

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 10

ARRÊT DU 03 Février 2016

(n° , 10 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : S 13/04454

Décision déférée à la Cour : jugement rendu le 18 Avril 2013 par le Conseil de prud'hommes - Formation de départage de CRETEIL RG n° 10/01289

APPELANT

Monsieur [J] [H]

né le [Date naissance 1] 1958 à [Localité 1]

[Adresse 1]

[Adresse 1]

comparant en personne

assisté de Me Nicolas LE QUINTREC, avocat au barreau de PARIS, toque : R035

substitué par Me Fabien MAUDUIT, avocat au barreau de PARIS

INTIMEE

SAS SEPTODONT

N° SIRET : 552 139 677 00025

[Adresse 2]

[Adresse 2]

représentée par Me Sonia HERPIN, avocat au barreau de HAUTS-DE-SEINE, toque : NAN701

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 20 Octobre 2015, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Marie-Antoinette COLAS, conseiller faisant fonction de président de chambre

Madame Françoise AYMES-BELLADINA, conseiller

Madame Chantal GUICHARD, conseiller

qui en ont délibéré

Greffier : Mme Caroline CHAKELIAN, lors des débats

ARRET :

- contradictoire

- prononcé par mise à disposition au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Madame Marie-Antoinette COLAS, président de chambre et par Madame Marjolaine MAUBERT, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Vu les conclusions de Monsieur [J] [H] et celles de la société SEPTODONT visées et développées à l'audience du 20 octobre 2015.

EXPOSE DU LITIGE

Monsieur [H] a été engagé par contrat à durée indéterminée le 1er février 1990 par la société SEPTODONT en qualité de VRP exclusif sur les départements de la Seine et Marne et du Val d'Oise moyennant une rémunération à la « commission de 10% sur le chiffre d'affaires hors taxes direct et indirect, et ce, tout frais inclus (déplacement et séjour) ». Des avenants ont été signés entre 1990 et 2007.

Depuis 1996, Monsieur [H] a des fonctions représentatives du personnel, ses derniers mandats s'achèveront le 10 avril 2018.

La société SEPTODONT a convoqué Monsieur [H] à un entretien préalable par courrier en date du 1er février 2010 en raison d'une insuffisance d'activité en 2009. A la suite de cet entretien, la société lui a fixé de nouveaux objectifs.

Par courrier en date du 15 mars 2010, Monsieur [H] a invoqué la précarisation de sa situation en raison du non remboursement de ses frais professionnels depuis le 12 août 2005 et du non respect du minimum légal garanti, courrier auquel la société a répondu le 22 avril 2010.

Monsieur [H] a saisi le conseil de prud'hommes de Créteil le 19 juillet 2010 en vue d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail pour modification unilatérale par l'employeur du régime des frais professionnels contractuellement prévus, modification de son secteur d'activité, versement d'un salaire inférieur au minimum conventionnel garanti, pratique illicite de modifications successives de sa rémunération et solliciter le paiement de diverses sommes au titre de la rupture.

Par jugement rendu le 18 avril 2013, le conseil de prud'hommes, en formation de départage, a débouté Monsieur [H] de toutes ses demandes, l'a condamné aux dépens et a dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile.

Monsieur [H] a interjeté appel le 3 mai 2013 et demande de :

- Infirmer le jugement,

- Condamner la société SEPTODONT à lui régler la somme de 126.591 euros au titre des remboursements de frais exposés entre le 12 août 2005 et le 31 décembre 2010,

- Prononcer la résiliation judiciaire aux torts exclusifs de la société SEPTODONT,

En conséquence,

Condamner la société SEPTODONT à lui payer les sommes suivantes :

- 11.057,79 euros brut à titre d'indemnité compensatrice de préavis et 1.105,78 euros à titre de congés payés afférents, (salaire moyen de 3.685,93 euros),

