

# Texte de la décision

---

SOC.

FB

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 13 octobre 2021

Rejet

M. CATHALA, président

Arrêt n° 1143 FS-B

Pourvoi n° N 19-19.407

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 13 OCTOBRE 2021

M. [Z] [E], domicilié [Adresse 2], a formé le pourvoi n° N 19-19.407 contre l'arrêt rendu le 16 mai 2019 par la cour d'appel de Versailles (21e chambre), dans le litige l'opposant à la société Citrix systèmes France, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 1], défenderesse à la cassation.

La société Citrix systèmes France a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

Le demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Sornay, conseiller, les observations de la SCP Didier et Pinet, avocat de M. [E], de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Citrix systèmes France, et l'avis de Mme Rémerly, avocat général, après débats en l'audience publique du 1er septembre 2021 où étaient présents M. Cathala, président, M. Sornay, conseiller rapporteur, M. Schamber, conseiller doyen, Mmes Cavois, Monge, M. Rouchayrole, Mme Lecaplain-Morel, conseillers, Mmes Ala, Thomas-Davost, Techer, conseillers référendaires, Mme Rémerly, avocat général, et Mme

Lavigne, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

#### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 16 mai 2019), M. [E] a été engagé le 8 février 2011 par la société Citrix systèmes France en qualité d'ingénieur commercial.
2. Sa rémunération annuelle était composée d'une partie fixe de 75 000 euros et d'une part variable de 50 000 euros pour cent pour cent des objectifs atteints.
3. Licencié le 30 mars 2013, il a saisi la juridiction prud'homale d'une contestation du bien-fondé de ce licenciement et de demandes en paiement de rappels de salaire et de diverses indemnités.

#### Examen des moyens

Sur le second moyen du pourvoi principal du salarié, ci-après annexé

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen du pourvoi principal

#### Enoncé du moyen

5. Le salarié fait grief à l'arrêt de limiter à la somme de 1 000 euros son indemnisation au titre de la violation de l'obligation de sécurité, alors :

« 1°/ que tout salarié bénéficie d'un repos hebdomadaire d'une durée minimale de vingt-quatre heures consécutives auxquelles s'ajoutent les heures consécutives de repos quotidien ; qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve du respect du repos hebdomadaire ; qu'en l'espèce, le salarié sollicitait l'allocation d'une somme à titre de dommages-intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, lequel résultait, notamment, de la privation, à plusieurs reprises, de son droit au repos quotidien de onze heures consécutives et de son droit à un repos hebdomadaire de vingt-quatre heures, également consécutives ; que, pour allouer au salarié la somme de 1 000 euros, la cour d'appel a retenu que "la société ne justifie pas du respect du repos quotidien de onze heures consécutives, qui apparaît ne pas avoir été atteint à quelques reprises au cours du second semestre 2012 selon les annotations de l'agenda électronique produit au débat" ; qu'en limitant ainsi l'indemnisation du salarié à cette somme, sans constater que l'employeur rapportait la preuve que le salarié avait, en revanche, pu bénéficier de ses repos hebdomadaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3132-2 du code du travail en sa rédaction applicable au litige ;

2°/ qu'en se fondant sur les annotations de l'agenda électronique du salarié, versé aux débats par lui, pour écarter toute violation du droit du salarié à un repos hebdomadaire de vingt-quatre heures consécutives, la cour d'appel a renversé la charge de la preuve, violant l'article 1315, devenu l'article 1353, du code civil. »

#### Réponse de la Cour

6. Sous le couvert de griefs non fondés de manque de base légale et d'inversion de la charge de la preuve, le moyen ne tend qu'à remettre en question l'appréciation souveraine faite par la cour d'appel de la valeur et la portée des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, au terme de laquelle elle a retenu un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité et a évalué le préjudice subi de ce chef par le salarié.

Sur le moyen du pourvoi incident de l'employeur

## Enoncé du moyen

7. L'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié certaines sommes à titre de rappel de salaires au titre des congés payés sur les commissions versées en 2011, 2012 et 2013, d'un solde sur indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés afférents, et d'un solde sur indemnité conventionnelle de licenciement, ainsi qu'une somme sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

« 1°/ que si l'inclusion des congés-payés dans la rémunération globale du salarié ne peut résulter que d'une clause contractuelle précisant la répartition entre la rémunération et les congés payés, l'inclusion des congés-payés des commissions sur objectifs dans la seule rémunération variable peut résulter d'une clause contractuelle expresse aux termes de laquelle la rémunération variable inclut ces congés-payés ; qu'au cas présent, il est constant que l'article VI du contrat de travail de l'intéressé stipule que "le salarié perçoit en outre une rémunération variable d'un montant de 50 000 euros bruts" et que "cette rémunération variable s'entend congés payés inclus" ; que la société faisait valoir que les demandes "de rappel de congés-payés sur les commissions des années 2011, 2012 et 2013" du salarié étaient infondées dans la mesure où la clause d'inclusion des congés-payés visait "spécifiquement sa rémunération variable" et non sa rémunération globale, ce dont il résultait que les congés-payés avaient "bien été inclus à la seule rémunération variable, cela ayant été expressément accepté par le salarié" ; que pour faire droit au rappel de congés-payés sur les commissions, la cour d'appel a estimé que la clause VI du contrat de l'intéressé n'était "ni transparente ni compréhensible et ne peut donc être opposée au salarié" dans la mesure où elle "se borne à mentionner que la rémunération variable « s'entend congés payés inclus » sans préciser la répartition entre la rémunération et les congés-payés" ; qu'en se déterminant ainsi, au motif erroné que la clause litigieuse aurait dû préciser la répartition entre la rémunération et les congés-payés, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail, ensemble l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

