclarer le licenciement fondé sur une faute lourde, l'arrêt retient que le salarié, sans se contenter de remplir son obligation contractuelle d'information, a tenu devant les clients de son employeur des propos contraires aux intérêts de celui-ci en remettant en question le bien fondé de sa politique tarifaire, que ce faisant il a fait preuve de déloyauté à l'égard de son employeur en le plaçant en situation de

porte-à-faux vis-à-vis de plusieurs de ses clients sur l'un des éléments essentiels de la relation contractuelle à savoir le prix de la prestation, que compte tenu de son niveau de responsabilité (directeur d'agence) et de sa qualification (expert-comptable), l'auteur de ces propos dénigrant la politique tarifaire de la société devant la clientèle ne pouvait ignorer leur impact et leur caractère préjudiciable et que ces agissements caractérisent l'intention de nuire à l'employeur ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser la volonté de nuire du salarié, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et attendu que la cour d'appel ayant caractérisé la faute grave du salarié, la cassation intervenue, si elle atteint le chef de dispositif relatif à l'existence d'une faute lourde, ne s'étend pas aux chefs de dispositif déboutant le salarié de ses demandes relatives, d'abord au salaire et aux congés payés pendant la mise à pied conservatoire, ensuite aux indemnités compensatrices de préavis et de congés payés sur préavis, enfin à l'indemnité de licenciement ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il décide qu'est justifié le licenciement pour faute lourde, l'arrêt rendu le 5 mai 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier ;

Condamne la Société fiduciaire nationale d'expertise comptable aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la Société fiduciaire nationale d'expertise comptable à payer à M. Rivière la somme de 3 000 euros et rejette sa demande ;

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

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour M. Rivière.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de résiliation judiciaire formée par M. Rivière et en conséquence d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de condamnation de l'employeur à lui verser les sommes de 5875 euros au titre de l'annulation de la mise à pied disciplinaire outre 587,50 euros au titre des congés payés afférents, 17625 euros à titre d'indemnité de préavis, outre 1762,50 euros à titre de congés payés afférents, 4347 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, 660 250 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice économique et moral, 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Lorsqu'un salarié demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur tout en continuant à travailler à son service et que ce dernier le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande était justifiée. Si tel est le cas, il fixe la date de la rupture à la date d'envoi de la lettre de licenciement. C'est seulement dans le cas contraire qu'il doit se prononcer sur le licenciement notifié par l'employeur.

Sur la résiliation judiciaire :

Suivant courrier du 2 juillet 2004, M. Rivière manifestait à sa hiérarchie son inquiétude quant aux augmentations des honoraires décidées par la direction nationale.

Par courrier en date du 23 juin 2005, il faisait part à son directeur régional de son insatisfaction, suite à l'entretien qu'ils avaient eu le 3 mai précédent, dans les termes suivants:

“L'objet de cette réunion portait sur les différences d'appréciations de ma fonction évoquées lors de multiples entretiens téléphoniques. Au cours de cet entretien les éléments suivants furent abordés :

- la politique commerciale du groupe et l'incidence de celle-ci sur la clientèle dont j'ai la charge ;
- la politique salariale du groupe et le ressenti de mon équipe ;
- les limites de mes fonctions,
- mes perspectives d'évolution dans les travaux qui me sont proposés.

Vous m'avez reçu pendant deux heures sans toutefois apporter réponse à mes préoccupations. Je me permets une nouvelle fois d'attirer votre attention sur les problèmes que je rencontre au quotidien.

Depuis le 1^{er} juillet 2004, le groupe a fait le choix de procéder à deux augmentations d'honoraires par exercice. Mes clients alsaciens et cévenols en grande partie acceptent mal ces augmentations qu'ils estiment non justifiées, la prestation demeurant identique.

J'éprouve des difficultés à motiver mes collaborateurs.

En effet, au regard des autres salariés des cabinets comptables concurrents les salaires que je verse sont nettement inférieurs. J'ai à plusieurs reprises sollicité des augmentations qui n'ont pas été accordées. Cela me paraît d'autant moins justifié qu'avec la même équipe nous réalisons un chiffre d'affaires supérieur à 25% de celui de mon prédécesseur.

J'ai ci souhait de faire évoluer ma prestation de travail.

J'ai été sollicité pour des missions de Commissaire aux comptes que j'ai dû décliner tenant votre refus. Je vous ai fait part de ma volonté d'être formateur dans le cadre de la DR. Je vous ai également proposé ma candidature au poste d'inspecteur, le tout a été refusé.

Durant ces cinq dernières années, j'ai eu la charge de diriger et d'organiser l'agence d'Alès, je pense avoir fait preuve de diligences dépassant largement le cadre des prérogatives qui sont les miennes, allant du développement à la prise en main d'une équipe difficile qui n'a pas manqué de me donner "du fil à retordre".

Point d'orgue, la présentation d'un cabinet comptable de 760 000 € de chiffre d'affaires potentiellement achetable que vous avez également refusé.

En réponse à mes différentes propositions je n'ai essuyé que des refus. Vous comprendrez aisément aujourd'hui que je sois quelque peu dépité. La situation de mes collaborateurs n'évolue pas, la mienne suivant le même sort.

Merci de bien vouloir m'indiquer si vous souhaitez la simple gestion et le maintien en l'état actuel ou l'amélioration de l'outil de travail que vous m'avez confié.

N'ayant pas reçu de réponse, M. Rivière relançait sa hiérarchie par courriel du 19 juillet, puis adressait cette lettre en la forme recommandée le 1^{er} septembre 2005.

Suivant courrier du 13 septembre, l'employeur indiquait "avoir pris bonne note de ses remarques, comprendre son impatience de voir évoluer ses fonctions", mais lui objectait que "les règles de la politique générale du groupe s'appliquent à tous et que leurs entretiens réguliers seraient l'occasion de faire le point des éventuelles possibilités de répondre à ses demandes."

