

**Cour de cassation  
chambre sociale  
Audience publique du 20 octobre 2015  
N° de pourvoi: 14-10725  
Publié au bulletin**

**Rejet**

**M. Frouin (président), président**  
SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 17 septembre 2013) et les pièces de la procédure, que M. X..., salarié au sein de la société Domotack Gmbh, dont il a été nommé représentant légal pour la France le 23 mars 2009, a saisi le 16 juin 2010, la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat aux torts de l'employeur ; qu'il a été licencié le 11 juillet 2010 ; que par décision du 22 octobre 2010, le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes de Bordeaux a ordonné à l'employeur de lui remettre les documents de rupture sous astreinte de 100 euros par jour de retard, le conseil se réservant le droit de liquider cette astreinte ;

Sur les premier, deuxième, troisième, quatrième et sixième moyens :

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

Sur le cinquième moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à remettre au salarié les documents de rupture et de liquider à une certaine somme le montant de l'astreinte, alors, selon le moyen, que l'astreinte est liquidée par le juge de l'exécution, sauf si le juge qui l'a ordonnée reste saisi de l'affaire ou s'en est expressément réservé le pouvoir ; que l'incompétence est relevée d'office par le juge saisi d'une demande en liquidation d'astreinte ; qu'en liquidant en l'espèce l'astreinte ordonnée par le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes de Bordeaux qui s'était pourtant réservé le droit de liquider cette astreinte, la cour d'appel a violé l'article 35 de la loi du 9 juillet 1991 devenu l'article L. 131-3 du code des procédures civiles d'exécution ;

Mais attendu que, saisie de l'appel du jugement du conseil de prud'hommes devant lequel le salarié avait, conformément à la réserve expresse de l'ordonnance du bureau de conciliation, formé une demande de liquidation de l'astreinte, la cour d'appel n'a fait qu'exercer les pouvoirs qu'elle tenait de l'effet dévolutif de l'appel ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Domotack Deutschland Gmbh aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer la somme de 3 000 euros à M. X... ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt octobre deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Domoteck Deutschland GmbH.

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision attaquée d'AVOIR prononcé, aux torts de la société DOMOTECK GMBH, la résiliation du contrat de travail de monsieur Didier X... au 15 juillet 2010, dit que cette résiliation produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND à payer à monsieur Didier X... les sommes de 60.000 € à titre de dommages et intérêts, 21.960 € à titre d'indemnité de préavis, 2.196 € à titre de congés payés sur préavis, 3.415,51 € à titre d'indemnité de licenciement, 100 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice consécutif à la perte de chance de faire liquider ses droits acquis en matière de droit individuel à la formation, d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND à payer à monsieur Didier X... les sommes de 32 982 euros à titre de rappel de prime 2009 et 2010 outre 3298,20 euros à titre d'indemnité compensatrice de congés payés, et d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND aux dépens et à payer une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Lorsqu'un salarié demande la résiliation 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 pour d'autres faits survenus au cours de la poursuite du contrat, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation du contrat de travail était justifiée. C'est seulement dans le cas contraire qu'il doit se prononcer sur le licenciement invoqué par l'employeur. Lorsque les manquements sont établis et d'une gravité suffisante, la résiliation judiciaire est prononcée aux torts de l'employeur et produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En l'espèce, le salarié invoque en premier lieu le non-paiement de la partie variable de sa rémunération pour les années 2009 et 2010. L'article 6 du contrat de travail stipule qu'en sus du traitement fixe mensuel brut de 5.000 €, la rémunération du travail comporte une prime variable à compter de la fin de la période d'essai, variant de la façon suivante : - une commission de 3 % sur les revenus nets annuels de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société jusqu'à 100 %, - une commission de 2 % sur les revenus nets annuels de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société de 100 % à 120 %, - une commission à définir entre les parties sur les revenus annuels nets de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société au-delà de 120 %. Il est précisé à cet article que l'on entend par revenus nets annuels de la société les revenus que la société reçoit actuellement de la vente de produits sur le territoire français desquelles il convient de déduire les réductions, les rabais, les taxes, notamment la TVA et autres charges des sociétés tierces, les taxes d'import et d'export et les commissions payées par la société à des sociétés tierces, les

rabais, les avoirs accordés au client au lieu et place des rabais, créances irrécouvrables et coûts associés (y compris des honoraires de mandataire). Il est en outre mentionné que les commissions seront payées le 15 avril de chaque année. Le salarié a produit aux débats un tableau récapitulatif des chiffres d'affaires réalisés en 2009, mois par mois, dont il résulte qu'à la fin de l'année 2009, le total du chiffre d'affaires s'élevait pour la France à 730.439 €. Par message électronique en date du 11 mars 2010, M. Didier X... a demandé à la société Domotek Gmbh des précisions sur le paiement de ses commissions de 2009. Le même jour, Dan Y..., responsable de la société Domotek, lui a répondu que Nachum Z... avait demandé à Brigitte de calculer ces commissions pour 2009. Par courrier électronique en date du 1er mars 2010, Dan Y... indiquait à M. Didier X... : "j'ai reçu les données financières de l'Allemagne concernant des ventes. Je dois avouer que je suis très surpris et selon les informations que j'ai reçues la situation est décevante. Le rabais moyen que tu as accordé à Frico et AER est supérieur de 25 % à notre grille tarifaire. (...), nous perdons de l'argent en France ce qui n'est pas l'objet de nos activités (...) J'ai vérifié la liste que tu m'as transmise par exemple : Matt textile FEP 850 watt le prix fait à AER est de 63,80 euros, le prix fait à FRICO et de 59,60 euros et celui proposé à XLPE est de 65,96 or notre prix catalogue est de 85,07. Au regard des informations qui précèdent je suis très embarrassé. Avec des prix si bas pour FRICO et AER comment se fait-il que nous n'ayons pas une meilleure part de marché ?" Il convient toutefois de relever que la société n'a pas justifié des objectifs annuels pour 2009 et 2010 ni de la grille tarifaire applicable, ni des éléments susceptibles de venir en déduction du chiffre annuel brut des ventes. L'appelante procède par simple affirmation lorsqu'elle indique qu'aucune marge ne pouvait être réalisée, en raison de la violation permanente par M. X... de la politique tarifaire applicable. Dans le cadre de l'exécution de bonne foi du contrat de travail, il incombait à la société de fournir à M. X... chaque année le 15 avril les éléments comptables permettant de déterminer s'il avait droit ou non à des primes variables. Il convient de retenir que la société Domotek Gmbh a, sans raison objective, refusé de régler les commissions dues au salarié au vu du tableau des chiffres d'affaires, en dépit des demandes qui lui ont été faites le 11 mars 2010, le 28 mai 2010, et le 4 juin 2010. Le non-paiement de la partie variable de la rémunération, pour un montant important (21.912 € pour l'exercice 2009 et 11.070 € pour l'année 2010) constitue de la part de l'employeur un manquement à l'obligation essentielle née de l'exécution du contrat de travail. Par ailleurs, dans un courrier électronique du 27 mai 2010 à 9 h 12, Dan Y... a informé M. Didier X... qu'il avait décidé de transférer les responsabilités commerciales et de marketing en France à Nachum Z..., dont il devait désormais suivre les instructions à compter de cet e-mail. En outre, par message électronique du 31 mai 2010 à 9 heures 48, Dan Y... lui intimait l'ordre de cesser toute utilisation du compte bancaire et de la carte de crédit de la société, sous peine de se voir retenu sur son salaire tout centime dépensé à partir de cette date. Or, selon les stipulations de l'article 4 du contrat de travail, M. X... devait, en sa qualité de directeur national des ventes, visiter la clientèle existante et potentielle de la société, prospecter de nouveaux clients de sa propre initiative, afin de développer le potentiel des ventes de la société en France et placer la société comme un leader sur le marché français en produits de chauffage et équipement. Selon l'article 12 du contrat, il bénéficiait d'une large indépendance dans la gestion de son emploi du temps compte tenu de l'importance des responsabilités ainsi assumées dans le cadre de ses fonctions. Les directives de l'employeur avaient pour conséquence directe de priver M. X... de la possibilité d'organiser à son gré ses déplacements et démarches commerciales en vue de prospecter la clientèle. C'est donc à juste titre que le Conseil de Prud'hommes a retenu que le salarié avait fait l'objet du retrait unilatéral d'un certain nombre de prérogatives attachées à sa fonction, hors de toute procédure disciplinaire ; ce qui constituait une modification unilatérale de son contrat de travail. Il convient, en conséquence, de confirmer la décision entreprise, en ce qu'elle a prononcé la résiliation du contrat de travail