2°/ que la cassation à intervenir sur la première branche entraînera par voie de conséquence, sur le fondement de l'article 624 du code de procédure civile, la censure de l'arrêt en ce qu'il a fait droit à la demande de revalorisation des indemnités de licenciement du salarié et a condamné la société à lui payer les sommes de 11 518,86 euros bruts au titre du solde sur indemnité compensatrice de préavis, 1 151,88 euros au titre du solde sur congés payés afférents au préavis, 1 380,66 euros au titre du solde sur indemnité conventionnelle de licenciement, au regard du lien de dépendance nécessaire qui existe entre ces différents chefs de l'arrêt attaqué. »

## Réponse de la Cour

8. Il résulte des articles L. 3141-22 et L. 3141-26 du code du travail, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, interprétés à la lumière de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, que s'il est possible d'inclure l'indemnité de congés payés dans la rémunération forfaitaire lorsque des conditions particulières le justifient, cette inclusion doit résulter d'une clause contractuelle transparente et compréhensible, ce qui suppose que soit clairement distinguée la part de rémunération qui correspond au travail, de celle qui correspond aux congés, et que soit précisée l'imputation de ces sommes sur un congé déterminé, devant être effectivement pris.

9. Ayant constaté que la clause du contrat de travail se bornait à mentionner que la rémunération variable s'entendait congés payés inclus, sans préciser la répartition entre la rémunération et les congés payés, la cour d'appel en a exactement déduit que cette clause n'était ni transparente ni compréhensible, et ne pouvait donc être opposée au salarié.

10. Le moyen, qui en sa seconde branche se trouve privé de portée en raison du rejet de la première, n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE les pourvois ;

Laisse à chacune des parties la charge des dépens par elle exposés ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du treize octobre deux mille vingt et un. MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Didier et Pinet, avocat aux Conseils, pour M. [E].

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, d'AVOIR limité l'indemnisation de M. [E], au titre de laviolation de l'obligation de sécurité, à la somme de 1.000 € ;

AUX MOTIFS QUE, sur le respect par l'employeur de l'obligation de sécurité : M. [E] soutient qu'il n'a pas pu exercer, dans des conditions normales son droit au repos quotidien et hebdomadaire dont l'employeur doit être en mesure de démontrer le respect, qu'il a pu être amené à travailler très fréquemment plus de dix heures par jour, voire plus de treize heures ou le week-end, ce qui l'a épuisé physiquement et mentalement, que la visite de reprise ne sera réalisée que 3 semaines après son retour d'arrêt maladie, soit le 4 mars 2013, alors qu'elle aurait dû être réalisée au plus tard le 19 février 2013 ; que tenu d'une obligation de sécurité en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, l'employeur doit en assurer l'effectivité et il lui appartient de rapporter la preuve du respect des temps de repos du salarié ; que la surcharge de travail alléguée par le salarié n'apparaît pas établie, au regard notamment des éléments examinés à l'appui de la demande d'un rappel de salaire pour des heures supplémentaires alléguées au surplus uniquement sur le second semestre 2012 ; que par ailleurs, si effectivement la visite médicale de reprise a eu lieu le 4 mars 2013, soit trois semaines après le retour de M. [E], celui-ci a été déclaré apte à son poste et ne justifie pas d'un préjudice à ce titre ; qu'en revanche, la société ne justifie pas du respect du repos quotidien de onze heures consécutives, qui apparaît ne pas avoir été atteint à quelques reprises au cours du second semestre 2012 selon les annotations de l'agenda électronique produit au débat, ce qui justifie l'allocation de la somme de 1.000 euros à ce titre ;

1°) ALORS QUE tout salarié bénéficie d'un repos hebdomadaire d'une durée minimale de vingt-quatre heures consécutives auxquelles s'ajoutent les heures consécutives de repos quotidien ; qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve du respect du repos hebdomadaire ; qu'en l'espèce, M. [E] sollicitait l'allocation d'une somme à titre de dommages-intérêts pour manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, lequel résultait, notamment, de la privation, à plusieurs reprises, de son droit au repos quotidien de onze heures consécutives et de son droit à un repos hebdomadaire de vingt-quatre heures, également consécutives (cf. conclusions pages 52 et 53) ; que, pour allouer au salarié la somme de 1.000 €, la cour d'appel a retenu que « la société ne justifie pas du respect du repos quotidien de onze heures consécutives, qui apparaît ne pas avoir été atteint à quelques reprises au cours du second semestre 2012 selon les annotations de l'agenda électronique produit au débat » ; qu'en limitant ainsi l'indemnisation du salarié à cette somme, sans constater que l'employeur rapportait la preuve que le salarié avait, en revanche, pu bénéficier de ses repos hebdomadaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 3132-2 du code du travail en sa rédaction applicable au litige ;

2°) ET ALORS, subsidiairement, QU'en se fondant sur les annotations de l'agenda électronique du salarié, versé aux débats par lui, pour écarter toute violation du droit du salarié un repos hebdomadaire de vingt-quatre heures consécutives, la cour d'appel a renversé la charge de la preuve, violant l'article 1315, devenu l'article 1353, du code civil.

#### SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, confirmatif de ce chef, d'AVOIR dit que la SARL Citrix Systèmes France n'a pas modifié unilatéralement le contrat de travail et que le licenciement de M. [E] est fondé sur une cause réelle et sérieuse et d'AVOIR, en conséquence, débouté le salarié de sa demande en paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE sur la rupture du contrat : la lettre de licenciement du 30 mars 2013, qui fixe les limites du litige, est ainsi libellée : « à la suite de l'entretien préalable tenu le 27 mars 2013, nous vous notifions par la présente votre licenciement pour les raisons suivantes : vous ne vous acquittez que très imparfaitement des fonctions de « Enterprise Account Manager (Ingénieur commercial grands comptes) qui vous sont confiées en exécution de votre contrat de travail. Dans un contexte de vente des produits et services de notre société par l'intermédiaire de partenaires (vente indirecte), votre poste de « Enterprise Account Manager », pour le secteur Energie, consiste à orchestrer un ensemble d'actions tant auprès de clients dont vous avez la charge qu'auprès de nos partenaires qui travaillent avec ces clients en liaison avec les autres fonctions de notre société sur ces comptes, pour conclure des ventes de produits et services. Vous nous avez rejoints le 08 février 2011 et force est de constater que vous n'avez pas atteint vos objectifs commerciaux ni en 2011, ni en 2012 (52,23% en 2011 et 65,68% en 2012). Dans le même temps, vos collègues travaillant sur le même type de fonction ont tous eu des résultats supérieurs aux vôtres avec des pourcentages de réalisation allant de 74% à 186% pour une moyenne d'équipe à 89%, alors qu'en comparaison vous n'avez atteint que 60%. De ce fait votre supérieur, Monsieur [D] [K] vous a informé lors d'une réunion le 05 novembre 2012 de sa décision de vous mettre sur un plan d'amélioration de la performance. Un document vous a été remis ce jour même récapitulant à la fois les manquements constatés ainsi que les actions d'amélioration souhaitées, notamment : - Cartographie des organisations faisant partie de votre liste de comptes. Mettre en place et assurer le suivi des plans d'action sur vos comptes afin de générer et maîtriser le potentiel d'affaires sur votre secteur. Vous n'avez en 2011 couvert que 38% de votre territoire correctement. Vous aviez 8 comptes à couvrir et vous n'avez travaillé en profondeur que sur 3 d'entre eux ; - Meilleure prédictibilité des opportunités (chiffre d'affaires et date potentielle de signature). Etre précis et complet sur votre engagement sur le chiffre d'affaires généré sur le mois et le trimestre. De nombreuses fois, vous avez failli à cette tâche. 12M\$ d'opportunités ont été directement perdus, ce qui représente un taux de 2 à 10 fois comparé à vos collègues. Vous avez dans le même temps rendu inactif 4M\$ d'opportunités ; - Réalisation des objectifs commerciaux ; - Détection de nouvelles opportunités sur les comptes existants du secteur. Votre taux de création figure parmi les plus faibles sur 2 ans compte tenu de l'ancienneté sur le territoire et du potentiel basé sur la capacité d'investissement IT et le plus faible en 2012 ; - Développement des relations et du climat de confiance avec les clients. Vous n'avez pas su créer à haut-niveau (DSI ou niveau hiérarchique en dépendant directement), une relation permettant d'avoir un contrôle et une visibilité sur les affaires sur lesquelles vous vous engagez, voire des clients se sont plaints de votre attitude (dossier Alstom). Ce plan avait pour objet de s'accorder avec votre responsable hiérarchique sur des objectifs et actions clairs qui vous permettraient de satisfaire aux attentes de l'entreprise et de vous aider à rectifier la situation. Vous avez refusé de signer et ainsi d'accepter le plan d'amélioration de la performance. Vous nous avez fait parvenir un courrier en date du 10 décembre 2012 nous expliquant les raisons de votre refus. Il est fort dommage que vous n'ayez pas compris le bien-fondé de cette procédure et refusiez l'aide proposée par la société. Dans le même temps, vous avez perdu l'affaire la plus importante de l'année 2012 (GDF Suez pour 4,9M\$) et nous avez fait parvenir un arrêt maladie en date du 13 décembre 2012. Depuis votre retour, le 11 février 2013, la situation ne s'est pas arrangée. Vous avez exprimé par email à plusieurs occasions votre refus de travailler sur la liste de comptes qui vous a été attribuée à votre retour ainsi que l'objectif de chiffre d'affaires s'y afférent. Cela malgré le fait que vous ayez reconnu lors de notre entretien du 27 mars le droit de l'entreprise à modifier chaque année la liste de comptes et le quota s'y rattachant. Votre hiérarchie a essayé à plusieurs reprises de vous expliquer la raison de ces changements et aussi le potentiel de votre liste de clients ainsi que la manière d'y parvenir ensemble. Malheureusement, vous êtes resté sur vos positions et ne semblez pas vouloir adhérer à la stratégie de l'entreprise. De plus, vous avez outrepassé votre hiérarchie directe pour argumenter auprès du Directeur général de l'Europe de l'Ouest, soit 2 niveaux au-dessus de votre manager, rompant de fait la confiance que votre hiérarchie avait placée en vous. L'ensemble des éléments rappelés ci-dessus démontre un manque flagrant de résultats et plus critique, votre refus d'apporter les améliorations demandées par votre hiérarchie. Vous ne prenez pas en compte les recommandations et le soutien apportés par votre hiérarchie. Cette attitude est inacceptable pour notre société au regard de vos responsabilités et des objectifs qui vous avaient été assignés » ; que M. [E] conteste tant l'insuffisance de résultats que l'opposition vis-à-vis de sa hiérarchie qui lui sont reprochées ; qu'il soutient en substance que les objectifs fixés unilatéralement par son employeur n'étaient pas réalistes eu égard notamment aux données spécifiques de son secteur de l'énergie, que les chiffres avancés par la lettre de licenciement ne correspondent pas à la réalité, qu'il a enregistré des commandes pour un montant similaire à celui des autres membres de l'équipe, qu'il n'a pas