Le 15 septembre 2005, le salarié répliquait comme suit :

"[...] Je n'aurai jamais la prétention de juger votre politique commerciale sur le territoire national.

Par contre vous m'avez donné en gestion le secteur bien particulier d'Alès qui la supporte très mal.

J'essuie les plâtres pour tenter de conserver les clients qui ne comprennent pas les augmentations d'honoraires bi annuelles (moi non plus d'ailleurs). Je suis seul exposé à gérer ses conflits et essaie au mieux que je peux de limiter les évactions de clientèle.

Je comptabilise pour l'instant 51 courriers de clients qui me menacent de partir, je ne vais pas pouvoir tenir longtemps.

Ma conscience professionnelle est quelque peu ébranlée car je n'arrive pas moi-même à saisir la subtilité de vos directives.

Je vais en subir directement le contrecoup car ma rémunération est assise pour une partie non négligeable sur le chiffre que je réalise.

J'y observe tenant mes alertes une inexécution de votre part à mon endroit de vos obligations contractuelles.

[] "

Par courrier du 21 septembre 2005, il indiquait à son directeur régional avoir été inscrit "par erreur semble-t-il" au tableau des experts comptables comme "indépendant", contrairement aux instructions de son employeur datées du 9 septembre, qu'il indiquait n'avoir reçues que tardivement, le 20 septembre. Il s'engageait à régulariser la situation auprès de l'ordre dès le lendemain. Par ce même courrier, il s'interrogeait "sur les raisons ayant motivé qu'il ne se rende pas à la réunion des cadres", ajoutant que "cette situation devenant difficile à gérer il attendait sa décision avant la fin de la semaine et qu'à défaut il saisirait le conseil de prud'hommes »

Le 26 septembre 2005, le directeur régional lui répliquait dans les termes suivants :

"Je fais suite à notre dernier entretien et aux courriers que vous m'avez adressés en date du 15 et du 21 septembre 2005.

Pourriez-vous me faire parvenir les copies des 51 courriers de clients auxquels vous faite référence dans votre correspondance du 15 courant, Concernant les augmentations d'honoraires, la validation par M. Pinhas et moi-même de la totalité des avoirs que vous avez effectués début août dénote que nous avons pris en considération votre demande.

Lorsque vous m'écrivez le 15.09.2005 "j'y observe tenant mes alertes une inexécution de votre part ci mon endroit de vos obligations contractuelles " qu'entendez-vous par là ?

Je vous rappelle que toute convocation ci une réunion fait l'objet d'un courrier.

En ce qui concerne la réunion des directeurs d'agence du mercredi 21 septembre 2005, deux courriers vous ont d'ailleurs été adressés et en aucun cas vous n'avez reçu de lettre de contrordre.

Je m'élève donc contre cette affirmation mensongère.

Quant à votre dernier mail du 23.09.2005 je tiens à vous préciser que lors de notre entretien du 22.09.2005 je ne vous ai jamais demandé "que tout devait transiter par moi ". Je vous ai simplement indiqué que tout courrier éventuel de résiliation en provenance d'un client devait m'être adressé fin que je puisse y répondre personnellement. "

Le lendemain, 27 septembre, le salarié saisissait le conseil de prud'hommes de sa demande de résiliation du contrat de travail.

Il ressort de cet échange épistolaire qu'au-delà de la question des augmentations d'honoraires et de la réaction d'une partie de la clientèle, M. Rivière, qui venait d'obtenir son diplôme d'expert-comptable, s'interrogeait quant à son avenir au sein de la société Fiducial Expertise, manifestant ouvertement son mal être de ce qu'il considérait caractériser une insuffisante reconnaissance de son implication et qualités (niveau de rémunération, offre de service pour faire de la formation, de l'inspection, ou accepter des missions de commissaire aux comptes) et du manque d'ambition de la société sur son secteur (refus d'acquérir un portefeuille clients de 760 000 €).

Le salarié qui a légitimement fait remonter auprès de sa hiérarchie la réprobation d'une partie de la clientèle à la nouvelle politique tarifaire de la société, reproche à sa direction de ne pas en avoir tenu compte.

Il n'argumente pas en quoi l'adoption par la direction de Fiducial Expertise, d'une nouvelle politique tarifaire applicable sur le plan national, conformément à ses prérogatives, pouvait constituer Lui manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles.

Il est remarquable de souligner que si la direction semble avoir tardé à répondre officiellement à l'alerte de M. Rivière sur ce point, il ressort du courrier du 26 septembre que la hiérarchie avait, avant même la saisine par le salarié du conseil de prud'hommes, approuvé sa décision de consentir des avoirs aux clients insatisfaits de ces augmentations, réponse qui était de nature à satisfaire, à tout le moins temporairement, la clientèle.

M. Rivière considère qu'il était bien fondé à solliciter la résiliation de son contrat de travail dans la mesure où la menace faite par une cinquantaine de clients de résilier leur contrat risquait à l'avenir d'affecter la part variable de sa rémunération, basée sur le chiffre d'affaires de l'agence.

Si son contrat de travail ne faisait mention que d'une rémunération fixe, il est constant qu'en vertu d'un accord collectif les salariés bénéficiaient de primes sur les nouveaux clients apportés, au titre de la première aimée d'abonnement notamment, et de commissions sur les "honoraires ponctuels et non répétitifs", les honoraires directement liés à l'établissement des comptes annuels étant expressément exclus de ce dispositif.

Au soutien de son argumentation, M. Rivière ne fournit aucun élément chiffré de nature à permettre d'apprécier l'incidence que ces départs auraient pu avoir sur son niveau de rémunération. S'agissant des 51 clients menaçant de quitter Fiducial Expertise, le requérant ne précise pas en quoi ils auraient été concernés par les primes liées à la « première année d'abonnement » ni ce que leurs dossiers représentaient en termes « d'honoraires ponctuels », assiette d'un commissionnement de 15%.

