

**REPUBLIQUE FRANCAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL D'ANGERS  
Chambre Sociale, 04 Septembre 2012

Numéro d'inscription au répertoire général : 10/ 01890

Jugement au fond : Conseil de Prud'hommes Formation paritaire de SAUMUR, décision  
attaquée en date du 28 Juin 2010, enregistrée sous le no 09/ 00068

**APPELANT**

Monsieur Yves F.

xxx .

29300 ARZANO

Représenté par Maître Yves BEAUVOIS, avocat au barreau de LORIENT

**INTIMEE**

CLINIQUE CHIRURGICALE DE LA L.

xxx

BAGNEUX

49400 SAUMUR

Représentée par Maître Emmanuel CAPUS (SCP FIDAL), avocat au barreau d'ANGERS

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 24 Avril 2012 à 14 H 00 en audience publique et collégiale, devant  
la cour composée de :

Madame Catherine LECAPLAIN-MOREL, président

Madame Brigitte ARNAUD-PETIT, assesseur

Madame Anne DUFAU, assesseur, qui en ont délibéré

Greffier lors des débats : Madame LE GALL, greffier

ARRÊT du 04 Septembre 2012, contradictoire, prononcé publiquement, par mise à  
disposition au greffe, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions  
prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

Signé par madame LECAPLAIN MOREL, président, et par Madame LE GALL, greffier  
auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

\*\*\*

## FAITS ET PROCÉDURE :

Suivant contrat de travail à durée indéterminée du 7 octobre 2003 à effet au 13 octobre suivant, la société Nouvelle de la Clinique de Bagneux, devenue, à compter du 1er février 2006, la société Clinique chirurgicale de la L., a embauché M. Yves F. en qualité de responsable de maintenance, à la classification AM- b12- coefficient 316 de la convention collective de l'hospitalisation privée, moyennant une rémunération brute mensuelle portée à 2 173, 29 € après la période d'essai, pour un horaire hebdomadaire de travail de 35 heures.

Placé sous l'autorité du directeur de l'établissement, M. Yves F. était chargé des fonctions suivantes :

- " organisation du fonctionnement du service " maintenance et entretien ",
- compte rendus réguliers auprès de la direction et participation aux différentes réunions de travail pouvant concerner votre service ".

Par courrier du 2 août 2005, il s'est plaint auprès de son supérieur hiérarchique, M. Gérard A., des agissements à son égard du Dr B, l'un des administrateurs de la clinique.

Le 15 septembre 2006, le Dr B. a adressé directement à M. F. une lettre de reproches relatifs à certaines de ses actions et initiatives au sein de la clinique et à des dysfonctionnements concernant des commandes de matériels ou la transformation de certains locaux. Le salarié y a répondu par courrier circonstancié du 18 septembre suivant.

A compter du mois de juin 2007, le Dr Jean B...est devenu le directeur de l'établissement et, par voie de conséquence, le supérieur hiérarchique de M. F.

Par avenant no 3 au contrat de travail de M. F., du 12 juin 2007, il a été convenu que la gestion des logiciels d'applications professionnelles ne relèverait plus de ses fonctions. Par courrier du 11 octobre 2007, le Dr B. a reproché à M. F. l'achat de deux matériels faits de sa seule initiative sans qu'il en ait été lui-même informé, le défaut de résiliation du contrat afférent à un ancien matériel, et la souscription de contrats de prêt de longue durée pour certains matériels médicaux au lieu de contrats de crédit-bail. M. F. s'est expliqué, point par point, par courrier du 30 octobre suivant.

Par avenant no 4 du 16 octobre 2007, il a été convenu qu'il ne serait plus chargé de la " maintenance préventive et curative du réseau informatique intérieur de la clinique ".

Le 6 décembre 2007, la société Clinique chirurgicale de la L. lui a notifié une mise à pied disciplinaire d'une durée de quatre jours pour les motifs suivants :

- défauts relevés lors d'un contrôle technique d'un véhicule entraînant une contre visite, démontrant son manque de conscience professionnelle et de motivation ;

- d'une part, défaut d'information de la direction de l'existence, dans le contrat de maintenance de l'armoire de sang, d'une clause d'exonération de responsabilité de la société de maintenance en cas de perte de produits, quelle que soit la panne, d'autre part, absence de vigilance de sa part dans les contrôles de maintenance ;

- défaut de respect des consignes de la direction à l'occasion du remplacement d'un lavabo dans le cabinet de toilette dépendant du bureau d'un médecin.

M. F. en a contesté les motifs par courrier du 18 décembre 2007.

Il ne fait pas débat que, pendant cette mise à pied, les lundi et mardi 10 et 11 décembre 2007, M. Yves F. s'est présenté à la clinique, qu'il est passé à son bureau et est intervenu sur son ordinateur.

Il a été placé en arrêt de travail à compter du 14 décembre 2007, arrêt qui fut prolongé jusqu'au 29 octobre 2008.

Exposant qu'ayant été contrainte, par des nécessités de services, d'accéder au poste informatique de M. F. sans qu'il y ait eu accès à d'éventuels fichiers personnels ou correspondances privées, et qu'elle avait, à cette occasion, relevé la trace de suppression de documents confidentiels de la direction auquel le salarié n'avait pas accès normalement, ainsi que la trace de la suppression de documents téléchargés dont les titres laissaient présager le caractère pornographique, enfin, la présence de documents à caractère pornographique, voire pédophile, objets de vaines tentatives de suppression, et que les derniers actes de suppression apparaissaient aux dates des 10 et 11 décembre 2007, par requête du 22 février 2008, enregistrée le 28 février suivant, la société Clinique chirurgicale de la L. a sollicité la désignation d'un huissier de justice aux fins de réalisation d'un constat.

Par ordonnance du 29 février 2008, signifiée à M. F. le 10 mars suivant, Mme le président du tribunal de grande instance de Saumur a désigné la SCP Glotin-Fraval, huissiers de justice à Saumur, pour procéder aux opérations de constat requises.

Ces opérations, réalisées par l'huissier instrumentaire assisté d'un informaticien les 10, 12 mars et 17 avril 2008, ont donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal mettant en évidence des consultations, stockages, téléchargements de très nombreux fichiers (chiffrés en milliers) à caractère pornographique, ainsi que le stockage de fichiers à caractère médical, et des opérations d'effacement massif de ces fichiers, intervenues essentiellement entre le 27 et le 29 novembre 2007 et, pour la dernière fois, le 11 décembre 2007 à 2h03.

Ayant reçu notification de l'ordonnance le 10 mars 2008, M. Yves F. a déposé une main courante, le 14 mars suivant, au commissariat de police de Lorient pour dénoncer le caractère

inexact des faits dont il était accusé. Le 27 mars suivant, il a adressé un courrier au Directeur départemental du travail et de l'emploi pour arguer d'une attitude de harcèlement moral de la part de son employeur et dénier les faits de consultation de sites pédophiles et de stockage de fichiers dont il était accusé.

