Texte de la décision

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X..., salarié de la société Ufifrance patrimoine, occupait en dernier lieu les fonctions de conseiller en gestion de patrimoine ; que sa rémunération était composée d'une partie fixe mensuelle, égale au SMIC, majorée de 10 % au titre des congés payés, d'une somme brute de 230,00 euros au titre d'un remboursement forfaitaire des frais professionnels et d'une partie variable constituée de commissions de production, les versements au titre de la partie variable incluant une indemnité de 10 % correspondant à un remboursement complémentaire de frais professionnels et une indemnité de 10 % au titre des congés payés ; que le salarié a pris acte de la rupture de son contrat de travail et qu'il a saisi la juridiction prud'homale ;

Sur les premier et deuxième moyens du pourvoi principal du salarié, ci-après annexés :

Attendu que la clause contractuelle fixant un forfait de remboursement mensuel des frais professionnels est licite à la 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 chaque mois au moins égale au SMIC ;

Et attendu que sous le couvert de griefs non fondés de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation par la cour d'appel des éléments de faits et de preuve versés aux débats au terme de laquelle elle a constaté, par motifs adoptés, que le salarié n'apportait aucun élément à l'appui de ses allégations selon lesquelles les forfaits de défraiement ne pouvaient couvrir les frais réellement exposés et, par motifs propres, que même en imputant l'intégralité des frais professionnels revendiqués par le salarié sur sa rémunération, celle-ci est restée supérieure au SMIC ;

D'où il suit que le moyen, nouveau et mélangé de fait et de droit en ses troisième et quatrième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le quatrième moyen du pourvoi principal du salarié :

Vu les articles 1147 du code civil et L. 1121-1 du code du travail ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande d'indemnisation du préjudice résultant de l'illicéité et de l'annulation de la clause de non-concurrence, l'arrêt retient que cette clause, ne comportant aucune contrepartie financière, ne cause pas nécessairement un préjudice au salarié, dès lors que l'employeur l'a délié de l'obligation de non-concurrence lors de la rupture du contrat ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur les premier et troisième moyens du pourvoi incident de l'employeur :

Vu l'article L. 1132-1 du code du travail ;

Attendu que pour dire que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse à dater du 5 novembre 2009, et condamner l'employeur à verser au salarié diverses sommes à titre d'indemnité légale de licenciement, d'indemnité de préavis et de congés payés, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi que pour préjudice moral et exécution déloyale du contrat de travail, l'arrêt retient que le salarié établit l'existence matérielle de faits pouvant laisser présumer l'existence d'une discrimination à son encontre, et que l'employeur, qui n'invoque aucun moyen ni aucune explication à l'encontre de cette accusation échoue à démontrer que les faits matériellement établis par l'intéressé sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors que le salarié n'invoquait aucun des critères de discrimination illicite prévus par l'article L. 1132-1 du code du travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

Et attendu que la cassation à intervenir sur les premier et troisième moyens du pourvoi incident de l'employeur entraîne la cassation du chef de l'arrêt qui déboute celui-ci de sa demande au titre du préavis ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les troisième et cinquième moyens du pourvoi principal du salarié :

CASSE ET ANNULE mais seulement en ce qu'il dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse à dater du 5 novembre 2009, qu'il condamne l'employeur à verser au salarié diverses sommes à titre d'indemnité légale de licenciement, d'indemnité de préavis et de congés payés, de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ainsi que pour préjudice moral et exécution déloyale du contrat de travail, en ce qu'il déboute le salarié de sa demande d'indemnisation du préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non-concurrence, et qu'il déboute l'employeur de sa demande au titre du préavis, l'arrêt rendu le 15 novembre 2013, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

Laisse à chaque partie la charge de ses dépens ;

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

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du treize janvier deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils, pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR jugé que la 2.3 du contrat de travail du 3 mars 2003 était licite et d'AVOIR débouté le salarié de sa demande tendant au paiement de diverses sommes à titre de remboursement de frais professionnels et, à titre subsidiaire, à de rappels de salaire.

AUX MOTIFS QUE, sur les frais professionnels : 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'il ne 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 la condition que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au SMIC ; qu'en l'espèce le contrat de travail du 3 mars 2003 stipulait que la partie fixe était constituée d'un salaire égal au SMIC majorée de la somme brute de 230 euros correspondant au remboursement forfaitaire des frais professionnels (article 2.2) et d'une partie variable (commissions) incluant une indemnité de 10% correspondant à un complément de remboursement forfaitaire des frais professionnels (article 2.3) ; que ces deux clauses qui forment un tout et qui relèvent de la liberté contractuelle, étant licites et donc opposables au salarié, celui ci ne peut prétendre à un rappel de salaire, que pour autant qu'il établisse qu'il a perçu, après imputation des frais réellement exposés, une rémunération inférieure au smic ; qu'il en découle que M. X... n'est pas justifié à demander que la clause 2.2 du contrat de travail du 3 mars 2003, lui est d'emblée inopposable ; qu'il résulte des bulletins de paie produits aux débats, qu'après déduction des forfaits frais professionnels, le salarié a perçu : en 2005 : 46.280,45 € soit une moyenne mensuelle de 3.865, 71 € (smic : 1.217,88 Euros), en 2006 : 66.078, 51 € soit une moyenne mensuelle de 5.506,54 € (smic : 1254,28 Euros), en 2007 : 92.777,24 € soit une moyenne mensuelle de 7.731,43 € (smic : 1.280,07 Euros), en 2008 : 70.295,80 € soit une moyenne mensuelle de 5.857,99 € (smic : 1.307,38 Euros), en 2009 : 38.846, 40 sur dix mois soit une moyenne mensuelle de 3.884, 64 € (smic : 1321,02 Euros puis 1.337,70 Euros) ; que dès lors, même en imputant l'intégralité des frais professionnels que le salarié revendique, sa rémunération est restée supérieure au smic ; qu'il s'ensuit, que M. X... ne peut qu'être débouté de sa demande de paiement de rappels de salaires et des congés payés afférents, sans qu'il y ait lieu d'ordonner la réouverture des débats ; que le jugement sera donc confirmé de ce chef.