Surtout, alors qu'il saisit le conseil de prud'hommes de sa demande de résiliation dès le 27 septembre 2005, force est de relever qu'à cette date, d'une part, l'employeur lui avait apporté une réponse de nature à rassurer l'inquiétude de la partie de la clientèle s'étant plainte de ces augmentations d'honoraires et, d'autre part, seuls deux clients avaient concrètement manifesté leur décision de rompre les relations contractuelles avec Fiducial Expertise.

Ainsi, sauf à considérer que cette cinquantaine de clients ait agi de manière concertée avec le M. Rivière, ce que celui-ci conteste formellement, ou qu'il soit doté d'un don divinatoire, au jour où il saisit le conseil de prud'hommes, il ne pouvait se prévaloir que d'une hypothétique incidence péjorative sur son niveau de rémunération d'éventuels départs de clients du cabinet Fiducial. Il ne démontre aucun manquement de l'employeur antérieur à l'introduction de l'instance et d'une gravité suffisante pour empêcher la poursuite du contrat de travail. C'est donc à juste titre que les premiers juges ont débouté le salarié de sa demande de résiliation dénuée de fondement. Le jugement sera confirmé de ce chef » ;

1°) ALORS QUE la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs ; qu'en reprochant au salarié de ne pas expliquer en quoi l'adoption par son employeur d'une nouvelle politique tarifaire pouvait constituer un manquement de ce dernier à ses obligations contractuelles (arrêt p. 9 § 5), tout en relevant par ailleurs que le salarié soulignait que cette politique tarifaire avait conduit près d'une cinquantaine de clients à résilier leurs contrats, ce qui allait à terme affecter la part variable de sa rémunération, élément essentiel de son contrat de travail, (arrêt p. 9 § 7), la cour d'appel s'est contredite et partant, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE les juges du fond ne peuvent accueillir ni rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont soumis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, pour démontrer l'impact de la perte de nombreux clients sur son chiffre d'affaires et sur son commissionnement, le salarié produisait aux débats ses bulletins de salaires ainsi que ses relevés de commissionnement ; qu'en reprochant au salarié de n'apporter aucun élément chiffré de nature à démontrer l'impact de la perte des clients sur son niveau de rémunération et en quoi les clients menaçant de rompre leurs relations contractuelles avec la société Fiducial Nationale Expertise Comptable auraient été concernés par le commissionnement du salarié, sans cependant examiner les éléments de preuve versés aux débats par l'exposant, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE lorsqu'un salarié sollicite la résiliation judiciaire de son contrat de travail et fait l'objet d'un licenciement en cours d'instance, il appartient aux juges du fond d'apprécier les manquements imputés à l'employeur au jour du licenciement ; qu'en l'espèce, Monsieur Rivière faisait valoir que la nouvelle politique tarifaire s'était traduite par la perte de nombreux clients de sorte que sa rémunération variable s'en trouvait compromise (conclusions p. 7 à 10) ; qu'il était par ailleurs constant en l'espèce qu'entre la saisine du conseil de prud'hommes par le salarié et son licenciement, près de 68 clients avaient résilié leurs contrats avec la société Fiducial Nationale Expertise Comptable ; que la cour d'appel a relevé que les courriers de résiliation des clients mentionnaient comme motif de résiliation la nouvelle politique tarifaire de l'entreprise ; qu'en rejetant la demande de résiliation judiciaire du salarié, motif pris qu'à la date de saisine du conseil de prud'hommes l'employeur avait apporté une réponse de nature à rassurer les clients et que seuls deux d'entre eux avaient manifesté leur décision de rompre leurs relations contractuelles avec la société Fiducial Nationale Expertise Comptable, la cour d'appel, qui ne s'est pas placée au jour du licenciement pour apprécier les manquements imputés à l'employeur, a violé l'article 1184 du code civil ;

SECOND MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR jugé que le licenciement de M. Rivière reposait sur une faute lourde et en conséquence de l'AVOIR

débouté de sa demande de condamnation de la société Fiducial Nationale Expertise Comptable à lui verser les sommes de 5875 euros au titre de l'annulation de la mise à pied disciplinaire outre 587,50 euros au titre des congés payés afférents, 17625 euros à titre d'indemnité de préavis, outre 1762,50 euros à titre de congés payés afférents, 4347 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, 660 250 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice économique et moral, 5 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi que de l'AVOIR condamné aux entiers dépens ;

AUX MOTIFS QUE « Selon l'article L. 1235-1 du code du travail, en cas de litige, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

La faute lourde est celle qui, comme la faute grave, résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputable au salarié qui constituent une violation des obligations résultant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise même pendant la durée limitée du préavis. Elle suppose, en outre, l'intention de nuire du salarié.

L'employeur qui invoque la faute lourde pour licencier doit en rapporter la preuve.

Par lettre en date du 29 novembre 2005, qui fixe les termes du litige, l'employeur a notifié au salarié son licenciement pour les motifs suivants :

« Suite à l'entretien préalable que vous avez eu le 16 novembre dernier avec M. Renaud, nous vous notifions par la présente votre licenciement pour faute lourde, lié aux agissements inadmissibles mentionnés ci-dessous et à votre volonté délibérée de nuire aux intérêts de notre société.

En effet, vous avez mis en oeuvre des actions clairement déloyales aboutissant au départ de notre clientèle et avez, au mépris de vos obligations contractuelles, déontologiques et de la plus élémentaire loyauté, ouvert des locaux professionnels à votre nom.

Vous avez notamment :

* fait part à des clients, fin Juillet 2005, de votre décision de quitter la société avant la fin de l'année et leur avez proposé de vous suivre et de bénéficier dans ce cadre, d'honoraires moins élevés que ceux pratiqués au sein de notre société.

* Demandé à un nouveau client potentiel de vous désigner comme expert-comptable à titre personnel et refusé de le prendre en tant que client FIDUCIAL EXPERTISE.