- 74.000 euros net à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

- 88.462,32 euros net à titre d'indemnité de clientèle, subsidiairement 36.122,11 euros à titre d'indemnité spéciale de rupture,

- 11.000 euros net à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral subi,

- 123.478,65 euros à titre de la violation de son statut protecteur,

- 11.000 euros net à titre d'indemnité en réparation de la violation de son obligation de formation et d'adaptation à son emploi,

- 17.871,63 euros brut à titre de rappel de salaire et 1.757,16 euros à titre de congés payés afférents,

- 30.485 euros brut à titre d'indemnité en raison de la nullité de la clause de non concurrence,

- Ordonner la remise de l'attestation Pôle emploi et des bulletins de salaires conforme sous astreinte de 100 euros par jour de retard passé le délai d'une semaine à compter de la date à laquelle la décision à venir sera devenue exécutoire,

- Condamner la société SEPTODONT à lui verser la somme de 7.500 euros net sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

- Ordonner l'application des articles 1153 et 1154 du code civil.

La société SEPTODONT demande :

- La confirmation du jugement sauf en ce qui concerne sa demande reconventionnelle au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

En conséquence,

A titre principal,

Dire et juger que la demande de résiliation judiciaire n'est pas fondée et débouter Monsieur [H] de ses demandes,

A titre subsidiaire,

Compte tenu de l'abattement forfaitaire pour frais professionnels, si la Cour considérait que des frais professionnels devaient être versés à Monsieur [H], il est demandé de dire et juger que le montant des frais professionnels est brut de charges sociales et CSG et CRDS,

En cas de condamnation à verser des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, il convient de pratiquer un abattement de 30% sur la rémunération correspondant aux frais professionnels et retenir en conséquence un salaire moyen de 2.580,15 euros et non de 3.354 euros,

En tout état de cause,

Débouter Monsieur [H] de sa demande de rappel d'indemnité pour violation du statut protecteur,

Condamner Monsieur [H] au paiement de la somme de 5.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens.

SUR CE,

Les VRP sont soumis à l'accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975 des voyageurs, représentants et placiers. Ils ne se voient pas appliquer la convention collective dont relève l'entreprise qui les emploie, sauf clause contraire de cette convention collective ;

Sur le remboursement de frais professionnel depuis le 12 août 2005

Monsieur [H] sollicite le remboursement des frais professionnels exposés depuis le 12 août 2005 au motif que la modification du régime des frais professionnels opérée à compter de janvier 2005 par l'employeur doit être jugée illicite et donc nulle ; il appuie sa demande sur l'absence de fondement juridique permettant à l'employeur d'imposer une modification, le fait que le silence du salarié ne pouvait valoir acceptation, car au 7 janvier 2005 aucun texte n'autorisait l'employeur à imposer la modification du fait de l'annulation par le Conseil d'Etat de l'article 9 de l'arrêté du 20 décembre 2002 et l'employeur n'a pas renouvelé sa proposition postérieurement au 6 août 2005 selon les exigences du nouvel article 9 résultant de l'arrêté du 4 août 2005 entrée en vigueur le 6 août 2005 et qui n'est pas rétroactif ; il ajoute que selon la Cour de cassation les frais professionnels doivent être remboursés intégralement lorsqu'il n'existe aucune stipulation particulière dans le contrat de travail ou la convention collective et si le contrat prévoit un remboursement partiel il doit respecter deux conditions cumulatives : l'existence d'une clause prévoyant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et une rémunération du travail restant au moins égale au SMIC ; en conséquence, la clause relative aux frais professionnels stipulée à l'article 4 du contrat de travail est donc nulle ;