aux torts de l'employeur, avec effet au 15 juillet 2010, date de cessation des relations contractuelles indiquée dans le certificat de travail. Dès lors que la demande de résiliation judiciaire a été formée avant la date de licenciement, et que la résiliation judiciaire est prononcée, il n'y a pas lieu d'examiner si le licenciement était fondé sur une cause réelle et sérieuse. Concernant les réclamations de M. X... La résiliation prononcée aux torts de l'employeur produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et ouvre en conséquence droit à toutes les indemnités de rupture. Sur l'indemnité compensatrice de préavis : L'article trois du contrat de travail impose aux parties de respecter sauf en cas de faute grave ou faute lourde un délai de préavis de trois mois. La rémunération mensuelle de M. X... au titre des mois de mars, avril et mai 2010 doit intégrer la partie fixe soit 5.000 € et la partie variable correspondant à 3 % des chiffres d'affaires réalisés durant les mois correspondants. En moyenne, au cours de ces trois derniers mois, le salarié aurait dû percevoir une rémunération totale de :  $(3 \times 5.000) + (3 \% \times 91.000) + (3 \% \times 81.000) + (3 \% \times 60.000) = 21.960$  €, soit une moyenne mensuelle de 7.320 €. L'indemnité compensatrice de préavis s'élève donc à :  $3 \times 7.320 = 21.960$  €, et les congés payés afférents à 2.196 €. Sur l'indemnité de licenciement : Selon les dispositions de l'article L.1234-9 du code du travail, M. X..., bénéficiant d'au moins une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit à une indemnité de licenciement d'un montant de :  $2.333 \times 7.320/5 = 3.415,51$  €. Le jugement sera donc confirmé pour ces condamnations. Sur les dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : Les dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail sont applicables en l'espèce s'agissant d'un salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté et d'une entreprise employant un effectif supérieur à salariés. M. X... peut donc prétendre à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal à six mois de salaire. Compte tenu des circonstances brutales et vexatoires de la rupture du contrat de travail, il convient de porter à 60.000 € le montant des dommages et intérêts dus à M. X.... Il y aura donc lieu d'infirmer ce point le jugement entrepris.

(...)

Sur le paiement de la part variable de rémunération : Le Conseil de Prud'hommes a fait droit à juste titre à la demande en paiement de la somme de 32.982 € correspondant à la part variable de rémunération exigible au titre des années 2009 et 2010, outre celle de 3.298,20 € au titre des congés payés afférents et la décision entreprise sera donc confirmée de ce chef.

(...)

Sur la demande formée au titre du droit individuel à la formation (DIF) : Selon les dispositions de l'article L.6323-17 du code du travail, en cas de licenciement non consécutif à une faute lourde, et si le salarié en fait la demande avant la fin du préavis, la somme correspondant au solde du nombre d'heures acquises au titre du droit individuel à la formation et non utilisées, multiplié par le montant forfaitaire visé au deuxième alinéa de l'article L.6332-14, permet de financer tout ou partie d'une action de bilan de compétences, de validation des acquis de l'expérience ou de formation, A défaut d'une telle demande, la somme n'est pas due par l'employeur. En l'espèce, le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité d'exercer son droit individuel à la formation, du fait du comportement de l'employeur qui est à l'origine de la résiliation judiciaire du contrat. M. X... est donc fondé à solliciter réparation de la perte de chance de faire liquider ses droits acquis en matière de droit individuel à la formation. En l'espèce, compte tenu des droits acquis (120 heures) et de la rapidité avec laquelle M. X... a pu retrouver un emploi salarié correspondant à ses compétences et à son expérience professionnelle, le préjudice subi

