

**COUR DE CASSATION**  
Chambre sociale  
Audience publique du 17 mars 2010

N° de pourvoi : 08-45519  
Président : Mme PERONY

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X..., engagé le 19 mars 1998 par la société Capgemini France aux droits de laquelle vient la société Cap Gemini Outsourcing Services (la société), en qualité d'ingénieur principal, a été licencié pour faute grave le 5 août 2002 ;

Sur le troisième moyen :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt de débouter le salarié de sa demande en paiement de salaires à titre de congés payés pour la période du 20 avril 1998 au 6 novembre 2002 alors, selon le moyen :

1° / que les bulletins de paie versés par M. X... aux débats établissaient que l'indemnité de congés payés n'avait été calculée que sur la seule partie fixe de sa rémunération, ce dont il ressortait qu'il avait été privé de son droit à indemnité de congés payés sur la partie variable de son salaire ; qu'en énonçant que les bulletins de paie produits seraient en discordance avec les prétentions de M. X..., la cour d'appel a dénaturé par omission lesdits bulletins et violé l'article 1134 du code civil ;

2° / qu'en outre que la rémunération variable ouvre droit au paiement de congés payés ; qu'il incombe à l'employeur, débiteur de l'obligation de paiement de l'indemnité de congés payés afférents à la rémunération variable de rapporter la preuve de leur paiement ; qu'en reprochant à M. X... de ne pas justifier du montant des congés payés réellement perçus au cours de la période du 20 avril 1998 au 6 novembre 2002, la cour d'appel qui a fait peser à torts sur M. X... la charge de la preuve qui incombait à la société Cap Gemini, a violé l'article 1315 du code civil ;

Mais attendu que sous couvert d'un grief de dénaturation et du grief de violation de l'article 1315 du code civil, le moyen critique une omission de statuer sur un chef de demande ; que l'omission de statuer pouvant être réparée par la procédure prévue à l'article 463 du code de procédure civile, le moyen n'est pas recevable ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de dire que son licenciement est fondé sur une faute grave et de le débouter de l'ensemble de ses demandes, alors, selon le moyen :

1° / qu'il incombe à l'employeur qui fonde le licenciement pour faute grave du salarié en lui reprochant d'avoir transféré un courrier électronique comportant des informations

confidentielles à des personnes extérieures à l'entreprise de justifier que le salarié est bien l'auteur du transfert de ce courriel et d'apporter la preuve du contenu du courriel ; que cette preuve ne peut être faite par tous moyens mais doit obéir aux dispositions de l'article 1316-1 du code civil qui impose que l'auteur de l'écrit électronique soit dûment identifié et que cet écrit soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ; qu'en l'espèce, M. X... ayant toujours nié être l'auteur d'un prétendu transfert d'un courriel le 28 juin 2002 à des adresses électroniques de personnes extérieures à l'entreprise, il appartenait à la société Cap Gemini de produire aux débats l'original de ce courriel électronique, c'est à dire sa version électronique et sa version papier ; que faute d'avoir constaté la production et la communication par la société Cap Gemini de l'original du courriel électronique litigieux et de sa version papier, invoqué à l'appui du licenciement pour faute grave, ce dont il résulte qu'aucun élément ne permet de constituer la preuve du courriel litigieux et de l'imputabilité de l'envoi à M. X..., la cour d'appel qui a décidé cependant que le licenciement reposait sur une faute grave, a violé les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail et 1316-1 du code civil ;

2° / qu'en se fondant sur un courriel de Mme Y..., non produit en original, faisant état du courriel litigieux, alors même qu'elle ne figure pas sur la liste des destinataires de celui-ci et sur une attestation de cette dernière en date du 20 juin 2006 faisant état de ce qu'elle aurait reçu le mail de M. D... qui l'aurait lui-même reçu de M. Z..., mails non produits, la cour d'appel qui a retenu des éléments dénués de valeur probante au regard de l'imputabilité à M. X... du transfert du courriel qui a fondé son licenciement pour faute grave, a statué par des motifs inopérants et a violé les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail et 1316-1 du code civil ;