Le salarié détaille ensuite le montant des frais professionnels exposés dont il demande le remboursement et qui a été accepté par l'administration fiscale, laquelle l'a contrôlé pour les exercices 2000 à 2002 et 2005 à 2007 ; il soutient que ses frais réels pour les années 2005 à 2010 inclus étaient de 167.503 euros ; il ajoute qu'il ne peut cumuler, même s'il ne l'a pas accepté régulièrement, les effets de l'abattement de 30% et le remboursement intégral des frais, mais si le montant des frais effectivement exposés dépasse le montant de l'abattement annuel plafonné à 7.600 euros, il a droit au remboursement de tous les frais excédant l'abattement ; il sollicite donc un remboursement complémentaire de 126.591 euros déduction faite de la somme de 40.912 euros correspondant au plafond de l'abattement annuel de 30% ;

La société SEPTODONT réplique que la demande du salarié est infondée car il bénéficie de l'abattement forfaitaire pour frais professionnels pour le calcul de ses cotisations de sécurité sociale ; elle soutient que la clause en litige est valide comme résultant de la volonté des parties, Monsieur [H] a signé le contrat de travail et 42 avenants jusqu'au 29 janvier 2007 ; elle indique que les frais professionnels peuvent être, soit inclus dans le montant des commissions versées aux VRP ou donner lieu à un remboursement forfaitaire ou sur justificatif ; les parties ont retenu un taux de rémunération de 10% qui tient compte de l'existence de ces frais inclus dans le taux de commission plutôt que de prévoir une indemnisation séparée ; le salarié perçoit en réalité l'équivalent d'environ 20% du chiffre d'affaires HT ; en cas de rappel de frais professionnels, la Cour de cassation tient compte du taux de commission nécessairement majoré par la déduction forfaitaire spécifique pour frais professionnels ; ce système n'est pas nouveau mais résulte de l'arrêté du 26 mai 1975 applicable aux VRP ; après 2001, les employeurs ont été autorisés à maintenir les abattements fiscaux avec certaines conditions, notamment la limite annuelle de 7.600 euros ; en janvier 2005, Monsieur [H], comme les autres VRP, ont reçu de la société un courrier les informant de l'individualisation de l'option d'abattement forfaitaire de frais professionnels dont il bénéficiait depuis son embauche et a proposé soit de conserver l'abattement forfaitaire de cotisations ou d'opter pour la modification du régime, soit la suppression de l'abattement forfaitaire et le remboursement d'une somme fixe de 400 euros pour frais ponctuels tel que retenu par la Cour de cassation pour retenir la validité des clauses « tous frais inclus » ; Monsieur [H], comme les autres VRP, a choisi de ne pas modifier le contrat et n'a pas renvoyé le coupon réponse précisant le choix ; les bulletins de paye mentionnent l'abattement de 30% ; cet abattement forfaitaire professionnel n'est pas cumulable avec le remboursement de frais ; le salarié qui a omis en première instance d'évoquer la lettre de l'employeur de janvier 2005 se fonde, en appel, sur l'annulation de l'article 9 de l'arrêté du 20 décembre 2002 par le conseil d'Etat le 29 décembre 2004 pour soutenir que l'employeur a modifié le régime alors que la société n'a apporté aucune modification au contrat de travail ; l'annulation de l'article 9 précité n'a pas entraîné un vide juridique puisqu'il y a eu une tolérance administrative (circulaire du 3 mai 2005 (dans l'attente d'une réécriture de l'arrêté qui a été pris le 4 août 2005 et qui imposait des conditions déjà posées précédemment : relever d'une profession concernée, appliquer la limite de 7.600 euros, absence de refus du salarié, non cumul avec l'exclusion de l'assiette des cotisations versées à titre de remboursement de frais ;

L'employeur conteste, à titre subsidiaire, la demande de remboursement de frais professionnels ; il indique que le salarié prétend avoir engagé une somme moyenne de 2.326 euros par mois ce qui est démesuré ; en outre les justificatifs de frais sont absents, Monsieur [H] ne produisant que les déclarations fiscales alors qu'il y a indépendance du régime fiscal par rapport aux frais professionnels pris en charge par l'employeur et que le salarié ne justifie pas de l'accord de l'administration fiscale qui a opéré des contrôles ; en outre, le salarié doit démontrer que les frais professionnels seraient supérieurs à la déduction forfaitaire de 30% pour frais professionnels dont il a bénéficié ; pour les années 2008 et 2009, les justificatifs produits ne correspondent pas au montant total de ce qui est demandé pour chacune de ces années ; concernant la nature juridique de ces sommes, si la Cour considérait que le société devait rembourser des frais professionnels, ils doivent être soumis à charges sociales et il s'agirait de sommes brutes ;