sera justement réparé par une indemnité de 100 € » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « Sur la demande de résiliation judiciaire et le licenciement sans cause réelle et sérieuse de M. X... : Attendu que monsieur X... a assigné la société DOMOTECK GMBH, le 16 juin 2010 en résiliation de son contrat de travail et que la société indique l'avoir licencié en date du juillet 2010. Attendu qu'il convient donc d'examiner tout d'abord la demande de résiliation formée par monsieur X... puis s'il y a lieu le licenciement. Sur la résiliation judiciaire du contrat de travail de monsieur X.... Attendu que monsieur X... invoque de griefs à l'encontre de son employeur justifiant pour lui la demande de résiliation judiciaire : l'absence de paiement de la rémunération variable ainsi que le retrait injustifié de ses fonctions et responsabilités. Sur l'absence de paiement de la rémunération variable : Attendu que l'article 11 du contrat stipule : « en rémunération de son travail et contenu des responsabilités qui lui sont confiées, Monsieur X... recevra un traitement fixe mensuel ainsi qu'une prime variable telle que défini ci-dessous : a) un traitement fixe mensuel brut de 5000 € b) à compter de la fin de la période d'essai une prime variant de la façon suivante de l'une commission de 3 % sur les revenus nets annuels de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société jusqu'à 100 % (...) Il convient de rappeler ici ce que l'on entend par revenu net annuel de la société les revenus que la société reçoit actuellement de la vente des produits sur le territoire français desquels il convient de déduire les réductions, les rabais, les taxes, notamment la TVA et autre charges (...). En ce qui concerne les modalités de calcul de cette commission, il est précisé que les commissions seront payées le 15 avril de chaque année. » Attendu en l'espèce que même si aucun élément probant ne permet de constater que Monsieur X... a bien réclamé à plusieurs reprises le paiement de cette prime son conseil en a réclamé le versement par courrier en date du 4 juin 2010, sans que la société daigne y répondre. Que de plus, la société DOMOTECK GMBH reste taissante sur ce fait et depuis le début de la procédure. Attendu que ce fait à lui seul constitue un motif légitime de résiliation judiciaire dès lors que la société n'a jamais répondu ni même contesté que la prime de 2009 était due. Sur le retrait des fonctions et responsabilités : Attendu que la modification de fonctions ou de responsabilités importantes ne peut se faire sans l'accord du salarié et qu'à défaut il s'agit d'une modification unilatérale du contrat de travail ouvrant droit au salarié à la possibilité de demander la résiliation de son contrat au torts exclusifs de l'employeur. Attendu que les fonctions de Monsieur X... telles que prévues à l'article 1er du contrat de travail sont celles de Directeur des ventes en France. Attendu que la société DOMOTECK GMBH a informé Monsieur X... qu'à dater du 27 mai 2010, il avait été décidé de transférer les responsabilités commerciales et de marketing en France à Monsieur Z.... Attendu que Monsieur X... fait grief à la société DOMOTECK GMBH de lui avoir de manière unilatérale retiré ses fonctions alors même que la société conteste cette version et considère seulement que le nouvel interlocuteur de Monsieur X... est désormais Monsieur Z.... Attendu que le changement de supérieur hiérarchique ou la mise en place d'un nouvel interlocuteur, sans que le salarié voie ses fonctions modifiées relève du pouvoir de direction et de gestion de l'employeur. Attendu qu'en l'espèce, au vu des échanges de courriels, le Conseil ne peut considérer qu'il s'agit là d'une modification unilatérale des fonctions de Monsieur X.... Mais attendu cependant que le retrait unilatéral, hors de toute procédure disciplinaire, d'un certain nombre de prérogatives attachées à la fonction peuvent s'analyser en une modification unilatérale. Attendu qu'en l'espèce Monsieur X..., par courriel du 31 mai 2010 a été informé qu'il n'était plus autorisé à utiliser le compte bancaire et la carte de crédit de la société en France. Attendu qu'au vu des fonctions de Monsieur X... et seul salarié de la société en France, ce brusque retrait sans aucune justification peut s'analyser en une modification unilatérale du contrat de travail

ouvrant droit à résiliation judiciaire aux torts de l'employeur. Sur la date de la résiliation : Attendu que dès lors qu'il y a résiliation judiciaire, la date du prononcé fixe de fait la date de résiliation judiciaire et ses effets, mais attendu que la société indique avoir prononcé un licenciement, qu'il existe un différend sur la réception de la lettre de licenciement, mais que le certificat de travail indique bien que les relations contractuelles ont cessé à la date du 15 juillet. Attendu qu'en conséquence, le Conseil prononcera la résiliation judiciaire à la date du 15 juillet 2010. Sur le licenciement sans cause réelle et sérieuse : Attendu que la demande de résiliation judiciaire a été introduite avant la date du licenciement et que le Conseil a prononcé la résiliation judiciaire. Attendu qu'en conséquence de quoi, il n'y a pas lieu à se prononcer sur la cause réelle et sérieuse du licenciement. Sur les sommes dues en application de la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur : Attendu que la résiliation prononcée aux torts de l'employeur a pour effet de produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Attendu que le salaire moyen de Monsieur X... était de 7.320 € primes incluses. Attendu qu'en conséquence, il est dû à Monsieur X... les sommes suivantes, dont le quantum n'est pas contesté par la société DOMOTECK GMBH soit à titre d'indemnité de préavis de trois mois 21.960 €, majorée de 2.196 € à titre de congés payés sur préavis et 3.415,51 € à titre d'indemnité de licenciement.

(...)

Sur le paiement de la part variable de la rémunération de Monsieur X... : Attendu que Monsieur Didier X... réclame la somme de 32.982 € en paiement des primes correspondant à la part variable de son salaire. Attendu que l'article 11 de son contrat de travail stipule : « en rémunération de son travail et compte tenu des responsabilités qui lui sont confiées, Monsieur X... recevra un traitement fixe mensuel ainsi qu'une prime variable telle que définie ci-dessous : a) un traitement fixe mensuel brut de 5 000 € b) à compter de la fin de la période d'essai une prime variant de la façon suivante de l'une commission de 3 % sur les revenus nets annuels de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société jusqu'à 100 % (...) Il convient de rappeler ici ce que l'on entend par revenu net annuel de la société les revenus que la société reçoit actuellement de la vente des produits sur le territoire français desquels il convient de déduire les réductions, les rabais, les taxes, notamment la TVA et autre charges (...). En ce qui concerne les modalités de calcul de cette commission, il est précisé que les commissions seront payées le 15 avril de chaque année. » Attendu en l'espèce que le Conseil a prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail notamment au motif du non-paiement de cette clause. Attendu que ces sommes sont dues par l'employeur et ne font pas l'objet de contestation. Qu'en conséquence de quoi, le Conseil fait droit à la demande de Monsieur X... au titre de la part variable de la rémunération soit 32.982 € pour les années 2009 et 2010, majorée des congés payés afférents » ;