3° / que la reconnaissance d'un fait ne peut se déduire du silence gardé par la partie à qui on l'oppose ; qu'en retenant l'attestation de M. A... en date du 29 décembre 2004 selon laquelle M. X... n'aurait pas cherché à nier la paternité de l'envoi du courriel litigieux, la cour d'appel qui s'est ainsi fondée sur le silence de M. X... pour lui en imputer l'envoi, a violé l'article 1315 du code civil ;

4° / qu'en outre que la preuve de la faute grave incombe à l'employeur seul ; qu'il n'appartient pas au salarié de démontrer qu'il n'a pas commis de faute ; qu'en reprochant à M. X... de ne pas rapporter la preuve de ce qu'il n'était pas l'auteur de l'envoi du courriel litigieux du 28 juin 2002 en n'établissant pas l'existence d'un virus informatique, la responsabilité de l'administrateur réseau ou encore l'utilisation de sa messagerie électronique par un tiers, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail et 1315 du code civil ;

5° / qu'en tout état de cause, la lettre de licenciement fixe les termes du litige, que M. X... a fait valoir qu'il n'avait jamais eu la volonté de transférer un courriel de la société Cap Gemini à une liste personnelle composée uniquement d'amis ; que si un tel transfert avait eu lieu, ce dernier ne pouvait être que le fruit d'une erreur en raison de l'extrême brièveté d'une manipulation informatique, erreur exclusive de toute intention délibérée de violer ses obligations contractuelles que lui reprochait la lettre de licenciement ; qu'en écartant l'existence d'une éventuelle erreur commise par M. X... au motif inintelligible selon lequel « compte tenu de la structure du message, l'erreur de manipulation ne peut être retenue », la cour d'appel qui n'a pas motivé l'absence d'erreur et qui, par voie de conséquence, n'a pas caractérisé la volonté du salarié de procéder au transfert du courriel litigieux, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-6, L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du

travail ;

6° / qu'en toute hypothèse, à supposer même que M. X... soit l'auteur de l'envoi du courriel litigieux, ne caractérise pas une faute grave de sa part, le simple transfert d'un courriel qui fait état d'une chaîne de courriels de la société Cap Gemini à une liste de diffusion personnelle composée exclusivement d'adresses électroniques d'amis, dès lors que ce courriel dont il n'était pas l'auteur ne comporte aucun terme injurieux ou dénigrant pour son employeur ou son client mais se borne à faire état de difficultés de fonctionnement d'un programme informatique réalisé par la société Cap Gemini chez un client, qu'il n'en est résulté aucun préjudice pour la société Cap Gemini, que la société Cap Gemini n'a jamais fait de reproche à M. X... au cours de quatre années d'activité professionnelle, que la société Cap Gemini a procédé au licenciement près de trois semaines après l'entretien préalable sans avoir prononcé de mise à pied à titre conservatoire, que n'est caractérisée aucune mauvaise volonté délibérée de la part de M. X... ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du code du travail ;

7° / qu'en excluant le motif économique déguisé invoqué par M. X... en raison d'un prétendu manquement du salarié à ses obligations contractuelles, sans s'expliquer sur les conclusions de l'exposant dans lesquelles il avait fait valoir les difficultés économiques de la société Cap Gemini Ernst & Young au cours de l'année 2002 à la suite de la fusion de Cap Gemini et d'Ernst & Young en janvier 2001, ce qui l'avait conduite à supprimer l'entité « e-run » et à en licencier les commerciaux, M. X... et son supérieur hiérarchique M. B..., qui en a attesté, les protestations des syndicats qui ont dénoncé cette stratégie salariale de « petits paquets calibrés de licenciement » pour rester sous le seuil déclencheur d'un plan social, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de réponse à conclusions et a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que la cour d'appel, sans encourir le grief de la quatrième branche du moyen, a retenu que M. X... avait, en violation de ses obligations contractuelles, volontairement transmis à des personnes extérieures à l'entreprise, en utilisant le réseau professionnel interne et une liste de diffusion personnelle, une succession de courriers électroniques contenant des informations confidentielles, concernant les relations de la société avec l'un de ses clients, susceptibles de nuire à la réputation de celle-ci ; qu'elle a pu décider que ce manquement, qui rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, constituait une faute grave et a ainsi écarté, sans être tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, les conclusions par lesquelles le salarié soutenait que le licenciement reposait sur un autre motif que celui énoncé dans la lettre de licenciement ;

