

**Cour de cassation
chambre sociale**

Audience publique du 7 mars 2012

N° de pourvoi: 09-71612

Non publié au bulletin

Cassation partielle

M. Lacabarats (président), président

SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé, le 18 octobre 1999, par la société Luxoticca France, en qualité de VRP, chargé d'assurer la représentation de la ligne de lunettes Chanel ; que des avenants successifs ont modifié le secteur géographique et étendu la représentation au réseau de la marque Afflelou ; que, contestant notamment un avertissement qui lui avait été infligé, le salarié a, le 23 février 2004, saisi la juridiction prud'homale ; que, par lettre du 26 novembre 2004, l'employeur a procédé à son licenciement ;

Sur les premier, deuxième, cinquième et sixième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens qui ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur les troisième et quatrième moyens réunis :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de déclarer sans objet la demande en résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur, alors, selon le moyen :

1°/ que lorsqu'un salarié a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation est justifiée, peu important que cette demande n'ait été oralement soutenue que postérieurement au licenciement ; que c'est seulement s'il ne l'estime pas fondée que le juge doit statuer sur le licenciement ; qu'en l'espèce, il résulte de l'arrêt que le salarié a sollicité la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur par un écrit reçu le 5 juillet 2004 au greffe du conseil de prud'hommes, soit antérieurement au licenciement prononcé le 26 novembre 2004 ; qu'en déclarant cette demande sans objet au prétexte qu'elle n'avait été soutenue oralement qu'à l'audience du conseil de prud'hommes du 31 mars 2005, soit postérieurement au licenciement, la cour d'appel a violé l'article L. 1231-1 du code du travail ;

2°/ que le juge ne peut modifier l'objet du litige, tel que déterminé par les conclusions des parties ; que l'employeur admettait lui-même que la cour d'appel devait s'interroger sur le caractère justifié ou non de la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail avant d'examiner le bien-fondé du licenciement ; qu'en déclarant néanmoins cette demande sans objet, la cour d'appel a modifié les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

3°/ que la contradiction entre les motifs et le chef de dispositif équivaut à une absence de motifs ; que dans ses motifs, la cour d'appel a indiqué que le jugement entrepris devait être infirmé en ce qu'il l'avait débouté de sa demande en résiliation judiciaire du contrat de travail et que, statuant de nouveau sur ce sujet, cette demande devait être déclarée sans objet ; qu'en confirmant cependant, dans son dispositif, le jugement en toutes ses dispositions et notamment donc en celle ayant rejeté au fond la demande de résiliation judiciaire, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que, dans une procédure orale, les écrits auxquels se réfère une partie ont nécessairement pour date celle de l'audience ;

Et attendu qu'ayant constaté que la demande de résiliation judiciaire avait été formulée dans des conclusions écrites qui n'avaient été soutenues oralement que lors de l'audience du 31 mars 2005 et postérieurement au licenciement intervenu le 26 novembre 2004, la cour d'appel, en dépit de l'erreur de plume du dispositif "confirmant le jugement en toutes ses dispositions", a exactement décidé que cette demande était devenue sans objet, et, tenant compte des griefs invoqués par le salarié à l'appui de cette demande, s'est prononcé sur le licenciement ;

D'où il suit que les moyens ne sont pas fondés ;

Sur le huitième moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en paiement d'une indemnité de clientèle, alors, selon le moyen :

1°/ que l'article 5.1 du contrat de travail stipule qu'"en rémunération de ses services le représentant percevra sur toutes les affaires faites par son intermédiaire dans le secteur concédé (...) une commission de 12 %, une surcommission de 2 % mensuelle constituant un versement anticipé sur l'indemnité de clientèle future qui pourrait être due à M. X... en cas de rupture du présent contrat à l'initiative de Luxottica..." ; que le contrat de travail, qualifiant tour à tour la surcommission de rémunération des services puis d'avance sur indemnité de clientèle, était donc ambigu ; qu'en affirmant que cette stipulation était claire, et en refusant ainsi de l'interpréter, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ que l'indemnité de clientèle a pour objet de réparer le préjudice causé au représentant par la perte de la clientèle qu'il avait créée, apportée ou développée au profit de son ancien employeur ; qu'en conséquence, ne peuvent être déduits de cette indemnité des salaires que le VRP a perçus pendant l'exécution de son contrat de travail, quelle que soit la qualification que leur donne le contrat ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 7313-13 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le contrat de travail stipulait que les sur-commissions de 2 % mensuelles constituaient un versement anticipé sur l'indemnité de clientèle future, a exactement décidé, sans encourir les griefs du moyen, qu'elles devaient venir en déduction pour le calcul du montant de l'indemnité de clientèle due au moment de la rupture ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais, sur le septième moyen :

Vu les articles 1315 du code civil et L. 7313-11 du code du travail ;

Attendu que pour débouter le salarié de ses demandes en paiement des commissions de retours sur échantillonnages, l'arrêt retient que si l'activité accomplie par le représentant jusqu'à son terme et notamment pendant le préavis, a nécessairement généré des commandes qui ne se sont concrétisées qu'après son départ, les éléments produits par les parties ne permettent pas de liquider le montant de l'indemnité à laquelle il a droit à ce titre ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le VRP a droit au paiement des commissions sur les ordres non encore transmis à la date de départ de l'entreprise qui sont la suite directe des échantillonnages et des prix faits, antérieurs à l'expiration du contrat, et qu'il appartient à l'employeur de fournir les justificatifs des ordres ainsi passés et le chiffre d'affaires en résultant, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute le salarié de sa demande de rappel de commissions au titre des retours sur échantillonnages, l'arrêt rendu le 1^{er} octobre 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nancy ;

Condamne la société Luxottica France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Luxoticca à payer à M. X... la somme de 2 500 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 sept mars deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande en annulation de l'avertissement du 23 février 2004

