

SOC.

CF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 17 novembre 2021

Cassation partielle

M. SCHAMBER, conseiller doyen faisant fonction de président

Arrêt n° 1280 F-D

Pourvoi n° Y 19-23.442

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 17 NOVEMBRE 2021

M. [S] [U], domicilié [Adresse 3], a formé le pourvoi n° Y 19-23.442 contre l'arrêt rendu le 20 août 2019 par la cour d'appel de Metz (chambre sociale, section 1), dans le litige l'opposant à la société Axia 4, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

La société Axia 4 a formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

Le demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les cinq 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.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Cavois, conseiller, les observations de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de M. [U], de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Axia 4, après débats en l'audience publique du 29 septembre 2021 où étaient présents M. Schamber, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Cavois, conseiller rapporteur, Mme Monge, conseiller, et Mme Lavigne, greffier de chambre, la chambre sociale de la Cour de cassation, composée 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 (Metz, 20 août 2019), M. [U] a été engagé le 1er mars 2013 par la société Axia 4, en qualité de responsable de secteur.
2. Le 22 septembre 2014, le salarié a démissionné et a demandé à son employeur de le libérer de la clause de non-concurrence.
3. Le 23 décembre 2014, le salarié a saisi la juridiction prud'homale afin de faire juger que sa démission produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'obtenir diverses sommes liées à l'exécution et la rupture du contrat de travail.

Examen des moyens

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

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 ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal

Enoncé du moyen

5. Le salarié fait grief à l'arrêt de limiter la somme allouée au salarié au titre des commissions 2013, outre les congés payés afférents, et de le débouter pour le surplus, alors « que les juges ne peuvent dénaturer les documents de la cause ; que pour limiter à 3 202,65 euros la sommes restant due pour l'année 2013, la cour d'appel a retenu que les pièces que le salarié produit ne font état que des commissions 2014 ; qu'en statuant ainsi, quand celui-ci a produit des pièces relatives aux résultats et analyses des marges pour 2013, visées dans ses conclusions, la cour d'appel a dénaturé par omission ces documents, en violation du principe faisant interdiction aux juges de dénaturer les documents de la cause. »

Réponse de la Cour

Vu l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis :

6. Pour limiter la condamnation au titre des rémunérations variables 2013 et les congés payés afférents, l'arrêt retient que les pièces que produit le salarié ne font état que des commissions 2014, de sorte que le montant non contesté par l'employeur soit 21 647 euros doit être retenu pour les commissions 2013 dues au salarié.
7. En statuant ainsi, alors que le salarié versait aux débats des documents se rapportant au calcul de primes pour l'année 2013, la cour d'appel a violé le principe susvisé.

Sur le troisième moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

8. Le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes de rappel au titre des heures supplémentaires, outre les congés payés afférents, et d'indemnité pour travail dissimulé, alors « que la charge de la preuve des heures de travail accomplies n'incombe pas exclusivement au salarié ; qu'en décidant qu'en l'état des éléments imprécis rapportés par le salarié quant à ses horaires exacts de travail, il ne saurait être fait droit à ses demandes d'heures supplémentaires, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 3171-4 du code du travail :

9. Aux termes de l'article L. 3171-2, alinéa 1er, du code du travail, lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés. Selon l'article L. 3171-3 du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'employeur tient à la disposition de l'inspecteur ou du contrôleur du travail les documents permettant de comptabiliser le temps de travail accompli par chaque salarié. La nature des documents et la durée pendant laquelle ils sont tenus à disposition sont déterminées par voie réglementaire.

10. Enfin, selon l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.

11. Il résulte de ces dispositions, qu'en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié de présenter, à l'appui de sa demande, des éléments suffisamment précis quant aux heures non rémunérées qu'il prétend avoir accomplies afin de permettre à l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail effectuées, d'y répondre utilement en produisant ses propres éléments. Le juge forme sa conviction en tenant compte de l'ensemble de ces éléments au regard des exigences rappelées aux dispositions légales et réglementaires précitées. Après analyse des pièces produites par l'une et l'autre des parties, dans l'hypothèse où il retient l'existence d'heures supplémentaires, il évalue souverainement, sans être tenu de préciser le détail de son calcul, l'importance de celles-ci et fixe les créances salariales s'y rapportant.

12. Pour débouter le salarié de sa demande au titre des heures supplémentaires outre congés payés afférents, l'arrêt, après avoir constaté que le salarié produisait des calendriers 2013 et 2014 qui indiquent pour chaque jour un nombre global d'heures, soit en moyenne dix heures par jour, quelquefois douze heures mais sans préciser ses horaires de début et de fin du travail, un tableau récapitulatif écrit par lui-même faisant état d'un total d'heures travaillées, retient que tant les calendriers que les tableaux récapitulatifs ne font état d'aucun horaire de début de travail ni de fin de travail, de sorte que le calcul global du salarié ne peut être pris en compte, que les attestations sont imprécises, que les éléments produits ne sont pas de nature à étayer ses prétentions d'autant que l'employeur produit pour sa part deux attestations en sorte qu'en l'état des éléments imprécis rapportés par le salarié quant à ses horaires exacts de travail, il ne saurait être fait droit à ses demandes d'heures supplémentaires.

13. En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations, d'une part, que le salarié présentait des éléments suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre, d'autre part, que ce dernier se bornait à critiquer les éléments versés par le salarié sans produire d'élément de contrôle de la durée du travail, la cour d'appel, qui a fait peser la charge de la preuve sur le seul salarié, a violé le texte susvisé.

