

SOC.

IK

COUR DE CASSATION

Audience publique du 19 juin 2019

Rejet non spécialement motivé

M. SCHAMBER, conseiller doyen
faisant fonction de président

Décision n° 10714 F

Pourvoi n° H 18-16.546

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu la décision suivante :

Vu le pourvoi formé par M. Z... J..., domicilié [...],

contre l'arrêt rendu le 15 novembre 2016 par la cour d'appel d'Angers (chambre sociale), dans le litige l'opposant à la société X... France, société par actions simplifiée, dont le siège est [...],

défenderesse à la cassation ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 22 mai 2019, où étaient présents : M. Schamber, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Sommé, conseiller rapporteur, Mme Aubert-Monpeyssen, conseiller, Mme Lavigne, greffier de chambre ;

Vu les observations écrites de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de M. J..., de la SCP Bouzidi et Bouhanna, avocat de la société X... France ;

Sur le rapport de Mme Sommé, conseiller, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 1014 du code de procédure civile ;

Attendu que les moyens de cassation annexés, qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée, ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Qu'il n'y a donc pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée ;

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. J... aux dépens ;

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

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du dix-neuf juin deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES à la présente décision

Moyens produits par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. J...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de ses demandes de rappels de salaire au titre des commissions récurrentes, des congés payés afférents et de dommages et intérêts pour clause illicite de non versement des commissions récurrentes.

AUX MOTIFS propres QUE M. J... prétend ensuite avoir droit à des commissions au titre des contrats qui ont été signés par son intermédiaire et qui, du fait qu'ils ont été conclus sur plusieurs années, ont donné lieu à paiement au bénéfice de l'employeur. Il soutient que la clause de son contrat de travail qui stipule que "les commissions sont dues sur le chiffre d'affaires encaissé avant sa sortie des effectifs de l'entreprise" et celle de l'avenant (1er juillet 2010) qui prévoit "on entend par chiffre d'affaires servant de base à l'assiette des commissions le chiffre d'affaires hors taxe encaissé entre la date d'entrée du salarié dans ses fonctions d'ingénieur d'affaires et la date de sa sortie des effectifs et réalisé sur les contrats conclus par le salarié" ne peuvent s'appliquer en ce qu'elles ont pour effet de lui interdire de rompre son contrat de travail, qu'elles entraînent une retenue illicite du salaire et caractérisent une sanction pécuniaire illicite. Il en déduit qu'il lui est dû au titre des commissions récurrentes la somme de 17 742,45 € et les congés payés y afférents (outre des dommages et intérêts pour préjudice consécutif) et ajoute que le calcul des commissions étant basé sur le premier contrat puisque la société n'a pas voulu négocier le pay-plan avec le délégué syndical et ceci malgré le rappel du syndicat à le faire ; que de plus ce pay plan ne lui a jamais été communiqué comme prévu dans le contrat de travail". Il ajoute qu'à tout le moins il est fondé en sa demande en paiement pour perte de chance d'un gain à hauteur de la somme de 24 718,28 €. Il doit tout d'abord être constaté que M J... n'explique en rien sa demande en paiement des sommes de 6 321,63 € au titre des commissions récurrentes (au titre du pay-plan à 1,8 %) ni sa demande de 35 334,77 € au titre de rappels de commissions récurrentes en fonction de la durée des contrats signés telle que présentée dans le dispositif de ses écritures. Il semble qu'il se réfère à sa pièce n°37 sur laquelle apparaît un total dû au titre des pay-plan à hauteur de la somme totale de 24 064,08 € (17 742,45 € + 6 321,63 €) et au titre d'un "rappel 3 ans" à hauteur de la somme de 59