AUX MOTIFS PROPRES QUE le contrat de travail initial de Monsieur X... prévoyait qu'il était le représentant exclusif de l'employeur pour les produits de la marque Chanel ; qu'aux termes de cette convention, il devait visiter régulièrement la clientèle, respecter strictement les conditions de vente de la société, veiller à l'exécution et au règlement des ordres passés par les clients, informer régulièrement la société notamment sur la solvabilité des clients, l'évolution et la situation du marché, l'activité de la concurrence, rendre compte de son activité et rédiger des rapports d'activité ; qu'en vertu de l'article 1135 du code civil, "les convention obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, les usages ou la loi donnent à l'obligation d'après

sa nature” ; que de la combinaison des obligations contractuelles ci-dessus énoncées, il découlait pour le salarié une obligation d’exécuter l’instruction d’évaluer les points de vente de la marque Chanel qui participait de la connaissance du marché qu’il devait apporter à l’employeur ; que Monsieur X... était donc contractuellement tenu d’exécuter loyalement cette instruction ; que l’employeur a produit aux débats 25 fiches d’évaluation de points de vente de la marque Chanel réalisés par Monsieur X... entre le 4 décembre 2003 et le 29 février 2004 ; que toutes ces fiches contiennent exactement les mêmes appréciations, ce qui ne peut résulter que d’une volonté délibérée de les rendre inexploitable par l’employeur, ce qui constitue une faute de la part de Monsieur X... ; qu’en le sanctionnant d’un avertissement, l’employeur lui a infligé une sanction proportionnée à la gravité de la faute ; qu’en conséquence que le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu’il a débouté Monsieur X... de sa demande en annulation de cette sanction disciplinaire ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE le demandeur a été licencié par courrier du 26 novembre 2004 ; que ce courrier qui fixe les limites du litige fait état d’un désaccord profond et persistant sur la politique commerciale développée par LUXOTTICA sur les produits CHANEL, d’un désaccord ayant conduit à un désengagement professionnel du salarié se traduisant notamment par une mauvaise volonté dans l’application des directives du siège et par une activité professionnelle peu dynamique, enfin d’un désaccord à l’origine des mauvaises relations entretenues avec le siège ; qu’il est donc reproché à Monsieur X... un désaccord permanent avec la politique de l’entreprise ; que pour constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, la mésentente doit reposer sur des éléments objectifs imputables au salarié et avoir une incidence sur le fonctionnement de l’entreprise ; qu’un désaccord profond et persistant sur la politique commerciale développée par la société LUXOTTICA sur les produits CHANEL résulte des courriers adressés par Monsieur X... lesquels démontrent une remise en cause des instructions de son employeur et une contestation de plus en plus croissante, Monsieur X... soutenant notamment que la politique commerciale mise en oeuvre par la société LUXOTTICA sur les produits CHANEL ne résulterait pas de directives de la Maison CHANEL mais serait la résultante de l’application de critères qualitatifs déterminés à sa seule initiative par son employeur ; que la société LUXOTTICA explique qu’elle met en application les critères de la Maison CHANEL, lesquels sont énumérés dans le contrat que chaque opticien signe, et veille au respect de ceux-ci par ses représentants par le biais de fiches d’évaluation ; que d’ailleurs, Monsieur X... a suivi plusieurs journées de formation au sein de la Maison CHANEL en ce sens (lors du lancement de la ligne CHANEL en janvier 2002) ; qu’il connaissait le contenu des contrats de distribution sélective qu’il faisait signer aux clients dépositaires ; que contre carrant la politique de la Maison CHANEL et les instructions de la société LUXOTTICA, Monsieur X... voulait développer les ventes en multipliant les dépositaires agréés sur son secteur ; qu’or il n’est pas maître de la politique commerciale à mener ; qu’un tel désaccord a, selon la défenderesse, eu des conséquences préjudiciables à l’activité de Monsieur X... dans la mesure où elle a généré :

- un désengagement professionnel lequel s’est traduit notamment par :

* une mauvaise volonté dans l’application des directives du siège ;

Que le refus de Monsieur X... de mettre en application les directives du siège a été manifeste :

- d’une part lors du retour des questionnaires d’audit, l’intéressé s’étant contenté de faire

un "copier/coller" de l'ensemble des fiches rendant celles-ci inexploitable,

- et d'autre part, lors du retour tardif des avenants des dépositaires CHANEL pour l'exercice 2004, la société LUXOTTICA ayant été contrainte de le relancer, à plusieurs reprises, à ce sujet ;

* une activité professionnelle peu dynamique :

Qu'à plusieurs reprises, Monsieur X... a été rappelé à l'ordre, des négligences avérées étant constatées dans ses visites auprès des dépositaires de son secteur, celui-ci passant plusieurs mois sans visiter certains d'entre eux ; que par ailleurs, le peu de dynamisme de Monsieur X... dans son activité est également attesté par le fait que 37 des dépositaires de son secteur n'ont pas respecté en 2004 les quotas d'achat contractuellement convenus (120 à 130 pièces) dans le cadre des avenants signés par eux ; que ce défaut de respect des quotas a généré un manque à gagner pour la société LUXOTTICA de 122.628 € correspondant à 1539 montures non commandées ;

- des mauvaises relations entretenues avec le siège :

Qu'au cours de ces derniers mois. Monsieur X... a multiplié les courriers contestataires rendant toute collaboration avec son employeur inefficace et inconstructive au détriment de son activité de représentation ; que la Cour de Cassation a été amenée, à plusieurs reprises, à juger que la remise en cause de la politique de l'entreprise et le refus de suivre les instructions justifient le licenciement de l'intéressé : opposition totale des conceptions économiques et financières d'un responsable à celle de l'employeur (Cass. Soc. 06.11.1984), désaccord avec la politique commerciale et opposition à la hiérarchie (Cass. Soc. 16.01.1992), désaccord permanent du salarié avec la politique de l'entreprise (Cass. Soc. 27.02.2002) ; que l'esprit de contestation du demandeur (pièces 16-12 notamment), son opposition réitérée à la politique commerciale et à la hiérarchie (pièces 14-21-35) et son absence d'adhésion ont eu des incidences sur le bon fonctionnement de l'entreprise et justifient la procédure de licenciement mise en oeuvre ; qu'au vu de ce qui précède, la demande en annulation de l'avertissement du 23 février 2004 n'a pas lieu d'être ; que l'avertissement s'inscrit dans le cadre de l'opposition affichée par Monsieur X... à la politique sélective appliquée par la défenderesse ; que la défenderesse rappelle que par envoi du 21 novembre 2003, une fiche d'évaluation lui était adressée avec retour au 30 janvier 2004 ; que le 09 février 2004, le demandeur étant rappelé à l'ordre, ses fiches n'ayant toujours pas été retournées ; que la semaine suivante, Monsieur X... retournait 26 fiches d'évaluation remplies de manière identique, les 26 distributeurs étant pour 13 questions posées classées en B sans la moindre distinction ; que par ailleurs, 2 fiches étaient antidatées ; que pour la défenderesse. Monsieur X... a établi ces fiches sans visite préalable au dépositaire et à son magasin ; que Monsieur X... ne s'en défend pas vraiment et fournit pour seule explication qu'il est victime d'une mesure de rétorsion de la part de son employeur ;