AUX MOTIFS QUE, sur les rappels de salaires postérieurs au 4 novembre 2004 : M. X... soutient que ses bulletins de salaire démontrent que le montant de ses frais professionnels n'a pas été pris en compte, en l'absence d'une somme s'ajoutant, à ce titre, aux commissions et du versement forfaitaire dû par l'employeur indépendamment de ces mêmes commissions ; que le forfait de 230 € ne lui a pas été versé, mais a été imputé sur le montant des commissions ; qu'ainsi le salaire brut perçu devient égal au montant de ces dernières ; que cependant « l'erreur » de la société UFIFRANCE PATRIMOINE sur ce point n'en est pas une dès lors qu'elle est admise par l'intimée comme procédant des clauses mêmes du contrat : les termes de ce contrat, rappelés plus haut, ont été jugés valables et en conséquence ce calcul ne peut être mis en cause que s'il conduit, selon la jurisprudence rappelée par M. X..., à établir que la rémunération proprement dite du travail ne reste pas au moins égale au SMIC, rappel fait que les clauses liant les parties n'impliquaient pas que le salarié perçoive la totalité des commissions ; qu'or, il a été dit qu'il résulte des bulletins de paie produits aux débats et des éléments de calcul présentés par la société UFIFRANCE PATRIMOINE, qu'après déduction des forfaits frais professionnels, le salarié a perçu pour les années en cause une rémunération moyenne mensuelle supérieure au smic ; que M. X... conteste ces données en ce qu'elles font abstraction de ses frais réellement exposés en raison de l'étendue de sa clientèle, de son suivi, partant du nombre considérable de visites à effectuer - 440 à 550 déplacements annuels, soit a minima 2.000 kms mensuels - outre les frais de téléphone, de restauration, d'achat de matériel de bureau et d'une pièce privative à cet effet - tous éléments connus de la société UFIFRANCE PATRIMOINE, laquelle l'a à dessein dispensé d'en

justifier et de garder ainsi les éléments de preuve correspondants ; que M. X... chiffre en conséquence la moyenne mensuelle des frais restés à sa charge à une somme dépassant 11.000 € ; que toutefois, c'est par des motifs pertinents que la Cour adopte expressément sans les paraphraser inutilement que le premier juge a analysé et répondu à ces moyens sur lesquels M. X... n'apporte pas en cause d'appel d'éléments nouveaux de nature à remettre en cause la décision querellée ; que force est en effet de constater que les demandes de ce dernier, émanant qui plus est d'un professionnel des opérations financières, ne reposent que sur des évaluations et des éléments de base (nécessité de disposer d'un véhicule, d'un téléphone €) qui ne peuvent fonder ses revendications, dont, ainsi que le relève la société UFIFRANCE PATRIMOINE, le montant excède parfois celui des sommes déclarées à l'administration fiscale ; que vainement est-il, de nouveau, imputé à la société UFIFRANCE PATRIMOINE d'avoir abusé de la prétendue et improbable loyauté de son salarié, lequel était en outre parfaitement à même, lors de la signature de son second contrat, de faire le point des prétendues pertes de salaire qu'il invoque, sans en avoir six ans durant recueilli les éléments de preuve ; que le jugement entrepris est en conséquence confirmé sur ce point.

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE, sur les demandes au titre des frais professionnels : les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité et dans l'intérêt de son employeur doivent nécessairement lui être remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui est due, à moins qu'il n'ait contractuellement été prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire, et en tout état de cause à la condition que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au SMIC ; que le contrat de travail initial prévoyait dans sa clause 1.3.1.4 « les traitements fixes et commissions versés couvrent tous les frais, avances et débours que le signataire pourrait être amené à exposer » ; que cette disposition, qui prévoit expressément l'intégration des frais dans la rémunération, est contraire au principe cidessus rappelé, la clause est donc illicite ; que le contrat de travail du 3 mars 2003 prévoit dans ses clauses 2.1 à 2.3 une rémunération brute annuelle décomposée en une partie fixe et une partie variable ; que la partie fixe correspond au SMIC majoré des congés payés et de la somme forfaitaire de frais de 230 euros par mois ; que la partie variable correspond à la différence entre les commissions brutes et le SMIC, versé en cas de dépassement, et reporté au mois suivant dans la limitation en cas de seuil non atteint ; que la partie variable ouvre droit à un forfait de 10% de remboursement de frais ; que dans leur rédaction, ces clauses ne sont pas contraires au principe d'interdiction de l'intégration des frais à la rémunération ; qu'en effet, le système contractuel prévoit un forfait, et garanti le SMIC, puisqu'à minima, pour le cas où les commissions n'atteignent pas le montant du SMIC, le forfait de remboursement des frais est de 230 euros en sus de la rémunération ; que le report des différentiels négatifs entre les commissions et le seuil du SMIC est justifié par le caractère annuel de la rémunération totale prévu contractuellement ; que Monsieur X... n'apporte pas la preuve de ce que les forfaits de défraiement ne pouvaient par essence pas couvrir les frais réellement exposés, il n'apporte aucun élément à l'appui de ses allégations ; que la référence à des jurisprudences intervenues dans des cas similaires, voire au sein de la même société, ne saurait exonérer le demandeur de soumettre au Conseil les éléments concrets l'intéressant, aucune conclusion ne pouvant être tirée des cas d'espèces examinés par les autres juridictions ; que sur l'exemple du mois de juin 2004, en analysant le bulletin de paie et le relevé de commissions, il est noté que : - le montant des commissions est de 2.165,65 euros, - le relevé vise un traitement de base fixe de 1.520,01 euros, et une rémunération fixe de 645,64 euros, - le bulletin de paie, lui, montre que la somme de 1.520,01 € correspond au SMIC congés payés compris, et le forfait de 230 euros également compris ; que la somme de 645,64 euros correspond à des commissions, les congés payés y afférents, et les 10% de frais complémentaires ; que l'examen de l'ensemble des bulletins de paie entre 2004 et 2009 montre que : - lorsque les commissions mensuelles n'atteignaient pas le SMIC, le montant brut versé était le SMIC et le forfait de 230 euros de remboursement de frais, et la différence entre le SMIC et les commissions est reportée au mois suivant ; - lorsque les commissions mensuelles dépassaient le SMIC, le montant brut versé correspondait exactement au montant des commissions, au lieu d'ajouter les 10% de congés payés et les 10% de frais sur la partie variable tel que prévu par le contrat ; qu'en effet, la disposition selon laquelle le versement de la partie variable inclura le complément de remboursement forfaitaire signifie que pour calculer le montant à verser, l'employeur doit ajouter 10% de la différence entre les commissions perçues et le SMIC ; que la société UFIFRANCE a au contraire estimé que dans les commissions étaient compris les frais, ce qui est totalement contraire au principe d'un remboursement des frais ; que le régime de la prescription quinquennale n'a pas lieu d'être écarté du fait de la méconnaissance de ses droits par le salarié, la particulière mauvaise foi de l'employeur pouvant le cas échéant justifier l'octroi de dommages et intérêts, mais non suspendre le délai de prescription ; que le point de départ du délai de prescription concernant les demandes relatives aux frais résultant du contrat antérieurement à l'accord d'entreprise qui