bénéficié de tous les moyens nécessaires, que les carences reprochées ne sont pas établies concernant notamment les clients Alstom et GDF Suez ; qu'il ajoute que son refus d'accepter le plan d'amélioration de la performance proposé par son supérieur en novembre 2012 n'a pas été sanctionné dans le délai de deux mois de la prescription et qu'en tout état de cause celui-ci n'est pas fautif ; qu'il en va de même de son refus de la modification du périmètre de son compte qui emportait suppression de tous les comptes clients sur lesquels il avait créé des opportunités et affectation de comptes sans potentiel rendant impossible la réalisation de ses objectifs et qui emportait donc une modification de sa rémunération et en conséquence de son contrat de travail ; qu'enfin, il conteste ne pas avoir respecté sa hiérarchie interne ; que la société considère que les objectifs fixés étaient réalisables et proportionnés à ceux des autres membres de l'équipe, que tant en 2011 qu'en 2012, il n'a pas atteint ses objectifs, les autres commerciaux obtenant de meilleurs résultats, qu'ainsi, il a réalisé 65,68% de son objectif en 2012 contre 89% pour la moyenne de l'équipe, que c'est également lui qui a perdu le plus d'opportunités sur l'année 2012, que M. [E] a montré des carences dans la gestion de ses clients et notamment n'a pas été en capacité de gérer le client Alstom et a perdu le dossier GDF Suez, qu'en outre, il s'est opposé à sa hiérarchie, en refusant d'accepter le plan personnel d'amélioration de la performance proposé en novembre 2012 ainsi que la modification de son portefeuille clients ; qu'aux termes de l'article L. 1235-1 du code du travail, en cas de litige relatif au licenciement, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles ; que si un doute subsiste, il profite au salarié ; qu'ainsi, l'administration de la preuve en ce qui concerne le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement n'incombe pas spécialement à l'une ou l'autre des parties, l'employeur devant toutefois fonder le licenciement sur des faits précis et matériellement vérifiables ; que, quant à l'insuffisance de résultats : l'insuffisance de résultats ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement et il convient de rechercher si le fait de ne pas avoir atteint les objectifs résulte soit d'une insuffisance professionnelle, soit d'une faute imputable au salarié ; que les parties s'opposent sur le caractère réaliste ou non des objectifs fixés au salarié et sur le montant de ses réalisations ; qu'en premier lieu, comme il a été précédemment développé, les objectifs fixés au salarié en langue anglaise pour l'année 2012 ne lui sont pas opposables et il ne peut donc lui être reproché de ne pas les avoir atteints ; que par ailleurs, s'agissant des résultats du salarié pour l'année 2011, la société, aux termes de ses conclusions, mentionnait elle-même que la non-atteinte des objectifs fixés pour 2011 était tolérable s'agissant de l'année au cours de laquelle il avait rejoint ses effectifs ; qu'en second lieu, s'agissant du suivi des clients, s'il ressort des pièces produites que le supérieur de M. [E] a pu lui reprocher courant 2012 de ne pas avoir respecté le circuit de décision et des achats chez le client Alstom en contactant directement le supérieur de son correspondant, de ne pas avoir été diligent dans l'organisation d'un rendez-vous avec le service achats de GDF ou suffisamment informé du niveau de commandes en cours chez ce client, le salarié justifie par des témoignages de salariés de ces deux entités de leur satisfaction pour le travail qu'il a accompli ; que, plus particulièrement sur le projet avec GDF Suez, M. [P] chef de projet, attestait que le choix final qui s'est porté sur un intégrateur ayant choisi une autre technologie que celle proposée par la société Citrix était lié notamment aux coûts globaux du projet, nettement inférieurs aux autres propositions ; que, de même, il ne peut être imputé au salarié la perte de ce contrat, sur lequel il est établi que ses supérieurs sont également intervenus ; qu'en troisième lieu, s'agissant de la perte des opportunités reprochée au salarié pour 12,6 millions de dollars, M. [E] fait valoir, à juste titre, que le tableau produit ne précise pas quelles opportunités auraient été perdues, en l'absence notamment des clients potentiels visés ; qu'ainsi, le premier manquement reproché au salarié n'est pas établi ; que, quant au comportement du salarié vis-à-vis de sa hiérarchie : selon les termes de l'article VI du contrat de travail, la partie variable de la rémunération est prévue comme suit : « le salarié perçoit en outre une rémunération variable d'un montant de 50.000 euros bruts à 100% d'atteinte des objectifs définis et communiqués au salarié chaque année par la société. Cette rémunération variable s'entend congés payés inclus » ; qu'il en résulte que seul le montant maximum de la rémunération variable est contractuel et que tant la fixation des objectifs que l'attribution des comptes clients à un salarié relèvent du pouvoir de direction de l'employeur ; que ce dernier est donc en droit de les modifier ; que par mail en date du 7 janvier 2013, était adressée à plusieurs commerciaux, dont M. [E] la liste de leurs comptes pour 2013, celui-ci se voyant confier 8 comptes au lieu de 10 l'année précédente ; qu'or, il n'apparaît pas que ce changement de composition de son portefeuille clients avait une incidence sur le montant et la structure de sa rémunération ; qu'en effet, si M. [E] indique que les nouveaux comptes confiés étaient moins « lucratifs » que les comptes retirés de son portefeuille, il ne conteste pas que ses