Sur le quatrième moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

14. Le salarié fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes de requalification de sa démission en prise d'acte aux torts exclusifs de l'employeur produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et en paiement de dommages-intérêts à ce titre, alors « que la cassation à intervenir sur l'un au moins des précédents moyens de cassation emportera censure par voie de conséquence de l'arrêt en ses dispositions relatives à la rupture et ce, en application de l'article 624 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 455 du code de procédure civile :

15. Selon ce texte, tout jugement doit être motivé. Le défaut de réponse aux conclusions constitue un défaut de motifs.

16. Pour débouter le salarié de ses demandes tendant à faire requalifier sa démission en prise d'acte de la rupture aux torts exclusifs de l'employeur, et juger qu'elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et de sa demande de dommages-intérêts afférente, l'arrêt après avoir rappelé les termes de la démission donnée sans réserve le 22 septembre 2014 suivie d'un courriel du 1er octobre 2014, retient que la cause non équivoque de la démission du salarié est le fait de travailler pour le compte d'une nouvelle société et que pour cette raison, il demande clairement à être délivré de sa clause de non-concurrence, ce qui n'a pas été accepté par l'employeur.

17. L'arrêt ajoute qu'au surplus certains manquements ont été régularisés avant la démission et que les autres ne sont pas établis.

18. En statuant ainsi, sans répondre aux conclusions du salarié, qui soutenait que par courriel du 8 septembre 2014, et après avoir attiré à de nombreuses reprises l'attention des dirigeants de la société Axia Intérim, il avait formulé plusieurs reproches à l'encontre de son employeur portant sur des faits antérieurs ou concomitants à la rupture du contrat de travail, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé.

Et sur le moyen unique du pourvoi incident de l'employeur, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

19. L'employeur fait grief à l'arrêt de limiter le montant de la condamnation du salarié en application de la clause pénale, à titre de dommage-intérêts pour non-respect de son obligation contractuelle de non-concurrence, alors « que le juge doit en toutes circonstances faire respecter et respecter lui-même le principe de la contradiction ; qu'en réduisant d'office le montant de la clause pénale, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 16 du code de procédure civile :

20. Selon ce texte, le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

21. Pour réduire le montant de l'indemnité due par le salarié pour non respect de son obligation contractuelle de non-concurrence, l'arrêt retient que la société a sollicité au titre de la clause pénale insérée dans le contrat de travail, la somme de 15 717 euros, qu'en application de l'article 1152 du code civil devenu l'article 1231-5, il y a lieu de réduire cette

clause pénale à 500 euros, car manifestation excessive en raison de la situation du salarié qui doit rembourser la totalité des indemnités perçues, soit un montant conséquent pour un simple particulier.

22. En statuant ainsi, en ayant réduit d'office le montant de la clause pénale convenue, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce point, la cour d'appel, qui a méconnu le principe de la contradiction, a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette les demandes de M. [U] en paiement d'heures supplémentaires, de congés payés afférents et d'une indemnité pour travail dissimulé, en ce qu'il condamne la société Axia 4 à payer à M. [U] la somme de 3 202,65 euros au titre du solde des commissions 2013 et celle de 320,26 euros au titre des congés payés afférents, en ce qu'il déboute le salarié de ses demandes en requalification de la démission en prise d'acte de rupture aux torts exclusifs de l'employeur produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, de ses demandes en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de ses demandes subséquentes, en ce qu'il condamne M. [U] à rembourser à la société Axia 4 la somme de 500 euros en exécution de la clause pénale, et le condamne aux dépens de première instance et d'appel ainsi qu'à une somme au titre des frais irrépétibles, l'arrêt rendu le 20 août 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Metz ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Colmar ;

Condamne la société Axia 4 aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Axia 4 et la condamne à payer à M. [U] la somme de 3 000 euros ;

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 dix-sept novembre deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. [U]

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR limité à 3 202,65 euros la somme allouée au salarié au titre des commissions 2013, outre les congés payés afférents, et débouté pour le surplus.

AUX MOTIFS QUE le contrat de travail de M. [S] [U] fait état en son article 3 de la rémunération du salarié en ces termes : « Article 3 : Rémunération. En contrepartie de son activité, Monsieur [S] [U] percevra une rémunération fixe mensuelle de : 5 000 € bruts pour un horaire hebdomadaire de 35 heures. Il bénéficiera du niveau V (statut cadre) et du coefficient 400. En outre, Monsieur [S] [U] percevra une part variable mensuelle, définie dans l'annexe jointe. Cette formule sera révisable tous les ans et revue pour l'année suivante en fonction des objectifs prévisionnels. Les impayés seront à déduire en intégralité de la marge brute commissionnée jusqu'à l'absorption totale de ceux-ci. » ; par ailleurs, aux termes de l'article 1353 du Code Civil, « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. » ; il appartient dès lors à M. [S] [U], qui sollicite paiement de la somme de 42 107 € au titre des commissions 2013, de rapporter la preuve de l'obligation au paiement de la société Axia 4 ; à cet égard, les pièces qu'il produit ne font état que des commissions 2014, de sorte que le montant non contesté par la société Axia 4 soit 21 647 € doit être retenu quant au montant dû pour les

commissions 2013 à M. [S] [U] ; il sera rappelé, quant au paiement de cette somme, que la remise d'un chèque ne vaut paiement que sous condition de son encaissement ; à cet égard, la société Axia 4 a produit un extrait de son grand livre qui fait état de l'émission du chèque numéro 5340596 d'un montant de 4 900 € au profit de M. [S] [U] mais ne prouve pas l'encaissement de celui-ci par M. [S] [U] en l'absence de production du compte bancaire où ce chèque est débité ou un extrait comptable du compte banque de la société où figure le paiement de ce chèque ; il sera par ailleurs noté que l'extrait bancaire produit par la société Axia 4 ne porte pas trace de cet encaissement par M. [S] [U] en janvier 2014 ; à défaut, la remise du chèque ne peut valoir paiement de sorte que sur ce point, le jugement du conseil de prud'hommes sera infirmé ; le solde des commissions 2013 dû à M. [S] [U] est ainsi le suivant, compte tenu des paiements effectués : 444,35 €, total dû : 21 647,00 €, solde : 3 202,65 € ; la société Axia 4 sera dès lors condamnée à payer à M. [S] [U] la somme de 3 202,65 € au titre du solde des commissions 2013 ainsi que la somme de 320,26 € au titre des congés payés y afférents.