400,85 € (et non de 35 334,77 €). L'employeur s'oppose à ses demandes en faisant valoir que les stipulations du contrat sont claires en ce que les commissions correspondent à ses performances commerciales personnelles et ne sont donc dues que sur le chiffre d'affaires encaissé par le salarié qui ne justifie pas par les documents produits de la réalité des opérations donnant droit aux commissions dont il demande le paiement. Aux termes de son contrat de travail la rémunération variable du salarié était constituée par "des commissions sur le chiffre d'affaires encaissé par le salarié avant sa sortie des effectifs de l'entreprise" et une prime sur opportunité, les commissions étant calculées avec un pourcentage différent selon le secteur (1,5% dans le secteur A et 2,5% dans le secteur B) avec une garantie à hauteur de 3 000 € la première année avec un objectif de 450 000 € de chiffre d'affaires et les primes conditionnées à un taux de remplissage mensuel du CRM. Dans l'avenant du 1er juillet 2010 sa rémunération fixe a été augmentée et il y a été précisé que "sa rémunération variable individuelle correspondant à ses performances commerciales personnelles" était calculée sur "le chiffre d'affaire HT encaissé entre la date d'entrée du salarié dans ses fonctions et la date de sortie des effectifs réalisé sur les contrats conclus par le salarié", le montant brut des commissions est défini en fonction du chiffre d'affaires hors taxe encaissé par le salarié au cours du cycle (1er juillet-30 juin) ; le taux de commissionnement est fixé progressivement en fonction du CA total encaissé par le salarié au cours du cycle (de 0 à 400 K€: 1,80%, de 400 à 800 K€ : 2,40% et plus de 800 K€ :2,80%). La société X... France est un cabinet de conseil opérationnel spécialisé dans l'optimisation des charges sociales, fiscales et des achats. Elle est elle-même rémunérée sur la base d'un pourcentage des économies sociales, fiscales et d'achat qu'elle fait réaliser à ses clients par ses conseils. Le droit à rémunération variable de M. J... ne procédait pas de la signature du contrat avec le client mais seulement de sa bonne fin s'entendant, après suivi et assistance dans la phase de facturation et de recouvrement, de l'encaissement du chiffre d'affaire, ce qui s'explique par le mode de rémunération de la société X... France dont il ne fait pas débat, ainsi que la cour l'a plus avant relevé, qu'elle n'intervient elle-même qu'au terme de l'exécution par la société d'une obligation de résultat et en fonction du montant de la seule économie réalisée par son client. En effet la société X... France n'est pas elle-même rémunérée de ses prestations en l'absence de résultat en termes de réalisation d'économies ou d'opérations fiscales et sociales avantageuses pour le client. Il ressort d'un contrat produit au dossier (pièce 44) que si le client faisait ensuite l'objet d'un redressement fiscal ou social, la société devait lui rembourser la rémunération encaissée. Ainsi le propre droit à rémunération de M. J... ne résultait jamais lui-même que de la bonne fin du contrat s'entendant de la réalisation de l'économie pour le client. Dès lors il ne s'agissait pas pour la société de différer le paiement des droits du salarié à rémunération variable mais bien de leur ouverture rendant par là même la condition de présence au sein de l'entreprise licite et légitime. Ces dispositions n'avaient pas pour conséquence d'attenter à sa liberté de quitter l'entreprise dès l'instant qu'il ne s'est nullement trouvé, en application de cette clause, privé de commissions dont le montant aurait été définitivement connu et d'ores et déjà acquises et dont seul le paiement aurait été différé. Ces dispositions sont licites en ce qu'elles ne privent pas M. J... d'un droit acquis au paiement d'une rémunération acquise. Par ailleurs, au cours de la relation de travail, son contrat de travail ne lui ouvrait droit à des commissions que sur le chiffre d'affaires encaissé par lui, son droit à commissions ne résultant que de ses performances commerciales personnelles. Il ne peut dès lors prétendre à des commissions que sur le chiffre d'affaires résultant des prestations qu'il justifie avoir personnellement effectuées au bénéfice du client et non sur le chiffre d'affaires qui a pu être encaissé par l'employeur au titre des contrats et qui ne résulterait pas de ses prestations personnelles. Alors qu'il n'a pas sollicité et ne sollicite pas de son employeur la production de quelque document que ce soit, les documents qu'il produit et qui sont contradictoires et/ou inexploitable et/ou inopérants en preuve (les pièces 17 et 37 notamment sont des listings d'origine inconnue, mentionnent des clients et des montants différents, ne sont reliés à aucun autre document concernant l'activité du salarié et font référence à des chiffres d'affaires facturés dont rien n'établit qu'ils ont été effectivement encaissés), ne permettent pas de justifier qu'il lui soit dû un solde de commissions à quelque titre que ce soit. Il n'a d'ailleurs jamais fait d'observation au cours de la relation de travail sur les commissions qui lui ont été versées telles qu'elles figurent sur ses bulletins de salaire. Il suit de là que par application des dispositions de son contrat de travail qui sont licites, claires et qui lui sont opposables, M. J... doit être débouté de ses demandes de rappel de commissions qu'il définit comme "récurrentes" et de dommages et intérêts pour clause illicite de non-versement de commissions "récurrentes". M. J... ne justifie pas davantage avoir effectivement subi une perte de chance de percevoir des commissions.