Il doit être rappelé que les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle, et dans l'intérêt de l'employeur, doivent être remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui lui est

due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à condition d'une part que cette somme forfaitaire ne soit pas manifestement disproportionnée au regard du montant réel des frais engagés et d'autre part que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au SMIC ;

Les modalités de prises en charge des frais professionnels doivent être fixées par le contrat de travail. Plusieurs formules s'offrent aux parties: soit un forfait consistant en une somme déterminée à intervalles réguliers, soit un pourcentage distinct dans le taux de commission ; à défaut de précision, il y a une présomption selon laquelle les indemnités de frais ne sont pas incluses au sein de la rémunération. En l'espèce, le contrat de travail prévoit expressément en son article 4 que la rémunération est « une commission de 10% sur le chiffre d'affaires hors taxes direct ou indirect, et ce, tout frais inclus (déplacement et séjour) » ;

Les avenants signés une à plusieurs fois par an fixent les objectifs du salarié et l'avance sur commissions ; en l'absence d'avenant signé, ce qui est le cas à compter du numéro 41 soit l'année 2006, le contrat initial et le dernier avenant du 9 décembre 2004 signés s'appliquent, la loi des parties étant figée ; les avenants rappellent l'article 4 du contrat de travail sur le taux de commission et l'indication tous frais compris ; l'ensemble des bulletins de paye comporte la mention abattement de 30% ; contrairement à ce que prétend Monsieur [H], le régime des frais professionnels n'a donc pas été modifié depuis son embauche ;

La lettre de l'employeur du 7 janvier 2005, objet du litige, fait état du choix d'option individuel et non plus collectif et propose par le biais d'un coupon réponse aux salariés de faire part du choix exprimé entre deux solutions ; Monsieur [H] soutient que n'ayant pas répondu, son silence ne vaut pas acceptation ; toutefois, à défaut du choix exprimé d'un autre mode de calcul des frais professionnels, le contrat de travail signé par les parties continue à recevoir application, sans que l'annulation de l'article 9 de l'arrêté du 20 décembre 2002 par le conseil d'Etat le 29 décembre 2004 et les arrêtés et circulaire ministérielle des 7 janvier 2003 et 3 mai 2005 n'ait une incidence en l'espèce ;

Toutefois, l'employeur aurait dû réitérer sa demande après l'application de l'arrêté du 25 juillet 2005 et la circulaire du 4 août 2005, ce qu'il n'a pas fait sans qu'il puisse arguer de sa proposition en janvier 2005 et de l'absence de réponse de Monsieur [H] alors que les conditions de ce régime ont été, durant cette période, remises partiellement en question ; ainsi, la société n'a pas permis au salarié de faire un autre choix ;

Au surplus, afin de déterminer dans la rémunération ce qui constitue la part des frais professionnels, doit être précisée la somme forfaitaire qui est remboursée par l'employeur. Il se déduit des documents produits que le contrat de travail et les avenants successifs, peu important qu'ils aient été signés par le salarié, ne prévoyaient pas la prise en charge par Monsieur [H] des frais professionnels moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire permettant d'apprécier les frais professionnels supportés par l'employeur ; la clause figurant à l'article 4 du contrat de travail et rappelée dans les avenants successifs est entachée de nullité comme l'ont relevé les premiers juges ; le manquement de la société SEPTODONT, qui a perduré depuis 1990, est grave et ce d'autant que l'employeur reconnaît que le salarié lui avait écrit en septembre 2001 et en octobre 2004 à propos de sa rémunération.