ALORS QUE les juges ne peuvent dénaturer les documents de la cause ; que pour limiter à 3 202,65 euros la sommes restant due pour l'année 2013, la cour d'appel a retenu que les pièces que le salarié produit ne font état que des commissions 2014 ; qu'en statuant ainsi, quand celui-ci a produit des pièces relatives aux résultats et analyses des marges pour 2013, visées dans ses conclusions (n° 97 à 118), la cour d'appel a dénaturé par omission ces documents, en violation du principe faisant interdiction aux juges de dénaturer les documents de la cause.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR débouté le salarié de sa demande tendant au paiement de la prime à la signature.

AUX MOTIFS propres QU'il importe de se référer au mail du 13 novembre 2012 émanant de Madame [H] [D] pour le compte de la société AXIA 4, reproduit ci-dessous : « De: [H] [D] ([Courriel 4]) Envoyé: mardi 13 novembre 2012 17:13 - À: [Courriel 7] - Objet: récapitulatif personnel axial jt - [S], Comme convenu, tu trouveras le récapitulatif des salaires et accessoires pour toi et tes salariés actuels. Agence de [Localité 8]. [W] [R] JT au 1er décembre Contrat AXIA au 1er Janvier Poste Attaché Commercial, Téléphone forfait illimité SFR, Véhicule type CLIO société, Salaire brut 1800 euros / 12 mois 35h / semaine, Part variable selon annexe sur base d'un prévisionnel de 2 300 000 euros évaluée au minimum à 370 euros environ par mois lissé sur l'année. Frais d'invitation clients autorisés. [L] [R] au 1er décembre Contrat AXIA au 1er Janvier Poste Assistante d'agence. Salaire brut 1800 euros / 12 mois 35h / semaine. Part variable selon annexe sur base d'un prévisionnel de 4 800 000 euros évaluée au minimum à 300 euros par mois lissé sur l'année. Place de parking en location ou tickets de parking remboursés sur frais. Agence de Creutzwald. [N] [G] au 1er Février 17.50 h / semaine salaire 800 euros brut par mois. Part variable selon annexe sur base d'un prévisionnel de 3 000 000 euros évaluée au minimum à 200 euros par mois lissé sur l'année. [S] [G] courant Février au poste de responsable de secteur. Salaire brut 5000 euros / 12 mois /35 h semaine. Part variable selon annexe sur base d'un prévisionnel creutzwald 3 000 000 évaluée à environ 9000 euros par an. Part variable metz à définir. Véhicule personnel indemnisé à hauteur des frais d'essence au réel ainsi que des IK pour environ 800 euros / mois (0,396 euros du km qui serviront à justifier des parts variables) lissés en fonction des parts variables cumulées. Frais d'invitations clients autorisés. Avantage perso sur 70 000 euros de FDC / 20 000 euros versés arrivée + frais mensuels 2000 euros par mois en espèces versés par SV sur 25 mois pour solde. Véhicule neuf financé en leasing par AXIA sur SV pendant 2 ou 3 ans équivalent à environ. 35 000 euros en fonction du véhicule, pourra être racheté par toi à 10 % de la valeur au bout de 2 ou 3 ans et t'appartiendra ensuite. Ce qui amène notre valeur fonds de commerce à 70 000 + 35 000 environ = 105 000 euros – environ 3500 de rachat véhicule au leaseur après la durée. Je crois que tout y est...Appelles-moi si besoin de plus d'infos, à plus tard. [H] » ; il sera ainsi relevé, avec les premiers juges, que les sommes demandées par M. [S] [U] pour une prime à la signature du contrat de travail sont en réalité en lien avec un rachat du « fonds de commerce » de M. [S] [U], soit reprise du personnel et surtout de la clientèle, étant précisé que M. [S] [U] était le cogérant d'une société de travail temporaire dénommée JT Intérim qui a fait l'objet d'un redressement, fin 2012, puis d'une liquidation judiciaire en février 2013 ; il appartenait ainsi au liquidateur judiciaire de faire procéder au rachat de ce fonds de commerce et non à M. [S] [U] de négocier ce « rachat » avec la société AXIA 4, M. [S] [U] ne pouvant en aucun cas percevoir le prix de ce rachat, au détriment des créanciers et du liquidateur judiciaire ; ces sommes ne pouvant ainsi être qualifiées de prime à la signature d'un contrat de travail et sont en outre des sommes demandées en fraude des droits des créanciers de la société JT, il y a lieu de débouter M. [S] [U] de ses demandes à ce titre.

AUX MOTIFS à les supposer adoptés QUE le demandeur exige que les engagements financiers mentionnés par Madame [D] dans ce courriel à savoir, versement d'un capital de 70 000,00 € auquel s'ajoute la fourniture d'un véhicule d'une valeur résiduelle de 35 000,00 € au terme d'une période de leasing de 2 ou 3 ans, soient honorés par la défenderesse ; que ces engagements constituent aux yeux du Conseil un arrangement commercial comme le mentionne d'ailleurs très clairement le courriel en question, qui n'hésite pas à indiquer expressément que le total ainsi atteint de 105 000,00 € représente la valeur du fonds de commerce détenu par le demandeur ; que cet arrangement, sur la légalité duquel on peut s'interroger au regard des droits éventuels des créanciers de la société du demandeur mise en liquidation judiciaire, intervient courant novembre soit bien avant la signature du contrat de travail de Monsieur [S] [U] et bien avant que ce dernier ne soit placé sous un lien de subordination avec la SAS Axia 4, de sorte que le Conseil considère qu'il ne ressort pas de sa compétence de trancher ce litige et invite le demandeur à mieux se pourvoir sur ce point auprès de la Chambre Commerciale du Tribunal de Grande Instance de Metz ; que la conviction du Conseil l'amenant à croire que les parties se sont entendues pour ne pas placer leur accord financier sous l'emprise du droit du travail, sauf à imaginer une fraude de leurs parts, est encore renforcée par le fait que ces sommes ont été payées en partie bien avant la signature d'un contrat de travail, dès la fin janvier, ou pendant l'exécution du contrat sous le déguisement d'avances sur frais, mais dans tous les cas, en exonération des cotisations sociales normalement assises sur les salaires et accessoires de salaire ; que le conseil ne peut que confirmer son incompetence à l'égard de ce chef de demande.