AUX MOTIFS adoptés QUE vu les dispositions de l'avenant du 23 juillet 2010 signé entre les parties où il est précisé, entre autres, que les commissions ne sont dues que durant les périodes de présence ; le Conseil de Prud'hommes dit que cette clause est licite ; En conséquence, le Conseil de Prud'hommes déboute monsieur J... de sa demande de commissions ainsi que des congés payés et dommages-intérêts afférents.

1° ALORS QUE si l'employeur peut assortir la rémunération variable qu'il institue de conditions, encore faut-il que celles-ci ne portent pas atteinte aux libertés et droits fondamentaux du salarié ; qu'en l'espèce, pour refuser de déclarer illicite la clause contractuelle stipulant que la rémunération variable était calculée sur la base du chiffre d'affaires HT encaissé entre les dates d'entrée du salarié dans ses fonctions et la date de sortie des effectifs sur les contrats conclus par le salarié, la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, considéré que cette clause ne portait pas atteinte à la liberté du travail du salarié dès lors qu'il n'était nullement privé de commissions dont le montant aurait été définitivement connu et dont seul le paiement aurait été différé ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles L. 1121-1 du code du travail et 1103 du code civil

2° ALORS QU'il appartient à l'employeur de communiquer les éléments nécessaires au calcul de la part de rémunération variable d'un salarié et, lorsqu'il se prétend libéré du paiement de cette part variable, de rapporter la preuve du fait qui a éteint son obligation ; qu'en déboutant le salarié pour la raison qu'il n'avait pas sollicité auprès de l'employeur la production de quelque document que ce soit et que les éléments produits par lui ne permettaient pas de justifier le solde des commissions restant dues du fait que ces éléments étaient « contradictoire et/ou inexploitable et/ou incohérents », la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, violant ainsi les articles 1353 et 1103 du code civil.

3° ALORS QUE si une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération, c'est à la condition qu'elle soit fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, qu'elle ne fasse pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'ait pas pour effet de réduire la rémunération au-dessous des minima légaux et conventionnels ; qu'un salarié ne répond pas à l'égard de son employeur, qui assume seul les risques de l'exploitation et en perçoit les profits, des aléas économiques et commerciaux liées à la prestation de travail ; qu'en déboutant le salarié aux motifs que son droit à rémunération ne résultait pas de la signature des contrats, mais de la bonne fin du contrat s'entendant de la réalisation de l'économie prévue pour le client, la société devant lui rembourser la rémunération encaissée dans le cas contraire ce dont il résultait que le système mise en place par l'employeur emportait un transfert du risque d'entreprise sur la rémunération du salarié, la cour d'appel a violé les articles L. 1221-1 du code du travail et de l'article 1103 du code civil.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de rappels d'heures supplémentaires et les congés payés afférents.

AUX MOTIFS QUE 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 et que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et, en cas de litige relatif à l'existence et au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient 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. Les heures supplémentaires se décomptent par semaine civile. Au cas d'espèce M. J... qui soutient avoir effectué 5 171,50 heures supplémentaires entre le 1er mars 2009 et le 15 janvier 2011, verse aux débats pour étayer sa demande : - des tableaux récapitulatifs faisant apparaître pour chaque jour une heure d'arrivée dans les bureaux de l'entreprise ou en rendez-vous et une heure de retour à son domicile. Il en ressort qu'il aurait travaillé tous les jours au minimum 11 heures par jour tous les jours au moins de 8h30 à 20h30 (pièces 26,27 et 28) ; - deux attestations émanant de collègues de travail et sa propre attestation, - un listing faisant apparaître ses rendez-vous. Or, il résulte de la comparaison entre les tableaux produits par le salarié et le justificatif de ses jours de congés produit par l'employeur qui fait apparaître les dates de demandes, leur acceptation et leur refus et les dates de congés effectifs (pièce 18) et qui n'est pas utilement discuté par le salarié, qu'alors qu'il était en congé M. J... indique : - qu'en 2009 : il a travaillé 11 heures le 22 mai 2009, 11 heures le 1er juin 2009, 11 heures le 6 août, 11 heures le 28 septembre, 11 heures le 23 octobre, 11 heures le 18 novembre, 11 heures le 20 novembre et 11 heures le 24 décembre ; - qu'en 2010 : il a travaillé 72,5 heures supplémentaires entre le 26 février et le 26 mars, a effectué 11 heures de travail les 27, 28, 29 et 30 avril, 24 mai, 25 juin, 15 juillet, a travaillé 38 heures supplémentaires du 26 juillet jusqu'au 6 août, a effectué 11 heures de travail les 13 septembre, 14 et 15 octobre, 3 et 19 novembre puis chaque jour entre le 22 décembre 2010 et le 7 janvier 2011 puis 11 heures le 14 janvier 2011. Par ailleurs l'amplitude horaire particulièrement régulière et le passage systématique au sein de l'établissement le soir après les déplacements sont en totale contradiction avec l'autonomie