Par courrier du 2 avril 2008 avec copie à son employeur, il demandait à l'huissier instrumentaire de conserver en bon état le disque dur et le matériel informatique explorés aux fins d'une éventuelle " contre-expertise ".

Par lettre recommandée du 25 avril 2008, il a été convoqué à un entretien préalable en vue d'un éventuel licenciement pour le 6 mai suivant, auquel il ne s'est pas présenté.

Par lettre recommandée du 19 mai 2008, la société Clinique Chirurgicale de la L., lui a notifié son licenciement pour faute grave pour les motifs suivants :

"- utilisation massive du réseau internet au moyen de l'ordinateur mis à votre disposition pour l'exercice de vos fonctions, pendant et en dehors de vos temps de travail, sur le lieu de travail, par connexion régulière à des sites à caractère pornographique avec téléchargement de milliers de fichiers

- actes d'indélicatesse et abus dans l'exercice de vos fonctions par le détournement et le stockage sur votre ordinateur, à l'insu de la direction, de documents strictement confidentiels "

Le 20 novembre 2008, M. Yves F. a saisi le conseil de prud'hommes afin de contester la mise à pied disciplinaire ainsi que son licenciement, et d'obtenir divers sommes à titre de rappel de salaire et de dommages et intérêts.

Après avoir radié l'affaire par décision du 25 mai 2009, par jugement du 28 juin 2010, auquel il est renvoyé pour un ample exposé, le conseil de prud'hommes de Saumur a :

- annulé la mise à pied disciplinaire prononcée le 6 décembre 2007
- condamné la société Clinique chirurgicale de la L. à payer de ce chef à M. Yves F. la somme de 469, 56 € de rappel de salaire outre 46, 95 € de congés payés afférents
- ordonné la remise d'un bulletin de salaire correspondant et d'une attestation ASSEDIC rectifiés, et débouté le salarié de sa demande de dommages et intérêts pour préjudice distinct ;
- dit que le licenciement de M. Yves F. repose bien sur une faute grave et débouté ce dernier de l'ensemble de ses prétentions au titre de cette mesure ;
- débouté les parties de leurs demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamné la société Clinique chirurgicale de la L. aux dépens.

Les deux parties ont reçu notification de ce jugement le 30 juin 2010. M. Yves F. en a régulièrement relevé appel par lettre recommandée postée le 19 juillet 2010.

Les parties ont été convoquées par le greffe pour l'audience du 11 octobre 2011, date à laquelle l'affaire a été renvoyée à leur demande à l'audience du 24 avril 2012.

#### PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES :

Aux termes de ses écritures enregistrées au greffe le 3 octobre 2011, soutenues oralement à l'audience, ici expressément visées et auxquelles il convient de se référer, M. Yves F. demande à la cour :

- de confirmer le jugement entrepris en ce que :
  - il a prononcé la nullité de la mise à pied disciplinaire du 6 décembre 2007 au motif, tout d'abord, de l'irrégularité de forme tenant à l'absence de convocation à un entretien préalable alors qu'il s'agit d'une sanction qui a une incidence directe sur la rémunération, en second lieu, que cette sanction est injustifiée au fond en ce que :
  - le grief relatif au contrôle technique ne lui est pas imputable, qu'il n'a jamais eu connaissance d'un éventuel défaut du véhicule concerné et que les anomalies relevées étaient mineures,
  - il ne relevait pas de ses fonctions de conclure les contrats de maintenance et encore moins d'en examiner les dispositions juridiques et leur portée ; il est établi que la panne qui a affecté l'armoire de sang est exclusivement imputable au prestataire chargé de sa maintenance, le lavabo mis en place n'était pas détérioré ;
  - il a condamné l'employeur à lui payer la somme de 469, 56 € à titre de rappel de salaire outre 46, 95 € de congés payés afférents ;
  - d'infirmier le jugement entrepris en ce que :
  - il l'a débouté de sa demande de dommages et intérêts distincts au titre de la mise à pied disciplinaire et de condamner l'intimée à lui payer, de ce chef, la somme de 2 189 €, représentant un mois de salaire, en réparation du préjudice moral causé par cette mesure ;
  - il a retenu l'existence d'une faute grave alors que :
- 1) s'il reconnaît être venu à son bureau les 10 et 11 décembre 2007 et avoir alors prélevé des informations et fait des copies de mails sur son ordinateur et s'il n'élève aucune contestation sur la matérialité des constatations réalisées par l'huissier instrumentaire, il entend opposer que l'employeur est défaillant à rapporter la preuve de l'imputabilité des faits invoqués à l'appui du licenciement en ce que les opérations de constat ont été diligentées hors sa présence, alors qu'il était absent de l'entreprise depuis trois mois, que son ordinateur était accessible à d'autres services et à d'autres personnes, qu'un audit réalisé au sujet de la sécurité-réseau avait révélé d'importantes lacunes au sujet des mots de passe, que l'ordinateur n'était pas protégé par un code d'accès personnel, de sorte que les fichiers litigieux ont pu être téléchargés ou importés sur son ordinateur par d'autres personnes, avant son propre départ de l'entreprise ou après, étant précisé que les fichiers importés d'une autre source conservent la

date à laquelle ils ont été créés sur cette source ; que, s'agissant des fichiers médicaux confidentiels, la secrétaire de direction de l'époque atteste les avoir introduits par erreur sur son ordinateur en manipulant une clé USB ; que, s'agissant des fichiers à caractère pornographique, il est très plausible, compte tenu du climat d'hostilité qui existait entre lui et le Dr B. depuis 18 mois et du désir de ce dernier de le voir partir, qu'ils aient été introduits sur son ordinateur par malveillance afin de monter de toutes pièces un dossier propre à justifier son licenciement ;

2) si la cour estime que les griefs sont fondés, la prescription est, en tout état de cause, acquise dans la mesure où, comme cela ressort des termes de la requête, l'employeur a eu connaissance des faits constitutifs des griefs invoqués avant le 17 janvier 2008, de sorte que la convocation à l'entretien préalable aurait dû intervenir avant le 18 mars suivant ;

- en conséquence, de condamner la Clinique chirurgicale de la L. à lui payer les sommes suivantes :

- 5 128, 82 € d'indemnité compensatrice de préavis outre 512, 88 € de congés payés afférents ;
- 2 989, 60 € d'indemnité de licenciement ;
- 2 000 € de dommages et intérêts pour non respect du DIF ;
- 30 772, 52 € de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- 815, 86 € de rappel de salaire pour heures supplémentaires outre 81, 58 € de congés payés afférents ;
- 2 500 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;
- d'ordonner la remise d'un bulletin de salaire conforme et d'une attestation ASSEDIC rectifiée;
- de condamner la société Clinique chirurgicale de la L. aux entiers dépens.