1° ALORS QUE les juges ne peuvent méconnaître les termes du litige ; qu'en déboutant le salarié de sa demande, motif pris que les sommes en cause auraient dû être négociées par le liquidateur de la société JT et revenaient aux créanciers de cette société, quand l'employeur n'a, à aucun moment, soutenu une telle argumentation mais a fait valoir qu'il avait réglé au salarié les sommes dues en exécution du courriel du 13 novembre 2012, la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile.

2° ALORS QUE les juges ne peuvent méconnaître les termes du litige ; qu'en déboutant le salarié de sa demande, motif pris que les sommes en cause auraient dû être négociées par le liquidateur de la société JT, revenaient aux créanciers de cette société, et étaient demandées en fraude desdits droits des créanciers quand, d'une part, la validité de l'engagement au profit du salarié n'était pas contestée par l'employeur qui soutenait au contraire qu'il l'avait exécuté et que, d'autre part, ni le liquidateur ni les créanciers de la société JT n'étaient parties au litige, la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR débouté le salarié de ses demandes de rappel au titre des heures supplémentaires, outre les congés payés afférents, et d'indemnité pour travail dissimulé.

AUX MOTIFS propres QUE le contrat de travail de M. [S] [U] fait état d'une durée hebdomadaire de travail de 35 heures et que les horaires de l'agence de [Localité 5] au sein de laquelle M. [S] [U] avait son bureau sont les suivants : du lundi au vendredi de 8 heures à 12 heures et de 14 heures à 17 heures ; M. [S] [U] produit à l'appui de ses demandes : - un calendrier 2013 « direct distribution » et un calendrier 2014 « l'équipe de ramassage des déchets ménages de la communauté des communes du Warndt » qui indiquent pour chaque jour un nombre global d'heures ; soit en moyenne 10 heures par jour, quelquefois 12 heures mais sans préciser ses horaires de début du travail et ses horaires de fin du travail, - un tableau récapitulatif écrit par lui-même faisant état d'un total d'heures travaillées mais sans détailler les horaires ni les jours, - une attestation de Madame [J], ancienne collaboratrice qui indique « J'atteste que M. [S] [U] ancien responsable au sein de la société AXIA 4 n'a jamais pu respecter les horaires d'agence soit 8h-12h et 14h-17h étant donné le chiffre d'affaires développé sur [Localité 5]. Il était en permanence à travailler après 17 heures et le samedi », - une attestation de Monsieur [E] gérant de la SARL Optiche située à proximité de l'agence de [Localité 5] « ce dernier ne comptait pas ses heures, tôt le matin, et tard le soir. De la même façon, je croisais souvent M. [S] [U] le samedi alors qu'il se trouvait à son bureau », - une attestation de Monsieur [C] qui indique « en ce qui concerne les samedis j'ai pu voir M. [S] [U] vu que je travaille moi-même le samedi » ; - une attestation de Monsieur [X] qui indique « avoir vu régulièrement M. [S] [U] après 19 heures et le samedi à son lieu de travail » ; - une attestation de Monsieur [Y], locataire de la société Axia 4 qui atteste avoir « vu M. [S] [U] à l'agence quasiment tous les jours jusqu'à 19 heures voire 20 heures les samedis ainsi que les dimanches » ; - un courriel émanant du salarié en date du 8 septembre 2014 à destination de [P] [D],

mentionnant « je bosse comme un fou, depuis que je suis chez Axia, je vis Axia, je mange Axia » ; il sera cependant relevé quant au courriel envoyé par M. [S] [U] qu'il ne peut constituer une preuve, s'agissant d'un écrit qui émane du salarié lui-même ; par ailleurs, tant les calendriers produits que les tableaux récapitulatifs ne font état d'aucun horaire de début de travail ni de fin de travail, de sorte que le calcul global de M. [S] [U] ne peut être pris en compte ; il sera également noté que les attestations produites par M. [S] [U] ne sont ni circonstanciées, ni datées, et attestent d'un horaire de travail de M. [S] [U] très imprécis, étant par ailleurs relevé que la présence de M. [S] [U] à l'agence le samedi matin n'est pas avérée au vu de l'attestation de la femme de ménage ; les éléments produits par M. [U] ne sont donc pas de nature à étayer ses prétentions ; sa demande relative aux heures supplémentaires doit par conséquent être rejetée, d'autant que la société Axia 4 produit pour sa part : - une attestation de Monsieur [T] qui indique « je n'ai jamais vu M. [S] [U] en agence en dehors des horaires de bureau » ; - une attestation de Madame [O] qui indique « je viens régulièrement tous les samedis matin faire le nettoyage des bureaux d'Axia je n'ai jamais vu M. [S] [U] le samedi depuis l'ouverture de l'agence » ; ainsi, en l'état des éléments imprécis rapportés par M. [S] [U] quant à ses horaires exacts de travail, il ne saurait être fait droit à ses demandes d'heures supplémentaires ; le jugement du conseil de prud'hommes sera dès lors confirmé sur ce point ; le débouté de M. [U] en sa demande en paiement d'heures supplémentaires, prive de fondement sa demande au titre de travail dissimulé qui, dès lors, sera également rejetée.