1) ALORS QUE lorsqu'un salarié a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, la rupture du contrat de travail qui résulte du licenciement rend nécessairement sans objet la demande de résiliation judiciaire, le juge devant seulement apprécier le bien-fondé du licenciement en prenant en considération les griefs qui étaient invoqués par le salarié dès lors qu'ils sont de nature à avoir une influence sur cette appréciation ; qu'en l'espèce, il était constant que si le salarié avait formé une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail le 17 juin 2010, il avait ultérieurement été licencié par lettre du 11 juillet 2010, si bien que la demande de résiliation était devenue sans objet ; qu'en jugeant qu'il y avait lieu d'abord d'examiner la demande de résiliation et que comme elle était fondée il n'y avait pas lieu d'examiner le bien-fondé du licenciement, la cour d'appel a violé l'article L. 1231-1 du Code du travail

ensemble les articles L.1232-1 et L.1235-1 du Code du travail ;

2) ALORS subsidiairement QUE si 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 est justifiée et que c'est seulement s'il ne l'estime non fondée qu'il doit statuer sur le licenciement, le juge doit toutefois, pour apprécier le bien-fondé de la demande de résiliation judiciaire, prendre en considération les griefs qui étaient invoqués par l'employeur à l'appui du licenciement dès lors qu'ils sont de nature à avoir une influence sur cette appréciation ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a jugé fondée la demande de résiliation judiciaire formulée par monsieur X... avant qu'il soit licencié sans prendre en compte les griefs formulés par l'employeur à l'appui du licenciement, tirés d'une violation par le salarié de ses obligations de rendre compte et de loyauté ; qu'en statuant ainsi, sans même examiner si les causes de licenciement invoquées étaient de nature à influencer sur l'appréciation du bien-fondé de la demande de résiliation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1231-1 du Code du travail, ensemble les articles L.1232-1 et L.1235-1 du Code du travail ;

3) ALORS en tout état de cause QU'il appartient au salarié de rapporter la preuve du bien-fondé de sa demande de résiliation judiciaire ; qu'en jugeant bien-fondée en l'espèce la demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail formulée par monsieur X..., qui prétendait n'avoir pas reçu la rémunération variable qui lui aurait été due, au prétexte que l'employeur n'aurait pas justifié avoir rempli ses obligations en la matière, sans exiger la moindre preuve de monsieur X..., la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé les articles 1315 du Code civil et L. 1231-1 du Code du travail ;

4) ALORS QUE la cour d'appel a constaté que la rémunération variable du salarié était assise sur les revenus nets annuels de la société entendus comme les revenus que la société reçoit actuellement de la vente de produits sur le territoire français desquels il convient de déduire les réductions, les rabais, les taxes, notamment la TVA et autres charges des sociétés tierces, les taxes d'import et d'export et les commissions payées par la société à des sociétés tierces, les rabais, les avoirs accordés au client au lieu et place des rabais, créances irrécouvrables et coûts associés (y compris des honoraires de mandataire) (arrêt page 7 in fine) ; qu'en faisant cependant droit aux demandes du salarié au titre de la rémunération variable après avoir elle-même constaté que ses demandes étaient assises, non pas sur les revenus nets annuels tels que définis au contrat, mais sur le chiffre d'affaires réalisé (arrêt page 8 § 1 et pénultième §) comme cela ressortait des conclusions du salarié (conclusions adverses page 16), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1134 du Code civil ;

5) ALORS QUE le changement de supérieur hiérarchique ou la mise en place d'un nouvel interlocuteur sans que le salarié voie ses fonctions modifiées relève du pouvoir de direction et de gestion de l'employeur ; qu'en affirmant en l'espèce que la décision de l'employeur de transférer les responsabilités commerciales et de marketing en France à Nachum Z... aurait eu pour conséquence directe de priver monsieur X... de la possibilité d'organiser à son gré ses déplacements et démarches commerciales en vue de prospecter la clientèle, sans préciser en quoi ce changement d'interlocuteur, dont il a été retenu par motifs adoptés qu'il ne caractérisait pas en soi une modification du contrat de travail, aurait eu pour conséquence d'entraver la liberté du salarié ou de lui retirer un

certain nombre de prérogatives, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 du code civil et L. 1221-1 et L. 1231-1 du Code du travail ;

6) ALORS QUE l'employeur peut librement modifier unilatéralement les conditions de travail d'un salarié ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a reproché à l'employeur d'avoir privé monsieur X... de la possibilité d'organiser à son gré ses déplacements et démarches commerciales et d'avoir retiré au salarié des prérogatives attachées à sa fonction, au prétexte qu'il aurait interdit au salarié d'utiliser le compte bancaire et la carte de crédit de la société ; qu'en statuant ainsi sans caractériser qu'il ressortait du contrat de travail de monsieur X..., embauché seulement comme directeur des ventes et bénéficiant d'un système de remboursement des frais professionnels sur justificatifs, qu'il devait pouvoir utiliser des moyens de paiement de la société pour la bonne exécution de sa mission, et que cette utilisation ne ressortait pas seulement d'une modalité d'exécution du contrat de travail pouvant être modifiée unilatéralement par l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 du code civil et L. 1221-1 et L. 1231-1 du Code du travail ;

7) ALORS enfin QU'en omettant de caractériser que les manquements retenus à l'encontre de l'employeur étaient suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat de travail et pour ainsi justifier que la résiliation du contrat de travail soit prononcée à ses torts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1231-1 du Code du travail.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision attaquée d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND à payer à monsieur Didier X... les sommes de 21.960 € à titre d'indemnité de préavis, 2.196 € à titre de congés payés sur préavis, 3.415,51 € à titre d'indemnité de licenciement et d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND aux dépens et à payer une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « L'article 6 du contrat de travail stipule qu'en sus du traitement fixe mensuel brut de 5.000 €, la rémunération du travail comporte une prime variable à compter de la fin de la période d'essai, variant de la façon suivante : - une commission de 3 % sur les revenus nets annuels de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société jusqu'à 100 %, - une commission de 2 % sur les revenus nets annuels de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société de 100 % à 120 %, - une commission à définir entre les parties sur les revenus annuels nets de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société au-delà de 120 %. Il est précisé à cet article que l'on entend par revenus nets annuels de la société les revenus que la société reçoit actuellement de la vente de produits sur le territoire français desquelles il convient de déduire les réductions, les rabais, les taxes, notamment la TVA et autres charges des sociétés tierces, les taxes d'import et d'export et les commissions payées par la société à des sociétés tierces, les rabais, les avoirs accordés au client au lieu et place des rabais, créances irrécouvrables et