Plusieurs de nos collaborateurs ont également attesté de votre attitude de dénigrement de Fiducial Expertise, nous indiquant que lors de rendez-vous en clientèle, vous désavouiez ouvertement la politique d'honoraires de la société et incitez les clients à ne pas s'y soumettre.

Votre désaccord avec la politique de facturation de l'entreprise, désaccord dont vous nous avez fait part à de nombreuses reprises dont dernièrement dans votre courrier du 23 juin 2005 et lors de l'entretien préalable, ne peut justifier la manière dont vous agissez ces derniers mois envers notre société et notre clientèle et ne doit en aucune manière vous permettre de servir vos projets personnels.

Nous avons aussi relevé que vous avez tenté de débaucher l'un de nos collaborateurs et lui avez demandé de vous suivre si vous veniez à quitter FIDUCIAL EXPERTISE.

Vous vous êtes installé dans des locaux professionnels situés 1381C chemin des Dupines sur la commune d'ALES, locaux au sein desquels vous recevez des clients, ex-clients de notre société.

Vos manoeuvres sont la source d'un préjudice direct pour la société et menacent l'équilibre économique et social de notre agence. La perte de clientèle est à ce jour estimée à 68 clients résiliés, soit environ 20 % du nombre total des clients en portefeuille.

Votre attitude est inadmissible et démontre votre intention de nuire à la société. Nous vous notifions par la présente votre licenciement pour faute lourde.

La rupture de votre contrat de travail sera effective le jour de la première présentation de cette lettre recommandée à votre domicile par les services de la Poste ».

Le salarié a contesté les motifs de ce licenciement par courrier du 2 décembre 2005, ainsi libellé : « Vous me reprochez un comportement déloyal.

Loin s'en faut, je vous ai alerté à plusieurs reprises sur les difficultés que je rencontrais avec certains clients qui me demandaient de justifier la double augmentation d'honoraires.

Je vous renvoie à ce propos aux différents courriers que je vous ai adressés et qui sont restés lettre morte.

Etant directement exposé auprès de ma clientèle, j'avais un devoir d'information que je n'ai pu remplir.

Je n'ai jamais dénigré votre politique commerciale mais simplement n'ai pu l'expliquer, raison de leur départ.

La politique commerciale que vous avez mise en place par des augmentations voir des régularisations que je considère injustifiées en est l'unique cause.

D'ailleurs, vous m'avez permis d'opérer des avoirs uniquement sur cette année montrant là bien l'incongruité d'une telle mesure.

Ces avoirs m'ayant été annoncés comme exceptionnels, il a bien fallu que je répercute cette information auprès de mes clients.

Quant à l'incitation au départ d'un collaborateur, il s'agit ici d'une pure affabulation.

Concernant un client que j'aurai essayé de détourner ci mon profit :

Je pense qu'il s'agit de Mme Molière, bar tabac de la montée Silhol à Alès. Ce que vous me reprochez est totalement faux.

Lorsque j'ai rencontré ce prospect, j'en ai référé à Jean Renaud, mon directeur de région, fin aout 2005, qui m'a indiqué que la décision de prendre

ou refuser un client était la prérogative exclusive du directeur d'agence, ce que j'étais au moment des faits, raison pour laquelle je l'ai refusée.

Le comportement de celle-ci m'a conduit à le faire.

En effet, Madame Danièle LAUZE a interrompu ses vacances et rempli un document concernant l'EUROPEENNE DE CAUTIONNEMENT Madame MOLIERE a refusé de signer la lettre de mission que je lui proposais.

Je vous signale que j'ai fait signer des lettres de mission pour des nouveaux clients entre le 1er Septembre et le 27 Octobre, date à laquelle j'ai été mis à pied.

Si j'avais voulu, comme vous le soulignez, détourner des clients, je l'aurai vraisemblablement fait pour quelqu'un de beaucoup moins pénible.

Votre reproche ne tient pas.

Concernant mon adresse à ALES. J'ai effectivement loué à l'adresse indiquée dans la lettre de licenciement un appartement qui a été visité par votre huissier, Maitre COLOMBIER.

La décision de prendre cet appartement est une décision personnelle plus que professionnelle.

Elle est surtout postérieure à ma mise à pied.

Je savais que je ferais l'objet d'un licenciement puisque vous me l'aviez dit lors de notre entretien préalable qui est mentionné de manière erronée au 16 dans la lettre de licenciement alors que l'entretien a eu lieu le 9.

Vous avez fait fausse route ainsi qu'il ressortira du rapport d'expertise de Maitre COLOMBIER qui n'a pu que constater qu'il n'y avait qu'une table avec quatre chaises, un téléphone et un ordinateur portable duquel je ne me sépare jamais (connexion internet).

Ce lieu est en cours d'aménagement pour des locaux à usage personnel.

La situation actuelle est surtout liée à l'exaspération des différentes régularisations que FIDUCIAL EXPERTISE envoie directement à ses clients sans consulter les responsables directement chargés de votre clientèle.

Pour ma part, et en toute humilité, je ne pense pas avoir eu la capacité d'influer sur 20% du portefeuille de votre clientèle. "

Le salarié oppose au bien-fondé du licenciement invoqué par l'employeur, la décision de non-lieu rendue par la Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Nîmes, le 2 novembre 2011, ainsi motivée :

"1 -Sur l'abus de confiance :

Aux termes de l'article 314-I du code pénal, "L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a accepté en charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. "

La clientèle qui est un bien incorporel possédant une valeur vénale, est constituée de personnes qui conservent leur liberté de contracter.

L'abus de confiance est caractérisé par la remise à titre précaire d'un bien, le détournement de ce bien commis avec une intention frauduleuse et le préjudice qui en est résulté.

En l'espèce, Gilles RIVIERE était expert-comptable salarié après avoir obtenu son diplôme postérieurement à son embauche et quoique directeur d'agence, était placé sous l'autorité hiérarchique du directeur régional.