dont prétendait bénéficier en première instance le salarié qui avait formé une demande de rappel de salaire sur la base d'un montant égal à 2 fois le plafond de la sécurité sociale (cadre autonome). Le document faisant apparaître les rendez-vous qu'il a pu avoir ne permet pas d'accréditer le fait qu'il ait effectivement travaillé dans les créneaux horaires qui résultent de ses tableaux ni qu'il ait effectué des heures supplémentaires. Ensuite, les attestations qu'il communique pour corroborer ses décomptes émanent de salariés qui travaillaient à l'agence de Saint-Cloud alors que l'intéressé a été muté à Nantes en juin 2010 et mentionnent des horaires qui ne coïncident pas avec ceux indiqués par le salarié à partir desquels il a effectué ses calculs puisque l'un d'eux prétend qu'ils arrivaient entre 8h30 et 8h 45 et finissaient entre 19h00 et 19h30 avec une pause déjeuner de 45 minutes et que le second fait état de journées de 9h à 19h00, sauf en cas de déplacements. M. J... lui-même, dans une attestation qu'il s'est constitué, mentionne une prise de fonction entre 9h00 et 9h30 (et non 8h30), un départ pas avant 19h00 voire 19h30 sauf le vendredi où il terminait à 18h30. Enfin ses décomptes ne précisent ni les temps ni les heures de pauses qu'il prenait nécessairement et incluent tous les temps de déplacement sans exception (et notamment ses trajets domicile/bureau: entre 1 h et 1 h30 aller-retour Chevilly Larue/Saint Cloud et au moins 1 heure aller-retour Geneston/Nantes). Il suit de là et notamment des mentions de ses tableaux dont la fausseté avérée ne porte pas sur quelques erreurs éparses que le salarié aurait pu commettre mais sur un nombre important de jours où, ayant été en congé, il prétend non seulement avoir travaillé mais également avoir effectué de nombreuses heures supplémentaires - que les documents produits par M. J... ne présentent pas la fiabilité suffisante permettant d'étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires, au surplus à hauteur d'une somme totale de 99 390,25 € correspondant à 5171,50 heures supplémentaires qu'il aurait effectuées en l'espace de moins de deux ans de travail dans l'entreprise.

1° ALORS QU'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; que pour débouter le salarié, la cour d'appel a considéré que les documents produits par lui n'étaient pas suffisamment probants car comportant certaines contradictions avec les jours de congés, une amplitude régulière et en contradiction avec l'autonomie du salarié, des imprécisions sur les horaires, ou encore que le planning des rendez-vous versés aux débats ne permettait pas de considérer qu'il avait travaillé durant les créneaux mentionnés ; qu'en statuant ainsi, quand il n'appartient pas au salarié de démontrer la réalité des heures supplémentaires effectués, la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve exclusivement sur le salarié a violé l'article L. 3171-4 du code du travail.

2° ALORS QU'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées, l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié ; au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ; que pour débouter le salarié, la cour d'appel a considéré qu'il ressortait des attestations produites par lui des incohérences entre les horaires énoncés par lui et ceux attestés par les salariés de la société ; qu'en statuant ainsi, quand il n'appartient pas au salarié de démontrer la réalité des heures supplémentaires effectués, la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve exclusivement sur celui-ci, a derechef violé l'article L. 3171-4 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande à titre de contrepartie financière de l'obligation de repos et les congés payés afférents.

AUX MOTIFS QUE le salarié qui a été débouté de sa demande en paiement d'heures supplémentaires ne peut prétendre au paiement de l'indemnité prévue par les articles L. 3121-11 et suivants et D 3121-14-1 du code du travail. Il doit également être débouté de toutes ses demandes en paiement au titre de la contrepartie en repos des heures dépassant le contingent annuel dont il convient de noter qu'il l'évalue à 210 230,70 €.

ALORS QUE le dépassement du contingent annuel d'heures supplémentaires ouvre droit au paiement d'une indemnité au titre de la contrepartie en repos des heures dépassant ledit contingent annuel ; que pour débouter le salarié de sa demande en paiement au titre de la contrepartie en repos des heures dépassant le contingent annuel, la cour d'appel a

considéré que la preuve des heures supplémentaires n'étaient pas rapportées ; que la cassation à intervenir au deuxième moyen entraînera la censure par voie de conséquence au présent moyen, en application de l'article 624 du code de procédure civile.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de dommages et intérêts au titre du travail dissimulé.

AUX MOTIFS QUE l'article L. 8221-5, 2°, du code du travail dispose notamment qu'est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour un employeur de mentionner sur les bulletins de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli. M. J... a été débouté de sa demande en paiement d'heures supplémentaires non avérées. Le seul fait d'avoir soumis le salarié à une convention de forfait jour dont la nullité a été constatée ne permet pas de considérer que l'employeur ait dissimulé son emploi.

ALORS QUE constitue une travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour un employeur de mentionner sur les bulletins de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli ; que pour débouter le salarié, la cour d'appel a considéré que la preuve des heures supplémentaires n'étaient pas rapportées ; que la cassation à intervenir au deuxième moyen entraînera la censure par voie de conséquence au présent moyen, en application de l'article 624 du code de procédure civile.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que le licenciement du salarié reposait sur une cause réelle et sérieuse et de l'AVOIR en conséquence débouté de ses demandes indemnitaires de ce chef.

AUX MOTIFS propres QUE la lettre de licenciement qui fixe les limites du juge est ainsi libellée : "Au cours de l'entretien préalable, au cours duquel vous étiez accompagné de M. K... Y..., délégué syndical, nous vous avons exposé le motif nous amenant à envisager la mesure de licenciement auquel vous avez apporté vos explications. Après réflexion nous avons décidé de vous licencier. Par la présente, nous vous rappelons les motifs nous conduisant à adopter cette mesure et qui vous ont été exposés lors de l'entretien. Depuis plusieurs mois, nous constatons que votre activité commerciale est très insuffisante et que vous ne répondez pas aux exigences de l'entreprise en termes de résultats. Ce constat est d'autant plus flagrant depuis le mois de novembre, depuis lequel votre activité s'est littéralement effondrée, comme en témoignent les trois rendez-vous commerciaux pris au cours du mois de décembre 2010. Cette insuffisance, caractérisée par une incapacité à apporter de nouveaux clients en nombre et en potentiel suffisants pour l'entreprise, a pour conséquence des indicateurs commerciaux très faibles, à toutes les étapes de la prospection commerciale, et ce depuis maintenant plusieurs mois : - rendez-vous pris insuffisants, - rendez-vous réalisés insuffisants (du fait de la faible prise de rendez-vous), - nombre de contrats commerciaux trop faible (dû à la fois à l'insuffisance des rendez-vous effectués et d'un taux de closing très faible (inférieur à 20%)) ; - un dossier moyen très inférieur aux attentes (dû en partie à un mauvais ciblage) ; - chiffre d'affaires facturé très inférieur à vos objectifs (au jour de l'entretien préalable, soit environ à la moitié de l'exercice, moins de 50 000 €). Outre, vos résultats ont été en trop grande partie réalisés avec l'aide de M. G..., alors pourtant que vous devriez avoir une plus grande autonomie que vos collègues, moins expérimentés. Nous constatons à regret que vous n'avez pas su acquérir, depuis presque deux ans, l'autonomie que requiert votre poste et que vos qualifications et votre expérience auraient dû vous permettre d'acquérir rapidement. Votre hiérarchie a tenté, depuis le mois de juin dernier, de vous faire progresser en suivant de près votre activité et en vous accompagnant davantage. Nous regrettons que ce soutien particulier n'ait pas porté les fruits espérés. Plus encore, les mois de novembre et décembre 2010 ont montré un essoufflement de vos efforts et un découragement de votre part. Au cours de l'entretien, vous vous êtes contenté de nier votre insuffisance, allant jusqu'à affirmer que vous pouviez atteindre vos objectifs de prospection en termes de chiffre d'affaires facturé et ainsi passer en six mois de moins de 50 000 à 500 000 €. Comme M. F... G..., Responsable de l'Agence de Nantes vous l'a expliqué au cours de l'entretien préalable, votre faible activité lui occasionne une charge de travail anormale pour un ingénieur d'affaires expérimenté comme vous l'êtes. Nous avons également évoqué l'évolution du marché de votre pôle d'activité "Innovation", celui-ci est passé d'une concurrence très faible à des conditions normales, c'est-à-dire un environnement dans lequel évoluent des concurrents. Or, force est

de constater que vous ne parvenez pas à conquérir de nouveaux clients, alors pourtant qu'il s'agit de votre mission principale. Un autre facteur participe selon nous de votre incapacité à répondre à vos objectifs : votre tendance à l'agressivité, qui vous dessert dans vos relations commerciales. Cette attitude se perçoit non seulement au téléphone et en rendez-vous commercial, mais également vis-à-vis de vos collègues (comme en témoigne les altercations du mois de juin dernier). Au cours de l'entretien préalable, répondant à l'interrogation de M. Y... quant à vos intentions, vous nous avez dit souhaiter quitter l'entreprise, confirmant ainsi votre souhait de départ évoqué quelques semaines auparavant. En effet, vous aviez alors demandé la conclusion d'une rupture conventionnelle moyennant le versement d'une indemnité de 30000 € (soit environ six mois de salaire I). Nous avons alors refusé cette demande infondée et hors de toute proportion, en vous rappelant que par principe la démission était le mode normal de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié. Au cours de l'entretien, vous avez présenté un email de M. G... dans lequel celui-ci évoque votre intention de démissionner de l'entreprise et M. Y... a ajouté que vous étiez victime de harcèlement moral de la part de M. G.... Or, cet email faisait suite à une discussion entre M. G... et vous, au cours de laquelle vous aviez en effet évoqué votre souhait de démissionner. Au cours de l'entretien préalable, M. G... a admis que l'emploi impropre du terme de démission dans l'email était une maladresse de sa part, mais a réfuté tout comportement harcelant à votre égard par ailleurs corroboré par aucun fait. La procédure de licenciement déclenchée à votre rencontre montre également que la société n'a jamais considéré que vous aviez démissionné. Par conséquent, votre incapacité à occuper de façon autonome votre poste d'ingénieur affaires, et ce malgré le soutien de votre hiérarchie, et à vous remettre en question pour surmonter vos difficultés, constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement. Votre souhait de quitter l'entreprise ne nous permet pas d'envisager une alternative à votre licenciement, d'autant plus qu'il nous est impossible de vous confier un poste commercial dédié à l'élevage. Au cours de l'entretien préalable, M. Y... a exposé une proposition transactionnelle pour éviter à l'entreprise un contentieux devant le Conseil de prud'hommes". M. Romain I..., juriste, et M. G... ont tous deux pris note de cette proposition, mais ils vous ont rappelé que cette demande était sans rapport avec l'objet de l'entretien préalable, destiné à vous exposer le motif de la mesure envisagée et écouter vos explications. Quant au procès verbal de l'entretien préalable établi par M. Y..., un certain nombre d'affirmations erronées ou sorties de leur contexte, sont attribuées à l'employeur ou aux responsables des ressources humaines. Si certains de ces points appellent des réponses de la part de la Direction à l'attention de M. Y..., il ne reste pas moins que ce document étant approuvé par vos soins, il nécessite certains éclaircissements. L'affirmation de M. Y... selon laquelle votre demande d'indemnité de rupture serait l'élément déclencheur de votre convocation à l'entretien préalable est sans aucun fondement. Comme décrit dans la présente, le motif de votre licenciement est fondé sur votre insuffisance, constatée depuis plusieurs mois. Le document évoque le "refus" par la Direction de la "transaction" que vous auriez demandée. Comme M. I... vous l'a rappelé au cours de l'entretien l'employeur n'a à aucun moment souhaité transiger, proposer une quelconque somme transactionnelle ou conventionnelle en lien avec votre volonté de cesser votre collaboration avec l'entreprise; Le document, qualifié de "procès verbal", présente une vision très partielle et peu conforme à la réalité des échanges qui ont eu lieu, en mélangeant volontairement des informations sans que l'on puisse déterminer qui en est l'auteur. Aux termes du procès verbal, M. G... aurait énoncé son souhait de ne "pas garder Z... J... dans les effectifs" ; cette assertion est fautive ; comme M. G... et I... l'ont rappelé au cours de l'entretien, la mesure de licenciement était bien entendue envisagée, mais au jour de l'entretien aucune décision n'avait été prise". Suivent les mentions sur le préavis de 3 mois qui a été rémunéré, l'obligation de non concurrence, le DIF et la portabilité des garanties Santé et Prévoyance. L'insuffisance professionnelle, sans présenter un caractère fautif, traduit l'inaptitude du salarié à exercer de façon satisfaisante, conformément aux prévisions contractuelles, les fonctions qui lui ont été confiées. Si l'employeur est juge des aptitudes professionnelles de son salarié et de son adaptation à l'emploi, et si l'insuffisance professionnelle peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, elle doit être caractérisée par des faits objectifs et matériellement vérifiables suffisamment pertinents pour le justifier. L'insuffisance professionnelle se manifeste dans les répercussions en tant qu'elle perturbe la bonne marche de l'entreprise ou le fonctionnement du service mais il n'est pas nécessaire qu'elle ait entraîné pour l'employeur un préjudice chiffrable. M. J... a été embauché en mars 2009 ; son contrat de travail lui fixait un objectif en terme de chiffre d'affaires à hauteur de la somme de 450 000 € par an qui a nécessairement été maintenu pour l'année 2010, faute de fixation de nouveaux objectifs dans les formes prévues par le contrat de travail. Contrairement aux allégations du salarié soutenues par la production de documents dont la cour a déjà souligné le caractère inopérant en preuve de ses résultats dans le cadre de sa demande en paiement de commissions et qui l'est tout autant dans le cadre de l'examen des éléments de preuve de son insuffisance professionnelle (pièces 7 à 16, 20 et 21, 35 et 36), il est établi par les documents produits par la société X... France, à savoir des tableaux et des courriels (pièces 6 à 14) une insuffisance avérée de la part de M. J... tant en terme de prises de rendez vous et de contacts commerciaux efficaces (taux de closing) que de contrats signés, le tout se traduisant par la

réalisation d'un chiffre d'affaires très inférieur aux objectifs tant en valeur absolue que par comparaison avec les résultats des autres salariés chargés de la même mission. M. J... ne prétend pas que les objectifs fixés aient été irréalisables puisque bien plus, il prétend les avoir réalisés. Ces insuffisances ont été soulignées au salarié le 24 juin 2010 soit plus d'un an après sa prise de poste (temps suffisant laissé au salarié pour s'adapter) lors d'une réunion avec son supérieur hiérarchique direct (pièce 6) ; il a alors été alerté sur l'insuffisance du nombre de contrats signés (un seul sur une prévision de 3 déjà inférieure à l'objectif qui était de 5) et sur le fait que cette insuffisance de contrats était liée à une insuffisance de prises de rendez-vous (9 rendez-vous par mois sur une prévision de 20). M. J... n'a alors pas fait d'observation et un plan d'action portant sur une prise de rendez vous plus importante et plus efficace a été défini. Un point sur la situation a été à nouveau fait le 7 octobre 2010 avec un constat décevant sur l'activité de juillet à septembre de sorte que de nouvelles prévisions de signatures ont été établies pour le mois d'octobre 2010 avec un objectif de 5 nouveaux contrats et de 15 rendez-vous dont 7 déjà pris et il a été demandé au salarié d'intensifier ses prises de rendez-vous, il a été constaté le 3 décembre 2010 qu'en 11 jours il n'avait eu que 2 rendez vous et n'en avait programmé qu'un seul et que, sur les 30 jours à suivre, il n'avait que deux rendez vous programmés. M. J... ne peut justifier son insuffisance par le fait que l'employeur ne lui aurait pas donné les moyens en ce que le call Center ne lui aurait pas répercuté un nombre suffisant de rendez-vous par rapport aux autres commerciaux- ce que rien ne permet d'établir- alors qu'il lui appartenait de les rechercher activement au regard de sa mission d'ingénieur commercial, ce que d'ailleurs et paradoxalement il soutient avoir fait. Les exigences de M. G... et les pressions alléguées ne ressortent que d'allégations du salarié et ne sont soutenues par aucun document.

AUX MOTIFS adoptés QUE Monsieur Z... J... conteste la justification de son licenciement, considérant que celui-ci est intervenu sans aucun fondement, les griefs reprochés par la SAS X... FRANCE étant pour lui sans objet ; les termes de la lettre de licenciement fixent les limites du litige ; la lettre de licenciement adressée à monsieur J... par la SAS X... FRANCE mentionne, pour justifier le licenciement, les griefs suivants : * - Rendez-vous pris insuffisants, * - Rendez-vous réalisés insuffisants (du fait de la faible prise de rendez-vous),- Nombre de contrats commerciaux trop faible (dû à la fois à l'insuffisance de rendez-vous effectués et à un taux de conclusions favorables très faible [inférieur à 20 %]), * - Un dossier moyen très inférieur aux attentes (dû en partie à un mauvais ciblage), * - Un chiffre d'affaires facturé très inférieur aux objectifs (au jour de l'entretien préalable, soit environ à la moitié de l'exercice, moins de 50.000 €) ; Vu les dispositions des articles 9 et 12 du Code de procédure civile ; Monsieur J... verse aux débats des éléments au soutien de sa position ; la SAS X... FRANCE verse également aux débats de nombreuses pièces ayant un caractère probant ; celles-ci répondent point par point aux affirmations de monsieur J... et que celui-ci ne les conteste aucunement ; en particulier que les chiffres présentés par monsieur J... ont un caractère confus puisqu'en effet, le manque de précision est évident entre le chiffre d'affaires généré, le chiffre d'affaires facturé et le chiffre d'affaires encaissé ; l'insuffisance d'activité de monsieur J... est démontrée par la SAS LEYT ON FRANCE ; ce fait est à l'origine des différents griefs reprochés à monsieur J... par la SAS X... FRANCE ; Vu ce qui précède, le Conseil de Prud'hommes dit que monsieur J... a été licencié par la SAS X... FRANCE pour une cause réelle et sérieuse et le déboute de sa demande de dommages-intérêts afférente.

1° ALORS QUE, l'insuffisance de résultats peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement si elle procède d'une insuffisance professionnelle ; qu'il appartient à l'employeur d'établir les éléments qui permettent de justifier l'existence d'une insuffisance professionnelle ; qu'au regard des éléments fournis par l'employeur, le juge doit vérifier que l'insuffisance professionnelle est imputable au salarié et notamment que celui-ci a reçu tous les moyens nécessaires à la réalisation de sa mission ; qu'au soutien de sa demande, le salarié produisait un ensemble d'éléments desquels il ressortait que les motifs reprochés, à savoir l'insuffisance avérée en termes de prises de contacts commerciaux et de rendez-vous clientèle et de contrats signés, procédaient en réalité d'un manque de moyens mis à disposition du salarié ; qu'en considérant que le salarié ne pouvait justifier son insuffisance par le fait que l'employeur ne lui aurait pas donné les moyens de prendre les rendez-vous en raison de la défaillance du call-center dès lors qu'il lui appartenait de rechercher activement de nouveaux clients par lui-même, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à motiver sa décision, a violé les articles L. 1221-1 du code du travail et 1103 du civil.

2° ALORS QUE le licenciement pour insuffisance professionnelle résultant d'une insuffisance de résultats ne constitue une cause de licenciement que si les objectifs fixés sont réalistes et réalisables ; que les juges sont tenus de contrôler le caractère réaliste et réalisable des objectifs ; qu'en l'espèce, le salarié contestait la véracité des objectifs qui lui avaient été fixés et des chiffres d'affaires qui lui étaient opposés par l'employeur en ce qu'ils concernaient uniquement les nouveaux clients et non également les clients récurrents ; qu'en se fondant uniquement sur les réalisations en termes de

chiffre d'affaires soutenues par l'employeur sans contrôler la nature des chiffres d'affaires allégués, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1 du code du travail et 1103 du civil.