coûts associés (y compris des honoraires de mandataire). Il est en outre mentionné que les commissions seront payées le 15 avril de chaque année. Le salarié a produit aux débats un tableau récapitulatif des chiffres d'affaires réalisés en 2009, mois par mois, dont il résulte qu'à la fin de l'année 2009, le total du chiffre d'affaires s'élevait pour la France à 730.439 €. Par message électronique en date du 11 mars 2010, M. Didier X... a demandé à la société Domotek Gmbh des précisions sur le paiement de ses commissions de 2009. Le même jour, Dan Y..., responsable de la société Domotek, lui a répondu que Nachum Z... avait demandé à Brigitte de calculer ces commissions pour 2009. Par courrier électronique en date du 1er mars 2010, Dan Y... indiquait à M. Didier X... : "j'ai reçu les données financières de l'Allemagne concernant des ventes. Je dois avouer que je suis très surpris et selon les informations que j'ai reçues la situation est décevante. Le rabais moyen que tu as accordé à Frico et AER est supérieur de 25 % à notre grille tarifaire. (...), nous perdons de l'argent en France ce qui n'est pas l'objet de nos activités (...) J'ai vérifié la liste que tu m'as transmise par exemple : Matt textile FEP 850 watt le prix fait à AER est de 63,80 euros, le prix fait à FRICO et de 59,60 euros et celui proposé à XLPE est de 65,96 or notre prix catalogue est de 85,07. Au regard des informations qui précèdent je suis très embarrassé. Avec des prix si bas pour FRICO et AER comment se fait-il que nous n'ayons pas une meilleure part de marché ?" Il convient toutefois de relever que la société n'a pas justifié des objectifs annuels pour 2009 et 2010 ni de la grille tarifaire applicable, ni des éléments susceptibles de venir en déduction du chiffre annuel brut des ventes. L'appelante procède par simple affirmation lorsqu'elle indique qu'aucune marge ne pouvait être réalisée, en raison de la violation permanente par M. X... de la politique tarifaire applicable. Dans le cadre de l'exécution de bonne foi du contrat de travail, il incombait à la société de fournir à M. X... chaque année le 15 avril les éléments comptables permettant de déterminer s'il avait droit ou non à des primes variables. Il convient de retenir que la société Domotek Gmbh a, sans raison objective, refusé de régler les commissions dues au salarié au vu du tableau des chiffres d'affaires, en dépit des demandes qui lui ont été faites le 11 mars 2010, le 28 mai 2010, et le 4 juin 2010. Le non-paiement de la partie variable de la rémunération, pour un montant important (21.912 € pour l'exercice 2009 et 11.070 € pour l'année 2010) constitue de la part de l'employeur un manquement à l'obligation essentielle née de l'exécution du contrat de travail.

(...)

Sur l'indemnité compensatrice de préavis : L'article trois du contrat de travail impose aux parties de respecter sauf en cas de faute grave ou faute lourde un délai de préavis de trois mois. La rémunération mensuelle de M. X... au titre des mois de mars, avril et mai 2010 doit intégrer la partie fixe soit 5.000 € et la partie variable correspondant à 3 % des chiffres d'affaires réalisés durant les mois correspondants. En moyenne, au cours de ces trois derniers mois, le salarié aurait dû percevoir une rémunération totale de :  $(3 \times 5.000) + (3 \% \times 91.000) + (3 \% \times 81.000) + (3 \% \times 60.000) = 21.960$  €, soit une moyenne mensuelle de 7.320 €. L'indemnité compensatrice de préavis s'élève donc à :  $3 \times 7.320 = 21.960$  €, et les congés payés afférents à 2.196 €. Sur l'indemnité de licenciement : Selon les dispositions de l'article L.1234-9 du code du travail, M. X..., bénéficiant d'au moins une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit à une indemnité de licenciement d'un montant de :  $2.333 \times 7.320/5 = 3.415,51$  €. Le jugement sera donc confirmé pour ces condamnations.

(...)

Sur le paiement de la part variable de rémunération : Le Conseil de Prud'hommes a fait droit à juste titre à la demande en paiement de la somme de 32.982 € correspondant à la

part variable de rémunération exigible au titre des années 2009 et 2010, outre celle de 3.298,20 € au titre des congés payés afférents et la décision entreprise sera donc confirmée de ce chef » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « Sur l'absence de paiement de la rémunération variable : Attendu que l'article 11 du contrat stipule : « en rémunération de son travail et contenu des responsabilités qui lui sont confiées, Monsieur X... recevra un traitement fixe mensuel ainsi qu'une prime variable telle que défini ci-dessous : a) un traitement fixe mensuel brut de 5000 € b) à compter de la fin de la période d'essai une prime variant de la façon suivante de l'une commission de 3 % sur les revenus nets annuels de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société jusqu'à 100 % (...) Il convient de rappeler ici ce que l'on entend par revenu net annuel de la société les revenus que la société reçoit actuellement de la vente des produits sur le territoire français desquels il convient de déduire les réductions, les rabais, les taxes, notamment la TVA et autre charges (...). En ce qui concerne les modalités de calcul de cette commission, il est précisé que les commissions seront payées le 15 avril de chaque année. » Attendu en l'espèce que même si aucun élément probant ne permet de constater que Monsieur X... a bien réclamé à plusieurs reprises le paiement de cette prime son conseil en a réclamé le versement par courrier en date du 4 juin 2010, sans que la société daigne y répondre. Que de plus, la société DOMOTECK GMBH reste taise sur ce fait et depuis le début de la procédure. Attendu que ce fait à lui seul constitue un motif légitime de résiliation judiciaire dès lors que la société n'a jamais répondu ni même contesté que la prime de 2009 était due.

(...)

Sur les sommes dues en application de la résiliation judiciaire aux torts de l'employeur : Attendu que la résiliation prononcée aux torts de l'employeur a pour effet de produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Attendu que le salaire moyen de Monsieur X... était de 7.320 € primes incluses. Attendu qu'en conséquence, il est dû à Monsieur X... les sommes suivantes, dont le quantum n'est pas contesté par la société DOMOTECK GMBH soit à titre d'indemnité de préavis de trois mois 21.960 €, majorée de 2.196 € à titre de congés payés sur préavis et 3.415,51 € à titre d'indemnité de licenciement.

(...)