AUX MOTIFS adoptés QUE le demandeur produit un calendrier des années 2013 et 2014 mettant en évidence un nombre impressionnant d'heures de travail et par conséquent d'heures supplémentaires ; que les témoignages apportés par le demandeur pour justifier ce volume d'heures supplémentaires sont fortement contestés par la défenderesse alors que ceux qu'elle produit pour nier ces heures le sont tout autant ; que le Conseil n'entend pas accorder beaucoup de crédit à tous ces témoignages quels qu'ils soient, en raison de leur similitude troublante, de leur inexactitude comme celui attestant de la présence de Monsieur [S] [U] à son bureau les dimanches, alors que ce dernier ne l'a jamais prétendu, ou encore en raison de leur imprécision en ce qu'ils n'attestent bien souvent que de la présence du demandeur à son bureau à certaines heures, après 17 ou 19 heures, sans qu'il puisse en être déduit une amplitude journalière et hebdomadaire de travail conduisant nécessairement à des heures supplémentaires, d'autant plus que Monsieur [S] [U] semblait, compte tenu de ses fonctions, disposer d'une certaine autonomie ; que par ailleurs le Conseil constate curieusement que le demandeur, malgré le nombre important d'heures supplémentaires en question, n'a jamais adressé de réclamation formelle à son employeur à ce sujet, pas même dans son courriel du 08 Septembre qui pourtant fait étalage de toutes ses revendications et désaccords ; que le Conseil estime que le volume d'heures supplémentaires réclamé par le demandeur n'est pas suffisamment démontré d'autant qu'il est convaincu que cette prétention n'a été établie, au moins en partie, qu'en rétorsion, suite au refus opposé par la défenderesse de lever la clause de non concurrence liant le demandeur.

1° ALORS QUE la charge de la preuve des heures de travail accomplies n'incombe pas exclusivement au salarié ; qu'en décidant qu'en « l'état des éléments imprécis rapportés par [le salarié] quant à ses horaires exacts de travail, il ne saurait être fait droit à ses demandes d'heures supplémentaires », la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail.

2° ALORS QUE la circonstance que le salarié n'ait pas formulé de réclamation antérieurement et qu'il ait bénéficié d'une autonomie dans l'organisation de son temps de travail est inopérante ; qu'en déboutant le salarié aux motifs, adoptés, qu'il semblait, compte tenu de ses fonctions, disposer d'une certaine autonomie et qu'il n'avait jamais adressé de réclamation formelle à son employeur, la cour d'appel a violé l'article L. 3171-4 du code du travail.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR débouté le salarié de ses demandes tendant à voir requalifier sa démission en prise d'acte de la rupture de contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur, dire et juger que cette prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, et en paiement de dommages et intérêts à ce titre.

AUX MOTIFS propres QUE la lettre recommandée avec demande d'avis de réception datée du 22 septembre 2014 est ainsi rédigée : « Objet : Lettre de démission. Monsieur, Madame, Après une mûre réflexion, je vous informe que j'ai pris la décision de démissionner pour motif personnel. Cette décision prend effet à réception de cette lettre. J'effectuerai mon préavis d'une durée de 3 mois selon le contenu de notre convention collective. Concernant la clause de non-concurrence

et suite à nos divers entretiens à ce sujet, je vous prie de lever cette dernière. » ; par ailleurs, la société Axia 4 a produit un courriel en date du 1er octobre 2014 émanant de M. [S] [U] qui indique : « Salut [H], J'en peux plus que tout le monde se mêle de tout et envoie des copies à tout le monde. Vraiment. La société qui est susceptible d'être créée sera LM Interim. Les dirigeants et actionnaires seront Mrs [V] de la société CTMI à ST AVOLD. Je serais responsable d'agence. Je souhaiterais garder mon téléphone car ce même numéro depuis 13 ans. Récupérer la carte grise du Q5. Voici la liste des clients en pièce jointe. Mettre un chiffre dessus n'est pas adéquat car des clients sur budgets prévisionnels ont fait 0 cette année ou moins que prévu et d'autres plus. MERCI. SALUTATIONS » ; il sera ainsi relevé que la cause non équivoque de la démission de M. [S] [U] est le fait de travailler pour le compte d'une nouvelle société à créer « LM interim » et pour cela, M.[S] [U] demande clairement à être délivré de sa clause de non concurrence, ce qui n'a pas été accepté par la société Axia 4 ; au surplus, quant aux manquements évoqués par M. [S] [U] pour justifier sa prise d'acte, il sera noté avec les premiers juges, tant qu'aux retards dans le versement des commissions 2013 et 2014, qu'au regard des écritures du grand livre comptable, des acomptes ont été versés en janvier, juin et août 2014, ce que ne conteste pas M. [S] [U], qu'au demeurant, M. [S] [U] a un trop perçu à rembourser sur les commissions 2014, de sorte que ces manquements ne sont pas établis de la part de la société Axia 4 ; par ailleurs, il a été répondu dans le présent arrêt au grief de non-paiement des salaires de décembre 2012 à mars 2013, et de non-paiement des heures supplémentaires, M. [S] [U] ayant été débouté de ses demandes à ce titre, de sorte que les manquements allégués par le salarié pour justifier de sa prise d'acte ne sont pas établis ; enfin, M. [S] [U] ne démontre pas une gestion frauduleuse du personnel intérimaire, notamment des salariés d'origine portugaise par la société Axia 4 étant précisé que M. [S] [U] est responsable du secteur [Localité 5] et non du secteur du Luxembourg qui selon M. [S] [U] comporte des travailleurs détachés.