Aux termes de ses écritures enregistrées au greffe le 23 avril 2012, soutenues oralement à l'audience, ici expressément visées et auxquelles il convient de se référer, la société Clinique chirurgicale de la L. demande à la cour :

- d'infirmier le jugement entrepris en ce qu'il a annulé la mise à pied disciplinaire du 6 décembre 2007 et l'a condamnée à payer à M. Yves F. les sommes de 469, 56 € et 46, 95 € à titre de rappel de salaire et de congés payés afférents ;
- de le confirmer pour le surplus ;
- de condamner l'appelant à lui payer la somme de 3 000 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et à supporter les entiers dépens.

S'agissant de la mise à pied disciplinaire, elle oppose qu'au regard des dispositions de l'article L. 1333-2 du code du travail, le non-respect de la procédure, en l'occurrence l'absence de convocation à l'entretien préalable, n'est pas automatiquement sanctionné par la nullité de la mise à pied, cette sanction constituant une simple faculté pour le juge et s'avérant injustifiée en l'espèce dans la mesure où, au fond, les griefs invoqués sont parfaitement établis.

En tout état de cause, elle conclut au rejet de la demande de dommages et intérêts pour préjudice distinct de la perte de salaire, le préjudice ainsi allégué n'étant pas démontré.

S'agissant du licenciement, l'employeur rétorque que les constatations réalisées par l'huissier établissent la matérialité des deux griefs invoqués pour motiver la rupture, à savoir, d'une part, la consultation massive, le téléchargement et le stockage de milliers de fichiers à caractère pornographique, d'autre part, le détournement et le stockage de documents internes confidentiels, et l'imputabilité de ces faits à M. F. dont l'ordinateur personnel était bien protégé par un mot de passe personnel et qui a procédé à des opérations de nettoyage de son ordinateur juste avant son départ et, pour la dernière fois, les 10 et 11 décembre 2007.

Elle estime que ces faits sont constitutifs d'une faute grave en ce qu'ils caractérisent un manquement à l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, une violation du règlement intérieur, une atteinte à son image de marque.

Au moyen tiré de la prescription, elle rétorque que c'est seulement le 24 avril 2008, date à laquelle a été dressé le procès-verbal d'huissier qu'elle a eu une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié et qu'elle a, sans délai, par lettre du lendemain, convoqué M. F. à un entretien préalable.

L'intimée s'oppose à la demande de rappel de salaire pour heures supplémentaires et, à titre très subsidiaire, elle discute les sommes sollicitées au titre de la rupture.

#### MOTIFS DE LA DÉCISION :

Sur la mise à pied disciplinaire :

Attendu qu'aux termes de l'article L. 1333-2 du code du travail, le juge prud'homal peut annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise ;

Attendu que la mise à pied disciplinaire notifiée à M. Yves F. le 6 décembre 2007 était motivée par les faits suivants :

- défauts relevés lors d'un contrôle technique d'un véhicule entraînant une contre visite, démontrant son manque de conscience professionnelle et de motivation ;
- d'une part, défaut d'information de la direction de l'existence, dans le contrat de maintenance de l'armoire de sang, d'une clause d'exonération de responsabilité de la société de maintenance en cas de perte de produits, quelle que soit la panne, d'autre part, absence de vigilance du salarié dans les contrôles de maintenance ;
- défaut de respect des consignes de la direction à l'occasion du remplacement d'un lavabo dans le cabinet de toilette dépendant du bureau d'un médecin ;

Attendu que, pour prononcer l'annulation de cette mise à pied disciplinaire, les premiers juges ont retenu le défaut de convocation du salarié à un entretien préalable, le défaut d'imputabilité des deux premiers griefs à ce dernier, et le caractère disproportionné de la sanction en considération du dernier ;

Attendu qu'en application des dispositions de l'article L. 1332-2 du code du travail, dans la mesure où la sanction de mise à pied disciplinaire envisagée par la société Clinique chirurgicale de la L. à l'égard de M. Yves F. avait une incidence sur sa rémunération, elle se devait, afin de lui permettre de fournir ses explications, de le convoquer à un entretien préalable, ce qu'elle reconnaît n'avoir pas fait ; que, pour ce premier motif, la nullité de la sanction est encourue ;

Attendu, au fond, que le comportement fautif du salarié doit se manifester par un acte positif ou une abstention de nature volontaire, fait avéré qui lui est imputable et constitue une violation des obligations du contrat de travail ;

Attendu que, s'il relevait bien des fonctions de M. F. de veiller à l'état des matériels de la clinique, notamment des véhicules, en ce qu'il devait organiser, mettre en place et contrôler " une maintenance préventive " de tous les équipements pouvant en bénéficier ainsi que " les maintenances curatives " des différents matériels, équipements et bâtiments de la clinique, les quatre défauts à corriger avec obligation d'une contre-visite, révélés par le rapport de contrôle technique réalisé le 30 novembre 2007 sur un véhicule utilisé par l'un des ouvriers de maintenance, sont des défauts mineurs qui ne permettent pas, à eux seuls, de caractériser le grief de manque de conscience professionnelle et de motivation reproché à l'appelant ;

Attendu, s'agissant du défaut d'information de la direction de l'insertion, dans le contrat de maintenance de l'armoire de sang, d'une clause exonérant le prestataire de service de sa responsabilité en cas de perte de produits, qu'il n'entraît dans les fonctions de M. F. ni de négocier, ni de signer les contrats conclus par la clinique avec les tiers ; qu'il n'est pas allégué que la clause litigieuse aurait été insérée dans le contrat litigieux par ses soins à l'insu de son employeur ; qu'en sa qualité de responsable de la maintenance, il n'entraît pas non plus dans ses fonctions, ni d'ailleurs dans les compétences pouvant être attendues de lui, d'attirer l'attention du directeur de la Clinique sur la portée juridique d'une clause insérée dans un contrat conclu et signé par ce dernier ;

Attendu, s'agissant de l'absence de vigilance dans " les contrôles de maintenance ", que la société Clinique chirurgicale de la L. ne produit pas de pièce établissant la réalité de ce grief et que l'appelant justifie, par la production du rapport d'expertise-assurance qui a été dressé au sujet de la panne de l'armoire de sang, que celle-ci était exclusivement imputable à une intervention de la société de maintenance sur cette armoire et au défaut d'information, lui incombant également, la société de maintenance n'ayant pas indiqué à la clinique que l'armoire n'était pas équipée d'une alarme autoalimentée de sorte qu'une simple coupure d'électricité rendait l'alarme existante inopérante ; que M. F. verse également aux débats les

attestations établies par M. Gérard A, ancien directeur de la clinique, et par Mme Barbara C, pharmacien à la clinique, lesquels témoignent de sa conscience professionnelle, de sa disponibilité, de sa diligence pour assurer ses tâches, notamment, les travaux et opérations de maintenance, de ses exigences en matière de qualité de travail ; qu'un prestataire extérieur, intervenant sur les matériels informatiques, relate qu'il était pointilleux, dans l'intérêt de l'entreprise qui l'employait ;