a reconnu le droit à obtenir remboursement des frais est le 28 février 2003 ; qu'à la date de la saisine de la présente juridiction, la prescription était acquise ; qu'en ce qui concerne les demandes en application du contrat de mars 2003, elles sont prescrites à décembre 2004, et seront donc examinées à compter de janvier 2005 ; que Monsieur X... formule des demandes au titre de frais qu'il affirme avoir exposés, frais de restauration, de péage, de téléphone, d'utilisation d'un bureau à son domicile, de déplacement et de fournitures de bureau ; qu'en l'absence de justificatifs, elles ne peuvent prospérer ; que par ailleurs, il n'appartient pas au Conseil de procéder lui-même à la recherche des sommes le cas échéant dues en raison des calculs forfaitaires retenus par l'employeur ; que la demande de remboursement sera donc rejetée comme non suffisamment étayée ; qu'en revanche, le salarié est fondé à obtenir des dommages et intérêts pour l'application ambiguë de la clause contractuelle, la présentation des tableaux montrant une confusion certaine générant des erreurs et une particulière difficulté pour le salarié à vérifier s'il était rempli de ses droits ; que compte tenue de la durée de cette pratique persistante en dépit des condamnations répétées de la société sur ce fondement qui ne pouvait qu'être vigilante, le préjudice sera fixé à 5.000 euros.

1°/ ALORS QUE les frais qu'un salarié expose pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent être supportés par ce dernier ; que la clause du contrat de travail qui met à la charge du salarié les frais engagés pour les besoins de son activité professionnelle est réputée non écrite ; que la clause 2.3 du contrat de travail du 3 mars 2003 prévoit que « les versements au titre de la partie variable de la rémunération, composée de commissions et de gratifications, incluront une indemnité de 10 % correspondant à un complément de remboursement forfaitaire des frais professionnels et une indemnité de 10 % au titre des congés payés » d'où il résultait, ainsi qu'il est reconnu par l'employeur et relevé par les juges du fond, qu'une partie des frais professionnels était imputée sur la rémunération variable due ; que dès lors, en validant cette clause illicite, la cour d'appel a violé le principe selon lequel les frais professionnels engagés par le salarié doivent être supportés par l'employeur, ensemble l'article 1134 du Code civil.

2°/ QU'à tout le moins, les juges du fond ne peuvent pas statuer par des motifs contradictoires ; qu'en énonçant, par motifs propres, que « M. X... soutient que ses bulletins de salaire démontrent que le montant de ses frais professionnels n'a pas été pris en compte, en l'absence d'une somme s'ajoutant, à ce titre, aux commissions et du versement forfaitaire dû par l'employeur indépendamment de ces mêmes commissions ; que le forfait de 230 € ne lui a pas été versé, mais a été imputé sur le montant des commissions ; qu'ainsi le salaire brut perçu devient égal au montant de ces dernières ; que cependant « l'erreur » de la société UFIFRANCE PATRIMOINE sur ce point n'en est pas une dès lors qu'elle est admise par l'intimée comme procédant des clauses mêmes du contrat : les termes de ce contrat, rappelés plus haut, ont été jugés valables et en conséquence ce calcul ne peut être mis en cause que s'il conduit, selon la jurisprudence rappelée par M. X..., à établir que la rémunération proprement dite du travail ne reste pas au moins égale au SMIC, rappel fait que les clauses liant les parties n'impliquaient pas que le salarié perçoive la totalité des commissions », et par motifs adoptés, que « la disposition selon laquelle le versement de la partie variable inclura le complément de remboursement forfaitaire signifie que pour calculer le montant à verser, l'employeur doit ajouter 10% de la différence entre les commissions perçues et le SMIC ; que la société UFIFRANCE a au contraire estimé que dans les commissions étaient compris les frais, ce qui est totalement contraire au principe d'un remboursement des frais », la cour d'appel a statué par des motifs contradictoires et violé l'article 455 du Code de procédure civile.

3°/ ALORS, en tout cas, QUE la clause qui subordonne le remboursement de frais exposés par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle dans l'intérêt de l'employeur à la réalisation d'objectifs est nulle comme constituant une sanction pécuniaire ; qu'en refusant de dire nulle la clause 2.3 du contrat de mars 2003 qui subordonnait le remboursement de frais exposés par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle dans l'intérêt de l'employeur à la réalisation d'objectifs, la cour d'appel a violé l'article L. 1331-2 du Code du travail.

4°/ ALORS, en tout cas encore, QU'en statuant ainsi, alors que la clause, qui fait dépendre le montant du remboursement de frais exposés par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle dans l'intérêt de l'employeur d'un élément sans rapport avec leur coût, est nulle, la cour d'appel a violé le principe selon lequel les frais professionnels engagés par

le salarié doivent être supportés par l'employeur, ensemble l'article 1134 du Code civil.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande tendant à l'inopposabilité des clauses 2.2 et 2.3 du contrat de travail du 3 mars 2003 et au paiement de diverses sommes à titre de remboursement de frais professionnels et, à titre subsidiaire, à titre de rappels de salaire.