objectifs pour 2013 ont été revus à la baisse et les éléments produits sur les « opportunités » en chiffre d'affaires liées aux clients attribués sont insuffisants à établir l'impossibilité de les atteindre ; que par ailleurs, il ressort du mail de son supérieur susvisé que les opportunités créées en 2012 et concrétisées l'année suivante seraient prises en compte « afin d'être équitable pour la répartition des quotas », M. [K] sollicitant la communication d'éléments sur ce point, notamment « une date (cohérente) de closing » ; qu'ainsi, contrairement à son affirmation, M. [E] ne se voyait pas privé des opportunités créées par ses soins en 2012 sur les comptes clients retirés de son portefeuille en 2013 ; qu'ainsi, le salarié ne pouvait s'opposer à la nouvelle composition de son portefeuille clients en invoquant une modification de son contrat de travail ; que par ailleurs, depuis son retour d'arrêt de travail, le 11 février 2013, M. [E], a contesté à plusieurs reprises la composition de son portefeuille auprès de différents interlocuteurs ; que par un premier mail en date du 13 février 2013, il demandait à M. [X] directeur France de Citrix (n+2), qui assurait l'intérim de M. [K] ancien directeur commercial pour la France (n+1), un mail afin de lui demander de modifier son portefeuille clients en ces termes : « je souhaite qu'Air Liquide, Alstom, et Schneider Electric me soient réattribués afin de travailler un secteur de comptes qui soit équitable » ; qu'après un entretien le 14 février 2013, ce dernier confirmait au salarié la liste de ses comptes clients comme suit : « [Z], comme je te l'ai communiqué lors de notre réunion, l'entreprise revoit les secteurs/liste de comptes chaque début d'année pour l'ensemble de l'équipe commerciale. Lors de notre réunion, je t'ai communiqué et expliqué les changements te concernant. Pour rappel voici la liste de tes comptes ci-dessous : Areva, EDF, Groupe Danone, GDF Suez, Renault, Total, Veolia, Vinci. Nous attendons de ta part sur ce secteur un travail de qualité qui nous permette d'être rassurés sur le niveau de performance que tu pourras atteindre. Je reverrai avec toi les éléments de base qui permettent à un commercial d'être performant. Nous partagerons et discuterons ensemble de cette information documentée, qui sera pour nous un élément de référence objectif. Bien entendu je reste à ta disposition pour t'aider et te rencontrer dès que tu le souhaites (...) » ; que M. [E] répondait à M. [X], le jour même en anglais, pour contester à nouveau son secteur, en concluant ainsi : « si tu me fais confiance comme tu l'as dit, je dois récupérer mon portefeuille clients précédent » et adressait son message en copie à M. [N], directeur général de l'Europe de l'Ouest, s'affranchissant ainsi de son lien hiérarchique direct et en impliquant également le supérieur du directeur France de Citrix, M. [X] ; qu'enfin, il maintenait à nouveau sa contestation le 26 février 2013 dans un mail adressé à M. [Y], son nouveau supérieur, dans ces termes : « il me semble important de te transmettre les derniers échanges que j'ai eus avec [I] [X] concernant l'évolution de mon portefeuille de comptes » et il lui demandait de « partager les objectifs attribués à chaque ERM et m'expliquer de quelle manière ils ont été construits » ; que si tout salarié est légitime à faire remonter auprès de son supérieur des éléments de discussion, notamment sur un secteur d'activité ou des objectifs commerciaux, l'opposition persistante au pouvoir de direction de l'employeur et la remise en cause du pouvoir hiérarchique de nature à troubler le fonctionnement de la chaîne de commandement caractérisent une cause réelle et sérieuse de licenciement ; que le jugement sera confirmé en ce sens ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE, sur le licenciement (1) : la lettre de licenciement mentionne comme motif une insuffisance professionnelle de résultats doublée d'une attitude inadmissible d'opposition au pouvoir hiérarchique ; que 1er grief est une insuffisance de résultats récurrents définis par : « vous nous avez rejoints le 8 février 2011 et force de constater que vous n'avez pas atteint vos objectifs commerciaux ni en 2011 ni en 2012 (52,23% en 2011 et 65,68% en 2012). Dans le même temps vos collègues travaillant sur le même type de fonction ont tous eu des résultats supérieurs aux vôtres avec des pourcentages de réalisation allant de 74% à 186% pour une moyenne d'équipe de 89% alors qu'en comparaison vous n'avez atteint que 60% » ; que le 2ème grief est le refus de signer un axe d'amélioration et l'attitude inadmissible d'opposition au pouvoir hiérarchique ; que M. [E] a signé les plans de rémunérations variables pour 2011 et 2012 définissant les objectifs de chaque année sans mentionner de réserves ; que la société dès 2011 constate des carences dans la gestion de certains clients, Veolia, Alstom, Technip ; que son supérieur hiérarchique remarque les difficultés de communications tant avec sa hiérarchie qu'avec l'ensemble de ses clients ; qu'en décembre 2012 M. [E] perdait l'opportunité la plus lucrative de l'année avec le projet « NGWP » de la société GDF Suez, la société constatait également qu'il n'était pas au fait du suivi de ce dossier et des commandes passées par ce même client ; que M. [E] a perdu, au titre de l'exercice 2012, 12,6 millions de dollars d'opportunités (pièce 29) ; qu'à la suite de ce constat, le supérieur hiérarchique lors de l'entretien du 5 novembre 2012 identifiait les manquements à rectifier dans un document intitulé « plan personnel d'amélioration de la performance », que ce plan avait pour objet d'aider les salariés dont les performances sont insuffisantes, afin de mettre en oeuvre par ce dernier les mesures adéquates pour