Dans le cadre de ce contrat de travail, la SOCIÉTÉ FIDUCIAIRE NATIONALE EXPERTISE COMPTABLE a conservé la direction et le contrôle des activités de Gilles RIVIERE qui se trouvait en situation de subordination à son égard ainsi que le révèle clairement le litige relatif aux honoraires fixés par l'employeur sur un plan national, cet état de fait étant exclusif d'une remise à titre précaire du portefeuille de clientèle sur lequel la SOCIETE FIDUCIAIRE NATIONALE D'EXPERTISE COMPTABLE a conservé pleinement l'exercice de ses droits.

Par ailleurs, les investigations ont révélé que les clients concernés ont librement choisi de rompre leur relation contractuelle avec la SOCIETE FIDUCIAIRE NATIONALE D'EXPERTISE COMPTABLE et de conserver Gilles RIVIERE comme expert-comptable en considération de la personne de celui-ci ainsi que de sa compétence professionnelle en dehors de tout démarchage et de toute pression, de sorte que le détournement de mauvaise foi au sens de l'article 314-1 n'est pas établi.

Les faits évoqués dans les conversations téléphoniques en septembre 2006 et la perte de clients ayant suivi Céline GUGLIELMI épouse DALMASSO lors de sa démission et de son embauche par Gilles RIVIERE, postérieurs de plusieurs mois à la rupture du contrat de travail, ne sont pas susceptibles de caractériser l'abus de confiance.

L'abus de confiance n'étant pas caractérisé en ses éléments constitutifs, il convient de confirmer l'ordonnance de non-lieu.

2 - Sur la complicité d'abus de confiance :

Il y a lieu de confirmer l'ordonnance de non-lieu de ce chef en l'absence d'infraction principale punissable.

3 - Sur le vol :

Le 29 novembre 2005, un huissier de justice agissant sur ordonnance du Président du Tribunal de Grande instance d'Alès rendue à la requête de la SOCIETE FIDUCIAIRE NATIONALE D'EXPERTISE, s'est présenté à l'adresse 1381- chemin les Dupines à ALES où Gilles RIVIERE était locataire d'un local.

Du constat établi par l'officier Ministériel, il ressort que Gilles RIVIERE était en possession de deux lettres à en tête de FIDUCIAL constituant des réponses à deux lettres de résiliation de clients, d'un bilan comptable arrêté au 30 septembre 2005 d'un ancien client, d'un tableau de prêt d'un ancien client ainsi que sur l'ordinateur portable du logiciel WINFIC dont l'huissier a pu prendre connaissance de la page de présentation.

Selon l'article 311-1 du code pénal, le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Les documents concernés sont la propriété des anciens clients et les investigations n'ont pas établi qu'ils auraient été soustraits frauduleusement des dossiers papier ou des fichiers électroniques de FIDUCIAL.

Concernant le logiciel winfic, Gilles RIVIERE a exposé sans être contredit par la partie civile qu'il s'agissait d'un logiciel de démonstration qui lui avait été donné par le directeur régional pour sa comptabilité personnelle.

Il n'est ni allégué ni établi que ce logiciel aurait contenu des fichiers de clients ou des documents de la société, aucune sommation de restituer n'a été faite par courrier de l'employeur ou par huissier à la demande de celui-ci.

et en tout état de cause, le constat d'huissier a été effectué alors que Gilles RIVIERE faisait encore partie du personnel de la société pour la journée. En l'absence de charges suffisantes, le non lieu sera confirmé de ce chef

4 - Sur l'établissement d'une attestation faisant état de faits matériellement inexacts et l'usage:

Elodie MOSCONI épouse CARLE a établi une attestation datée du 13 avril 2006 ainsi libellée:

"Je soussignée madame Elodie CARLES atteste par la présente qu'au cours de la réunion du 12 octobre 2005 avec monsieur PINHAS, directeur général de régions et de Monsieur RENAUD, directeur de région, M. RENAUD nous a demandé des attestations accablant monsieur RIVIERE aux motifs que monsieur RIVIERE dénigrait FIDUCIAL et proposait de le suivre dès son installation ; un collaborateur a répondu (on ne sais plus lequel) "si nous avons été témoin de rien il a répliqué" "Débrouillez-vous pour faire une attestation Le ton de la réponse de M. RENAUD présageait fermement que si nous n'attestions pas notre emploi était menacé. En aparté, Monsieur RENAUD qui savait que je ne voulais pas faire d'attestation, est venu m'intimer de le faire, dans le cas contraire, j'avais le choix entre démissionner ou être licenciée. Raison pour laquelle j'ai démissionné. "

Les charges concernant les propos "en aparté" "imputés à Monsieur RENAUD et contestés par celui-ci sont insuffisantes dès lors que ces propos n'ont pas eu de témoin.

Le ressenti de la rédactrice de l'attestation au sujet du "ton" adopté par Monsieur RENAUD ne constitue pas un fait objectif et n'est pas de nature à caractériser l'infraction.

Le dénigrement de la politique de FIDUCIAL en matière d'honoraires par Gilles RIVIERE était un fait avéré et connu des salariés de l'entreprise puisqu'à l'origine de son licenciement.

Pour le surplus, les autres employés entendus en qualité de témoins en l'occurrence Jean-Pierre NAVARRO, Elizabeth DUBOIS épouse MARTINEZ et Evelyne BERTHET épouse CASTET contestent avoir subi des pressions de la part de leur employeur pour établir des attestations à l'encontre de Gilles RIVIERE au cours de la réunion du 12 décembre 2005 tout en précisant qu'il leur a été suggéré de faire des observations écrites sur le comportement de celui-ci.

A l'inverse, Céline GUGLIELMI épouse DALMASSO impute certaines vexations subies et la diminution de sa prime à son refus d'établir une attestation à l'encontre de Gilles RIVIERE.