AUX MOTIFS énoncés au premier moyen

1°/ ALORS 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 la 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 chaque mois au moins égale au SMIC ; que pour rejeter les demandes du salarié, l'arrêt retient, par motifs propres, que les clauses 2.2 et 2.3 du contrat du travail du 3 mars 2003 « qui forment un tout et qui relèvent de la liberté contractuelle, étant licites et donc opposables au salarié, celui-ci ne peut prétendre à un rappel de salaire, que pour autant qu'il établisse qu'il a perçu, après imputation des frais réellement exposés, une rémunération inférieure au smic ; qu'il résulte des bulletins de paie produits aux débats, qu'après déduction des forfaits frais professionnels, le salarié a perçu : en 2005 : 46.280,45 € soit une moyenne mensuelle de 3.865, 71 € (smic : 1.217,88 Euros), en 2006 : 66.078, 51 € soit une moyenne mensuelle de 5.506,54 € (smic : 1254,28 Euros), en 2007 : 92.777,24 € soit une moyenne mensuelle de 7.731,43 € (smic : 1.280,07 Euros), en 2008 : 770.295,80 € soit une moyenne mensuelle de 5.857,99 € (smic : 1.307,38 Euros), en 2009 : 38.846, 40 sur dix mois soit une moyenne mensuelle de 3.884, 64 € (smic : 1321,02 Euros puis 1.337,70 Euros) ; que dès lors, même en imputant l'intégralité des frais professionnels que le salarié revendique, sa rémunération est restée supérieure au smic » ; qu'en statuant ainsi, en refusant de rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la somme forfaitaire prévue au contrat aux fins de remboursement des frais professionnels, n'était pas manifestement disproportionnée au regard de la réalité des frais professionnels nécessairement engagés, la Cour d'appel a violé, a violé les articles L. 3211-1 et L. 3232-3 du Code du travail, ensemble l'article 1134 du Code civil.

QU' en refusant encore de rechercher si la rémunération proprement dite du travail restait chaque mois au moins égale au SMIC, d'autre part, la cour d'appel, qui s'est bornée à se prononcer sur le montant de la rémunération annuelle du salarié, a violé les articles L. 3211-1 et L. 3232-3 du Code du travail, ensemble l'article 1134 du Code civil.

QU'à tout le moins, en ne procédant pas à ces recherches elle a privé sa décision de base légale au regard desdites dispositions

2°/ ALORS QUE la preuve est libre en matière prud'homale ; que dans ses écritures, le salarié faisait valoir qu'en l'absence de moyens techniques mis à sa disposition pour satisfaire aux exigences de l'employeur notamment en nombre de visites, résultats et participation aux réunions, il était astreint à des déplacements en voiture sur toute la France, impliquant des frais importants ce qui l'obligeait à régler lui-même, sur un salaire égal au SMIC, une partie de ses frais professionnels et que le montant de la somme forfaitaire prévue à la clause 2.2 contrat aux fins de remboursement des frais professionnels, (soit, mensuellement, 230 euros fixes), était manifestement disproportionné au regard la réalité des frais professionnels engagés ; qu'à l'appui de ses allégations, il avait versé aux débats notamment les avis d'imposition que lui avait notifié l'administration fiscale, les listes des clients suivis et repartis sur plusieurs départements, des factures téléphoniques et des attestations ; qu'en se bornant à énoncer péremptoirement, par motifs propres, que « les

demandes du salarié, émanant qui plus est d'un professionnel des opérations financières, ne reposent que sur des évaluations et des éléments de base (nécessité de disposer d'un véhicule, d'un téléphone ¿) qui ne peuvent fonder ses revendications, dont, ainsi que le relève la société UFIFRANCE PATRIMOINE, le montant excède parfois celui des sommes déclarées à l'administration fiscale » et, par motifs adoptés, que le salarié « n'apporte pas la preuve de ce que les forfaits de défraiement ne pouvaient par essence pas couvrir les frais réellement exposés, il n'apporte aucun élément à l'appui de ses allégations » et « qu'en l'absence de justificatifs, (les demandes au titre de frais) ne peuvent prospérer », alors que les avis d'imposition notifiés par l'administration fiscale, faisant apparaître l'admission par cette dernière des frais professionnels que le salarié avait déclaré, étaient de nature à justifier l'existence de frais exposés par ce dernier, leur montant et le fait qu'ils avaient été engagés pour les besoins de l'activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, la cour d'appel a méconnu le principe de liberté de la preuve en matière prud'homale, ensemble l'article 1315 du Code civil.

3°/ ALORS, en tout cas, QUE si les juges du fond apprécient souverainement la portée et la valeur des éléments de preuve versés aux débats, ils n'en sont pas moins tenus de motiver leur décision ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans examiner et analyser, serait-ce sommairement, les divers éléments de preuve (listes de clients, factures téléphoniques, attestations, paiement de la rémunération de suivi-client, justification de frais exposés au domicile pour les besoins de l'activité professionnelle et avis d'imposition) ni expliquer en quoi ils ne pouvaient pas être de nature à établir l'existence de frais exposés par le salarié, leur montant et le fait qu'ils avaient été engagés pour les besoins de l'activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du Code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande de paiement d'une somme à titre de dommages et intérêts au titre de l'exécution déloyale du contrat de travail pour la période postérieure au 4 novembre 2004.

AUX MOTIFS QUE, sur la demande de dommages-intérêts pour exécution fautive du contrat de travail : que M. X... soutient que depuis 1998 jusque mars 2003, la société UFIFRANCE a inséré dans les contrats de travail du salarié une clause stipulant que les traitements fixes et commissions versés couvraient tous les frais qu'il pourrait être amené à exposer, dont elle ne pouvait ignorer le caractère illicite, puisque de telles clauses ont déjà été sanctionnées dans le passé, notamment par la cour de cassation dans un arrêt du 24 octobre 2001, dans la cause duquel l'intimée était partie ; que, jusque mars 2003, le salarié n'a pas été rempli de ses droits au titre de ses frais professionnels, ce qui caractérise le préjudice par lui subi ; et que, passé cette date, l'employeur a persisté, avec une déloyauté contractuelle totale à contraindre les salariés, à signer un nouveau contrat qui ne procédait d'aucune obligation d'information et cachait en revanche le droit du salarié d'être remboursé de ses frais, lesquels se montaient en l'espèce à plus de 3.500 euros ; que cependant il a été relevé plus haut que M. X... était défaillant sur de tels moyens reposant sur une volonté de tromperie de l'employeur alliée à sa prétendue incapacité de sa part à connaître et chiffrer ses droits ; qu'il est rappelé que sa formation juridique particulièrement pointue, se cumulant avec sa nécessaire qualification en matière financière, ne permet pas de dire que M. X... ait été victime de manquements qu'il n'aurait pu relever, et partant, dont il n'aurait jamais pu demander réparation, et qu'ainsi la répétition de ce système qui aurait généré de telles pertes à son détriment n'aurait pas été cautionnée par lui ; que les demandes antérieures au 4 novembre 2004 sont prescrites ; que cette prescription ne saurait être contournée par d'autres voies, lesquelles reposent en réalité sur les mêmes moyens ; que ne peut ainsi être argué de ce que, jusque mars 2003, M. X... n'a pas été rempli de ses droits au titre de ses frais professionnels, et que l'employeur ne pouvait de bonne foi l'ignorer, ce qui caractériserait le préjudice subi par le salarié ; que la demande de dommages et intérêts est rejetée et le jugement est également infirmé en ce qu'il a alloué la somme de 5.000 ¿ au motif d'une clause contractuelle prétendument ambiguë, issue d'une pratique persistante bien que condamnée, et source de difficulté pour le salarié à vérifier ses droits ; que les calculs présentés par M. X... attestent de ce que, pour les époques concernées, il était à même d'y procéder, et, en outre avec plus d'éléments, lors que, selon ses dires, il était victime d'une

pratique désastreuse.