1°) ALORS QUE le juge est tenu de rechercher la véritable cause de la sanction prononcée à l'encontre du salarié ; qu'en s'abstenant de rechercher, ainsi qu'elle y était invitée (concl. d'appel, p. 18) , si le grief énoncé dans l'avertissement du 23 février 2004 n'était pas qu'un prétexte et si en réalité cet avertissement n'était pas une réaction aux griefs énoncés par le salarié dans son courrier du 17 novembre 2003, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1333-1 du code du travail ;

2°) ALORS subsidiairement QUE le contrat de travail, en imposant au VRP de visiter régulièrement la clientèle, de respecter strictement les conditions de vente de la société, de veiller à l'exécution et au règlement des ordres passés par les clients, d'informer régulièrement la société notamment sur la solvabilité des clients, l'évolution et la situation du marché ainsi que l'activité de la concurrence, de rendre compte de son activité et de rédiger des rapports d'activité, ne lui faisait pas obligation d'évaluer les points de vente de la marque Chanel ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1135 du code civil ;

3°) ALORS QU'en affirmant que toutes les fiches d'évaluation de points de vente de la marque Chanel réalisés par Monsieur X... « contiennent exactement les mêmes appréciations, ce qui ne peut résulter que d'une volonté délibérée de les rendre inexploitable par l'employeur » la cour d'appel a statué par voie de pure affirmation et violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QU'en affirmant que Monsieur X... ne se défendait pas vraiment d'avoir établi les fiches d'évaluation de points de vente sans visite préalable au dépositaire et à son magasin, quand le salarié affirmait avoir réalisé « ce travail complémentaire (qui ne ressortit en rien du métier de VRP) consciencieusement, gratuitement et dans les délais » (concl. d'appel, p. 18, § 6), la cour d'appel a dénaturé les conclusions de l'exposant et violé l'article 4 du Code de procédure civile ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande en annulation des avenants des 7 et 12 décembre 2001 et du 10 juin 2002

AUX MOTIFS PROPRES QUE l'existence de manoeuvres dolosives de l'employeur déterminantes pour obtenir le consentement du salarié, n'est pas établie par ce dernier ; que Monsieur X... n'apporte pas la preuve de son allégation selon laquelle avant ou de façon concomitante à la conclusion de ces avenants, l'employeur lui aurait fait croire d'une manière mensongère à des perspectives d'augmentation des commissions à percevoir ; que le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande en annulation de ces avenants pour dol ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'employeur et le VRP peuvent toujours à l'initiative de l'une ou l'autre décider d'un commun accord d'apporter au contrat qui les lie des modifications plus ou moins importantes portant sur une ou plusieurs conditions d'activités ou de rémunération ; que ces modifications sont alors concrétisées par un avenant ; que c'est le cas en l'espèce pour les trois avenants qui sont aujourd'hui contestés mais qui en leur temps ont été négociés entre les parties et adoptés d'un commun accord ; qu'alors que ces avenants qui datent respectivement du 7 décembre 2001, du 12 décembre 2001 et du 10 juin 2002 ont été exécutés, il est soutenu aujourd'hui par le demandeur qu'il aurait été trompé ; que le dol ne se présument pas, il doit être prouvé ; que la charge de la preuve pèse sur celui qui se prévaut d'un vice du consentement ; que force est de constater que le demandeur ne démontrant aucune manoeuvre ou tromperie ou erreur a

signé en connaissance de cause lesdits avenants ; que d'ailleurs, ces avenants ont été avantageux pour Monsieur X... dans la mesure où son chiffre d'affaires et par conséquent son commissionnement a augmenté ; (...) qu'enfin si Monsieur X... a subi une baisse de sa rémunération en 2003, celui-ci a augmenté en 2004 (CA 2003 : 1.094.684 € ; CA 2004 : 1.109.414 €) ; (...) que l'indemnité de clientèle ne peut être appréciée que par rapport aux commissions CHANEL réelles payées soit s'il est tenu compte des deux dernières années (2003 : 137.332 €, 2004 : 121.604 €) soit 258.936 €;

1°) ALORS QUE les juges sont tenus d'examiner toutes les pièces produites par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'aux fins de démontrer les manoeuvres trompeuses et les pressions dont il avait fait l'objet avant la signature des avenants litigieux, Monsieur X... produisait notamment des lettres des 28 février et 25 mai 2004 et une attestation de Monsieur Y... ; qu'en s'abstenant d'examiner ces éléments de preuve, la cour d'appel a méconnu l'article 455 du code de procédure civile ;

2°) ALORS en outre QUE les juges du fond ne peuvent statuer par voie de motifs contradictoires ; qu'en affirmant que les avenants des 7 et 12 décembre 2001 et 10 juin 2002 avaient été avantageux pour Monsieur X... dans la mesure où son chiffre d'affaires et par conséquent son commissionnement avaient augmenté, quand elle a par ailleurs constaté que Monsieur X... avait subi une baisse de sa rémunération en 2003 (jugement, p. 10, § 6) puis que le montant de ses commissions était passé de 137.332 € en 2003 à 121.604 € en 2004 (jugement, p. 11, § 7), la cour d'appel s'est contredite, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR, après avoir déclaré sans objet la demande de Monsieur X... en résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de son employeur, confirmé le jugement en ce qu'il avait débouté le salarié de cette demande, avec toutes conséquences de droit

AUX MOTIFS QUE ce chef de demande ne figurait pas dans la demande déposée le 31 mars 2004 au greffe du Conseil de prud'hommes de Mulhouse par le salarié ; que ce dernier a sollicité la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur dans des conclusions écrites ultérieures reçues le 5 juillet 2004 au greffe du Conseil de prud'hommes ; que toutefois cette demande n'a été soutenue oralement qu'à l'audience de ce Conseil de prud'hommes du 31 mars 2005, l'avocat du salarié se référant expressément à ses conclusions déposées au greffe du conseil ; que dans une procédure orale, les écrits auxquels se réfère une partie ont nécessairement pour date celle de l'audience (cf. cass., com., 18 septembre 2007) ; qu'en conséquence, la demande en résiliation judiciaire a été formée devant le Conseil de prud'hommes de Mulhouse le 31 mars 2005, soit postérieurement au licenciement de Monsieur X... intervenu le 26 novembre 2004 ; qu'il s'ensuit que cette demande en résiliation judiciaire du contrat de travail est nécessairement sans objet ; que le jugement entrepris doit donc être infirmé en ce qu'il a débouté Monsieur X... de sa demande en résiliation judiciaire du contrat de travail ; que, statuant à nouveau à ce sujet, cette demande doit être déclarée sans objet ;