éradiquer les carences constatées ; que M. [E] refusait le plan, la société laissait donc le temps de la réflexion et lui adressait à nouveau par courrier recommandé le 6 décembre 2012 ; que M. [E] réfutait en bloc les carences pointées par la société par courrier le 12 décembre 2012 et faisait parvenir un arrêt de travail et ne reprendra son activité deux mois plus tard en étant déclaré apte par la médecine du travail ; que M. [E] n'a fait valoir aucun argument contredisant le fait que chaque année la société dans son pouvoir de Direction définit sa stratégie commerciale, et que le portefeuille clients n'est en aucun cas contractualisé, si bien que l'employeur est libre de le modifier ; que la société en raison des difficultés de M. [E] à atteindre ses objectifs décidait de réduire le portefeuille de M. [E] pour l'année 2013 ; qu'aux termes de l'email fournissant la nouvelle répartition des comptes clients, M. [E], au lieu de s'inscrire dans une exécution loyale de son contrat de travail, décidait de passer outre sa hiérarchie en s'adressant directement aux dirigeants de la société ; que devant l'exigence de M. [E] d'imposer à la société la composition de son portefeuille clients et devant l'incapacité à se remettre en question le conduisant à refuser toute aide de la société et son refus d'exécuter ses tâches contractuelles, manifestation de son opposition au pouvoir de direction, la société se trouvait dans une impasse, et n'avait d'autre choix que de licencier M. [E] ; qu'en conséquence, le conseil constate que le licenciement de M. [E] est bien fondé sur une cause réelle et sérieuse et le déboute de ses demandes au titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

1°) ALORS QUE la lettre de licenciement fixe les limites du litige ; que la lettre de licenciement énonce : « (¶) ce plan avait pour objet de s'accorder avec votre responsable hiérarchique sur des objectifs et actions clairs qui vous permettraient de satisfaire aux attentes de l'entreprise et de vous aider à rectifier la situation. Vous avez refusé de signer et ainsi d'accepter le plan d'amélioration de la performance. Vous nous avez fait parvenir un courrier en date du 10 décembre 2012 nous expliquant les raisons de votre refus. Il est fort dommage que vous n'ayez pas compris le bien-fondé de cette procédure et refusiez l'aide proposée par la société. Dans le même temps, vous avez perdu l'affaire la plus importante de l'année 2012 (GDF Suez pour 4,9M\$) et nous avez fait parvenir un arrêt maladie en date du 13 décembre 2012. Depuis votre retour, le 11 février 2013, la situation ne s'est pas arrangée. Vous avez exprimé par email à plusieurs occasions votre refus de travailler sur la liste de comptes qui vous a été attribuée à votre retour ainsi que l'objectif de chiffre d'affaires s'y afférent. Cela malgré le fait que vous ayez reconnu lors de notre entretien du 27 mars le droit de l'entreprise à modifier chaque année la liste de comptes et le quota s'y rattachant. Votre hiérarchie a essayé à plusieurs reprises de vous expliquer la raison de ces changements et aussi le potentiel de votre liste de clients ainsi que la manière d'y parvenir ensemble. Malheureusement, vous êtes resté sur vos positions et ne semblez pas vouloir adhérer à la stratégie de l'entreprise. De plus, vous avez outrepassé votre hiérarchie directe pour argumenter auprès du Directeur général de l'Europe de l'Ouest, soit 2 niveaux au-dessus de votre manager, rompant de fait la confiance que votre hiérarchie avait placée en vous. L'ensemble des éléments rappelés ci-dessus démontre un manque flagrant de résultats et plus critique, votre refus d'apporter les améliorations demandées par votre hiérarchie. Vous ne prenez pas en compte les recommandations et le soutien apportés par votre hiérarchie. Cette attitude est inacceptable pour notre société au regard de vos responsabilités et des objectifs qui vous avaient été assignés » ; qu'en retenant le licenciement de M. [E] justifié par « son opposition persistante au pouvoir de direction de l'employeur », révélée par sa contestation, à plusieurs reprises, de la composition de son portefeuille de clients, quand l'employeur lui imputait - outre une insuffisance professionnelle et un refus d'adhérer au plan personnel de la performance qui lui avait été proposé - une attitude d'opposition résultant de son refus de travailler sur la liste de comptes qui lui avaient été attribuée, assortie de l'objectif de chiffre d'affaires y afférent, la cour d'appel a violé l'article L. 1232-6 du code du travail en sa rédaction applicable litige ;