AUX MOTIFS adoptés QUE Monsieur [S] [U] invoque : son mal être résultant du peu de considération que lui porte son employeur, des pratiques douteuses qui lui sont imposées et du non respect des engagements de son employeur, s'agissant de sa rémunération variable et de ceux résultant de son courriel du 13 novembre 2012 ayant précédé son embauche ; que la société défenderesse entend s'y opposer et démontrer l'inanité de toutes ces affirmations ; que s'il est compréhensible que le demandeur ait pu, à un certain moment, en raison des relations difficiles avec son employeur, mais probablement aussi en raison des soucis liés à la santé de ses enfants, exprimer un certain mal être que le Conseil ne peut cependant imputer à la seule défenderesse, ni par conséquent la rendre, pour ce seul motif, responsable de la rupture du contrat de travail de demandeur ; que le demandeur fait également état de pratiques douteuses voire frauduleuses qui lui auraient été imposées ; que là encore les témoignages divergent, que le caractère frauduleux de ces pratiques n'est pas aux yeux du Conseil réellement établi ; que de plus il n'est pas démontré que Monsieur [S] [U] y ait été contraint, d'autant qu'il n'est pas contesté qu'en tant que responsable de secteur il assurait lui-même la gestion de ses clients ; que le demandeur fait encore grief à la défenderesse d'une part de lui avoir versé très tardivement la part variable de sa rémunération et d'autre part de ne pas lui avoir versé la totalité de son dû ; que la défenderesse fait état du contraire, mentionne à cet effet le versement de plusieurs acomptes, estime avoir payé l'intégralité de ce qui était dû au demandeur pour 2013 et s'oppose à son calcul pour l'année 2014 ; que les parties sont en accord sur le montant de 21 647,00 € représentant la part variable du salaire de Monsieur [S] [U] pour l'année 2013 ; qu'il n'est pas contestable que cette somme, au regard des fiches de paie du demandeur et des écritures du grand livre comptable de la société défenderesse, lui avait été intégralement réglée en septembre 2014 ; que les parties divergent s'agissant de la part variable concernant l'année 2014 ; que le demandeur fonde sa demande et chiffre sa prétention à 26 563,00 € sur la base d'un chiffre d'affaires prévisionnel pour l'année 2014 ; que cette base de calcul, contestée par ailleurs, ne peut aux yeux du conseil être retenue telle qu'elle, puisque ne tenant pas compte de la réalité et notamment, comme le soutient la défenderesse, des nombreux impayés devant venir, comme prévu au contrat de travail du demandeur, amputer son chiffre d'affaires commissionnable ; que le conseil estime par ailleurs que le demandeur avait les moyens d'asseoir plus sérieusement sa prétention en établissant un état précis du chiffre d'affaires réalisé et des impayés, dont il avait nécessairement connaissance, qu'en s'abstenant de le faire il le contraint à rejeter cette prétention, et par conséquent toute attitude fautive de son employeur ; que le demandeur entend parallèlement invoquer, parmi les torts attribués à son employeur et ayant entraîné sa démission, les retards avec lesquels lui ont été versées les parts variables de sa rémunération ; que ces retards ne peuvent être contestés ; que cependant le conseil constate que le demandeur, jusqu'à ses courriels des 08 et 25 Septembre 2014, n'a jamais formellement protesté contre ces retards malgré l'importante des sommes en jeu ; que le conseil constate encore, au regard des écritures du grand livre comptable produit par la défenderesse, que des acomptes conséquents lui ont été versés en janvier, juin et août 2014, contrairement à ce qu'il affirme ; que le conseil considère en conséquence qu'en réalité et, jusqu'à sa démission, Monsieur [S] [U] avait consenti et accepté ces versements d'acomptes et ces décalages, au demeurant probablement nécessaires pour permettre qu'il

se constitue un chiffre d'affaires commissionnable qui puisse être pris en compte pour le calcul de ses commissions ; que le conseil estime que Monsieur [S] [U] ne peut donc aujourd'hui prendre prétexte de ces retards pour estimer qu'il n'était plus en mesure de poursuivre sa collaboration avec la SAS Axia 4 ; que le demandeur entend également se prévaloir du non-respect des engagements financiers de son employeur résultant de son courriel du 13 novembre 2012 ; mais attendu que le Conseil a précédemment considéré que ces dispositions constituaient en réalité un accord commercial qui n'entre pas dans le champ des relations salariales liant par ailleurs les parties et qui par conséquent ne peut influencer le déroulement du contrat de travail qu'elles ont conclu ; qu'au total, il apparaît au Conseil qu'aucun des motifs avancés par Monsieur [S] [U] pour démontrer le caractère équivoque de sa démission et justifier la rupture de son contrat de travail aux torts de la SAS Axia 4, ne peut être retenu ; qu'au surplus, le conseil est convaincu, qu'en première intention, Monsieur [S] [U] donne sa démission parce qu'il a l'intention de créer sa propre entreprise, ainsi qu'il en fait ouvertement état et que ce n'est que consécutivement au refus probablement inattendu, de la SAS Axia 4 de lever totalement sa clause de non concurrence que des motifs de rupture sont avancés ; que le Conseil note encore que cette démission était assortie d'un préavis de 3 mois que le demandeur a lui-même indiqué et volontairement accompli, qu'ainsi il ne peut se prévaloir de la nécessité au regard des conditions défavorables qui lui étaient faites par la défenderesse, d'interrompre brutalement son contrat, démontrant ainsi que la poursuite de ce dernier n'était pas impossible.

1° ALORS QUE la cassation à intervenir sur l'un au moins des précédents moyens de cassation emportera censure par voie de conséquence de l'arrêt en ses dispositions relatives à la rupture et ce, en application de l'article 624 du code de procédure civile.

2° ALORS subsidiairement QUE la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ; que lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou de manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou, dans le cas contraire, d'une démission ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué d'une part, que la demande au titre des commissions était en partie fondée et, d'autre part, que le salarié avait fait état de difficultés de règlements par courriers des 8 et 25 septembre 2014 – alors qu'il a démissionné par courrier du 22 septembre 2014 ; qu'en le déboutant néanmoins de ses demandes, quand il résultait de ses constatations l'existence de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission de nature à la rendre équivoque, la cour d'appel a violé les articles L. 1231-1, L. 1237-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du code du travail.