Que les premiers juges ont donc également considéré à juste titre que ce second grief n'est pas non plus fondé à l'égard du salarié ;

Attendu que le troisième reproche tient à un défaut de respect des consignes relatives à l'installation d'un lavabo dans le cabinet de toilette du Dr D , en ce que M. F. aurait installé un " lavabo de récupération, fêlé et sale et non-conforme aux règles d'hygiène de la clinique ", et que la robinetterie aurait dû être remplacée en urgence ;

Attendu que, par courrier électronique du 12 novembre 2007, le Dr B. avait demandé à M. F. de procéder au remplacement du lave-mains se trouvant dans le cabinet de toilettes du Dr D... par un modèle plus grand permettant le rinçage des instruments, et il lui indiquait qu'un lavabo de diamètre 40 avec robinetterie en col de cygne devrait convenir, un modèle conforme d'un coût de 68 € ayant été repéré par ses soins à Doué la Fontaine ;

Attendu que l'employeur ne verse aux débats aucune pièce de nature à justifier de l'état du lavabo installé, ni d'ailleurs d'une quelconque plainte du Dr D. à ce sujet dont M. F. indique qu'il a validé, le 21 novembre 2007, l'installation réalisée le 19 novembre précédent ; qu'il n'établit pas non plus la réalité du remplacement de robinetterie allégué ; que M. F. produit quant à lui la facture relative à la prestation litigieuse, de laquelle il ressort qu'elle a bien été réalisée le 19 novembre 2007 avec fourniture d'un " lavabo de récupération en bon état général " ; qu'il suit de là que le grief n'apparaît pas non plus fondé en ce que le modèle de lavabo désigné par le Dr B...procédait d'une simple suggestion et que la preuve de la mise en place d'un matériel dans un état incompatible avec les règles d'hygiène de la clinique n'est pas rapportée ;

Attendu, comme l'ont exactement retenu les premiers juges, que l'irrégularité de forme tirée du défaut de convocation de M. F. à un entretien préalable alors que la sanction envisagée était pour lui lourde de conséquences pécuniaires, et le caractère injustifié des griefs justifient l'annulation de la mise à pied disciplinaire prononcée le 6 décembre 2007, le jugement étant également confirmé en ses dispositions relatives au rappel de salaire, dont le montant a été exactement évalué, et à la délivrance d'un bulletin de salaire et d'une attestation ASSEDIC rectifiés ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages et intérêts complémentaires formée par M. F., le conseil a retenu que celui-ci ne justifiait pas d'un préjudice distinct de la perte de salaire;

Mais attendu que le rappel de salaire alloué à M. F. est la simple conséquence de l'annulation de la mise à pied disciplinaire et n'a aucun caractère indemnitaire ; attendu que l'inobservation des règles de forme cause nécessairement un préjudice au salarié ; qu'en ne convoquant pas l'appelant à un entretien préalable, la société Clinique chirurgicale de la L. l'a privé du droit de faire valoir ses observations et d'assurer sa défense ; que le préjudice moral allégué apparaît d'autant plus établi en l'espèce que l'employeur s'avère défaillant à établir le caractère fautif des faits reprochés à M. F. ; que, par voie d'infirmité du jugement déféré, il sera en conséquence condamné à lui payer la somme de 500 € à titre de dommages et intérêts ;

Sur le licenciement :

Attendu qu'aux termes de la lettre de licenciement du 19 mai 2008, très circonstanciée sur quatre pages, et qui fixe les données du litige, la société Clinique chirurgicale de la L. a fondé la rupture du contrat de travail de M. Yves F. pour faute grave sur les motifs suivants :

1) " Utilisation massive du réseau internet au moyen de l'ordinateur mis à votre disposition pour l'exercice de vos fonctions, pendant et en dehors de vos temps de travail, sur le lieu de travail, par connexion régulière à des sites à caractère pornographique avec téléchargement de millier de fichiers " ;

2) " Actes d'indélicatesse et abus dans l'exercice de vos fonctions par le détournement et le stockage sur votre ordinateur, à l'insu de la direction, de documents strictement confidentiels " ;

Attendu que la faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ;

Attendu, comme elle l'avait fait dans la requête soumise au président du tribunal de grande instance de Saumur le 28 février 2008, qu'au début de la lettre de licenciement, la société Clinique chirurgicale de la L. rappelle qu'à la fin du mois de janvier 2008, elle a été contrainte d'accéder à l'ordinateur de M. F. pour des besoins de service tenant à la consultation de l'adresse de fournisseurs et de notices techniques, à l'accès aux logiciels de gestion de maintenance ; qu'ont alors été constatées la trace de suppression de documents téléchargés dont le titre laissait présager un caractère pornographie voire pédophile, la présence de documents à caractère pornographique voire pédophile dont la suppression avait été tentée, et la trace de suppression de certains documents confidentiels de la direction que le salarié n'avait pas à stocker ;

Qu'il ressort des débats et du procès-verbal établi par l'huissier instrumentaire, lequel a, lors de ses opérations menées le 10 mars 2008, rencontré M. Jean-Marc E., " responsable informatique " au sein de la société Clinique chirurgicale de la L. depuis le mois de janvier

2008, que c'est ce dernier qui est ainsi intervenu, le 17 janvier 2008, sur l'ordinateur portable mis par l'employeur à la disposition de M. F. ; que la matérialité de ce fait n'est pas contestée ;

Attendu que les faits reprochés à l'appelant, dans la lettre de licenciement, au titre du premier grief sont tirés du constat d'huissier et consistent en :

- des connexions à des sites à caractère pornographique,
- des téléchargements et stockages de fichiers : photos et vidéos contenant des scènes pornographiques (sodomie, zoophilie,...), soit 25 000 fichiers à caractère pornographique représentant plus de 513 000 000 octets,
- un nettoyage anormal de son ordinateur par téléchargement d'un logiciel " C. CLEANER " destiné à effacer ses traces de navigation, de fichiers et autres données ;