Sur le paiement de la part variable de la rémunération de Monsieur X... : Attendu que Monsieur Didier X... réclame la somme de 32.982 € en paiement des primes correspondant à la part variable de son salaire. Attendu que l'article 11 de son contrat de travail stipule : « en rémunération de son travail et compte tenu des responsabilités qui lui sont confiées, Monsieur X... recevra un traitement fixe mensuel ainsi qu'une prime variable telle que défini ci-dessous : a) un traitement fixe mensuel brut de 5 000 € b) à compter de la fin de la période d'essai une prime variant de la façon suivante de l'une commission de 3 % sur les revenus nets annuels de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société jusqu'à 100 % (...) Il convient de rappeler ici ce que l'on entend par revenu net annuel de la société les revenus que la société reçoit actuellement de la vente des produits sur le territoire français desquels il convient de déduire les réductions, les rabais, les taxes, notamment la TVA et autre charges (...). En ce qui concerne les modalités de calcul de cette commission, il est précisé que les commissions seront payées le 15 avril de chaque année. » Attendu en

l'espèce que le Conseil a prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail notamment au motif du non-paiement de cette clause. Attendu que ces sommes sont dues par l'employeur et ne font pas l'objet de contestation. Qu'en conséquence de quoi, le Conseil fait droit à la demande de Monsieur X... au titre de la part variable de la rémunération soit 32.982 € pour les années 2009 et 2010, majorée des congés payés afférents » ;

ALORS QUE la cour d'appel a constaté que la rémunération variable du salarié était assise sur les revenus nets annuels de la société, entendus comme les revenus que la société reçoit actuellement de la vente de produits sur le territoire français desquels il convient de déduire les réductions, les rabais, les taxes, notamment la TVA et autres charges des sociétés tierces, les taxes d'import et d'export et les commissions payées par la société à des sociétés tierces, les rabais, les avoirs accordés au client au lieu et place des rabais, créances irrécouvrables et couts associés (y compris des honoraires de mandataire) (arrêt page 7 in fine) ; qu'en calculant la rémunération moyenne du salarié, servant de base au calcul de l'indemnité compensatrice de préavis et de l'indemnité de licenciement en tenant compte d'une partie variable correspondant à 3 % des chiffres d'affaires réalisés durant les mois correspondants (arrêt page 10 al. 3), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1134 du Code civil ;

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision attaquée d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND à payer à monsieur Didier X... la somme de 60.000 € à titre de dommages et intérêts et d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND aux dépens et à payer une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur les dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse : Les dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail sont applicables en l'espèce s'agissant d'un salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté et d'une entreprise employant un effectif supérieur à 10 salariés. M. X... peut donc prétendre à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal à six mois de salaire. Compte tenu des circonstances brutales et vexatoires de la rupture du contrat de travail, il convient de porter à 60.000 € le montant des dommages et intérêts dus à M. X... Il y aura donc lieu d'infirmier ce point le jugement entrepris » ;

1) ALORS QUE l'indemnisation des circonstances brutales et vexatoires de la rupture est indépendante de la condamnation prononcée par application de l'article L.1235-3 du Code du travail, en conséquence de l'imputation de la rupture à l'employeur ; qu'en jugeant en l'espèce que « Compte tenu des circonstances brutales et vexatoires de la rupture du contrat de travail, il convient de porter à 60.000 € le montant des dommages et intérêts dus à M. X... », la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil, ensemble l'article L.1235-3 du Code du travail ;

2) ALORS QU'en affirmant péremptoirement qu'il convenait de tenir compte des circonstances brutales et vexatoires de la rupture du contrat de travail sans les

caractériser, ni relevé l'existence d'un préjudice en découlant distinct de celui résultant de la rupture, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND à payer 29 280 euros à titre d'indemnité de non-concurrence outre 2928 euros au titre des congés payés, d'AVOIR débouté l'employeur de sa demande de condamnation du salarié à payer la somme contractuellement prévue de 8 mois de salaires du fait de la violation de la clause de non-concurrence, d'AVOIR limité l'indemnisation due à l'employeur au titre de la faute lourde du salarié et d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND aux dépens et à payer une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Compte tenu de ses fonctions de directeur des ventes en France et des informations stratégiques de nature économique et commerciale auxquelles il avait accès, M. X... s'est vu interdire, par l'article 9 du contrat de travail, d'entrer directement ou indirectement au service d'entreprises concurrentes de la société ou de tiers ou de toute entreprise ou tiers ayant repris ou poursuivi leurs activités sous quelque forme que ce soit, et ceci pendant une durée d'un an sur toute la France. La licéité de cette clause n'est pas discutée, dès lors qu'elle était limitée dans le temps et dans l'espace, et qu'elle comportait l'obligation faite à l'employeur de verser une contrepartie financière au salarié ; elle tenait compte en outre des informations dont avait pu avoir M. X... sur la stratégie commerciale de la société Domoteck durant l'exécution de son contrat de travail. En l'espèce, la société reproche à M. X... d'avoir pris en septembre 2010 des fonctions salariées au sein de la société CEF / AER (appareillage électrique du Rhône) dont l'activité est le montage, assemblage de matériel électrique, achat, vente exclusivement en gros d'appareillage électrique et appareils électroménagers, selon l'extrait K bis produit aux débats. Cette embauche n'est pas contestée par l'intimé ; et il ressort notamment du courrier électronique adressé le 2 septembre 2010 par Stéphane A... de la société AER que M. Didier X... a été embauché en qualité de chef de produit sur la division chauffage électrique Heatstore, avec pour tâche essentielle l'organisation et la mise en place de nouvelles procédures, la mise en place des outils marketing et d'aide à la vente, les contrôles qualité et développement produit, l'information et accompagnement terrain au niveau national et la prescription sur l'ensemble de la gamme. Toutefois, dans cet e-mail, M. A... indique : "la plupart d'entre vous le connaissent déjà pour avoir représenté depuis plus de deux ans notre fabricant en plancher électrique sur le territoire français et pour nous avoir accompagné sur Le terrain tant auprès des agences qu'en réunion pour des formations". La société AER n'est donc pas un concurrent de la société Domoteck GmbH, mais un distributeur de ses produits sur le territoire français ; ainsi que le confirme d'ailleurs l'e-mail adressé par M. Y... à M. Didier X... le 1er mars 2010 à 10 heures 39 dans lesquelles le salarié se voit reprocher de pratiquer vis-à-vis des sociétés FRICO et AER des tarifs de vente inférieurs de plus de 25 % au prix catalogue. Les sociétés AER et Domoteck sont d'ailleurs toujours en relations commerciales puisque par courriel en date du 1er octobre 2012 (pièce 26 de l'intimé), Pierre B..., nouveau gérant de Domoteck questionnait M. X... sur la possibilité d'organiser une rencontre, en lui précisant "vous connaissez très bien nos produits et ils méritent sûrement plus qu'un chiffre d'affaires de 1000 euros par mois au lieu des 100.000 € que vous aviez prévus" ; manifestant ainsi