Par ailleurs, la somme forfaitaire remboursée par l'employeur ne doit pas être manifestement disproportionnée au regard du montant réel des frais engagés.

Monsieur [H] réclame le remboursement de ses frais réels exposés auxquels il a appliqué une décote pour le remboursement déjà obtenu par les effets de l'abattement de 30% ; les parties s'accordent pour admettre que le cumul n'est pas possible ; il sollicite le montant des frais dépassant le montant de l'abattement annuel plafonné à 7.600 euros ; toutefois l'employeur relève à juste titre l'autonomie du droit social par rapport au droit fiscal, l'absence de pièces justificatives probantes dont les frais seraient imputables à l'employeur qui n'a pas à prendre en charge d'autres éléments que les frais de déplacement, les frais de repas, les frais de téléphone et une somme forfaitaire liée à l'utilisation d'un endroit consacré à son activité à son domicile, l'employeur indiquant sans le prouver que le salarié avait un bureau à la société mais justifiant par une attestation précise que les VRP disposaient d'un matériel informatique ; Monsieur [H] produit essentiellement des documents fiscaux mais ne justifie pas de la réalité des frais réels réclamés ; certaines déductions spécifiques acceptées par l'administration fiscale ne sauraient être mises à la charge de l'employeur ;

Toutefois, la Cour est en mesure au regard des éléments du dossier de procéder à un calcul des frais exposés dans le cadre de la prescription quinquennale et en tenant compte des jours de maladie du salarié qui ont pu être importants (en 2010 : 121 jours), en se fondant sur une pièce établie par l'employeur du 16 février 1995 indiquant que le salarié effectuait au mois 65.000 km par an sur les deux départements visités, la somme globale des frais kilométriques exposés sur cinq ans s'élève à 109.160 euros sur la base d'une voiture de 7CV, l'employeur n'ayant pas à supporter le choix de Monsieur [H] de faire une tournée en JEEP de 23 CV selon document joint à la lettre de la direction générale des impôts du 19 mars 2008 ;

Les frais de repas sur lesquels le salarié fonde son calcul, soit entre 16 et 18 euros, ne sont pas sérieux au regard de ce qui peut être admis forfaitairement sans justificatif par l'administration fiscale et de ce que l'employeur peut accepter de payer pour les frais de repas ; une décote doit être appliquée mais il convient de tenir compte que le salarié, devant effectuer 12 à 15 visites par jour selon son contrat de travail, déjeunait nécessairement à l'extérieur de son domicile car son secteur est la [Localité 2] et le [Localité 3] et ses lieux d'habitation aux [Localité 4] puis au [Localité 5] ; la somme totale doit être évaluée à 8.000 euros ;

Concernant les frais de téléphone et les frais liés à une activité utilisant partiellement le domicile, au regard des éléments sur les années 2008 et 2009, il convient de retenir une somme de 3.740 euros pour les frais de téléphone et de 2.000 euros pour les frais liés à l'utilisation de son domicile ;

Les frais ont été évalués à 122.900 euros sur cinq ans ; il convient de déduire une somme de 7.600 euros correspondant au plafond de l'abattement annuel de 30% ; Monsieur [H] propose de déduire la somme de 40.912 euros à ce titre, somme qui doit retenue ; il reste donc une demande de remboursement complémentaire de 81.988 euros brut ; cette demande de remboursement, même réduite, est suffisamment importante pour retenir que la somme remboursée par l'employeur est manifestement disproportionnée au regard du montant réel des frais engagés par le salarié ; le manquement de la société SEPTODONT est grave ;

L'autre condition cumulative au remboursement des frais professionnels est que la rémunération proprement dite du travail doit être au moins égale au SMIC ; le salarié sollicite un rappel de salaire de 17.571,63 euros afférent au minimum conventionnel applicable aux VRP : l'employeur rappelle que cette demande est liée à la demande de rappel de frais professionnels ;