Attendu qu'il ressort du procès-verbal de constat que, le 10 mars 2008, à l'ouverture de l'ordinateur, il est apparu qu'à l'intérieur de l'ordinateur, les fichiers étaient effacés et qu'il était nécessaire de les restaurer au moyen d'un programme spécifique ; que l'informaticien qui assistait l'huissier instrumentaire a mis en évidence que ces suppressions avaient été essentiellement réalisées entre le 27 et le 29 novembre 2007 et, pour la dernière fois, le 11 décembre 2007 à 2h03 du matin au moyen d'un logiciel " C. CLEANER " en téléchargement libre sur internet dont le procès-verbal souligne le caractère " particulièrement efficace lorsque l'on veut volontairement effacer des traces de navigation de fichiers et autres données";

Attendu que les opérations de récupération des données effacées ont permis d'identifier la date et l'heure de réalisation de chaque manipulation restaurée ; que trois répertoires ainsi dénommés ont été identifiés :

- le premier : " YD ",
  - le second : " Y- F. ,
  - le troisième : " FSMS-Y F. ", le plus ancien, dépourvu d'activité particulière ;
- que le répertoire " YD " contenait 12 319 fichiers de tous ordres dont environ 6000 dossiers à caractère pornographique constitués essentiellement par des fichiers et des vidéos dont des exemplaires, annexés au procès-verbal, ne laissent aucun doute sur le caractère pornographique ; qu'il ressort des indications fournies par l'informaticien qui assistait l'huissier que les photos ont pu être téléchargées ou simplement lues, tandis que les fichiers vidéo ont nécessairement été téléchargés ;

Attendu que la restauration d'une partie de la corbeille, sur la partition " SYSTEM ", a conduit à la récupération de 13 000 fichiers constitutifs d'images pornographiques volontairement effacées ; que la restauration de la partition " DONNEES " et de la " CORBEILLE DONNEES " a révélé 1 593 fichiers représentant 513 méga octets, correspondant à des vidéos à caractère pornographique et à beaucoup de documents Word et Exel ; qu'un dossier no 61521966518026-2632462 contenait une centaine de fichiers vidéos, dont le quart était lisible

et représentait des scènes pornographiques, de sodomie, de zoophilie ; que ces constatations sont illustrées par les annexes ;

Attendu que les opérations conduites ont encore permis de mettre en évidence les dates et durées de consultation de sites et images pornographiques, à titre d'exemple : pendant 1h30 le 8 août 2007, pendant, respectivement, 18 minutes, 21 minutes, 4 minutes et 12 minutes les 14, 26, 27 et 29 novembre 2007, de 17h46 à 19h33 le 17 septembre 2007, puis, le lendemain : de 9h50 à 9h59, de 10h11 à 10h22, puis de nouveau à 11h48 ;

Attendu que ces éléments, dont M. Yves F. indique expressément ne pas contester la matérialité, établissent la réalité des faits invoqués au titre du premier grief ;

Attendu que les opérations de restauration de la corbeille ont également révélé le stockage et la suppression de 290 documents Word ayant des intitulés médicaux, classés dans des répertoires précisément dénommés tels que :

- " CONTRATS " : 38 documents à type de contrats ou avenants concernant des médecins nominativement ou des postes,
  - " GASTROS " : 6 documents à type de compte rendus de réunion gastro,
  - " OPHTALMO " : 45 documents au nom de médecins et de leurs clients,
  - " NOTES " : 31 documents à type de notes médicales,
  - " ORL " : 20 documents " compte rendu et Dr Q..." ,
  - " ORTHO " : 20 documents " Dr F..., R..., S..... " ,
  - " RADIO " : 20 documents " Dr G..., T..... " ,
- ... etc... ;

Que, là encore, les éléments ainsi recueillis dans le cadre des opérations de constat, dont l'appelant déclare ne pas contester la matérialité, établissent la réalité des faits invoqués au titre du second grief ; et attendu que M. F. reconnaît que de tels fichiers n'avaient pas à figurer sur son ordinateur, ces documents étant parfaitement étrangers à ses fonctions ;

Attendu que le salarié invoque la prescription des faits invoqués à l'appui de son licenciement, en soutenant qu'il résulterait des énonciations contenues dans la requête soumise à Mme la Présidente du tribunal de grande instance de Saumur que la société Clinique chirurgicale de la L. en avait eu connaissance dès le 17 janvier 2008, date d'intervention de M. E...sur son ordinateur ;

Mais attendu qu'il ressort clairement, tant des termes de la requête, que des opérations de constat que, si M. E...a pu mettre en évidence la suppression des fichiers et le probable caractère pornographique de certains d'entre eux à raison de leur intitulé (" sextracker ", " youngporn "...), déterminer que les dernières suppressions avaient eu lieu le 11 décembre 2007 à 3 heures du matin, il n'a pas pu récupérer les données et restaurer le contenu des fichiers, ces opérations de récupération et restauration ayant nécessité, de la part de l'informaticien requis par l'huissier instrumentaire, l'utilisation de deux logiciels particuliers

dénommés Stellar Phoenix Deleted File Recovery V3. 0 et RESTAURATION 2. 5. 14, ainsi que de très nombreuses heures de travail ;

Qu'il est ainsi établi que c'est seulement à la faveur des éléments révélés par les opérations de constat et contenus dans le rapport dressé le 17 avril 2008 par Maître Pierre H., huissier de justice, que la société Clinique chirurgicale de la L. a pu avoir une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés à M. Yves F. ; qu'en le convoquant par lettre du 25 avril 2008 à un entretien préalable à un éventuel licenciement fixé au 6 mai suivant, elle a parfaitement respecté le délai de deux mois qui s'imposait à elle en application des dispositions de l'article L. 1332-4 du code du travail ; que le moyen tiré de la prescription des faits fautifs invoqués à l'appui du licenciement est donc mal fondé ;

Attendu que M. Yves F. conteste également que soit rapportée la preuve de ce que les faits ainsi invoqués lui seraient imputables ;

Attendu que l'ordinateur portable examiné a été très précisément identifié au cours des opérations de constat comme étant " le HP Compaq n X9105, no de série : CND45111XD, référence HP : PG691ET # ABF, référence : CNX9105KF2800W540 XCG51HT " ; que la société Clinique chirurgicale de la L. établit, par la production de sa pièce no 16 " inventaire des unités centrales " du 1er décembre 2004, qu'il s'agit bien de l'ordinateur remis à M. Yves F. ; que ce dernier ne conteste d'ailleurs pas que les investigations ont bien été menées sur l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur et qu'il utilisait dans l'exercice de ses fonctions ;

Attendu qu'au titre de l'imputabilité, M. F. argue de ce qu'il n'était pas présent aux opérations de constat ; mais attendu que cet argument apparaît sans portée dans la mesure où il n'a jamais contesté l'ordonnance ayant autorisé ces opérations, qu'il ne remet pas en cause leur régularité, qu'il indique au contraire expressément ne pas contester la matérialité des constatations de l'huissier, qu'il n'invoque aucune atteinte à sa vie privée étant souligné qu'il est constant qu'aucun courrier ou fichier personnel n'a été découvert ou atteint ; que la circonstance qu'il n'ait pas assisté aux opérations de constat est, dans ces conditions, sans incidence sur la preuve de l'imputabilité des faits dont la matérialité n'est pas discutée ;