Les faits n'étant pas suffisamment caractérisés, le non lieu du chef d'établissement d'une attestation faisant état de faits matériellement inexacts et d'usage sera confirmé. "

La portée relative de la décision de non lieu ne saurait à elle seule rendre le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Il résulte de la lettre de licenciement que l'employeur n'a pas reproché au salarié la commission d'une quelconque infraction pénale mais des faits qualifiés de déloyaux.

Au delà de l'appréciation du juge pénal, selon laquelle la relation de subordination à laquelle était tenue M. Riviere excluait la remise à titre

précaire du portefeuille de la clientèle sur lequel Fiducial Expertise conservait pleinement l'exercice de ses droits, il sera relevé que les investigations ont révélé que les clients concernés ont librement choisi de rompre leur relation contractuelle avec Fiducial Expertise et de conserver M. Riviere comme expert-comptable en considération de sa personne et de sa compétence professionnelle en dehors de tout démarchage et de toute pression.

Il convient d'examiner les différents griefs reprochés :

Sur le fait d'avoir informé des clients de sa décision de quitter la société et de leur proposer de le suivre et de bénéficier d'honoraires moins élevés :

Si le salarié n'avait pas formellement contesté ce point dans sa lettre du 2 décembre 2005, hormis les courriers adressés au directeur régional par Mmes Lauze, qui indique notamment le 14 octobre 2005 que "lors de la présentation des bilans de MM. BERTEZENNE et FONTAINE, M. RIVIERE a essayé de convaincre ces clients de le suivre dans son nouveau cabinet, les honoraires de FIDUCIAL étant excessifs et ingérables à l'avenir) et par Mme Valat qui déclare le 12 Septembre 2005, qu'en "sa présence, et à deux reprises, M. Riviere a assuré ses clients M. Vicentini et Abenci "Quincaillerie cévenole", lors d 'entretien pour la présentation de leur bilan 2004, qu'il leur serait possible de le suivre après son départ de Fiducial". [...] et que "plusieurs de ses clients, lui avait fait part que Monsieur RIVIERE leur avait téléphoné ou était passé les voir afin d'évoquer avec eux, la possibilité de le suivre après FIDUCIAL, quelques uns de ses clients lui relatant même que M. RIVIERE proposait des honoraires moins élevés que FIDUCIAL (MM. BONNAFOUS, CHEVALIER, HAMADI) ", l'appelante, sur qui repose la charge de la preuve, ne fournit aucun élément nouveau sur ce point de nature à remettre en question les éléments recueillis au cours de l'information judiciaire qui exclut tout démarchage.

Nonobstant le caractère pour le moins singulier du départ, en quelques semaines, d'une soixantaine de clients de l'agence, il convient de juger qu'au bénéfice du doute, Fiducial Expertise ne rapporte pas la preuve du motif prépondérant justifiant la volonté de lui nuire, à savoir le démarchage d'une partie de sa clientèle par M. Riviere directeur d'agence.

L'ouverture de locaux professionnels ci votre nom avant la rupture du contrat :

Il est établi par les pièces communiquées par Fiducial Expertise et notamment les deux procès-verbaux d'huissier et le rapport d'enquête, que M. Riviere avait loué un local qui était vide de tout objet ou effet personnels de nature à confirmer qu'il en avait fait son lieu d'habitation suite à sa récente séparation conjugale, étayée par le dépôt d'une requête conjointe en divorce qui sera in fine radiée, et ne comportait en tout et pour tout qu'une table, quelques chaises un téléphone et un ordinateur portable.

La boîte aux lettres de ce local comportait, outre son nom, la mention de sa profession "expert-comptable" ce qui est de nature à confirmer la destination professionnelle de ce local.

Il y a reçu entre le 28 et le 29 novembre 2005 trois anciens clients de Fiducial Expertise.

M. Riviere finit par concéder dans ses écritures qu'il avait loué ce bien afin d'y fixer son domicile, ce qu'il ne justifie par aucun élément, et dans la

perspective d'y ouvrir un jour son cabinet. Il ressort de ces éléments, que l'employeur établit que M. Riviere, dont il ne prétend pas que la clause de non concurrence, non indemnisée, inscrite à son contrat de travail était valable, avait loué un local en vue d'y développer sa future activité d'expert-comptable. Le fait d'anticiper une rupture de son contrat de travail qui pouvait lui apparaître inéluctable, ne caractérise pas une faute.

Avoir demandé à un nouveau client potentiel de le désigner comme expert-comptable à titre personnel et, devant le refus opposé par la cliente, de ne pas l'avoir fait contracter au nom de Fiducial Expertise :

Fiducial Expertise verse aux débats une lettre de Mme Molière, exploitante d'un bar, adressée à M. Bertrand, responsable du GTP, par laquelle elle lui rappelle qu'il lui avait conseillé de s'adresser à FIDUCIAL, ce qui l'a conduit à rencontrer le Directeur de l'agence, Monsieur RIVIERE. Elle ajoute : "j'ai eu un entretien avec Monsieur RIVIERE qui s'est présenté de votre part et contre toute attente, s'est présenté sous son nom personnel et non sous celui de FIDUCIAL. Ayant refusé de le prendre en son nom propre, il m'a refusé de travailler avec FIDUCIAL, ce qui m'a contraint à chercher un autre cabinet d'expertise comptable".

M. Riviere conteste les faits dénoncés par ce témoin. Il concède avoir été contacté par l'intéressée mais objecte qu'il a pu légitimement refuser de faire contracter cette personne qualifiée de "cliente difficile", conformément à l'autonomie dont bénéficie les directeurs d'agence.

M. Riviere qui indique dans sa lettre du 2 décembre avoir signalé cette situation à son directeur régional et plaide qu'il avait fait souscrire des contrats jusqu'au jour de son départ, n'est contredit sur aucun de ces points par Fiducial Expertise.

Il y a lieu de considérer ce grief comme non établi.