ET AUX MOTIFS QUE sur les autres manquements de la société UFIFRANCE PATRIMOINE ; que M. X... soutient que, antérieurement à l'année 2003, et postérieurement à cette date, en violation de ses obligations légales, la société UFIFRANCE a inséré dans les contrats de travail du salarié, une clause stipulant que les traitement fixes et commissions versés couvraient tous les frais qu'il pourrait être amené à exposer, dont elle ne pouvait ignorer le caractère illicite, puisqu'elles ont déjà été sanctionnées dans le passé, notamment par la cour de cassation dans un arrêt du 24 octobre 2001, dans la cause duquel l'appelante était partie ; qu'il s'en déduit que la mauvaise foi de la société UFIFRANCE est établie ; que cependant les faits antérieurs au 4 novembre 2004 sont prescrits ; qu'ensuite, la circonstance que les bases des rapports contractuels liant une entreprise à ses salariés soient sanctionnées en justice ; ce que l'employeur ait libre d'intégrer ou de persister dans sa conception des règles applicables, ne vaut pas violation de la loi stricto sensu et laisse la porte ouverte à des changements de jurisprudence ou des analyses divergentes ; que partant, le salarié, et s'agissant de M. X..., d'une personne au fait de ses droits, ne pouvait ignorer la problématique de cette clause et la faculté de saisir la justice s'il estimait préjudiciable à ses intérêts qu'elle fût maintenue par l'employeur ; qu'en conséquence la demande est rejetée ; que M. X... soutient également que, pour cette même période, il était soumis à un horaire de travail non collectif mais individuel et ce sans qu'aucun accord d'entreprise ait prévu un quelconque dispositif de contrôle, la société UFIFRANCE PATRIMOINE n'ayant elle même pas décompté son temps de travail ; qu'il en a été du reste de même pour l'application du contrat de 2003 ; que cependant la première de ces deux périodes est prescrite ; que s'agissant de la seconde est opposé par la société UFIFRANCE PATRIMOINE qu'étaient applicables à M. X... les accords d'entreprise conclu avec les partenaire sociaux sur un forfait annuel de 1.607 heures : que ces dispositions figurent en effet dans le contrat entrant en vigueur le 14 mars 2003 ; qu'en conséquence, le moyen n'est pas fondé ; que sur l'absence de visite médicale, il n'est justifié d'aucune visite d'embauche et de visite périodique auprès de la médecine du travail ; pour autant il n'est pas réclamé d'indemnisation spécifique de ce chef ;

1°/ ALORS QUE la cassation entraîne, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui est la suite, l'application ou l'exécution de la décision cassée ou qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ; que la cassation du chef du dispositif de l'arrêt attaqué, à intervenir sur les premier et/ou deuxième moyen de cassation entraînera la cassation par voie de conséquence du chef de l'arrêt relatif à la demande de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail, par application des articles 624 et 625 du Code de procédure civile.

2°/ ALORS QUE Monsieur X... avait demandé, dans ses écritures, réparation globale des préjudices matériels et moraux subis du fait de la déloyauté de l'employeur ; qu'en refusant d'indemniser le défaut de visite médicale faute de demande à ce titre, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code de civil

3°/ ET ALORS enfin QUE Monsieur X... demandait également réparation du préjudice causé par la méconnaissance par l'employeur de ses obligations légales en matière de durée du travail ; qu'en ne réparant pas ce préjudice, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande d'indemnisation du préjudice résultant de l'illicéité et de l'annulation de la clause de non-concurrence.

AUX MOTIFS QUE, sur la clause de non-concurrence : il a été inséré dans le contrat de travail la clause suivante : « 4.4 Après son départ de la Société, le Signataire s'interdit d'entrer en relation, directement ou indirectement, et selon

quelque procédé que ce soit, avec les clients de la Société dont il a eu la charge, et pour lesquels il aura perçu une commission de production directe et des gratifications durant les douze mois précédant son départ en vue de leur proposer une formule de placement, pendant une durée de vingt quatre mois, à compter de sa date de sortie des effectifs. Il est expressément convenu que dans l'hypothèse où le Signataire contreviendrait aux dispositions de la présente clause, il devrait verser à la Société des dommages et intérêts qui seraient, au choix de cette dernière et par infraction constatée, soit fonction des dommages qui auraient été occasionnés de ce fait, soit forfaitairement fixés au montant de la rémunération acquise par lui au titre de ses douze derniers mois de travail effectif au sein de la Société, sans pouvoir être inférieurs à 12 fois le montant de sa dernière rémunération mensuelle brute, tous éléments de rémunération et indemnités inclus, et ce, indépendamment, du droit pour la Société de faire cesser cette contravention par toutes les voies de droit et, en particulier au moyen d'une astreinte égale à 1/10ème de sa dernière rémunération brute, tous éléments de rémunération et indemnités inclus, par jour de retard à cesser l'infraction » ; que vainement est allégué par l'intimée d'une clause de « protection de la clientèle » ; que la stipulation dans le contrat de travail d'une telle clause, qui s'analyse en une clause de non-concurrence, aucune disposition ne la limitant dans l'espace, est nulle puisque ne comportant aucune contrepartie financière, ne cause pas nécessairement un préjudice au salarié, dès lors que l'employeur l'a délié de cette clause lors de la rupture du contrat, en l'espèce le 16 décembre 2009.