Les SMIC des années 2005 à 2010 ont varié entre 1186 et 1344 euros mensuel et le taux horaire entre 7,82 et 8,86 euros ; la ressource minimale forfaitaire ne peut être inférieure pour un trimestre à 520 fois le taux horaire du SMIC hors frais professionnels ; il résulte des rémunérations annuelles perçues par Monsieur [H], déduction faite des frais professionnels, que celles-ci sont supérieures à la rémunération minimale forfaitaire prévue par le statut ; la rémunération mensuelle a toujours été supérieure au SMIC ; cette demande n'est donc pas fondée ;

Sur la résiliation judiciaire

Monsieur [H] sollicite la résiliation judiciaire de son contrat de travail au motif d'une modification unilatérale du régime des frais professionnels contractuellement prévus, d'une pratique illicite permettant une modification unilatérale de sa rémunération au regard des avenants signés et d'une modification unilatérale de son secteur de clientèle ;

Sur le dernier point, soit une privation d'une partie de sa clientèle, Monsieur [H] produit un document établi par lui-même qui ne justifie pas de sa prétention ; il indique se plaindre de cette situation et produit une lettre datée du 1er mars 2010 qui est une réponse aux reproches de l'employeur sur une activité insuffisante ; cette lettre fait état de harcèlement moral et en page 3 des « retraits arbitraires et cumulés » qui compensent la baisse de son chiffre d'affaires sans que ces dires soient étayés par des éléments probants ;

En revanche, sans qu'il y ait lieu de retenir une modification unilatérale du régime des frais professionnels contractuellement prévus, sur la clause 4 du contrat de travail et le remboursement des frais professionnels, les manquements de l'employeur tels que précédemment relatés sont suffisamment graves pour que la résiliation judiciaire du contrat de travail soit prononcée à ses torts ;

Sur la violation du statut protecteur

Monsieur [H] sollicite une somme de 123.478,65 euros à titre d'indemnité en réparation de la violation de son statut protecteur au motif que la rupture du contrat de travail sans autorisation administrative produit les effets d'un licenciement nul . Il a été élu le 10 avril 2015 aux fonctions de délégué du personnel suppléant et membre du comité d'entreprise suppléant, ses mandats prendront fin le 9 avril 2018 et la période de protection s'achèvera le 9 octobre 2018. Il explique que le calcul est effectué en prenant l'hypothèse d'une rupture du contrat intervenant le 20 décembre 2015.

La société SEPTODONT s'oppose à cette demande et souligne que postérieurement à la saisine du conseil de

prud'hommes, le salarié a obtenu un nouveau mandat, de sorte que sa période de protection ne peut s'étendre au-delà des mandats en cours au moment de la demande judiciaire ;

Le licenciement en violation de la période de protection est nul comme la résiliation judiciaire prononcée aux torts de l'employeur qui produit les effets d'un licenciement nul en l'absence de demande de réintégration par le salarié ; l'employeur doit être alors condamné au versement d'une indemnisation financière comprenant notamment une indemnisation pour la violation du statut protecteur égale à la rémunération qui aurait été perçue par le salarié jusqu'à l'expiration de la protection ;

Toutefois, si le salarié doit bénéficier du statut protecteur au jour où il présente sa demande de résiliation judiciaire, la protection acquise après une telle demande n'a pas d'effet sur la rupture du contrat de travail ; c'est ainsi que la période de protection qui résulterait d'un nouveau mandat électif acquis en cours de procédure ne sera pas prise en compte ;

Monsieur [H] a saisi le conseil de prud'hommes le 19 juillet 2010 ; il bénéficiait d'un mandat protecteur qui courait jusqu'en février 2012 et a été réélu jusqu'en février 2015 puis avril 2018 ; la période de protection en cours au moment de l'introduction de la demande a expiré ; Monsieur [H] sera donc débouté de sa demande en paiement .