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

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu que pour débouter M. X... de sa demande en paiement de la partie variable de sa rémunération pour la période du 1er janvier au 5 août 2002, l'arrêt retient par motifs propres et adoptés que le salarié ne prétend pas qu'il avait réalisé les objectifs fixés pour 2001 au moment du licenciement ;

Qu'en statuant comme elle a fait par des motifs inopérants, alors qu'elle avait constaté que les parties avaient convenu d'une rémunération annuelle brute de 400 000 francs comportant une partie fixe et une partie variable calculée en fonction des objectifs fixés et qu'aucun objectif n'avait été fixé pour l'année 2002, la cour d'appel qui devait fixer la rémunération due au salarié, a méconnu son office et violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté M. X... de sa demande en paiement de la partie variable de sa rémunération pour la période du 1er janvier au 5 août 2002, l'arrêt rendu le 22 octobre 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; 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 Versailles, autrement composée ;

Condamne la société Cap Gemini Outsourcing services aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat aux Conseils pour M. X....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR dit que le licenciement de Monsieur X... est fondé sur une faute grave et de l'avoir débouté de l'ensemble de ses demandes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, d'indemnité conventionnelle de licenciement et de dommages et intérêts pour rupture abusive ;

AUX MOTIFS QU'il est produit un courriel de Madame Y... adressé le 1er juillet 2002 à Bernard A... et Alain C... et indiquant « ci-joint les échanges de mails sur GDF adressé par Bruno X... à la liste ci-après » ; que ce courriel fait état du message envoyé le 28 juin 2002 par Bruno X... à la liste visée et ayant pour objet : « problème e-recrutement – résiliation du contrat », sans autre précision ; que la liste de diffusion en cause comporte des adresses électroniques professionnelles de salariés de la société Cap Gemini et une majorité d'adresses électroniques de personnes extérieures à l'entreprise ; que le message de Monsieur X... communique à cette liste plusieurs échanges de courriels internes à la société Cap Gemini, dont le dernier en date du 28 juin 2002 faisant état de problèmes persistants sur le projet GDF Transport ; que les courriels en cause, dont était notamment destinataire Monsieur X..., précisent que le client a fait savoir que si cela ne s'améliorait pas rapidement, il allait résilier le contrat, que cette situation hypothèque fortement les autres affaires majeures de l'entreprise, qu'il convient de mettre en place une équipe pour gérer cette crise et qu'à cette fin une réunion

est prévue le 2 juillet à laquelle est conviée Monsieur X... ; qu'il est fait mention du « boulot de cochon » de « e-run » et de ce que déjà sur EDF, « ils ont des conflits à répétition avec le client » ; que Bernard A... atteste le 29 décembre 2004 de ce qu'en sa qualité de supérieur hiérarchique du salarié, il a été amené à recevoir celui-ci en juin 2002, à la suite de la diffusion à des destinataires externes à l'entreprise, d'un mail confidentiel traitant de l'un des clients de l'entreprise ; que lors de cet entretien, Monsieur X... « a semblé prendre conscience de la gravité de cet acte, et a cherché à en diminuer la portée en m'indiquant que les destinataires étaient des « amis » en lesquels il avait toute confiance quant à leur discrétion. A aucun moment il n'a cherché à en nier la paternité, pas plus que n'a été évoquée l'hypothèse d'un envoi lié à un virus. Il était plutôt paniqué par l'impact que cette initiative provoquait et par la tournure que prenaient les événements » ; qu'aucun élément objectif ne permet de suspecter la sincérité de ce témoignage précis et circonstancié et de mettre en doute le contenu du message transmis par Madame Y... ; qu'au surplus, Monsieur X... ne s'explique pas utilement sur l'existence d'un « virus informatique » ; qu'il ne fournit également pas d'explications convaincantes en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles un tiers aurait pu utiliser son ordinateur ; qu'aucun élément ne permet d'imputer à l'« administrateur système » l'envoi du message litigieux ; que compte tenu de la structure de ce message, l'erreur de manipulation ne peut être retenue ; que Madame Y... atteste le 20 juin 2006 de ce qu'elle a reçu le mail litigieux de Monsieur D... qui le tenait lui-même de Monsieur François Z... qui apparaît dans la liste des destinataires directs du mail ; que ce témoignage est probant, que l'adresse de Monsieur Z... figure dans la liste des destinataires du courriel ; que les dires du témoin sont compatibles avec les explications de l'employeur qui indique que des salariés ont découvert le 1er juillet 2002 le courriel litigieux en ouvrant leur ordinateur et en ont fait part à leur hiérarchie, l'adresse de Monsieur Z... ne figurant pas dans celles des destinataires extérieurs à l'entreprise citées dans la lettre de licenciement ; que le courriel de Monsieur X... comporte des informations confidentielles de nature très précise concernant les relations de l'entreprise avec l'un de ses clients, susceptibles de nuire à la réputation de celle-ci, en violation de ses engagements contractuels ; que ce moyen de preuve est recevable dès lors qu'il apparaît que c'est un des destinataires du message litigieux, qui ne portait aucune mention de son caractère privé, qui l'a communiqué à l'employeur ; qu'au demeurant le contenu de ce message contrevient aux dispositions de la charte d'utilisation du réseau informatique de l'entreprise mis à la disposition du salarié dans le cadre de ses activités professionnelles ; que l'employeur est fondé à produire cette attestation dès lors que le salarié entend porter le débat sur l'illicéité du procédé de preuve du fait reproché au motif que le courriel litigieux était un courrier électronique personnel ; que l'employeur a engagé très rapidement les poursuites disciplinaires, dans les conditions prévues à l'article L. 1332-4 du Code du travail ; que le licenciement est bien intervenu dans le délai fixé à l'article L. 1332-2 du Code précité ; que le manquement du salarié à ses obligations est d'une telle gravité qu'il rendait impossible son maintien dans l'entreprise ; que ce manquement qui justifie le licenciement au sens de l'article L. 1235-1 du Code du travail, exclut le motif économique déguisé allégué par le salarié ;