3° ALORS à titre encore plus subsidiaire QUE la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ; que lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou de manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou, dans le cas contraire, d'une démission ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si les courriers des 8 septembre et 25 septembre et du 21 octobre 2014 faisant état de manquements de l'employeur ne caractérisaient pas l'existence de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission de nature à la rendre équivoque, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 1231-1, L. 1237-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du code du travail.

4° ALORS par ailleurs QUE la circonstance que l'intéressé a accompli son préavis est sans incidence sur l'appréciation des manquements invoqués à l'appui de la démission ou de la prise d'acte ; qu'en déboutant le salarié aux motifs, adoptés, inopérants que celui-ci avait exécuté un préavis, ce dont il résultait que la poursuite du contrat de travail n'était pas impossible, la cour d'appel a violé les articles L. 1231-1, L. 1237-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du code du travail.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté le salarié de ses demandes au titre de la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence, et de l'AVOIR condamné à payer la somme de 44 815,28 euros à titre de remboursement de la contrepartie financière de la clause de non concurrence et la somme de 500 euros en exécution de la clause pénale.

AUX MOTIFS QUE le contrat de travail de M. [S] [U] contient en son article 9 une clause de non concurrence ainsi rédigé : « Article 9 : CLAUSE DE NON-CONCURRENCE. Afin de protéger les intérêts de la société, compte tenu de la nature des fonctions de Monsieur [S] [U] en tant que Responsable de Secteur, et du marché très concurrentiel sur lequel intervient la société Axia 4, les parties conviennent qu'une clause de non-concurrence est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. En conséquence, il est convenu qu'en cas de rupture du présent contrat, à l'initiative de l'employeur ou du salarié, pour quelque cause que se soit, y compris pendant la période d'essai, Monsieur [S] [U] s'interdit d'entrer directement ou indirectement au service d'une société de travail temporaire concurrente dans un rayon de 100 Kms autour de ses agences d'affectation : [Adresse 1]. Cette interdiction est limitée à 2 ans à compter de la date de la notification de la rupture du contrat. Monsieur [S] [U] convient que compte tenu de sa formation et/ou de son expérience professionnelle, la présente clause de non-concurrence n'a pas pour effet de l'empêcher d'exercer une autre activité dans un autre secteur que celui du travail temporaire. En contrepartie de cette obligation de non-concurrence, Monsieur [S] [U], percevra à compter de la date de la notification de la rupture du contrat de travail et pendant la durée d'application de la clause, une indemnité mensuelle brute, d'un montant égal à 50% de la moyenne mensuelle brute de sa rémunération au cours des trois derniers mois de présence dans l'entreprise. Cette indemnité sera versée dans les conditions suivantes : Mensuellement le 10, à compter de la date de rupture du présent contrat. Toute prime ou gratification de caractère annuel, variable ou exceptionnel qui aurait été versée à Monsieur [S] [U] pendant cette période ne sera prise en compte que prorata temporis. Cependant la société se réserve le droit de libérer Monsieur [S] [U] de son obligation de non-concurrence, sans que Monsieur [S] [U] puisse prétendre à une quelconque indemnité mais sous condition de prévenir M. [S] [U] dans les conditions prévues par l'article 7-4 de la convention collective. En cas de violation de cette interdiction, Monsieur [S] [U] s'exposera au paiement par infraction constatée d'une indemnité forfaitaire égale à la rémunération de ses 3 derniers mois d'activité, sans préjudice de notre droit de faire cesser ladite violation par tout moyen et de demander réparation de l'entier préjudice subi. » ; il appartient à la société Axia 4 qui fait état d'une violation de cette clause par M. [S] [U] de prouver le manquement contractuel par l'accomplissement d'actes positifs et concrets ; à cet égard, la société Axia 4 produit les attestations suivantes : - celle de Monsieur [M] en date du 2 mars 2015 qui indique « le vendredi 27 02 2015, je me suis rendu à la société LM EMPLOI à St Avold pour demander s'il y avait une mission à me proposer en tant que chef de chantier en tuyauterie. Je suis retraité depuis 2010 et je recherche de temps en temps de petites missions d'intérim pour arrondir les fins de mois. Ce sont des anciens copains de [Localité 6] qui m'ont conseillé d'aller chez LM voir [S] [U]. La secrétaire m'a remis de suite le n° de [S] [U] avec une carte de l'agence (pièce fournie). J'ai téléphoné à Monsieur [U] que j'ai rencontré le jour même. On a discuté pour avoir une mission pour moi et m'a demandé d'attendre une petite semaine car il attendait des réponses de ses clients. Je me suis rendu dans d'autres agences à [Localité 5] et à [Localité 8] j'ai revu la société AXIA pour laquelle j'ai déjà travaillé. C'est comme ça que j'en suis venu à discuter de LM et M. [U] avec AXIA qui m'ont dit que M.[U] n'avait pas le droit de travailler chez LM. » ; une carte au nom de LM Emploi avec la mention [S] et un numéro de téléphone ; - une attestation de Monsieur [B] qui indique : « Le 16/01/2015, je suis allé sur St Avold pour déposer des candidatures spontanées afin de retrouver un emploi dans le TP. Je me suis présentée à la société BATI TP. Ils n'avaient pas de travail pour moi dans l'immédiat. Néanmoins, la secrétaire m'a dit qu'il travaillait avec une nouvelle boîte d'intérim et dirigé par un certain Monsieur [U], LM EMPLOI. Je me suis présenté le même jour de BATI TP et j'attends qu'il me contacte » ; - une attestation de Madame [O] en date du 9 juin 2015 ; « Je n'ai jamais vu M. [S] [U] le samedi depuis l'ouverture de l'agence à ce jour. Ensuite, il me contacte début janvier 2015 en me disant qu'il quitte AXIA et ouvre une agence au nom de LM EMPLOI, le nom de ses 2 enfants, L comme [K] et M comme [A] et qu'il souhaite que je sois cliente chez lui car il m'a dit récupérer tous ses clients. Moi j'ai demandé à ma femme de ménage si elle était d'accord de changer d'agence et de suivre M. [U] et elle m'a dit que oui car il lui a toujours trouvé du boulot dans d'autres sociétés. Lorsque j'ai reçu une facture, j'ai été surprise de devoir payer à quelqu'un d'autre que LM EMPLOI et j'ai demandé pourquoi à l'agence. On m'a répondu que la facture était vendue et que c'était valable pour tous les clients de LM EMPLOI. J'ai donc arrêté la collaboration, je l'ai dit à la secrétaire de Monsieur [U] José. De suite, il m'a rappelée dans les 05 minutes qui suivaient. Il ne comprenait pas mon départ de chez LM EMPLOI » ; - des constats d'huissier en date du 18 mai 2016 qui ne peuvent être écartés des débats dès lors qu'ils ont été autorisés par des ordonnances sur requête délivrées le 25 avril 2016 et le 4 mai 2016 par le président du TGI de [Localité 8] dont M. [U] avait la possibilité de solliciter la rétractation, qui indiquent notamment « La voiture Audi DF 518 VV de la société LM emploi est prêtée à M. [S] [U] » ; il ressort ainsi des pièces produites que M. [S] [U] a