Attendu qu'invoquant les insuffisances du système informatique de la Clinique en termes de sécurité et le fait que beaucoup de personnes auraient eu accès à son poste informatique, M. F. soutient que les fichiers pornographiques objets des opérations de constat ont pu être importés par des tiers sur son ordinateur, y compris après son départ de l'entreprise et que les fichiers médicaux confidentiels apparaissent avoir été importés par erreur par Mme Claudie I..., ancienne secrétaire de direction de la Clinique, comme elle en atteste ;

Attendu que, si un rapport d'" " audit sécurité ", établi le 3 janvier 2007 au sujet du système informatique en place au sein de la société Clinique chirurgicale de la L. a mis en évidence des insuffisances et notamment, la nécessité d'isoler les réseaux entre eux, de changer le mot de passe " Administrateur " et de mettre en oeuvre un " programme de sensibilisation et

politique de mot de passe " pour les utilisateurs, d'une part, il est inexact de soutenir que ces derniers n'avaient pas de mot de passe avant cet audit, le rapport soulignant seulement (page 9) que certains utilisateurs avaient communiqué leur mot de passe à d'autres, d'autre part, l'intimée justifie de ce que le mot de passe " Administrateur " a été changé, par M. F. lui-même, le 13 février 2007 et qu'il a été convenu de le changer tous les six mois, soit le 15 mars et le 15 septembre de chaque année, d'autre part, qu'a été mise en place, à compter de février 2007, entre autres mesures, une stratégie de changement de son mot de passe par chaque utilisateur tous les 90 jours ; attendu que M. E..., informaticien au sein de la société Clinique chirurgicale de la L., atteste de ce que cette protection par mot de passe et cette stratégie de changement des mots de passe des utilisateurs était toujours en vigueur lors de son arrivée en janvier 2008 et que le compte utilisateur de M. F. était régi par ces règles ; que M. Jean-Paul J..., technicien de maintenance, témoigne n'avoir jamais eu connaissance du mot de passe de l'ordinateur de M. F. et n'avoir jamais eu accès à son ordinateur, un poste étant disponible à l'atelier de maintenance ;

Attendu que, si des insuffisances dans la sécurité informatique pouvaient être déplorées antérieurement à février 2007, l'employeur justifie y avoir remédié, et M. F. ne produit aucun élément objectif de nature à accréditer sa thèse selon laquelle des tiers accédaient couramment à son poste informatique après cette date et selon laquelle les très nombreux stockages, consultations et téléchargements constatés sur son ordinateur postérieurement à cette date auraient pu aisément être l'oeuvre de tiers ;

Attendu en effet, outre qu'ils sont tous laconiques et imprécis sur ce point, qu'aucun des trois témoignages qu'il verse aux débats au soutien de sa thèse ne comporte l'indication, qu'à le supposé avéré, l'accès courant par des tiers à son ordinateur se serait produit encore après la mise en oeuvre des préconisations de l'audit, action à laquelle M. F. apparaît avoir été particulièrement partie prenante eu égard à ses fonctions ; que Mme C..., pharmacienne de la Clinique, indique seulement que le poste informatique de l'appelant était très souvent accessible au personnel de son service et " aux autres personnes " sans plus circonstancier son propos ni expliquer en quoi ses propres fonctions lui auraient permis de constater personnellement de tels faits ; que M. K..., gérant d'une entreprise prestataire de la Clinique, relate, sans autres précisions, avoir constaté que " M. F. avait à travailler sur des ordinateurs multiples qui pouvaient être empruntés par d'autres employés de la Clinique à l'occasion de manipulations spécifiques " ; que M. Jérôme P..., directeur de la société SCRIBA qui a assuré pendant deux ans les interventions sur les ressources informatiques de la société Clinique chirurgicale de la L., notamment la sécurité des réseaux et la maintenance des systèmes, indique que son ingénieur, M. Mathieu M..., qui intervenait fréquemment sur les sites de la Clinique, " a toujours pu constater que le bureau de M. F. était libre d'accès à l'ensemble des techniciens ou de son encadrement " ; mais attendu qu'il ne ressort de cette attestation, au demeurant purement référendaire, aucun constat d'un accès de tiers à l'ordinateur de l'appelant;

Attendu, s'agissant du témoignage de Mme I., ancienne secrétaire de direction, produit pour la première fois en cause d'appel, qu'il en ressort qu'en 2004/ 2005, elle allait relever les mails de

la Clinique sur le poste informatique de M. F., que le " bureau " de ce dernier était toujours ouvert à quiconque avait besoin d'une information, que, " par la suite ", son poste informatique était utilisé au cours des formations et des réunions pour projeter des fichiers POWERPOINT ; que ce témoignage n'est donc pas non plus de nature à démontrer la réalité de l'usage du poste de M. F. par des tiers, après février 2007, dans des circonstances propres à permettre les téléchargements, consultations et stockages massifs constatés ; que le témoin expose ensuite qu'à une date qu'elle ne précise pas, elle a branché sa clé USB sur le poste informatique de M. F. et que, par un clic droit de la souris, elle a copié sur le disque dur tout le contenu de sa clé comportant des dossiers " accords d'entreprise ", " assemblée générale ", " comité d'entreprise ", " comité de direction ", " courriers et contrats praticiens ", " courriers extérieurs " et maints autres dossiers confidentiels ; que, s'étant tout de suite rendue compte de son erreur de manipulation, elle a immédiatement supprimé les dossiers ainsi copiés sur le disque dur du poste de M. F. et a vidé le contenu de sa corbeille de sorte que son collègue n'a pas pu prendre connaissance du contenu des dits fichiers ;

Attendu, outre que le témoin ne date pas cet épisode, que cette attestation ne permet pas à l'appelant de soutenir utilement que les fichiers médicaux restaurés sur son poste au cours des opérations de constat le 17 avril 2008 proviendraient de la manipulation décrite par Mme I...puisque celle-ci indique avoir importé tous les fichiers à la même date en une seule manipulation et les avoir immédiatement supprimés, alors qu'il ressort de l'annexe 34 du procès-verbal de constat que les dates de création des fichiers médicaux litigieux sur l'ordinateur de M. F. sont très diverses et s'étalent sur plusieurs années, de 2003 à 2006 ; qu'en outre, les noms de dossiers précisément cités par le témoin ne correspondent pas à ceux révélés par les opérations de restauration réalisées dans le cadre du constat d'huissier ;