Et aux motifs adoptés que Monsieur X... a transmis et relayé à vingt-trois destinataires extérieurs à la société Cap Gemini des informations critiques et dénigrantes, dont il n'était certes pas l'auteur ; que cette diffusion à des sociétés privées ou collectivités publiques importantes, clientes de la société Cap Gemini était de nature à engendrer un trouble grave ; qu'en conséquence, Monsieur X... a violé, par cet incident, ses obligations contractuelles et notamment celles se rapportant à la confidentialité et à l'obligation de réserve ;

1°- ALORS QU'il incombe à l'employeur qui fonde le licenciement pour faute grave du salarié

en lui reprochant d'avoir transféré un courrier électronique comportant des informations confidentielles à des personnes extérieures à l'entreprise de justifier que le salarié est bien l'auteur du transfert de ce courriel et d'apporter la preuve du contenu du courriel ; que cette preuve ne peut être faite par tous moyens mais doit obéir aux dispositions de l'article 1316-1 du Code civil qui impose que l'auteur de l'écrit électronique soit dûment identifié et que cet écrit soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ; qu'en l'espèce, Monsieur X... ayant toujours nié être l'auteur d'un prétendu transfert d'un courriel le 28 juin 2002 à des adresses électroniques de personnes extérieures à l'entreprise, il appartenait à la société CAP GEMINI de produire aux débats l'original de ce courrier électronique, c'est à dire sa version électronique et sa version papier ; que faute d'avoir constaté la production et la communication par la société CAP GEMINI de l'original du courriel électronique litigieux et de sa version papier, invoqué à l'appui du licenciement pour faute grave, ce dont il résulte qu'aucun élément ne permet de constituer la preuve du courriel litigieux et de l'imputabilité de l'envoi à Monsieur X..., la Cour d'appel qui a décidé cependant que le licenciement reposait sur une faute grave, a violé les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du Code du travail et 1316-1 du Code civil ;

2° ALORS QU'en se fondant sur un courriel de Madame Y..., non produit en original, faisant état du courriel litigieux, alors même qu'elle ne figure pas sur la liste des destinataires de celui-ci et sur une attestation de cette dernière en date du 20 juin 2006 faisant état de ce qu'elle aurait reçu le mail de Monsieur D... qui l'aurait lui-même reçu de Monsieur Z..., mails non produits, la Cour d'appel qui a retenu des éléments dénués de valeur probante au regard de l'imputabilité à Monsieur X... du transfert du courriel qui a fondé son licenciement pour faute grave, a statué par des motifs inopérants et a violé les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du Code du travail et 1316-1 du Code civil ;