2°) ALORS QU'en s'abstenant de caractériser le refus du salarié de travailler sur la liste de comptes qui lui avait été attribuée à son retour d'arrêt de travail, ainsi que le refus de ses nouveaux objectifs de chiffre d'affaires, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du code du travail ;

3°) ALORS, subsidiairement, QU'en relevant, par motifs adoptés des premiers juges, que M. [E] aurait refusé d'exécuter ses tâches contractuelles, sans viser ou analyser, même sommairement, le ou les éléments de preuve d'où résulteraient refus du salarié, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QU'en l'absence de garantie du maintien du montant du salaire, la redistribution entre les salariés de



l'entreprise des portefeuilles clients, dont dépend leur rémunération variable, constitue une modification du contrat de travail que l'employeur ne peut imposer unilatéralement au salarié ; qu'en l'espèce, les parties s'accordaient à dire que la part variable de rémunération de M. [E] dépendait d'objectifs en termes de chiffres d'affaires (cf. conclusions d'appel du salarié, pp. 4, 28, 30 à 32 ; conclusions d'appel de l'employeur, pp. 5 et 6, 15 et 16) ; qu'en jugeant dès lors que la modification de la composition du portefeuille clients de l'intéressé, passant de dix grands comptes à huit grands comptes différents, ne s'analysait pas en une modification du contrat de travail, donc ne requérait pas son accord, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail ;

5°) ALORS QUE, pour dire qu'« il n'apparaît pas que ce changement de composition de son portefeuille clients avait une incidence sur le montant et la structure de sa rémunération », la cour d'appel a retenu, d'une part, que, « si M. [E] indique que les nouveaux comptes confiés étaient moins « lucratifs » que les comptes retirés de son portefeuille, il ne conteste pas que ses objectifs pour 2013 ont été revus à la baisse et les éléments produits sur les « opportunités » en chiffre d'affaires liées aux clients attribués sont insuffisants à établir l'impossibilité de les atteindre », d'autre part, qu'« il ressort du mail de son supérieur susvisé que les opportunités créées en 2012 et concrétisées l'année suivante seraient prises en compte « afin d'être équitable pour la répartition des quotas » », de sorte que « M. [E] ne se voyait pas privé des opportunités créées par ses soins en 2012 sur les comptes clients retirés de son portefeuille en 2013 » ; qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants tirés du caractère atteignable des nouveaux objectifs et de la prise en considération des opportunités créées en 2012 et réalisées l'année suivante, sans vérifier si le nouveau portefeuille clients du salarié était de la même consistance que l'ancien, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1221-1 du code du travail ;

6°) ALORS QUE ne constitue pas une faute, le fait pour un salarié, dans le cadre d'un désaccord avec son supérieur hiérarchique sur le contenu de son portefeuille clients, de mettre en copie de son courriel de contestation le supérieur hiérarchique de celui-ci ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du code du travail ;

7°) ALORS QU'aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance ; que M. [E] soutenait que l'employeur avait connaissance de son refus d'adhérer au plan personnel de la performance qui lui avait été proposé, fait invoqué dans la lettre de licenciement, plus de deux mois avant l'engagement de la procédure disciplinaire, intervenue par convocation à l'entretien au licenciement du 15 mars 2013 (cf. conclusions d'appel p. 36 et suiv.) ; qu'en retenant, par motifs adoptés des premiers juges, que l'employeur était fondé à licencier le salarié au vu de « son incapacité à se remettre en question, le conduisant à refuser toute aide de la société », sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si l'employeur n'avait pas eu connaissance du refus du salarié d'adhérer au plan personnel de la performance plus de deux mois avant l'engagement de la procédure de licenciement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1332-4 du code du travail ;

8°) ET ALORS, subsidiairement, QU'en statuant ainsi, quand elle retenait que l'insuffisance professionnelle du salarié, invoquée dans la lettre de licenciement, n'était pas établie, ce dont il résultait que M. [E] n'avait pu être en faute, d'une manière générale, de « refuser toute aide de la société », et, en particulier, de refuser d'adhérer au plan personnel de la performance, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du code du travail. Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour la société Citrix systèmes France.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, d'AVOIR condamné la société Citrix Systèmes France à payer à M. [E] les sommes de 4.648,14 euros bruts à titre de rappel de salaires au titre des congés payés sur les commissions versées en 2011, 5.125 euros bruts au titre des congés payés afférents à la rémunération variable 2012, 2.844,72 euros bruts de rappel de salaires au titre des congés payés sur les commissions versées en 2013, 11.518,86 euros bruts au titre du solde sur indemnité compensatrice de préavis, 1.151,88 euros au titre du solde sur congés payés afférents au préavis, et 1.380,66 euros au titre du solde sur indemnité conventionnelle de licenciement, ainsi qu'une somme de 3.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE « Sur les demandes au titre des commissions. (I) ; Quant au rappel de congés payés sur les commissions des années 2011, 2012 et 2013 L'inclusion des congés payés dans les commissions ne peut résulter