Le fait d'avoir tenté de débaucher un collaborateur :

L'employeur verse aux débats une note de Mme CASTET, assortie de la copie de sa carte d'identité, en date du 28 octobre 2005, aux termes de laquelle la salariée confirme au directeur régional "le fait que M. Riviere lui a proposé, fin juillet 2005, de le suivre s'il venait à quitter FIDUCIAL."

M. Riviere le conteste formellement ; s'il est établi par les pièces du dossier que Mmes Carle et Dalmasso, anciennes salariées du cabinet Fiducial Expertise, qui ont attesté en faveur de M. Riviere, ont été recrutées par lui après avoir quitté leur emploi auprès de Fiducial Expertise, il n'est pas démontré qu'elles aient été débauchées au cours de l'exécution du contrat de travail de l'intimé.

En l'absence de tout autre élément et au seul bénéfice du doute ce grief sera considéré comme non établi.

Le fait de désavouer ouvertement la politique d'honoraires de la société et d'avoir incité les clients à ne pas s'y soumettre :

Il est établi que M. Riviere n'approuvait pas la politique tarifaire de son employeur qu'il jugeait inadaptée à la situation locale allant jusqu'à indiquer à son directeur régional qu'il ne les comprenait pas : "J'essuie les plâtres pour tenter de conserver les clients qui ne comprennent pas les augmentations d'honoraires bi annuelles (moi non plus d'ailleurs) ".

L'employeur communique sur ce point plusieurs correspondances de ses salariés, anciens collaborateurs de M. Riviere. Il s'agit des pièces suivantes :

- M. Amico écrit au directeur régional, le 5 Septembre 2005 le courrier suivant : " Le 29 Juin 2005, lors de la remise des bilans au client AIGLON, Camping du Clos, NICOLAS et CI-IABASSOT, [...] Monsieur RIVIERE leur a fait part de son désaccord sur la décision d'augmentation des honoraires en Juillet 2005, et a demandé à ses clients de lui envoyer un courrier en ce sens afin d'obtenir un avoir. La façon dont Monsieur RIVIERE s'est exprimé, était de nature à porter atteinte aux intérêts économiques de FIDUCIAL. "

- Mme Valat, dans son courrier du 12 septembre 2005 expose que " en ma présence également et devant plusieurs de mes clients M. Vicentini, SARL Quincaillerie cévenole, M. Rolland..., M. Riviere a ouvertement dénigré Fiducial surtout sur le poids des honoraires ainsi que sur le problème de la hiérarchie et de son manque d 'autonomie."

- Le 10 Septembre 2005, Mme Llech explique qu'en juillet 2005, M. Riviere avait souhaité convoquer ses propres clients pour leur remettre leur bilan. Au cours de cet entretien, Monsieur RIVIERE a indiqué à plusieurs reprises "qu'il avait décidé de quitter FIDUCIAL avant la fin de l 'année et que cela se ferait avant la fin de l 'année. Il a expliqué ce choix en disant qu'il désapprouvait totalement les augmentations des honoraires de FIDUCIAL 2 fois par an et que c 'était le seul directeur d 'agence à se "battre "pour essayer d 'éviter ces augmentations. Pour appuyer "son action" il a demandé aux clients de lui faire un courrier pour qu 'ils manifestent leur mécontentement face à ces augmentations répétées. Si le client ne savait pas quoi écrire, c 'est Monsieur RIVIERE qui leur dictait le courrier [...]".

Nonobstant les dénégations de M. Riviere, les déclarations concordantes de ses trois collaborateurs, qui ont précisé au cours de l'enquête pénale n'avoir subi aucune pression de la part de leur employeur, établissent la preuve que le salarié ne s'est pas contenté, comme il l'affirme, de remplir son obligation contractuelle d'information, mais qu'il a tenu devant les clients de Fiducial Expertise des propos contraires aux intérêts de celle-ci en remettant en question le bien fondé de sa politique tarifaire.

Ce faisant, il a fait preuve de déloyauté à l'égard de son employeur en plaçant celui-ci en situation de porte-à-faux vis à vis de plusieurs de ses clients, sur l'un des éléments essentiels de la relation contractuelle, à savoir le prix de la prestation.

De tels agissements rendaient impossibles le maintien du salarié dans l'entreprise même pendant la durée du préavis.

Compte tenu du niveau de responsabilité (directeur d'agence) et de qualification (expert-comptable) de l'auteur de propos dénigrant la politique tarifaire de l'employeur devant la clientèle, M. Riviere ne pouvait ignorer l'impact de tels propos et leur caractère préjudiciable pour Fiducial Expertise. Ces agissements caractérisent l'intention de lui nuire.

Le jugement sera infirmé en ce qu'il a requalifié le licenciement en licenciement pour cause réelle et sérieuse et le licenciement pour faute lourde validé.

Sur la régularité de la procédure :

La simple erreur matérielle affectant la lettre de licenciement sur la date de l'entretien préalable (9 et non 16 novembre) ne caractérise pas une irrégularité.

M. Riviere ne justifie pas que l'employeur ait manifesté son intention de rompre le contrat de travail avant la notification de sa décision.

Ce moyen n'est pas caractérisé.

M. Riviere sera débouté de l'intégralité de ses demandes.

Sur la demande reconventionnelle de Fiducial Expertise :

Au vu des éléments qui précèdent, s'il est établi que le salarié a tenu devant certains clients des propos déloyaux en remettant en cause le bien fondé des augmentations d'honoraires, il n'est pas démontré que les 68 clients ayant quitté le cabinet Fiducial l'ont fait en raison de ces manquements.

Les courriers de résiliation communiqués font état de l'augmentation des tarifs.