3°- ALORS QUE la reconnaissance d'un fait ne peut se déduire du silence gardé par la partie à qui on l'oppose ; qu'en retenant l'attestation de Monsieur A... en date du 29 décembre 2004 selon laquelle Monsieur X... n'aurait pas cherché à nier la paternité de l'envoi du courriel litigieux, la Cour d'appel qui s'est ainsi fondée sur le silence de Monsieur X... pour lui en imputer l'envoi, a violé l'article 1315 du Code civil ;

4°- ALORS en outre que la preuve de la faute grave incombe à l'employeur seul ; qu'il n'appartient pas au salarié de démontrer qu'il n'a pas commis de faute ; qu'en reprochant à Monsieur X... ne pas rapporter la preuve de ce qu'il n'était pas l'auteur de l'envoi du courriel litigieux du 28 juin 2002 en n'établissant pas l'existence d'un virus informatique, la responsabilité de l'administrateur réseau ou encore l'utilisation de sa messagerie électronique par un tiers, la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du Code du travail et 1315 du Code civil ;

5°- ALORS QU'en tout état de cause, la lettre de licenciement fixe les termes du litige, que Monsieur X... a fait valoir qu'il n'avait jamais eu la volonté de transférer un courriel de la société CAP GEMINI à une liste personnelle composée uniquement d'amis ; que si un tel transfert avait eu lieu, ce dernier ne pouvait être que le fruit d'une erreur en raison de l'extrême brièveté d'une manipulation informatique, erreur exclusive de toute intention délibérée de violer ses obligations contractuelles que lui reprochait la lettre de licenciement ; qu'en écartant l'existence d'une éventuelle erreur commise par Monsieur X... au motif inintelligible selon lequel « compte tenu de la structure du message, l'erreur de manipulation ne peut être retenue », la Cour d'appel qui n'a pas motivé l'absence d'erreur et qui, par voie de conséquence, n'a pas caractérisé la volonté du salarié de procéder au transfert du courriel litigieux, a privé sa

décision de base légale au regard des articles L. 1232-6, L. 1234-1 et L. 1234-5 du Code du travail ;

6°- ALORS qu'en toute hypothèse, à supposer même que Monsieur X... soit l'auteur de l'envoi du courriel litigieux, ne caractérise pas une faute grave de sa part, le simple transfert d'un courriel qui fait état d'une chaîne de courriels de la société CAP GEMINI à une liste de diffusion personnelle composée exclusivement d'adresses électroniques d'amis, dès lors que ce courriel dont il n'était pas l'auteur ne comporte aucun terme injurieux ou dénigrant pour son employeur ou son client mais se borne à faire état de difficultés de fonctionnement d'un programme informatique réalisé par la société CAP GEMINI chez un client, qu'il n'en est résulté aucun préjudice pour la société CAP GEMINI, que la société CAP GEMINI n'a jamais fait de reproche à Monsieur X... au cours de quatre années d'activité professionnelle, que la société CAP GEMINI a procédé au licenciement près de trois semaines après l'entretien préalable sans avoir prononcé de mise à pied à titre conservatoire, que n'est caractérisée aucune mauvaise volonté délibérée de la part de Monsieur X... ; qu'en jugeant le contraire, la Cour d'appel a violé les articles L. 1234-1 et L. 1234-5 du Code du travail ;

7°- ALORS QU'en excluant le motif économique déguisé invoqué par Monsieur X... en raison d'un prétendu manquement du salarié à ses obligations contractuelles, sans s'expliquer sur les conclusions (p. 15) de l'exposant dans lesquelles il avait fait valoir les difficultés économiques de la société CAP GEMINI ERNST & YOUNG au cours de l'année 2002 à la suite de la fusion de CAP GEMINI et d'ERNST & YOUNG en janvier 2001, ce qui l'avait conduite à supprimer l'entité « e-run » et à en licencier les commerciaux, Monsieur X... et son supérieur hiérarchique Monsieur B..., qui en a attesté, les protestations des syndicats qui ont dénoncé cette stratégie salariale de « petits paquets calibrés de licenciement » pour rester sous le seuil déclencheur d'un plan social, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de réponse à conclusions et a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande en paiement à titre de salaires et de congés payés afférents pour la partie variable de sa rémunération couvrant la période du 1er janvier 2002 au 6 novembre 2002 ;