ALORS QUE la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié ; qu'en retenant, pour débouter la salariée de sa demande d'indemnisation du préjudice résultant de l'illicéité et de l'annulation de la clause de non-concurrence, que la stipulation dans le contrat de travail d'une telle clause ne cause pas nécessairement un préjudice au salarié, dès lors que l'employeur l'a délié de cette clause lors de la rupture du contrat, la cour d'appel a violé les articles 1147 du Code civil et L. 1121-1 du Code du travail.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité à 16.500 euros l'indemnité allouée à Monsieur X... en réparation de son licenciement non causé

AUX MOTIFS QUE tenant l'ancienneté de 12 ans du salarié, son âge, le salaire de référence non contesté perçu au cours des trois derniers mois, soit 2607.34 €, et au regard de sa situation actuelle, M. X... ayant retrouvé un emploi par le biais de la création d'une société concurrente MS CONSEIL & INVEST créée par lui le 12 mars 2010, il lui sera alloué la somme de 16 500€ à titre de dommages et intérêts

ALORS QUE la réparation du préjudice doit être intégrale et tenir compte de l'ensemble des dommages subis ; que Monsieur X... faisait valoir que, par suite de son licenciement non causé, il avait été privé du bénéfice de 750 actions UFIFRANCE, dont l'attribution avait été faite sous la condition suspensive de sa présence dans l'entreprise à l'expiration d'un délai de 5 ans ; qu'en omettant de tenir compte de ce chef de préjudice et en ne le réparant pas, la Cour d'appel a violé les articles L 1235-3 du Code du travail et 1147 du Code civil.

Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocats aux Conseils pour la société Ufifrance patrimoine

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par M. X... produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse à dater du 5 novembre 2009, d'AVOIR condamné la SAS

UFIFRANCE à verser à M. X... les sommes de 7367 euros à titre d'indemnité légale de licenciement, 5214, 68 euros à titre d'indemnité légale de préavis outre l'incidence congés payés de 521, 46 euros, de 16 500€ au titre de dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de 2.000 € au titre de dommages et intérêts pour préjudice moral et exécution déloyale du contrat de travail, d'AVOIR dit que les sommes allouées en exécution du contrat de travail (préavis, congés payés sur préavis, indemnité de licenciement, rappel de salaires) porteront intérêts au taux légal à compter de la demande initiale et que les créances indemnitaires ne produisent intérêts moratoires que du jour de leur fixation judiciaire, d'AVOIR ordonné la capitalisation des intérêts pour ceux dus sur une année dans les conditions de l'article 1154 du code civil, dit n'y avoir lieu à faire application de l'article 700 du Code de procédure civile et partagé les dépens de l'instance par moitié entre les parties ;

AUX MOTIFS QUE «Sur l'absence de visite médicale Il n'est justifié d'aucune visite d'embauche et de visite périodique auprès de la médecine du travail;

Pour autant il n'est pas réclamé d'indemnisation spécifique de ce chef ;

(...) Sur la discrimination

Sur la discrimination

Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

Selon l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations :

- constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou de son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable,
- constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs précités, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés,

- la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs précités et tout agissement à connotation sexuelle, subis

par une personne et ayant pour objet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

L'article L.1134-1 du code du travail prévoit qu'en cas de litige relatif à l'application de ce texte, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, au vu desquels il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

En l'espèce, M. X... invoque les faits suivants :

-absence d'encadrement du superviseur, lequel ne l'accompagnait pas sur le terrain, évinçant ainsi un salarié qu'il n'estimait pas.

-affectation des dossiers, attribués de manière discrétionnaire, mais, s'agissant de M. X..., de sorte que les capitaux qui lui étaient affectés représentaient en 2006 19, 30 % de son portefeuille, au regard de chiffres allant de 47% à 60 % pour d'autres salariés.

Pour étayer ses affirmations, M. X... produit notamment, des attestations de clients sur le premier point, et un tableau sur le second.

M. X... établit ainsi l'existence matérielle de faits pouvant laisser présumer l'existence d'une discrimination à son encontre.

L'employeur n'invoque aucun moyen ni aucune explication à l'encontre de cette accusation, qui était pourtant mentionnée dans la lettre de prise d'acte.

L'employeur échoue ainsi à démontrer que les faits matériellement établis par M. X... sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La discrimination est établie.

Ce manquement justifie à lui seul de la prise d'acte emportant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

S'y ajoute l'absence de visites médicales ;

(...) Sur les incidences financières du licenciement

- indemnité légale de licenciement

La somme de 7367 euros n'est pas discutée

- indemnité de préavis

Au visa des articles L 122-6 devenu L 1234-1 et L 122-8 devenu L 1234-5 du code du travail, et tenant compte de l'ancienneté dans l'entreprise et du salaire brut perçu à la date du licenciement, M. X... est en droit de prétendre à la somme de 5214, 68 euros outre l'incidence congés payés d'un dixième soit 521, 46 euros

- indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse

Compte tenu de l'ancienneté du salarié, celui ci peut prétendre, par application de l'article L 1235-3 du code du travail, à des dommages intérêts ne pouvant être inférieurs à 6 mois de salaire.

Tenant l'ancienneté de 12 ans du salarié, son âge, le salaire de référence non contesté perçu au cours des trois derniers mois, soit 2607, 34 €, et au regard de sa situation actuelle- M. X... ayant retrouvé un emploi par le biais de la création d'une société concurrente de conseil concurrente MS CONSEIL & INVEST créée par lui le 12 mars 2010, - il lui sera alloué la sommes de 16 500€ à titre de dommages intérêts.

Sur la demande reconventionnelle

La société UFIFRANCE PATRIMOINE n'est évidemment plus fondée à réclamer paiement du préavis ;

Les sommes allouées en exécution du contrat de travail (préavis, congés payés sur préavis, indemnité de licenciement,) porteront intérêts au taux légal à compter de la demande initiale.

En revanche les créances indemnitaires ne produisent intérêts moratoires que du jour de leur fixation judiciaire.