ALORS QUE la contradiction entre les motifs et le chef de dispositif équivaut à une absence de motifs ; que dans ses motifs, la cour d'appel a indiqué que le jugement entrepris devait être infirmé en ce qu'il avait débouté Monsieur X... de sa demande en résiliation judiciaire du contrat de travail et que statuant de nouveau à ce sujet, cette demande devait être déclarée sans objet ; qu'en confirmant cependant, dans son dispositif, le jugement en toutes ses dispositions et notamment donc en celle ayant rejeté au fond la demande de résiliation judiciaire, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré sans objet la demande de Monsieur X... en résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de son employeur et dit n'y avoir lieu à statuer sur cette demande,

AUX MOTIFS QUE ce chef de demande ne figurait pas dans la demande déposée le 31 mars 2004 au greffe du Conseil de prud'hommes de Mulhouse par le salarié ; que ce dernier a sollicité la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur dans des conclusions écrites ultérieures reçues le 5 juillet 2004 au greffe du Conseil de prud'hommes ; que toutefois cette demande n'a été soutenue oralement qu'à l'audience de ce Conseil de prud'hommes du 31 mars 2005, l'avocat du salarié se référant expressément à ses conclusions déposées au greffe du conseil ; que dans une procédure orale, les écrits auxquels se réfère une partie ont nécessairement pour date celle de l'audience (cf. cass., com., 18 septembre 2007) ; qu'en conséquence, la demande en résiliation judiciaire a été formée devant le Conseil de prud'hommes de Mulhouse le 31 mars 2005, soit postérieurement au licenciement de Monsieur X... intervenu le 26 novembre 2004 ; qu'il s'ensuit que cette demande en résiliation judiciaire du contrat de travail est nécessairement sans objet ; que le jugement entrepris doit donc être infirmé en ce qu'il a débouté Monsieur X... de sa demande en résiliation judiciaire du contrat de travail ; que, statuant à nouveau à ce sujet, cette demande doit être déclarée sans objet ;

1°) ALORS QUE lorsqu'un salarié a demandé la résiliation judiciaire de son contrat de travail et que son employeur le licencie ultérieurement, le juge doit d'abord rechercher si la demande de résiliation est justifiée, peu important que cette demande n'ait été oralement soutenue que postérieurement au licenciement ; que c'est seulement s'il ne l'estime pas fondée que le juge doit statuer sur le licenciement ; qu'en l'espèce, il résulte de l'arrêt que le salarié a sollicité la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur par un écrit reçu le 5 juillet 2004 au greffe du Conseil de prud'hommes, soit antérieurement au licenciement prononcé le 26 novembre 2004 ; qu'en déclarant cette demande sans objet au prétexte qu'elle n'avait été soutenue oralement qu'à l'audience du conseil de prud'hommes du 31 mars 2005, soit postérieurement au licenciement, la cour d'appel a violé l'article L. 1231-1 du code du travail ;

2°) ALORS QUE le juge ne peut modifier l'objet du litige, tel que déterminé par les conclusions des parties ; que l'employeur admettait lui-même que la cour d'appel devait s'interroger sur le caractère justifié ou non de la demande de résiliation judiciaire du

contrat de travail avant d'examiner le bien fondé du licenciement (concl. d'appel de la société Luxottica France, p. 8 et s.) ; qu'en déclarant néanmoins cette demande sans objet, la cour d'appel a modifié les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande tendant à voir juger son licenciement sans cause réelle et sérieuse, avec toutes conséquences de droit

AUX MOTIFS PROPRES QU'il y a lieu d'indiquer au préalable que si la demande du salarié tendant au prononcé de la résiliation judiciaire du contrat de travail postérieure au licenciement est nécessairement sans objet, pour l'appréciation du bien fondé du licenciement, il convient toutefois de prendre en considération les griefs invoqués par ledit salarié au soutien de sa demande en résiliation dès lors qu'ils sont de nature à avoir une influence sur cette appréciation ; que la réalité du grief de désaccord persistant sur la politique commerciale de l'entreprise est illustrée par les échanges de lettres et de courriers électroniques entre Monsieur X... et l'employeur qui révèlent que le salarié n'acceptait pas la politique restrictive de la Société Luxoticca en matière de maintien ou d'ouverture de points de vente de montures de lunette de la marque Chanel sélectionnés en fonction de critères qualitatifs rigoureux ; que la correspondance qu'il a adressée à l'employeur met en évidence qu'il aurait souhaité une politique commerciale expansionniste en matière d'ouverture de points de vente ; que de plus dans les lettres envoyées à l'employeur respectivement les 28 février, 2 mars et 25 mai 2004, il se montre particulièrement virulent son égard, déclarant qu'il entraverait son activité, l'aurait trompé, voire "berné" et qu'il serait déloyal ; que ces missives traduisent la dégradation des relations entre les parties et la disparition de toute confiance mutuelle indispensable au bon déroulement du contrat de travail ; que les critiques que Monsieur X... y formule dépasse la mesure qui peut être tolérée dans les relations entre un employeur et un salarié ; que de plus il ne peut se targuer de la mauvaise foi de l'employeur qui n'est pas démontrée en l'espèce ; qu'en effet le contrat de travail ne prévoyait pas que Monsieur X... soit associé à la définition de la politique commerciale de diffusion de la ligne de lunettes Chanel qui restait l'apanage exclusif de l'employeur ; que Monsieur X... n'a pas allégué et encore moins établi que, postérieurement à la conclusion du contrat de travail, la société Luxoticca France ait pris des engagements à son égard sur une politique d'accroissement du nombre des points de vente Chanel dans son secteur géographique ; qu'ainsi la réduction du nombre de points de vente de la marque Chanel ne constituait pas une modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur qui était libre de conduire une politique de distribution sélective de cette marque sans avoir à recueillir l'accord de son représentant ni même à le consulter ; que par ailleurs de la production des lettres et courriers électroniques échangés entre les sociétés Luxoticca et Chanel, il ressort que la politique de réseau commercial privilégiant la qualité des points de vente à leur expansion, était imposée par cette dernière qui estimait notamment que leur nombre était trop important en France ; qu'ainsi contrairement à ce qu'affirme Monsieur X... dans sa correspondance et les griefs qu'il a formulés à rencontre de l'employeur à l'appui de sa demande en résiliation judiciaire du contrat de bail, l'employeur n'a pas cherché à "entraver" sciemment son activité mais s'est plié aux exigences de sa cocontractante ; qu'au demeurant qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'employeur de perturber délibérément le