que d'une convention expresse entre l'employeur et le salarié, la clause incluant les congés payés dans la rémunération devant être transparente et compréhensible. La clause du contrat de travail, qui se borne à mentionner que la rémunération variable 's'entend congés payés inclus', sans préciser la répartition entre la rémunération et les congés payés, n'est ni transparente ni compréhensible et ne peut donc être opposée au salarié. M. [E] est donc bien fondé à solliciter le versement d'une indemnité de congés payés sur la rémunération variable des années 2011 à 2013, soit les sommes suivantes, compte tenu du rappel alloué pour 2012 et des pièces versées au débat, notamment les fiches de paie : au titre de l'année 2011, 4 648,14 euros bruts, au titre de l'année 2012 : 5 125 euros bruts et au titre de l'année 2013 : 2 844,72 euros bruts. Le jugement sera infirmé en ce sens(□) ; Sur la demande de revalorisation des indemnités de rupture M. [E] a été dispensé d'exécuter son préavis de trois mois et a perçu de ce chef la somme de 19 070,88 euros. L'indemnité compensatrice de préavis doit, conformément à l'article L. 1234-5 du code du travail, correspondre à la rémunération brute que le salarié aurait perçue s'il avait travaillé pendant la période du délai-congé. En l'espèce, il n'y a pas lieu de tenir compte, dans la base de calcul, du rappel alloué au titre des heures supplémentaires qui présentent un caractère ponctuel sur quelques mois de l'année 2012. De même, il ne sera tenu compte des sommes versées au titre de la rémunération variable que sur l'exercice 2013, et non du rappel alloué sur l'exercice précédent. Ainsi, au vu des bulletins de paie et des éléments contractuels, et compte-tenu de la somme d'ores et déjà versée par l'employeur, il convient de faire droit à la demande de rappel à hauteur de la somme de 11 518,86 euros bruts, outre 1 151,88 euros bruts au titre des congés payés afférents. S'agissant de l'indemnité conventionnelle de licenciement réclamée par le salarié, la convention collective Syntec prévoit le versement d'une indemnité de licenciement égale à 1/3 de mois par année de présence et un calcul sur la moyenne des salaires des douze derniers mois à l'exclusion des majorations pour heures supplémentaires. Compte tenu du rappel de salaire sur l'année 2012, il convient de faire droit à la demande à hauteur de la somme de 1 380,66 euros bruts. Le jugement sera infirmé en ce sens » ;

1. ALORS QUE si l'inclusion des congés-payés dans la rémunération globale du salarié ne peut résulter que d'une clause contractuelle précisant la répartition entre la rémunération et les congés payés, l'inclusion des congés-payés des commissions sur objectifs dans la seule rémunération variable peut résulter d'une clause contractuelle expresse aux termes de laquelle la rémunération variable inclut ces congés-payés ; qu'au cas présent, il est constant que l'article VI du contrat de travail de M. [E] stipule que « le salarié perçoit en outre une rémunération variable d'un montant de 50.000 euros bruts » et que « cette rémunération variable s'entend congés payés inclus » (arrêt p. 9 al. 2) ; que la société Citrix faisait valoir que les demandes « de rappel de congés-payés sur les commissions des années 2011, 2012 et 2013 » de M. [E] étaient infondées dans la mesure où la clause d'inclusion des congés-payés visait « spécifiquement sa rémunération variable » et non sa rémunération globale, ce dont il résultait que les congés-payés avaient « bien été inclus à la seule rémunération variable, cela ayant été expressément accepté par le salarié » (conclusions Citrix pp. 23 et 24) ; que pour faire droit au rappel de congés-payés sur les commissions, la cour d'appel a estimé que la clause VI du contrat de M. [E] n'était « ni transparente ni compréhensible et ne peut donc être opposée au salarié » dans la mesure où elle « se borne à mentionner que la rémunération variable « s'entend congés payés inclus » sans préciser la répartition entre la rémunération et les congés-payés » (arrêt p. 4 al. 7) ; qu'en se déterminant ainsi, au motif erroné que la clause litigieuse aurait dû préciser la répartition entre la rémunération et les congés-payés, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail, ensemble l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

2. ALORS QUE la cassation à intervenir sur la première branche entraînera par voie de conséquence, sur le fondement de l'article 624 du code de procédure civile, la censure de l'arrêt en ce qu'il a fait droit à la demande de revalorisation des indemnités de licenciement de M. [E] et a condamné la société Citrix à lui payer les sommes de 11.518,86 euros bruts au titre du solde sur indemnité compensatrice de préavis, 1.151,88 euros au titre du solde sur congés payés afférents au préavis, 1.380,66 euros au titre du solde sur indemnité conventionnelle de licenciement, au regard du lien de dépendance nécessaire qui existe entre ces différents chefs de l'arrêt attaqué.