Attendu que l'argument tiré d'une possible introduction de fichiers sur son ordinateur après son départ n'est pas non plus pertinent puisqu'il résulte des opérations de constat qu'aucune modification du contenu des répertoires et fichiers de l'ordinateur de M. F. n'est intervenue au-delà du 11 décembre 2007, la première intervention ultérieure étant celle de l'informaticien de la clinique, le 17 janvier 2008 ;

Attendu que l'appelant reconnaît expressément être revenu à la clinique les 10 et 11 décembre 2007, au cours de la mise à pied disciplinaire, et ce depuis sa résidence de Lorient ; qu'il motive ce déplacement par son souhait de s'expliquer avec son employeur et expose que, blessé par le constat de l'absence de dialogue possible, il a pris rendez-vous avec le médecin du travail pour le lendemain à 16 heures, ce dont il justifie ; qu'il précise être passé à son bureau " afin de prélever des informations et faire copie de mails en cours afin de continuer de suivre les dossiers urgent " ; que les opérations de constat ont mis en évidence que les dernières opérations d'effacement avaient eu lieu le 11 décembre 2007 à 2h03 du matin ;

Attendu qu'en l'absence d'éléments propres à étayer la thèse d'un défaut de sécurité du système informatique de la clinique au-delà du mois de février 2007 et de la réalité de l'intervention courante de tiers sur l'ordinateur de M. F., le caractère massif, régulier, répété dans la semaine et même dans la journée, des consultations, téléchargements et stockages de

fichiers à caractère pornographique enregistrés sur le disque dur de l'ordinateur de l'appelant, le stockage de ces fichiers dans des répertoires clairement établis à son nom et la structuration de ces fichiers dans les dits répertoires, les opérations très massives d'effacement réalisées, au moyen d'un logiciel performant, très essentiellement quelques jours avant la mise à pied disciplinaire et, en dernier lieu, nuitamment le 11 décembre 2007 lors du retour de M. F. dans l'entreprise au cours de sa mise à pied et alors qu'habituellement, il ne travaillait jamais le lundi matin, l'absence d'opération enregistrée sur l'ordinateur entre cette date et le 17 janvier 2008 établissent suffisamment que les faits reprochés au salarié du chef des fichiers à caractère pornographique stockés et téléchargés sur son ordinateur, et des consultations de sites pornographiques lui sont bien imputables ;

Que, pour les mêmes raisons, et eu égard en outre à la structuration très précise des fichiers à caractère médical dans des répertoires bien déterminés, au fait que le stockage s'étend sur plusieurs années, qu'il est suffisamment établi que les fichiers médicaux restaurés ne peuvent pas correspondre à ceux objets du témoignage de Mme I..., la preuve de l'imputabilité des seconds faits reprochés à l'appelant est également rapportée ;

Et attendu que l'attestation lapidaire, établie le 1er mars 2010 en termes exclusivement généraux, par M. N..., technicien en informatique, qui indique qu'un utilisateur " standard " ne peut pas savoir ce qui a transité sur un poste informatique avant son utilisation par ses soins, surtout si le précédent utilisateur a effacé ses traces, et que la récupération des données ne peut être réalisée qu'au moyen d'outils spécifiques, et qui ajoute que les données présentes sur tout support de stockage (disque dur, clé USB...) peuvent être altérées, modifiées ou créées ainsi que les attributs les concernant telle la date de leur création, mais ne comporte aucune critique ni aucun commentaire au sujet des constatations objets du procès-verbal dressé par Maître H..., annexes à l'appui, et dont M. F. ne conteste pas la matérialité, n'apporte aucun élément concret de nature à ébranler les dites constatations et les éléments objectifs permettant d'imputer à l'appelant les faits auxquels elles se rapportent ;

Attendu que la consultation de sites pornographiques, le stockage de fichiers à caractère pornographique, le téléchargement de documents de ce type, massifs, réguliers et répétés, au moyen de l'ordinateur, propriété de la société Clinique chirurgicale de la L., mis à la disposition de M. F. pour exécuter ses missions, et ce, pendant le temps de travail, alors que l'employeur est en droit d'attendre du salarié qu'il consacre, sans distraction de ce type excédant très amplement le simple écart malsain, son temps de travail à l'exécution des tâches pour lesquelles il le rémunère, et le stockage de documents médicaux confidentiels, totalement étrangers à l'exercice des fonctions de M. F., caractérisent de sa part une violation de ses obligations contractuelles, notamment de celle d'exécuter loyalement le contrat de travail et de se conformer au règlement intérieur, d'une importance telle qu'elle rendait impossible son maintien dans l'entreprise ; que l'intimée argue également à juste titre de ce que les premiers faits reprochés à l'appelant étaient de nature à porter atteinte à la sécurité de son réseau informatique et à sa propre image, son réseau se trouvant référencé auprès de nombreux sites à caractère pornographique ;

Attendu que le jugement entrepris doit donc être confirmé en ce qu'il a retenu que le licenciement de M. Yves F. reposait bien sur une faute grave et l'a, par voie de conséquence, débouté de ses demandes d'indemnité compensatrice de préavis, d'indemnité de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Sur la demande de dommages et intérêts pour défaut d'information du DIF :

Attendu que, se prévalant des dispositions de l'article L. 6323-18 du code du travail et de l'absence, dans la lettre de licenciement, d'information relativement à ses droits au titre du DIF, M. F. sollicite la somme de 2 000 € de dommages et intérêts en réparation du préjudice qui est résulté pour lui d'avoir été privé de la chance de faire valoir ses droits en matière de DIF ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 6323-17 du code du travail, dans sa rédaction en vigueur antérieurement à la loi no 2009-1437 du 24 novembre 2009, applicable en l'espèce puisque le licenciement de l'appelant est intervenu le 19 mai 2008, " Le droit individuel à la formation est transférable en cas de licenciement du salarié, sauf pour faute grave ou faute lourde. " ;

Et attendu que l'employeur n'est, en vertu de l'article L. 6323-18 du code du travail, tenu d'informer le salarié de ses droits en matière de DIF que " s'il y a lieu " ;

Attendu que la société Clinique chirurgicale de la L. a conclu la lettre de licenciement en indiquant à M. F. que, faisant l'objet d'un licenciement pour faute grave, il ne bénéficiait d'aucun droit au titre du DIF ; attendu, la faute grave étant consacrée, que ce dernier est donc mal fondé à invoquer un manquement de l'employeur en matière d'information sur le DIF et que le jugement déféré doit être confirmé en ce qu'il l'a débouté de sa demande de ce chef ;

Sur la demande de rappel de salaire pour heures supplémentaires :