travail de son représentant qui ne pouvait que se traduire par une perte de chiffre d'affaires ; qu'il n'a pas plus conduit une politique arbitraire d'ouverture et de fermeture de points de vente mais a appliqué des critères stricts de sélection de ses partenaires commerciaux qu'il était en droit de conduire, aucun abus n'étant en outre démontré ; que d'autre part il ressort des pièces versées aux débats que Monsieur X... avait suivi des formations auprès de la société Chanel de sorte qu'il n'ignorait pas les critères sévères et restrictifs qui président à la commercialisation de produits de marque de luxe ; que la distribution sélective est le mode quasi-général de distribution des produits de luxe, ce qu'un professionnel ne peut ignorer ; que d'une manière générale des manquements de l'employeur à ses obligations contractuelles ne sont pas démontrés ; que le désaccord persistant du salarié sur la politique commerciale de l'employeur exprimé en des termes incompatibles avec la poursuite du lien contractuel, ne reposait donc pas sur des reproches légitimes ; qu'enfin les autres griefs invoqués par le salarié à l'appui de sa demande en résiliation judiciaire du contrat de travail, sont sans influence sur l'appréciation des propres griefs dont se prévaut l'employeur à l'appui de son licenciement ; qu'au vu de ce qui précède, le désaccord persistant du salarié sur la politique commerciale de l'employeur constituait à lui seul une cause réelle et sérieuse de licenciement ; que le jugement entrepris doit donc être confirmé en ce qu'il a débouté Monsieur X... de sa demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse;

AUX MOTIFS ADOPTES QUE le demandeur a été licencié par courrier du 26 novembre 2004 ; que ce courrier qui fixe les limites du litige fait état d'un désaccord profond et persistant sur la politique commerciale développée par LUXOTTICA sur les produits CHANEL, d'un désaccord ayant conduit à un désengagement professionnel du salarié se traduisant notamment par une mauvaise volonté dans l'application des directives du siège et par une activité professionnelle peu dynamique, enfin d'un désaccord à l'origine des mauvaises relations entretenues avec le siège ; qu'il est donc reproché à Monsieur X... un désaccord permanent avec la politique de l'entreprise ; que pour constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement, la mésentente doit reposer sur des éléments objectifs imputables au salarié et avoir une incidence sur le fonctionnement de l'entreprise ; qu'un désaccord profond et persistant sur la politique commerciale développée par la société LUXOTTICA sur les produits CHANEL résulte des courriers adressés par Monsieur X... lesquels démontrent une remise en cause des instructions de son employeur et une contestation de plus en plus croissante, Monsieur X... soutenant notamment que la politique commerciale mise en oeuvre par la société LUXOTTICA sur les produits CHANEL ne résulterait pas de directives de la Maison CHANEL mais serait la résultante de l'application de critères qualitatifs déterminés à sa seule initiative par son employeur ; que la société LUXOTTICA explique qu'elle met en application les critères de la Maison CHANEL, lesquels sont énumérés dans le contrat que chaque opticien signe, et veille au respect de ceux-ci par ses représentants par le biais de fiches d'évaluation ; que d'ailleurs, Monsieur X... a suivi plusieurs journées de formation au sein de la Maison CHANEL en ce sens (lors du lancement de la ligne CHANEL en janvier 2002) ; qu'il connaissait le contenu des contrats de distribution sélective qu'il faisait signer aux clients dépositaires ; que contre carrant la politique de la Maison CHANEL et les instructions de la société LUXOTTICA, Monsieur X... voulait développer les ventes en multipliant les dépositaires agréés sur son secteur ; qu'or il n'est pas maître de la politique commerciale à mener ; qu'un tel désaccord a, selon la défenderesse, eu des conséquences préjudiciables à l'activité de Monsieur X... dans la mesure où elle a généré :

- un désengagement professionnel lequel s'est traduit notamment par :

* une mauvaise volonté dans l'application des directives du siège ;

Que le refus de Monsieur X... de mettre en application les directives du siège a été manifeste :

- d'une part lors du retour des questionnaires d'audit, l'intéressé s'étant contenté de faire un "copier/coller" de l'ensemble des fiches rendant celles-ci inexploitable,

- et d'autre part, lors du retour tardif des avenants des dépositaires CHANEL pour l'exercice 2004, la société LUXOTTICA ayant été contrainte de le relancer, à plusieurs reprises, à ce sujet ;

* une activité professionnelle peu dynamique :

Qu'à plusieurs reprises, Monsieur X... a été rappelé à l'ordre, des négligences avérées étant constatées dans ses visites auprès des dépositaires de son secteur, celui-ci passant plusieurs mois sans visiter certains d'entre eux ; que par ailleurs, le peu de dynamisme de Monsieur X... dans son activité est également attesté par le fait que 37 des dépositaires de son secteur n'ont pas respecté en 2004 les quotas d'achat contractuellement convenus (120 à 130 pièces) dans le cadre des avenants signés par eux ; que ce défaut de respect des quotas a généré un manque à gagner pour la société LUXOTTICA de 122.628 € correspondant à 1539 montures non commandées ;

- des mauvaises relations entretenues avec le siège :

Qu'au cours de ces derniers mois. Monsieur X... a multiplié les courriers contestataires rendant toute collaboration avec son employeur inefficace et inconstructive au détriment de son activité de représentation ; que la Cour de Cassation a été amenée, à plusieurs reprises, à juger que la remise en cause de la politique de l'entreprise et le refus de suivre les instructions justifient le licenciement de l'intéressé : opposition totale des conceptions économiques et financières d'un responsable à celle de l'employeur (Cass. Soc. 06.11.1984), désaccord avec la politique commerciale et opposition à la hiérarchie (Cass. Soc. 16.01.1992), désaccord permanent du salarié avec la politique de l'entreprise (Cass. Soc. 27.02.2002) ; que l'esprit de contestation du demandeur (pièces 16-12 notamment), son opposition réitérée à la politique commerciale et à la hiérarchie (pièces 14-21-35) et son absence d'adhésion ont eu des incidences sur le bon fonctionnement de l'entreprise et justifient la procédure de licenciement mise en oeuvre ;