AUX MOTIFS QUE le salarié se prévaut des accords antérieurement conclus entre les parties selon lesquels il lui était versé une partie fixe et une partie variable au titre de sa rémunération, la partie variable faisant l'objet d'une avance au titre de l'année concernée et d'une régularisation l'année suivante ; que pour l'exercice 2001, il verse un plan prévoyant une rémunération fixe annuelle de 80 040 francs, soit une rémunération annuelle « théorique » de 432 000 francs ; que la part variable, à « objectifs atteints » de la rémunération est décomposée en deux parties :

- pour 70 % des commissions commerciales,
- pour 30 %, une prime de réalisation du budget ;

que l'objectif de prise de commande est de 25 MF ; que pour le calcul du PRB, le montant des ventes infogérance est de 1 576 MF et la « GOP » de la service Ligne est de 202, 7 MF ; que le salarié ne prétend pas qu'il avait réalisé ces objectifs au moment du licenciement ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'avenant en date du 25 juillet 2001 n'apporte aucune

autre précision pour le paiement ou le mode de calcul proportionnel de la partie variable, faisant obstacle ainsi à son paiement du fait de l'impossibilité théorique d'atteindre l'objectif annuel ; que Monsieur X... n'ayant pas atteint son objectif annuel sera débouté de cette demande ;

ALORS QUE lorsque le contrat de travail prévoit que la rémunération du salarié comporte une partie variable et que l'employeur s'abstient de fixer les objectifs permettant de déterminer la partie variable de la rémunération, il appartient au juge de fixer celle-ci en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes, et à défaut des données de la cause ; qu'en l'espèce, la société CAP GEMINI n'ayant pas fixé d'objectifs pour l'année 2002 permettant de déterminer la partie variable, Monsieur X... était donc fondé à solliciter le paiement de sa rémunération variable sur le montant de celle qui lui a été allouée pour 2001 ; qu'en rejetant cependant sa demande au motif inopérant que Monsieur X... ne soutiendrait pas avoir réalisé au moment de son licenciement les objectifs sur la base de ceux fixés en 2001, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

ALORS QU'en tout état de cause par contrat de travail du 19 mars 1998, la société CAP GEMINI s'est engagée à verser une rémunération totale minimale annuelle de 400 000 francs ; que Monsieur X... a fait valoir que sa rémunération fixe ayant toujours été inférieure à cette rémunération minimale, il avait nécessairement droit à une partie variable pour atteindre ce seuil ; qu'en ne recherchant pas si Monsieur X... n'avait pas droit à un complément de rémunération, indépendamment de la réalisation d'objectifs, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande en paiement de salaires à titre de congés payés pour la période du 20 avril 1998 au 6 novembre 2002 ;

AUX MOTIFS ADOPTES QUE la partie variable de la rémunération doit être incluse dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés ; ... ; qu'en l'espèce, le demandeur se limite pour justifier de sa prétention d'établir et d'affirmer le montant de son droit à congés payés en produisant des bulletins de paie en discordance avec ses prétentions ; qu'il ne justifie pas plus du montant des congés payés réellement perçus au cours de ces années ;

ALORS QUE les bulletins de paie versés par Monsieur X... aux débats établissaient que l'indemnité de congés payés n'avait été calculée que sur la seule partie fixe de sa rémunération, ce dont il ressortait qu'il avait été privé de son droit à indemnité de congés payés sur la partie variable de son salaire ; qu'en énonçant que les bulletins de paie produits seraient en discordance avec les prétentions de Monsieur X..., la Cour d'appel a dénaturé par omission lesdits bulletins et violé l'article 1134 du Code civil ;

ALORS en outre que la rémunération variable ouvre droit au paiement de congés payés ; qu'il incombe à l'employeur, débiteur de l'obligation de paiement de l'indemnité de congés payés afférents à la rémunération variable de rapporter la preuve de leur paiement ; qu'en reprochant à Monsieur X... de ne pas justifier du montant des congés payés réellement perçus au cours de la période du 20 avril 1998 au 6 novembre 2002, la Cour d'appel qui a fait peser à torts sur Monsieur X... la charge de la preuve qui incombait à la société CAP GEMINI, a violé l'article 1315 du Code civil.