manqué à son obligation de non concurrence en recrutant des intérimaires ou des clients pour la société LM Emploi, qui exerce une activité similaire à celle de la société Axia 4 et qui est basée à [Localité 9] soit dans le rayon de 100 km autour de [Localité 5] ; ainsi, non seulement la violation de la clause par le salarié dispense l'employeur du paiement de la contrepartie financière de sorte que M. [S] [U] sera débouté de sa demande principale à ce titre mais il appartient à M. [S] [U] qui a manqué à son obligation contractuelle de rembourser à la société Axia 4 les contreparties financières indûment perçues ; la somme suivante est due par M. [S] [U] correspondant aux fiches de salaires produites par la société Axia 4 : 01/12/14 : 736,82 €, 01/01/15 : 2 269,60 €, 01/02/15 : 1 939,98 €, 347,23 €, 01/07/15 : 2 347,23 €, 01/08/15 : 2 347,23 €, 01/09/15 : 2 347,23 €, 346,01 €, 01/02/16 : 2 346,01 €, 01/03/16 : 2 349,71 €, 01/04/16 : 2 349,71 €, € ; M. [S] [U] sera dès lors condamné à payer à la société Axia 4 la somme de 44 815,28 euros à titre de remboursement de la contrepartie financière de la clause de non concurrence ;

Et AUX MOTIFS QU'il y a lieu de réduire cette clause pénale à 500 €, car manifestement excessive en raison de la situation de M. [S] [U] qui doit rembourser la totalité des indemnités perçues, soit un montant conséquent pour un simple particulier.

1° ALORS QUE seuls des actes positifs de concurrence réellement et personnellement accomplis par le salarié et contraires à la clause de non-concurrence sont susceptibles de le priver de contrepartie financière prévue contractuellement ; alors que le contrat de travail comporte une clause selon laquelle, le salarié s'interdisait d'entrer directement ou indirectement au service d'une société de travail temporaire concurrente dans un rayon de 100 Kms autour de ses agences d'affectation : [Adresse 1] », la cour d'appel a privé le salarié de l'intégralité de la contrepartie financière en retenant qu'une voiture lui était prêtée par une société LM Emploi et qu'il résultait de témoignages indirects qu'il aurait fait état de projets ou tout au plus des promesses à certaines personnes ; qu'en se déterminant de la sorte, par des motifs impropres à caractériser des actes positifs de concurrence réellement et personnellement accomplis en violation des stipulations de la clause contractuelle, la cour d'appel a violé l'article 1134 devenu l'article 1103 du code civil.

2° ALORS subsidiairement QUE le salarié étant en droit de prétendre au paiement de l'indemnité de non-concurrence pour la période pendant laquelle il a respecté son obligation ; qu'en privant le salarié de la totalité de cette contrepartie sans rechercher la date à laquelle l'exposant avait cessé de respecter son obligation de non-concurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 devenu l'article 1103 du code civil. Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour la société Axia 4

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR limité à 500 € le montant de la condamnation mise à la charge de Monsieur [U], en application de la clause pénale, à titre de dommages et intérêts pour non-respect de son obligation contractuelle de non-concurrence ;

AUX MOTIFS QUE « la société AXIA 4 a sollicité au titre de la clause pénale insérée dans le contrat de travail la somme de 15.717 €. En application de l'article 1152 du Code civil devenu 1231-5, il y a lieu de réduire cette clause pénale à 500 €, car manifestement excessive en raison de la situation de M. [S] [U] qui doit rembourser la totalité des indemnités perçues, soit un montant conséquent pour un simple particulier. Le jugement du conseil de prud'hommes sera infirmé sur ce point » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE le juge doit en toute circonstance faire respecter et respecter lui-même le principe de la contradiction ; qu'en réduisant d'office le montant de la clause pénale, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations, la cour d'appel a violé l'article 16 du Code de procédure civile ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE la cour d'appel s'est bornée, pour réduire à 500€ le montant des dommages et intérêts consécutifs à la violation par Monsieur [U] de son obligation de non-concurrence, à des considérations liées à sa condition de simple particulier et au fait qu'il devait par ailleurs rembourser les indemnités de non-concurrence perçues indument ; qu'en se déterminant par de tels motifs, sans se fonder sur la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1152 [devenu 1231-5] du Code civil.