clairement son intention d'accroître le volume des ventes avec ce distributeur. Aucune pièce telle que catalogues, ou attestations ne démontre que la société AER vende en France des produits concurrents de ceux fabriqués et commercialisés par la société Domotek Gmbh dans le domaine de la climatisation, chauffage et de la gestion technique centralisée, ainsi que le soutient l'appelante. Dès lors qu'elle est défailante dans l'administration de la preuve d'une violation de la clause de non-concurrence. La société Domotek Gmbh doit verser à M. X... pendant toute la durée de l'interdiction une somme égale à un tiers de sa rémunération mensuelle moyenne des trois derniers mois de présence dans l'entreprise. Il convient en conséquence de confirmer le jugement en ce qu'il a condamné la société à payer à M. X... la somme de  $12 \times 7.320 \times 1/3 = 29.280 \text{ €}$  outre les congés payés afférents, soit la somme de 2.928 €. Dès lors que le principe et le montant de cette créance résultent du contrat de travail et non de l'appréciation du juge, les intérêts au taux légal courent à compter du 17 juin 2010, date de la saisine du conseil de prud'hommes, valant sommation de payer, conformément aux dispositions de l'article 1153 alinéa 2 du code civil. La société sera déboutée de sa demande en paiement de la somme équivalente à huit mois de salaire de référence pour violation de la clause de non-concurrence ; faute pour elle de démontrer la réalité de cette violation » ;

ET QUE « L'article 6 du contrat de travail stipule qu'en sus du traitement fixe mensuel brut de 5.000 €, la rémunération du travail comporte une prime variable à compter de la fin de la période d'essai, variant de la façon suivante : - une commission de 3 % sur les revenus nets annuels de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société jusqu'à 100 %, - une commission de 2 % sur les revenus nets annuels de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société de 100 % à 120 %, - une commission à définir entre les parties sur les revenus annuels nets de la société provenant des ventes de produits sur le territoire français en cas d'atteinte des objectifs fixés par la société au-delà de 120 %. Il est précisé à cet article que l'on entend par revenus nets annuels de la société les revenus que la société reçoit actuellement de la vente de produits sur le territoire français desquelles il convient de déduire les réductions, les rabais, les taxes, notamment la TVA et autre charges des sociétés tierces, les taxes d'import et d'export et les commissions payées par la société à des sociétés tierces, les rabais, les avoirs accordés au client au lieu et place des rabais, créances irrécouvrables et coûts associés (y compris des honoraires de mandataire). Il est en outre mentionné que les commissions seront payées le 15 avril de chaque année

(...)

La rémunération mensuelle de M. X... au titre des mois de mars, avril et mai 2010 doit intégrer la partie fixe soit 5.000 € et la partie variable correspondant à 3 % des chiffres d'affaires réalisés durant les mois correspondants. En moyenne, au cours de ces trois derniers mois, le salarié aurait dû percevoir une rémunération totale de :  $(3 \times 5.000) + (3 \% \times 91.000) + (3 \% \times 81.000) + (3 \% \times 60.000) = 21.960 \text{ €}$ , soit une moyenne mensuelle de 7.320 € » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « Attendu que l'article 11 du contrat de travail de Monsieur X... stipule :

« a) En tant que représentant de la société, Monsieur X... est en cette qualité tenu à une véritable obligation de fidélité qui lui interdit de s'intéresser directement ou indirectement à

une entreprise concurrente ou de collaborer, sous quelque forme que ce soit, avec une telle entreprise. Il devra se considérer lié par un véritable secret professionnel en ce qui concerne les procédés de fabrication, dont la divulgation serait de nature à favoriser des intérêts contraires à ceux de la société, et les renseignements commerciaux confidentiels dont il serait dépositaire. b) Compte tenu de ses fonctions de Directeur des Ventes en France et des informations stratégiques de nature économique et commerciale auxquelles il a accès, Monsieur X... s'engage, après la rupture de son contrat de travail, pour quelque cause que ce soit, ci ne pas : - exercer, sous quelque forme que ce soit, une activité concurrente à celle de la société ; - entrer directement ou indirectement au service d'entreprises concurrentes de la société, ou de tiers ou de toute entreprise ou tiers ayant repris ou poursuivi, sous quelque forme que ce soit, leurs activités. Cette interdiction de concurrence est applicable pendant une durée d'1 (un) an et est limitée à la France. Elle s'appliquera quels que soient la nature et le motif de la rupture du contrat, y compris pendant la période d'essai. Pendant toute la durée de l'interdiction, il sera versé chaque mois à Monsieur X... une somme égale à 1/3 (un tiers) de sa rémunération mensuelle moyenne des trois derniers mois de présence dans l'entreprise. En cas de violation de la présente clause, Monsieur X... sera automatiquement redevable d'une somme fixée forfaitairement et dès à présent ci 8 (huit) mois de rémunération. La société sera pour sa part libérée de son engagement de versement de la contrepartie financière. Le paiement de cette somme n'est pas exclusif du droit que la société se réserve de poursuivre Monsieur X... en remboursement du préjudice effectivement subi et de faire ordonner sous astreinte la cessation de l'activité concurrentielle. La société se réserve toutefois la faculté, à tout moment, de libérer Monsieur X... de l'interdiction de concurrence. La société sera pour sa part libérée de son engagement de versement de la contrepartie financière. Dans ce cas, la société s'engage à prévenir Monsieur X... par écrit. » Attendu que Monsieur Didier X... réclame en application du respect de la clause de non-concurrence dont il dit ne pas avoir été délié la somme de 29.280 € majorée des congés payés. Attendu que pour sa part, la société DOMOTECK GMBH considère que Monsieur Didier X... a de fait violé la clause de non-concurrence en allant travailler dans une entreprise concurrente, la société CEF / AER dont le directeur financier a annoncé le 2 septembre 2010 par courriel qu'il avait rejoint la société. Elle en déduit donc que Monsieur X... ne peut se prévaloir d'une indemnité due au titre de la clause de non-concurrence, puisqu'il a violé celle-ci. Mais attendu que la société DOMOTECK GMBH n'apporte pas la preuve que la société CEF / AER est une société concurrente, alors même que cette société commercialise les produits de la DOMOTECK GMBH. Qu'en conséquence de quoi, le Conseil ne considère pas qu'il y ait eu violation de la clause de non-concurrence. Attendu que la société DOMOTECK GMBH n'a pas levé la clause de non-concurrence et qu'il n'apparaît pas que Monsieur X... ait violé la clause de non-concurrence, en conséquence la société DOMOTECK GMBH lui est redevable d'une indemnité de non-concurrence calculée sur le tiers de son salaire moyen des trois derniers mois (1/3 de 7.320 €), pendant 12 mois, soit une indemnité totale de 29.280 € majorée des congés payés pour 2.928 € » ;

1) ALORS QUE tenus de motiver leur décision, les juges du fond doivent viser et analyser les éléments de preuve versés aux débats ; qu'en affirmant que l'exposante était défaillante dans l'administration de la preuve d'une violation de la clause de non-concurrence, faute de démontrer que la société AER vendait en France des produits concurrents de ceux fabriqués et commercialisés par elle, sans viser ni analyser le Kbis de la société AER et ses statuts, versés aux débats par la société DOMOTECK DEUTSCHLAND sous le n° 29, et dont il résultait que la société AER ayant une activité d'« achat vente exclusivement gros d'appareillage électrique et appareils électroménagers », elle était nécessairement concurrente de l'exposante dont la cour d'appel a elle-même

constaté qu'elle fabriquait et commercialisait des produits de climatisations, chauffage et gestion technique centralisée, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2) ALORS QUE la cour d'appel a constaté que la rémunération variable du salarié était assise sur les revenus nets annuels de la société, entendus comme les revenus que la société reçoit actuellement de la vente de produits sur le territoire français desquels il convient de déduire les réductions, les rabais, les taxes, notamment la TVA et autres charges des sociétés tierces, les taxes d'import et d'export et les commissions payées par la société à des sociétés tierces, les rabais, les avoirs accordés au client au lieu et place des rabais, créances irrécouvrables et couts associés (y compris des honoraires de mandataire) (arrêt page 7 in fine) ; qu'en calculant cependant l'indemnité de non-concurrence en prenant en compte une rémunération variable assise, non pas sur les revenus nets annuels de la société, mais sur le chiffre d'affaires dans son ensemble, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil.

## CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND à remettre à monsieur Didier X... les documents de rupture conformes à la décision, d'AVOIR liquidé à la somme de 10.000 € le montant de l'astreinte ayant couru à l'encontre de la société Domoteck Gmbh entre le 12 novembre 2010 et le jour du présent arrêt et condamné la société DOMOTECK Gmbh à payer cette somme de 10.000 € à monsieur Didier X... et d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND aux dépens et à payer une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la demande de délivrance des documents de fin de contrat :

Dans son ordonnance du 22 octobre 2010, le bureau de conciliation du Conseil de Prud'hommes de Bordeaux avait ordonné à la société Domoteck Gmbh de remettre à M. X... un certificat de travail établi en conformité avec l'article L.1234-19 du code du travail, ainsi qu'un solde de tout compte établi en conformité avec l'article L.1234-20 du code du travail. La société ne démontre pas avoir remis ces documents en original à M. X... et ce dernier n'a produit au débat que les photocopies. M. X... indique n'avoir été destinataire d'aucun certificat de travail, ni d'aucune attestation Pôle Emploi, si ce n'est les photocopies produites devant le bureau de conciliation en octobre 2010. En toute hypothèse, l'attestation pôle emploi est erronée puisqu'elle mentionne comme motif de la rupture du contrat de travail de l'existence d'une faute grave. Il convient en conséquence de confirmer la décision qui a condamné la société à remettre au salarié ces documents de rupture. Il est nécessaire d'assortir cette condamnation d'une astreinte dès lors que la société n'a pas déféré à l'ordonnance du bureau de conciliation. Sur la demande de liquidation de l'astreinte : La condamnation prononcée par le bureau de conciliation, concernant la remise des documents de rupture, était assortie d'une astreinte de 100 € par jour calendaire après un délai de 15 jours dont le premier se situerait au jour de la notification de la décision. L'ordonnance du bureau de conciliation a été notifiée le 27 octobre 2010 et la société Domoteck Gmbh ne justifie d'aucun motif légitime expliquant le défaut de remise en original de ces documents de rupture. Il convient, en conséquence,

de liquider l'astreinte ayant couru du 12 novembre 2010 jusqu'à la date du présent arrêt à la somme de 10.000 € » ;

1) ALORS QUE l'astreinte est liquidée par le juge de l'exécution, sauf si le juge qui l'a ordonnée reste saisi de l'affaire ou s'en est expressément réservé le pouvoir ; que l'incompétence est relevée d'office par le juge saisi d'une demande en liquidation d'astreinte ; qu'en liquidant en l'espèce l'astreinte ordonnée par le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes de Bordeaux qui s'était pourtant réservé le droit de liquider cette astreinte, la cour d'appel a violé l'article 35 de la loi du 9 juillet 1991 devenu l'article L.131-3 du code des procédures civiles d'exécution.

## SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité l'indemnisation due à l'employeur au titre de la faute lourde du salarié et d'AVOIR condamné la société DOMOTECK DEUTSCHLAND aux dépens et à payer une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « La société Domoteck Gmbh indique avoir subi un préjudice important du fait de l'attitude de son ancien salarié qui a gardé en sa possession, dans l'intention de lui nuire, des matériels, objets et documents commerciaux ou confidentiels de sorte que des clients mécontents de l'absence de réponse à leurs courriers ou à leurs télécopies ont procédé au déréférencement de produits Domoteck. Au vu des éléments produits au débat, la Cour dispose des éléments suffisants pour chiffrer à 10.000 € la réparation du préjudice subi par la société Domoteck Gmbh du fait de la conservation indue des matériels, objets et documents nécessaires à la poursuite normale de l'activité commerciale » ;

ALORS QUE les juges du fond sont tenus de répondre aux conclusions des parties ; qu'en l'espèce, pour justifier sa demande d'indemnisation, l'employeur ne se prévalait pas seulement de la faute du salarié consistant à avoir conservé des matériels, objets et documents commerciaux ou confidentiels, mais encore de ses relations avec la société AER avant même que son contrat de travail soit rompu (conclusions d'appel page 15 et s.) ; qu'en omettant de répondre à ces conclusions, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Bordeaux , du 17 septembre 2013