Attendu qu'à l'appui de ce chef de prétention, M. Yves F. fait valoir qu'il a été amené à réaliser des heures supplémentaires dont la réalité a été validée le 24 septembre 2007 par la directrice des ressources humaines ; que le nombre de ces heures supplémentaires s'élevait à 290, 63 heures au 30 août 2007 sur lesquelles, après déduction des repos compensateurs pris, il lui reste un solde de 38, 95 heures représentant une créance de salaire de 703, 05 € ; qu'en outre, il invoque 6, 25 heures supplémentaires effectuées en novembre 2007, non payées, représentant une créance de salaire de 112, 81 € ;

Attendu que la société Clinique chirurgicale de la L. oppose que l'appelant n'étaye pas sa demande et que toutes les heures supplémentaires qu'il a accomplies ont été récupérées ou payées, ce paiement ressortant, selon elle, du bulletin de paie du mois de mai 2008 ;

Attendu que, s'il résulte des dispositions de l'article L 3171-4 du code du travail que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties, en cas de litige

relatif à l'existence et au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient toutefois au salarié d'étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires par la production d'éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ;

Attendu que M. Yves F. verse aux débats un document, établi le 24 septembre 2007 et signé de lui et de Mme Odile O...directrice des ressources humaines de la société Clinique chirurgicale de la L., énonçant que le nombre d'heures supplémentaires à son crédit au 30 août 2007 s'élevait à 290, 63 heures et arrêtant un planning de récupération des dites heures entre octobre 2007 et mai 2008 (le mois d'avril 2008 étant exclu), à raison d'environ 35 heures par mois ;

Qu'il produit un tableau duquel il ressort qu'en considération du nombre d'heures de repos compensateurs effectivement prises, le solde d'heures supplémentaires impayées s'établissait à 194, 75 heures en janvier 2008 ; que, l'employeur lui ayant réglé en mai 2008 la somme de 2 812, 19 € représentant 155, 80 heures supplémentaires majorées à 25 %, il apparaît que 38, 95 heures supplémentaires lui restent dues au titre de l'accord signé le 24 septembre 2007 ;

Attendu qu'au titre des 6, 25 heures supplémentaires invoquées pour le mois de novembre 2007, M. F. verse aux débats un tableau mentionnant les dates des cinq jours du mois de novembre du chef desquels il se prévaut de la réalisation d'heures supplémentaires, et, pour chaque jour, l'horaire auquel ces heures supplémentaires ont été réalisées (ex : de 17h30 à 18h30 le 14/ 11/ 2007- de 17h30 à 20h00 le 21/ 11/ 2007...) ainsi que le motif précis et détaillé d'accomplissement de ces heures supplémentaires (ex : " réunion du groupe " projet informatique (PDG-attachée de direction-DRH-Resp. Maintenance-Resp. compta " le 20 novembre 2007 ;

Attendu que la demande de M. F. est étayée, les éléments produits étant suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments ;

Attendu que la société Clinique chirurgicale de la L. ne discute pas les termes et la portée du document signé le 24 septembre 2007 et reconnaît qu'au 30 août précédent, l'appelant bénéficiait bien d'un crédit de 290, 63 heures supplémentaires non payées ; qu'elle ne discute pas non plus qu'après les récupérations prises par M. F. sous forme de repos compensateurs, le solde d'heures supplémentaires impayées s'établissait à 194, 75 heures et elle ne justifie pas que le salarié ait effectivement bénéficié de plus de repos compensateurs que les 114 heures décomptées ; attendu que le bulletin de salaire du mois de mai 2008 mentionne le paiement d'une somme de 2812, 19 € en rémunération de 155, 80 heures supplémentaires majorées à 25 % ;

Que, pour soutenir que ce paiement couvrirait la créance du salarié, l'intimée fait valoir que 155, 80 heures à 25 % représentent bien 194, 25 heures de récupération ; mais attendu que ce raisonnement ne peut pas être retenu ; que M. F. qui n'a pas pu récupérer effectivement toutes

les heures supplémentaires accomplies sous forme de repos compensateurs était en droit d'obtenir le paiement de toutes les heures non récupérées assorties d'une majoration de 25 % ; que c'est donc bien 194, 25 heures majorées à 25 % et non pas 155, 80 heures majorées à 25 % qui auraient dû lui être payées en mai 2008 ; qu'en considération du taux horaires de 14, 44 € dont il bénéficiait, il est donc bien fondé à invoquer de ce chef une créance de rappel de salaire d'un montant de 703, 05 € outre les congés payés afférents ;

Attendu, la société Clinique chirurgicale de la L. ne produisant aucune pièce pour répondre au tableau produit par M. F. au titre des heures supplémentaires réalisées en novembre 2007 et pour justifier des horaires effectivement réalisés par ce dernier au cours du mois considéré, alors que le code du travail lui impose d'établir le décompte des heures de son salarié, qu'il convient de faire droit à la demande de rappel de salaire formée de ce chef à hauteur de 112, 81 € outre les congés payés afférents ;

Que la société Clinique chirurgicale de la L. sera donc condamnée à payer à M. Yves F. la somme totale de 815, 86 € à titre de rappel de salaire outre 81, 58 € de congés payés afférents;

Sur les dépens et les frais irrépétibles :

Attendu, M. Yves F. succombant très amplement en ses prétentions tant en première instance qu'en cause d'appel, qu'il convient de dire qu'il supportera les deux-tiers des dépens tant première instance qu'en cause d'appel, la société Clinique chirurgicale de la L. supportant le tiers restant ; qu'il convient de confirmer le jugement déféré en ses dispositions relatives aux frais irrépétibles et, en cause d'appel, de condamner M. F. à payer à l'intimée une indemnité de procédure de 1000 €, lui-même conservant la charge des frais irrépétibles d'appel qu'il a pu exposer ;

PAR CES MOTIFS :

La cour, statuant publiquement, par arrêt contradictoire ;

Confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions sauf en ce qu'il a débouté M. Yves F. de sa demande de dommages et intérêts au titre de la mise à pied disciplinaire et s'agissant des dépens ;

Statuant à nouveau et ajoutant au jugement déféré ;

Condamne la société Clinique chirurgicale de la L. à payer à M. Yves F. la somme de 500 € (cinq cents euros) de dommages et intérêts au titre de la mise à pied disciplinaire ;

La condamne à lui payer la somme de 815, 86 € (huit cent quinze euros et quatre-vingt six centimes) à titre de rappel de salaire pour heures supplémentaires outre 81, 58 € (quatre-vingt-un euros et cinquante-huit centimes) de congés payés afférents ;

Condamne M. Yves F. à payer à la société Clinique chirurgicale de la L. la somme de 1 000 € (mille euros) en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel et le déboute lui-même de ce chef de prétention ;

Dit que les dépens de première instance et d'appel seront supportés à hauteur des deux-tiers par M. Yves F. et à hauteur d'un tiers par la société Clinique chirurgicale de la L..

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Sylvie LE GALL

Catherine LECAPLAIN-MOREL