ET AUX MOTIFS à les supposer ADOPTES QUE Monsieur X... fait valoir essentiellement que la politique de distribution sélective appliquée sur les montures CHANEL résultant selon lui de la seule initiative de la société LUXOTTICA, a eu pour conséquence de porter atteinte à sa rémunération dans la mesure où des comptes de dépositaires de son secteur ont été fermés et que des distributeurs potentiels se sont vus refuser l'ouverture de comptes ; qu'or depuis octobre 1999, date de son lancement, la ligne de montures CHANEL est distribuée de manière très sélective au travers d'un réseau de distributeurs agréés qui doivent respecter des critères qualitatifs imposés par cette marque, laquelle entend préserver son image de haut standing et de luxe en mettant en oeuvre une politique de développement sur le long terme et non sur le court terme ; que depuis le début, ces critères spécifiques étaient clairement définis et étaient connus par chaque dépositaire agréé lequel signait un contrat avec la société LUXOTTICA précisant les

obligations des deux parties (Luxottica et l'Opticien) ; que c'est la raison pour laquelle, dès l'année 2000, la maison CHANEL imposait à la société LUXOTTICA un audit de l'ensemble des distributeurs agréés afin de contrôler le strict respect de ces critères qualitatifs : qualité du point de vente et de son personnel, potentiel commercial : respect du quota minimum d'achat annuel (120/150 pièces) et stock suffisant pour représenter la marque, mise en valeur de la marque, solidité financière ; que les 4 et 5 février 2002, l'ensemble des représentants CHANEL participait à deux journées de formation CHANEL au cours desquelles étaient abordés les points suivants : distribution sélective, audit de la distribution, gestion et utilisation du matériel publicitaire ; que chacun des représentants se voyait confier le soin d'auditer les dépositaires de son secteur afin de contrôler le respect des critères qualitatifs et déterminer un classement des distributeurs lequel conditionnait l'octroi du matériel publicitaire spécial (Colonne CHANEL : valeur 2.000 €) ; que dès 2002, un certain nombre de comptes de dépositaires CHANEL était résilié pour non respect du contrat de détaillant agréé ; que compte tenu de ces exigences, de tout temps, la société LUXOTTICA était amenée à surveiller le respect des critères qualitatifs imposés par la Maison CHANEL afin de préserver à la marque son image de haut standing et de luxe, ce contrôle conditionnant, par ailleurs, pour elle la poursuite de la licence CHANEL ; qu'or, Monsieur X... a au travers de ses courriers, manifesté une opposition de plus en plus affirmée à la mise en oeuvre de cette politique sélective (laquelle n'a jamais changé depuis le début), d'où l'avertissement du 23 février 2004 ;

1°) ALORS QUE le juge doit rechercher la véritable cause du licenciement ; qu'en l'espèce, le salarié soulignait que l'employeur avait supprimé clandestinement différents postes de travail dont le sien, et sollicitait qu'il soit jugé que le licenciement était intervenu en violation de la loi sur le licenciement économique (concl. d'appel, p. 18, 21 et 26) ; que la cour d'appel, qui n'a pourtant pas recherché si la véritable cause du licenciement n'était pas économique, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1235-1 du code du travail ;

2°) ALORS QUE constitue une modification du contrat de travail le fait pour l'employeur de mettre en place une politique de distribution sélective des produits confiés au VRP non prévue dans le contrat de ce dernier, dès lors qu'elle a une incidence sur sa rémunération ; qu'en l'espèce, Monsieur X... faisait valoir qu'il n'avait jamais été question à l'origine ou même dans les avenants d'une distribution sélective qui aurait été imposée par le client Chanel ni d'une limitation du nombre de clients sur son secteur, son contrat de travail lui confiant au contraire sans limite la prospection de la clientèle sur ledit secteur (concl. d'appel, p. 4, 6 et 7) ; qu'en affirmant que la réduction du nombre de points de vente de la marque Chanel ne constituait pas une modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur qui était libre de conduire une politique de distribution sélective de cette marque sans avoir à recueillir l'accord de son représentant ni même à le consulter, sans rechercher si ce mode de distribution susceptible d'avoir une incidence sur la rémunération du salarié avait été prévu dans le contrat de travail de Monsieur X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1235-1 du code du travail, ensemble l'article 1134 du code civil ;

3°) ALORS QUE les juges doivent préciser l'origine des renseignements de fait ayant servi à motiver leur décision ; qu'en l'espèce, le salarié faisait valoir que contrairement à ce qu'avait retenu le conseil de prud'hommes sur la seule foi des déclarations de l'employeur, il n'avait jamais été question à l'origine ou même dans les avenants d'une distribution

sélective ni d'une limitation du nombre de clients sur son secteur, son contrat de travail lui confiant au contraire sans limite la prospection de la clientèle sur ledit secteur (concl. d'appel, p. 4, 6 et 7) ; qu'à supposer que la cour d'appel ait adopté les motifs des premiers juges selon lesquels la politique de distribution sélective avait été mise en oeuvre depuis le début de la relation de travail, elle n'a pas précisé l'origine de ces renseignements et a, partant, violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE le salarié exposait que la non-réalisation des quotas de vente exigés des opticiens, ayant motivé la fermeture de nombreux comptes sur son secteur, était imputable à la société Luxottica France elle-même (concl. d'appel, p. 12 ; prod. 16 à 22) ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur ce point déterminant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1235-1 du code du travail ;

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande en paiement d'un rappel de commissions

AUX MOTIFS PROPRES QUE comme il l'a été indiqué cidessus, la Cour n'a pas à suppléer à la carence des parties dans l'administration de la preuve de sorte que la demande du salarié tendant à une expertise judiciaire dont l'objet serait de déterminer le montant des sommes qui lui reviennent, doit être rejetée ; qu'au vu des pièces versées aux débats par les parties, il n'est pas établi que le salarié n'ait pas été rempli de ses droits concernant son droit à commissions ; que d'autre part, qu'il ne pourrait obtenir le paiement des commissions qu'il prétend avoir perdues en raison de la politique commerciale malthusienne de l'employeur qu'à titre de dommages et intérêts et non en tant que telle ; qu'à cet égard l'employeur n'a commis aucune faute vis-à-vis du salarié dans l'exercice de sa politique commerciale ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'en contrepartie de ses services de représentant exclusif, Monsieur X... était rémunéré comme suit : une commission de 12 % mensuelle sur les affaires faites par son intermédiaire dans le secteur concédé, une surcommission de 2 % mensuelle constituant un versement anticipé sur l'indemnité de clientèle future qui pourrait éventuellement lui être due, une prime annuelle de 1 % sur le CA, toutes remises déduites, sous réserve de l'atteinte de l'objectif fixé pour le premier trimestre de l'année concernée ; que pour toutes les affaires traitées à d'autres conditions que celles généralement pratiquées (Groupements d'achats, centrales d'achats, franchisés, coopératives, etc...), il était convenu entre les parties que la Direction de la société LUXOTTICA se réservait l'exclusivité des négociations et accords ainsi que la fixation du taux de commissions ; qu'ainsi, pour ces clients particuliers, Monsieur X... bénéficiait d'un taux de commissionnement réduit, tel que par exemple 10 % pour OPTIC 2000, ce taux incluant les 2 % de la surcommission ; que de la même manière, pour les opticiens indépendants, la commission versée au VRP pouvait varier selon que la remise était supérieure ou non à 10 % ; (...) que Monsieur X... affirme que la société lui a fait perdre des commissions du fait des fermetures imposées unilatéralement par son employeur et réclame, sans fournir la moindre pièce une somme de 80.000 € à parfaire par voie d'expertise ; que sa demande ne saurait prospérer puisque ce Conseil a estimé que la