Il sera fait application des règles en matière de capitalisation des intérêts pour ceux dus sur une année entière ;

Sur l'application de l'article 700 du code de procédure civile

Aucune considération tirée de l'équité ne conduit à condamner l'une ou l'autre des parties sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Succombant chacun pour partie, la SAS UFIFRANCE et M. X... partagerons les dépens » ;

1°) ALORS QU'il n'y a de discrimination que si le traitement défavorable dont se plaint le salarié est fondé sur un des motifs prohibés par l'article L. 1132-1 du Code du travail ; qu'en l'espèce, Monsieur X... soutenait qu'il aurait fait l'objet d'une discrimination sans toutefois préciser la nature de la discrimination invoquée ; qu'en jugeant que le salarié avait

été victime d'une discrimination, sans préciser sur quel motif prohibé par l'article L. 1132-1 du Code du travail reposait le traitement défavorable dont aurait fait l'objet le salarié, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de ce texte ;

2°) ALORS QUE les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, la société UFIFRANCE PATRIMOINE soutenait avoir respecté ses obligations en matières d'examens médicaux et produisait à ce titre la fiche de visite médicale du 30 septembre 2009 constatant l'aptitude du salarié à son poste (pièce d'appel de l'exposante n° 31 et prod. n° 7) ; qu'en affirmant qu'il n'était justifié d'aucune visite d'embauche ni des visites périodiques auprès de la médecine du travail, sans viser, ni analyser cette pièce, la Cour d'appel a violé les exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ;

3°) ALORS subsidiairement QUE la prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail ; qu'en l'espèce, le salarié imputait à son employeur, au soutien de sa prise d'acte du 5 novembre 2009, une prétendue discrimination ayant débuté dès 2005 et, pour la première fois dans ses conclusions d'appel, l'absence de visite médicale d'embauche et de visites régulières auprès de la médecine du travail depuis l'origine du contrat de travail ; qu'en jugeant que ces manquements qui perduraient depuis des années, justifiaient la prise d'acte du salarié sans caractériser qu'ils avaient empêché la poursuite du contrat de travail, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1231-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du Code du travail.

4°) ALORS en tout état de cause QUE le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi ; que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture ne produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse que si les faits invoqués sont la véritable cause de son départ ; qu'en l'espèce, l'exposante soulignait Monsieur X... avait pris acte, tandis qu'il se croyait menacé par un licenciement, qu'il était en âge de faire valoir ses droits à la retraite et qu'il avait déjà fait part à son entourage de son souhait de poursuivre son activité dans un domaine concurrentiel, ce qu'il avait d'ailleurs fait en créant, quelques mois à peine après son départ, la société MS CONSEILS & INVEST, entreprise concurrente de la société UFIFRANCE PATRIMOINE ; qu'en ne recherchant pas, comme elle y était pourtant invitée, preuves à l'appui, si le départ du salarié n'était pas en réalité motivé par la volonté de créer une entreprise concurrente et d'éviter un licenciement que le salarié redoutait, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1222-1, L. 1231-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du Code du travail.

5°) ALORS à titre infiniment subsidiaire QUE le juge ne peut dénaturer les conclusions des parties ; que dans ses conclusions d'appel (page 41), oralement reprises (arrêt p. 3), l'employeur contestait le salaire de référence retenu par le salarié en stigmatisant la déloyauté de ce dernier qui retenait un salaire moyen différent selon ses chefs de demandes, faible lorsqu'il s'agissait de solliciter des rappels de salaire, élevé lorsqu'il était question d'évaluer l'indemnité compensatrice de préavis, l'indemnité de licenciement ou les dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ; qu'en affirmant, pour attribuer au salarié les sommes sollicitées au titre de l'indemnité compensatrice de préavis et au titre de l'indemnité de licenciement outre une somme de 16.500 euros calculée selon un salaire de référence perçu au cours des trois derniers mois, soit 2.607,34€, que ces sommes étaient non discutées et que le salaire de référence retenu était non contesté, lorsque l'employeur contestait expressément le salaire arrêté par le salarié pour procéder à ses calculs, la Cour d'appel a violé l'article 4 du Code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement en ce qu'il a débouté la société UFIFRANCE PATRIMOINE

de sa demande au titre du préavis ;

AUX MOTIFS QUE «Sur l'absence de visite médicale Il n'est justifié d'aucune visite d'embauche et de visite périodique auprès de la médecine du travail;

Pour autant il n'est pas réclamé d'indemnisation spécifique de ce chef ;

(...) Sur la discrimination

Sur la discrimination

Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

Selon l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations :

- constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou de son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable,

- constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs précités, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés,

- la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs précités et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

L'article L.1134-1 du code du travail prévoit qu'en cas de litige relatif à l'application de ce texte, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, au vu desquels il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et le juge forme sa conviction après avoir ordonné,

en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

En l'espèce, M. X... invoque les faits suivants :

-absence d'encadrement du superviseur, lequel ne l'accompagnait pas sur le terrain, évinçant ainsi un salarié qu'il n'estimait pas.

-affectation des dossiers, attribués de manière discrétionnaire, mais, s'agissant de M. X..., de sorte que les capitaux qui lui étaient affectés représentaient en 2006 19, 30 % de son portefeuille, au regard de chiffres allant de 47% à 60 % pour d'autres salariés.

Pour étayer ses affirmations, M. X... produit notamment, des attestations de clients sur le premier point, et un tableau sur le second.

M. X... établit ainsi l'existence matérielle de faits pouvant laisser présumer l'existence d'une discrimination à son encontre.

L'employeur n'invoque aucun moyen ni aucune explication à l'encontre de cette accusation, qui était pourtant mentionnée dans la lettre de prise d'acte.

L'employeur échoue ainsi à démontrer que les faits matériellement établis par M. X... sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La discrimination est établie.

Ce manquement justifie à lui seul de la prise d'acte emportant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

S'y ajoute l'absence de visites médicales;

(¿) Sur les incidences financières du licenciement

- indemnité légale de licenciement

La somme de 7367 euros n'est pas discutée

- indemnité de préavis

Au visa des articles L 122-6 devenu L 1234-1 et L 122-8 devenu L 1234-5 du code du travail, et tenant compte de

l'ancienneté dans l'entreprise et du salaire brut perçu à la date du licenciement, M. X... est en droit de prétendre à la somme de 5214,68 euros outre l'incidence congés payés d'un dixième soit 521,46 euros

- indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse

Compte tenu de l'ancienneté du salarié, celui ci peut prétendre, par application de l'article L 1235-3 du code du travail, à des dommages intérêts ne pouvant être inférieurs à 6 mois de salaire.

Tenant l'ancienneté de 12 ans du salarié, son âge, le salaire de référence non contesté perçu au cours des trois derniers mois, soit 2607,34 €, et au regard de sa situation actuelle- M. X... ayant retrouvé un emploi par le biais de la création d'une société concurrente de conseil concurrente MS CONSEIL & INVEST créée par lui le 12 mars 2010, - il lui sera alloué la somme de 16 500€ à titre de dommages intérêts.

Sur la demande reconventionnelle

La société UFIFRANCE PATRIMOINE n'est évidemment plus fondée à réclamer paiement du préavis ;

Les sommes allouées en exécution du contrat de travail (préavis, congés payés sur préavis, indemnité de licenciement,) porteront intérêts au taux légal à compter de la demande initiale.