Faute d'établir le lien de causalité entre la faute lourde du salarié et le préjudice économique invoqué par elle, et non justifié au demeurant, la société Fiducial sera déboutée de sa demande en dommages et intérêts »

1°) ALORS QUE lorsqu'un salarié a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation était justifiée et, dans la négative seulement, statuer sur le licenciement ; qu'en l'espèce, la cassation à intervenir sur le premier moyen, relatif à la demande de résiliation judiciaire formulée par le salarié, entraînera l'annulation du chef de dispositif ayant dit que le licenciement pour faute lourde du salarié était justifié, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QU'une ordonnance de non-lieu devient définitive par l'effet de la prescription des faits reprochés et acquiert l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil dès lors que les faits reprochés au salarié sont identiques, peu important que l'employeur ne les ait pas qualifié juridiquement ; qu'en l'espèce, M. Rivière faisait valoir que l'ordonnance de non-lieu rendue en sa faveur avait acquis un caractère définitif en raison de la prescription des faits que lui reprochait son employeur et que, comme tel, cette décision avait donc autorité de la chose jugée, les reproches formulés par l'employeur étant identiques dans sa plainte pénale et dans la lettre de licenciement ; que la cour d'appel a cru pouvoir juger que la décision de non-lieu avait une portée relative et ne saurait à elle seule rendre le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse motif pris que la lettre de licenciement ne reprochait pas au salarié la commission d'une quelconque infraction pénale mais des faits qualifiés de déloyaux ; qu'en statuant par un tel motif inopérant, sans rechercher comme elle y était pourtant invitée, si par l'effet de la prescription, l'ordonnance de non-lieu n'avait pas acquis un caractère définitif lui conférant l'autorité de la chose jugée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de l'autorité, au civil, de la chose jugée, au pénal, ensemble l'article 1351 du code civil et l'article L. 1232-6 du code du travail ;

3°) ALORS QUE sauf abus résultant de propos injurieux, diffamatoires ou excessifs, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression ; qu'en l'espèce, Monsieur Rivière faisait valoir que s'il était en désaccord avec la nouvelle politique tarifaire de l'entreprise, les craintes exprimées à l'employeur étant demeurées sans réponse, et s'il avait échangé avec les clients de l'entreprise sur les nouvelles augmentations mises en place par son employeur, il n'avait pour autant jamais dénigré la société Fiducial Nationale Expertise Comptable pour le compte de laquelle il avait d'ailleurs obtenu des lettres de mission jusqu'au jour de son départ ; que pour dire que le licenciement pour faute lourde du salarié était justifié, la cour d'appel a cru pouvoir relever que M. Rivière avait « tenu devant les clients des propos contraires aux intérêts de son employeur en remettant en cause le bien-fondé de sa politique tarifaire » ; qu'en statuant de la sorte sans mieux préciser la teneur des propos du salarié ni dire en quoi ils étaient susceptibles de constituer un abus de sa liberté d'expression, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, privant ainsi sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 3141-26 du code du travail ;

4°) ALORS en tout état de cause QUE le seul fait pour un salarié de remettre en cause auprès des clients la politique tarifaire de l'entreprise et leur faire adresser des courriers de mécontentement à l'employeur, après que celui-ci se soit abstenu de répondre aux craintes que le salarié avait exprimées, ne constitue pas en soi une faute lourde, peu important les responsabilités dévolues au salarié et sa qualification ; qu'il appartient aux juges du fond de caractériser l'intention de nuire du salarié ; qu'en l'espèce, pour juger que l'intention de nuire du salarié était établie, la cour d'appel a cru pouvoir relever que, compte tenu de son niveau de responsabilité (directeur d'agence) et de sa qualification (expert-comptable), M. Rivière « ne pouvait ignorer » l'impact de ses propos et leur caractère préjudiciable pour Fiducial Expertise ; qu'en statuant par de tels motifs impropres à caractériser l'intention de nuire du salarié, après avoir au surplus écarté l'existence de tout démarchage de sa part et exclu le grief tiré de ce qu'il aurait demandé à un nouveau client potentiel de le désigner comme expert-comptable à titre personnel, la cour d'appel, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-1, L. 1234-5, L. 1234-9 et L. 3141-26 du code du travail ;

5°) ALORS à tout le moins QUE la faute lourde, comme la faute grave, étant celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, la mise en oeuvre de la procédure de licenciement doit intervenir dans un délai restreint après que l'employeur a eu connaissance des faits fautifs allégués ; qu'en l'espèce, le salarié faisait valoir que l'employeur avait tardé à engager la procédure disciplinaire (v. concl. p. 14 et 18 et arrêt p. 6 § 5) ; qu'il résulte des propres motifs de l'arrêt attaqué que M. Amico avait écrit au Directeur régional dès le 5 septembre 2005 pour l'informer de ce que M. Rivière s'était exprimé de manière à porter atteinte aux intérêts économiques de la société Fiducial Nationale Expertise Comptable en faisant part à ses clients de son désaccord sur la décision d'augmentation des honoraires et en leur

demandant d'écrire à la société pour obtenir des avoirs, que, par courrier du 12 septembre 2005, Mme Valat, avait exposé que M. Rivière avait en sa présence dénigré la société devant des clients et que, le 10 septembre 2005 Mme Lech exposait à son employeur que M. Rivière avait exprimé devant des clients son désaccord avec la nouvelle politique tarifaire de l'entreprise, qu'il se battait pour éviter ses augmentations et leur demandait d'appuyer son action en manifestant leur mécontentement ; qu'il était par ailleurs constant que la société Fiducial Nationale Expertise Comptable avait attendu le 27 octobre 2005 pour convoquer le salarié à un entretien préalable à un éventuel licenciement ; qu'il en résultait donc que la société Fiducial Nationale Expertise Comptable avait attendu plus de six semaines après que M. Amico, Mme Valat et Mme Lech l'avaient informée des prétendus agissements de M. Rivière, pour engager une procédure disciplinaire à son encontre ; que dès lors, en jugeant le licenciement pour faute lourde du salarié justifié, sans rechercher si le délai de plus de six semaines mis par l'employeur pour engager la procédure de licenciement après sa connaissance des faits reprochés au salarié, n'était pas de nature à exclure la faute lourde du salarié, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-1, L. 1234-5, L. 1234-9 et L. 3141-26 du code du travail ;