mise en oeuvre de la politique de distribution sélective imposée par la Maison CHANEL ne constitue pas une modification du contrat de travail du salarié ; qu'il est rappelé à cet égard qu'il n'a pas été démontré que la société défenderesse ait refusé à Monsieur X... d'ouvertures de compte, dès lors que les postulants remplissaient les critères qualitatifs CHANEL ; qu'avant juin 2004, Monsieur X... n'en avait d'ailleurs pas sollicité ; que les 4 ouvertures de compte sollicitées à compter de cette date ont été faites en octobre 2004, après vérification du respect des critères ; qu'enfin, si Monsieur X... a subi une baisse de sa rémunération en 2003, celui-ci a augmenté en 2004 (CA 2003 : 1.094.684 € ; CA 2004 : 1.109.414 €) ;

1°) ALORS QUE la cassation à intervenir sur le cinquième moyen emporteront, par voie de conséquence, l'annulation du chef de dispositif ayant rejeté la demande de rappel de commissions au motif de l'absence de modification du contrat de travail du VRP, par application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

2°) ALORS QU'il incombe à l'employeur d'établir qu'il a intégralement réglé le salaire dû ; qu'en outre, lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire ; qu'en l'espèce, indépendamment des commissions perdues du fait de la politique commerciale de l'employeur, le salarié faisait valoir qu'il était dans l'incapacité de vérifier qu'il avait bien perçu toutes les commissions qui lui étaient dues, la société LUXOTICCA ne lui ayant pas fourni les pièces nécessaires (concl. d'appel, p. 8, § 2, p. 14 avant-dernier § et p. 19) ; qu'en énonçant, pour débouter le salarié, qu'il n'était pas établi qu'il n'ait pas été rempli de ses droits concernant son droit à commissions, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et a violé l'article 1315 du code civil ;

3°) ALORS QU'est nulle la clause du contrat de travail donnant à l'employeur la possibilité de fixer unilatéralement le taux des commissions versées au VRP pour certaines affaires ; qu'il résulte de l'arrêt que le taux normal de commissionnement de Monsieur X... était contractuellement fixé à 14 % (12 % + 2 %), mais que pour toutes les affaires traitées à d'autres conditions que celles généralement pratiquées (Groupements d'achats, centrales d'achats, franchisés, coopératives, etc...), il était convenu entre les parties que la Direction de la société LUXOTTICA se réservait l'exclusivité des négociations et accords ainsi que la fixation du taux de commissions ; qu'en se fondant sur cette clause illicite en ce qu'elle permettait à l'employeur de fixer unilatéralement le taux des commissions pour les affaires traitées à d'autres conditions que celles généralement pratiquées, pour débouter le salarié de sa demande au titre des ventes effectuées auprès des magasins GADOL - OPTIC 2000, pour lesquelles il n'avait été commissionné qu'au taux de 10 % fixé unilatéralement par l'employeur, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

4°) ALORS QUE le salarié faisait également valoir que son employeur ne lui avait versé des commissions qu'au taux de 10 % au lieu du taux contractuellement prévu de 14 % en ce qui concerne les ventes effectuées auprès des magasins GADOL - OPTIC 2000 et que si l'employeur affirmait pour justifier cette différence que ces comptes avaient été traités par la direction avec des remises importantes, il n'en rapportait pas la preuve (concl. d'appel, p. 7, § 3 et 4 et p. 8, § 6 et s.) ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur ce point, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande en paiement de commissions de retour sur échantillonnage

AUX MOTIFS PROPRES QU'aux termes de l'article L.7313-11 du code du travail, "quelles que soient la cause" et la date de rupture du contrat de travail, le voyageur, représentant ou placier a droit, à titre de salaire, aux commissions et remises sur les ordres non encore transmis à la date de son départ, mais qui sont la suite directe des remises d'échantillon et des prix faits antérieurs à l'expiration du contrat ; que si l'activité accomplie par le représentant jusqu'à son terme et notamment pendant le préavis, a nécessairement généré des commandes qui ne se sont concrétisées qu'après son départ, les éléments produits par les parties ne permettent pas de liquider le montant de l'indemnité à laquelle il a droit à ce titre ; que comme il l'a été exposé ci-dessus, la Cour n'a pas à suppléer à la carence des parties dans l'administration de la preuve ; qu'il s'ensuit que le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il a débouté Monsieur X... de ce chef de demande ;

ET AUX MOTIFS à les supposer ADOPTES QUE le demandeur se contente de réclamer 55.000 € sans étayer sa demande à quelque titre que ce soit ; qu'il est de principe que le VRP a droit à titre de salaire aux commissions de retour sur échantillonnage ; qu'encore faut-il que les commandes parvenues à l'entreprise après le départ du VRP soient bien la suite directe de son activité antérieure ; qu'absolument aucun élément n'est produit à l'appui de cette prétention qui sera en conséquence purement et simplement rejetée ;

1°) ALORS QU'aux termes de l'article L. 7313-11 du code du travail, quelles que soient la cause et la date de rupture du contrat de travail, le VRP a droit, à titre de salaire, aux commissions et remises sur les ordres non encore transmis à la date de son départ, mais qui sont la suite directe des remises d'échantillon et des prix faits antérieurs à l'expiration du contrat ; que le calcul de cet élément de salaire dépendant d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que l'activité accomplie par le représentant jusqu'à son terme et notamment pendant le préavis, avait nécessairement généré des commandes qui ne se sont concrétisées qu'après son départ ; qu'en le déboutant cependant de sa demande à ce titre, au motif que les éléments produits ne permettaient pas de liquider le montant auquel le salarié avait droit à ce titre, la cour d'appel a fait peser le risque et la charge de la preuve sur le salarié, et violé l'article 1315 du code civil ;

2°) ALORS QUE le juge ne peut refuser de statuer en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que l'activité accomplie par le représentant jusqu'à son terme et notamment pendant le préavis, avait nécessairement généré des commandes qui ne se sont concrétisées qu'après son départ et a donc admis le bien fondé en son principe de la demande du salarié en paiement de commissions de retour sur échantillonnage ; qu'en le déboutant cependant de sa demande à ce titre au prétexte que les éléments produits ne permettaient pas de liquider le montant de « l'indemnité » à laquelle il avait droit, la cour d'appel a refusé d'évaluer le montant de la créance au titre des commissions de retour sur

échantillonnage dont elle avait admis l'existence, et a, partant, violé l'article 4 du code civil ;

HUITIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de sa demande tendant à voir ordonner une expertise et en paiement d'une indemnité de clientèle

AUX MOTIFS PROPRES QUE l'article L. 7313-13 alinéa 1 du code du travail dispose que : « En cas de rupture du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur, en l'absence de faute grave, le voyageur, représentant ou placier a droit à une indemnité pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par lui... » ; que l'article 5-1 du contrat de travail ayant lié les parties disposait que le salarié percevait une « surcommission » à valoir sur l'indemnité de clientèle due par l'employeur au salarié en cas de rupture de la convention ; que dans ces conditions la demande du salarié tendant à faire dire et juger que cette surcommission ne serait qu'un complément de salaire qui ne pourrait être imputé sur l'indemnité de clientèle est une dénaturation de la commune intention des parties exprimée sans équivoque ; que de plus cette surcommission est licite au regard des dispositions de l'article L. 7313-13 alinéa 2 du code du travail qui énonce « le montant de cette indemnité de clientèle tient compte des rémunérations spéciales accordées en cours de contrat pour le même objet... » ; qu'à ce titre, l'employeur justifie du paiement au salarié, au titre de la surcommission, d'une somme globale de 106.196 € entre 1999 et 2004, montant qui s'impute sur l'indemnité de clientèle ; que le salarié n'apporte pas la preuve qui lui incombe que la part qui lui revient dans le développement de la clientèle de l'entreprise pendant la période où il a travaillé pour elle ait généré un montant supérieur à 106.196 € au titre de l'indemnité de clientèle ; que c'est à bon droit que le premier juge a considéré qu'il avait été rempli de ses droits à ce titre ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE cette indemnité est destinée à réparer le préjudice causé au représentant par la perte pour l'avenir du bénéfice de la clientèle apportée, créée ou développée par lui ; qu'elle est due lorsque l'employeur est responsable de la rupture ; que Monsieur X... sollicite un montant de 200.000 € sous réserve d'expertise ; que force est de constater que Monsieur X... ne fournit aucun élément à l'appui de sa demande, il ne justifie pas qu'il remplit les conditions d'attribution d'une telle indemnité et ne produit aucun élément chiffré permettant d'apprécier comment il arrive à un montant de 200.000 € ; qu'or c'est au VRP d'établir qu'il a personnellement apporté, créé ou développé la clientèle (Cass. Soc. 12.01.2000) ; que si Monsieur X... ne fournit pas la moindre explication à sa demande quant à son bien fondé et à son quantum, le conseil dispose des pièces fournies par la société défenderesse ; que cette dernière explique et justifie que sur les 103 dépositaires au secteur exploité par Monsieur X..., 84 d'entre eux, soit 74 % étaient des clients LUXOTTICA avant même son engagement en octobre 1999 ; que son contrat de travail fait expressément référence au listing clients annexé à celui-ci ; qu'en conséquence Monsieur X... ne pourrait revendiquer une indemnité de clientèle que sur les 26 restant ; que la société LUXOTTICA allègue sans être contredite qu'elle a toujours participé au SILMO et qu'elle a globalement investi sur la période 2001 - 2004 une somme de 5.474.922 € ; que l'indemnité de clientèle ne peut être appréciée que par rapport aux commissions CHANEL réelles payées soit s'il est tenu compte des deux dernières années

(2003 : 137.332 €, 2004 : 121.604 €) soit 258.936 €; qu'il convient également de déduire 30 % correspondant aux frais professionnels ; qu'enfin, il convient de tenir compte des sommes perçues au titre de la surcommission de 2 % prévue au contrat de travail ; que certes, l'indemnité de clientèle ne peut pas être déterminée forfaitairement à l'avance et est nulle toute clause du contrat fixant à l'avance le montant de l'indemnité de clientèle ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ; que la surcommission allouée à Monsieur X... est claire et sans ambiguïté ; qu'elle n'a pas d'autre caractère et d'autre objet que de rémunérer les efforts du demandeur dans l'augmentation de la clientèle ; qu'elle doit donc être déduite de l'indemnité de clientèle (Cass. Soc. 25.06.1981) ; que depuis la date de son engagement en octobre 1999, au titre de cette surcommission qui constitue clairement un versement anticipé sur indemnité de clientèle future. Monsieur X... a perçu 106.196 € :

2004 22.295 €

2003 21.894€

2002 24.718 €

2001 20.835 €

2000 14.896 €

1999 1.558 € ;

Que la société défenderesse de solliciter dans le silence du demandeur à titre reconventionnel le remboursement des 2 % de surcommissions versées ; qu'au vu des éléments chiffrés produits par la défenderesse et non discutés par le demandeur, il apparaît qu'il n'est pas sérieusement contesté que le demandeur n'ait pas contribué à développer la clientèle ; que le conseil peut en conséquence évaluer souverainement le montant de l'indemnité en l'absence d'accord des parties ; qu'en considération du dossier, il estime que Monsieur X... est rempli de ses droits par le versement de la surcommission de 2 % ;

1°) ALORS QUE l'article 5.1 du contrat de travail stipule qu' « en rémunération de ses services le représentant percevra sur toutes les affaires faites par son intermédiaire dans le secteur concédé (...) une commission de 12 %, une surcommission de 2 % mensuelle constituant un versement anticipé sur l'indemnité de clientèle future qui pourrait être due à Monsieur Christophe X... en cas de rupture du présent contrat à l'initiative de LUXOTTICA ... » ; que le contrat de travail, qualifiant tour à tour la surcommission de rémunération des services puis d'avance sur indemnité de clientèle, était donc ambigu ; qu'en affirmant que cette stipulation était claire, et en refusant ainsi de l'interpréter, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2°) ALORS en tout état de cause QUE l'indemnité de clientèle a pour objet de réparer le préjudice causé au représentant par la perte de la clientèle qu'il avait créée, apportée ou développée au profit de son ancien employeur ; qu'en conséquence, ne peuvent être déduits de cette indemnité des salaires que le VRP a perçus pendant l'exécution de son contrat de travail, quelle que soit la qualification que leur donne le contrat ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 7313-13 du code du travail ;

Décision attaquée : Cour d'appel de Colmar , du 1 octobre 2009