En revanche les créances indemnitaires ne produisent intérêts moratoires que du jour de leur fixation judiciaire.

Il sera fait application des règles en matière de capitalisation des intérêts pour ceux dus sur une année entière ;

Sur l'application de l'article 700 du code de procédure civile

Aucune considération tirée de l'équité ne conduit à condamner l'une ou l'autre des parties sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Succombant chacun pour partie, la SAS UFIFRANCE et M. X... partageront les dépens » ;

1°) ALORS QUE la cassation qui ne manquera pas d'intervenir sur le chef de dispositif par lequel la Cour d'appel a dit que la prise d'acte produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse emportera, par voie de conséquence, la cassation du chef de dispositif confirmant le jugement en ce qu'il a débouté la société UFIFRANCE PATRIMOINE de sa demande d'indemnité au titre du préavis de démission non effectué, en application de l'article 624 du Code de procédure civile.

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « l'employeur n'apportant pas la preuve d'un préjudice résultant de cette rupture, il ne sera pas fait droit à la demande au titre du préavis »;

2°) ALORS QUE la prise d'acte de la rupture du contrat qui n'est pas justifiée produit les effets d'une démission; qu'il en résulte que le salarié doit à l'employeur le montant de l'indemnité compensatrice de préavis résultant de l'application de l'article L. 1237-1 du Code du travail sans que ce dernier n'ait à rapporter la preuve d'un préjudice; qu'en retenant, pour débouter la société UFIFRANCE PATRIMOINE de sa demande reconventionnelle tendant à la condamnation du salarié à lui verser une somme au titre du préavis non effectué, qu'elle ne justifiait pas d'un préjudice, la Cour d'appel a violé les articles L. 1234-5 et L. 1237-1 du Code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la SAS UFIFRANCE à verser à M. X... les sommes de 2.000 € au titre de dommages et intérêts pour préjudice moral et exécution déloyale du contrat de travail, d'AVOIR ordonné la capitalisation des intérêts pour ceux dus sur une année dans les conditions de l'article 1154 du code civil, dit n'y avoir lieu à faire application de l'article 700 du Code de procédure civile et partagé les dépens de l'instance par moitié entre les parties ;

AUX MOTIFS QUE «Sur l'absence de visite médicale

Il n'est justifié d'aucune visite d'embauche et de visite périodique auprès de la médecine du travail;

Pour autant il n'est pas réclamé d'indemnisation spécifique de ce chef ;

(...) Sur la discrimination

Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008- 496 du 27 mai 2008, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

Selon l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations :

- constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou de son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable,

- constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais

susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs précités, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés,

- la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs précités et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

L'article L.1134-1 du code du travail prévoit qu'en cas de litige relatif à l'application de ce texte, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, au vu desquels il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

En l'espèce, M. X... invoque les faits suivants :

-absence d'encadrement du superviseur, lequel ne l'accompagnait pas sur le terrain, évinçant ainsi un salarié qu'il n'estimait pas.

-affectation des dossiers, attribués de manière discrétionnaire, mais, s'agissant de M. X..., de sorte que les capitaux qui lui étaient affectés représentaient en 2006 19, 30 % de son portefeuille, au regard de chiffres allant de 47% à 60 % pour d'autres salariés.

Pour étayer ses affirmations, M. X... produit notamment, des attestations de clients sur le premier point, et un tableau sur le second.

M. X... établit ainsi l'existence matérielle de faits pouvant laisser présumer l'existence d'une discrimination à son encontre.

L'employeur n'invoque aucun moyen ni aucune explication à l'encontre de cette accusation, qui était pourtant mentionnée dans la lettre de prise d'acte.

L'employeur échoue ainsi à démontrer que les faits matériellement établis par M. X... sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La discrimination est établie.

Ce manquement justifie à lui seul de la prise d'acte emportant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

S'y ajoute l'absence de visites médicales ;

Sur les dommages intérêts pour préjudice moral et pour exécution déloyale du contrat de travail En réparation du préjudice nécessairement subi du fait de ces fautes sera allouée à M. X... la somme de 2000 € à titre de dommages et intérêts ;

(...) Sur la demande reconventionnelle

La société UFIFRANCE PATRIMOINE n'est évidemment plus fondée à réclamer paiement du préavis ;

Les sommes allouées en exécution du contrat de travail (préavis, congés payés sur préavis, indemnité de licenciement,) porteront intérêts au taux légal à compter de la demande initiale.

En revanche les créances indemnitaires ne produisent intérêts moratoires que du jour de leur fixation judiciaire.

Il sera fait application des règles en matière de capitalisation des intérêts pour ceux dus sur une année entière ;

Sur l'application de l'article 700 du code de procédure civile

Aucune considération tirée de l'équité ne conduit à condamner l'une ou l'autre des parties sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Succombant chacun pour partie, la SAS UFIFRANCE et M. X... partagerons les dépens » ;

1°) ALORS QU'il n'y a de discrimination que si le traitement défavorable dont se plaint le salarié est fondé sur un des motifs prohibés par l'article L. 1132-1 du Code du travail ; qu'en l'espèce, Monsieur X... soutenait qu'il aurait fait l'objet d'une discrimination sans toutefois préciser la nature de la discrimination invoquée ; qu'en jugeant que le salarié avait été victime d'une discrimination, sans préciser sur quel motif prohibé par l'article L. 1132-1 du Code du travail reposait le traitement défavorable dont aurait fait l'objet le salarié, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de ce texte ;

2°) ALORS QUE les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, la société UFIFRANCE PATRIMOINE soutenait avoir respecté ses obligations en matières d'examens médicaux et produisait à ce titre la fiche de visite médicale du 30 septembre 2009 constatant l'aptitude du salarié à son poste (pièce d'appel de l'exposante n° 31 € prod. n° 7) ; qu'en affirmant qu'il n'était justifié d'aucune visite d'embauche ni des visites périodiques auprès de la médecine du travail, sans viser, ni analyser cette pièce, la Cour d'appel a violé les exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE la Cour d'appel qui après avoir relevé qu'il n'est pas réclamé d'indemnisation au titre de l'absence de visite d'embauche et de visite périodique auprès de la médecine du travail (arrêt p. 11 §5), a malgré tout attribué au salarié la somme de 2000€ à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice nécessairement subi du fait des fautes de l'employeur, dont l'absence de visite médicale (arrêt p. 13, §8), n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et violé l'article 1134 du Code civil.