Sur l'indemnité de clientèle ou l'indemnité spéciale de rupture

Monsieur [H] réclame l'octroi d'une indemnité de clientèle au titre de la part qui lui revient dans l'accroissement de celle-ci qu'il chiffre à 88.462,32 euros net et subsidiairement, il sollicite une indemnité spéciale de rupture prévue à l'article 14 de la convention collective des VRP évaluée à 36.122,11 euros net ; l'employeur réplique que la charge de la preuve incombe au VRP, ce que ne fait pas Monsieur [H] qui ne produit aucun élément probant ; le contrat de travail contient une référence de part de clientèle en son article 9 soit 2.062.377 francs par an représentant la moyenne sur le secteur en 1990 ; Monsieur [H] ne peut raisonnablement contester ce chiffre plus de 20 ans après alors qu'il a signé le contrat et n'a jamais protesté ; le montant réclamé soit deux ans de salaire n'est en outre pas justifié puisque le salarié ne peut solliciter un forfait ; sa demande ne peut reposer que sur un préjudice subi par le salarié qui abandonne la clientèle qu'il a créée ou développée ; il fait un développement sur la soumission à charges sociales et CSG-CRDS

En cas de rupture du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur, et en l'absence de faute grave, le VRP a droit à une indemnité « la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui » ; le montant de cette indemnité tient compte des rémunérations spéciales versées en cours de contrat pour le même objet ainsi que des diminutions constatées dans la clientèle préexistante et imputables au salarié ; l'indemnité de clientèle est due quelle que soit la cause du licenciement, sauf faute grave ou

lourde ; elle est néanmoins subordonnée au fait que le VRP justifie avoir apporté, créé ou développé une clientèle dont il est privé en raison de la rupture du contrat ;

Monsieur [H] ne justifie ni de la création ni du développement de sa clientèle qui peut aussi être amoindrie par la diminution de la clientèle existante ; faute d'éléments, cette demande ne pourra être accueillie ;

Mais l'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 3 octobre 1975 prévoit aussi une indemnité spéciale de rupture, qui est due au VRP faisant l'objet d'un licenciement, à condition qu'il ait moins de 65 ans et qu'il ait renoncé à l'indemnité de clientèle à laquelle il aurait pu prétendre ; la résiliation judiciaire produisant les effets d'un licenciement et en l'absence de pouvoir prétendre à une indemnité de clientèle, Monsieur [H] étant âgé de 57 ans, il a droit à une indemnité spéciale de rupture qui sera évaluée à la somme de 26.994,50 euros hors frais professionnels ;

Sur les demandes de fin de contrat

Monsieur [H] dont la résiliation judiciaire est imputable à l'employeur, réclame à juste titre l'octroi d'une indemnité de préavis et de congés payés afférents ; il sera alloué au salarié une somme hors frais professionnels de 8.349 euros ainsi que les congés payés afférents soit 834,90 euros au regard de ses bulletins de salaire ;

Sur l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, il sera accordé à Monsieur [H] une somme de 30.000 euros au regard du préjudice subi tenant à l'âge du salarié) 57 ans (qui a très peu de chances de retrouver un emploi similaire ;

Compte tenu des sommes accordées tant au titre de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse que de l'indemnité spéciale de rupture, il n'y a pas lieu à soumission à charges sociales et CSG-CRDS ;

Sur l'indemnité de préjudice moral, le salarié ne fait état d'aucun préjudice distinct qui n'aurait pas déjà été réparé ; il sera débouté de cette demande ;

Sur la formation

Monsieur [H] soutient que son employeur a violé l'obligation de formation et d'adaptation qui lui incombe et que le

jugement du conseil de prud'hommes a omis de statuer sur ce chef de demande ; il indique qu'il n'a suivi qu'une seule et unique formation lié à son activité au sein de la société SEPTODONT ; il sollicite au titre de son préjudice une somme de 11.000 euros net ;

Mais le salarié n'a pas sollicité de formation et il résulte des pièces produites qu'outre une formation informatique, des séminaires commerciaux ont lieu au moins une fois par an et que ceux-ci constituent des journées de formation. Cette demande ne saurait prospérer ;

Sur la clause de non concurrence

Monsieur [H] sollicite le versement de dommages et intérêts de 30.485 euros au motif que la clause de non concurrence telle qu'elle résulte de son contrat de travail est nulle car elle ne prévoit pas de contrepartie financière ; l'employeur réplique que l'article 17 de l'accord des VRP prévoit le versement d'une contrepartie financière en cas de clause de non concurrence et que l'employeur doit s'y conformer sans qu'il soit utile de la rappeler dans le contrat de travail ;

Le contrat de travail qui stipule une clause de non concurrence doit veiller à la conformité de la clause contractuelle par rapport aux prescriptions de la collective ou de l'accord collectif applicable ; selon l'article 17 de l'accord national du 3 octobre 1975 des VRP, « l'interdiction contractuelle de concurrence après la rupture du contrat de travail n'est valable que pendant une durée maximale de 2 années à compter de cette rupture et qu'en ce qui concerne les secteurs et catégories de clients que le représentant de commerce était chargé de visiter au moment de la notification de la rupture du contrat » ; pendant l'exécution de l'interdiction, l'employeur doit verser au représentant une contrepartie pécuniaire mensuelle spéciale dont le montant sera égal à 2/3 de mois si la durée en est supérieure à 1 an et à 1/3 de mois si la durée en est inférieure ou égale à 1 an ;

En l'espèce, l'article 10 du contrat de travail de Monsieur [H] fixe la durée de l'interdiction à deux ans ; la contrepartie financière à la clause de non concurrence doit donc être fixée par référence au statut, peu important que ce mode de calcul ne soit pas répété dans le contrat de travail ; le contrat de travail ne prévoit pas pour l'employeur la possibilité de se délier ; la clause n'est pas nulle mais il convient d'allouer à Monsieur [H], au regard de ce qu'il pouvait prétendre, la somme réclamée soit 30.485 euros ;

Succombant, la société SEPTODONT supportera la charge des dépens ; il serait inéquitable de laisser à Monsieur [H] la totalité des frais irrépétibles qu'il a dû exposer ; la société SEPTODONT sera condamnée à lui verser une somme de 5.000 euros à ce titre.

PAR CES MOTIFS

LA COUR

Statuant publiquement et contradictoirement,

Infirmant le jugement déféré,

Condamne la société SEPTODONT à régler à Monsieur [J] [H] la somme de 81.988 euros brut au titre des remboursements de frais professionnels exposés entre le 12 août 2005 et 2010,

Prononce la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts exclusifs de M. [H],

Dit que la résiliation aura les effets d'un licenciement nul,

Condamne la société SEPTODONT à régler à Monsieur [J] [H] les sommes de :

- 8.349 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis,
- 834,90 euros au titre des congés payés afférents,
- 30.000 euros net à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 26.994,50 euros net à titre d'indemnité spéciale de rupture,
- 30.485 euros à titre de paiement de la clause de non concurrence,

Déboute Monsieur [H] sur ses demandes au titre du rappel de salaire sur minima conventionnel, de la violation du statut protecteur, du préjudice moral, de la violation de l'obligation de formation, de l'indemnité de clientèle,

Déboute la société SEPTODONT de ses demandes,

Ordonne la remise de l'attestation Pôle emploi et des bulletins de salaires conforme sans qu'il soit besoin d'assortir cette obligation d'une astreinte,

Condamne la société SEPTODONT à payer à Monsieur [H] la somme de 5.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Rejette toute autre demande,

Dit qu'il sera fait application du taux d'intérêt légal et de l'anatocisme conformément aux dispositions des 1153, 1153-1 et 1154 du code civil,

Condamne la société SEPTODONT aux dépens.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT