

**Cour de cassation  
chambre sociale  
Audience publique du 30 novembre 2011  
N° de pourvoi: 09-43183 09-43184**

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Lacabarats (président), président**  
SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Vu leur connexité, joint les pourvois n°s Z 09-43. 183 et A 09-43184 ;

Attendu, selon les arrêts attaqués (Paris, 3 septembre 2009), que Mme X... et M. Y... ont été engagés par la société CFC expert (la société), en qualité de cadre commercial suivant contrat à durée indéterminée du 31 décembre 2003 ; que leur rémunération mensuelle était constituée d'une partie fixe et d'une partie variable comprenant des primes liées aux objectifs atteints mensuellement ainsi que des commissions fixées à 5 % du chiffre d'affaires encaissé et réalisé par la société pour tous les contrats signés par les salariés, calculées et versées par semestre ; qu'ils ont refusé la proposition de modification de leur rémunération qui leur avait été faite dans le cadre de la réorganisation du service commercial, intervenue suite à la cession de la société au groupe Alma consulting ; qu'après avoir décliné les offres de reclassement et adhéré à la convention de reclassement personnalisé, les salariés ont été licenciés pour motif économique le 22 mai 2006 ; qu'ils ont contesté le bien-fondé de leur licenciement devant la juridiction prud'homale qu'ils avaient antérieurement saisie aux fins de voir déclarer nulles les dispositions contractuelles relatives à la commission sur chiffres d'affaires ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal des salariés :

Attendu que les salariés font grief aux arrêts de les débouter de leur demande en nullité des articles 3-2-1 alinéa 3 et 3-2-3 alinéa 2 de leur contrat de travail et en paiement de commissions et de congés payés afférents alors selon le moyen :

1° que, selon le contrat de travail de Mme X... et de M. Y..., engagés en qualité de «commercial», l'un des éléments de leur rémunération était constitué par une prime calculée sur le chiffre d'affaires HT réalisé et encaissé par la Société pour tous les contrats signés par eux selon un pourcentage fixé à 5 % ; qu'il résulte de cette stipulation que le principe de cette rémunération, contrepartie de l'action des salariés ayant abouti à la signature du contrat, était acquis dès le moment de la signature ; qu'en estimant qu'était licite la stipulation selon laquelle en cas de rupture du contrat de travail, aucun élément de rémunération variable ne leur serait dû au titre du chiffre d'affaires encaissé après la date de leur départ et que tout élément de rémunération variable éventuellement dû serait définitivement soldé à ce moment, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2º qu'en estimant que la clause privant les salariés de toute commission sur les sommes encaissées postérieurement à leur départ au titre des contrats conclus par leurs soins, ne portait pas atteinte au principe de liberté du travail, au motif inopérant que la clause critiquée ne les aurait pas privés de primes dont le montant aurait été définitivement connu et d'ores et déjà acquis aux intéressés, mais le paiement seul différé, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil et l'article L. 1221-1 du code du travail ;

3º qu'en estimant que devait être appliquée la clause excluant le versement de la prime contractuelle de 5 % du chiffre d'affaires HT résultant des contrats conclus par eux, pour les encaissements réalisés postérieurement à la cessation des relations contractuelles, tout en déclarant que le licenciement des salariés était dépourvu de cause réelle et sérieuse, et tout en constatant que le licenciement avait pour véritable motif la volonté de l'employeur de revenir sur un système contractuel de rémunération variable des salariés jugé trop favorable par l'entreprise, ce dont il résultait que l'employeur avait fautivement empêché la réalisation de la condition de présence des salariés lors de l'encaissement des primes générées par les contrats conclus par eux, si bien que la prime était due, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

4º qu'en énonçant, pour dénier aux salariés un droit à commission, qu'ils ne pouvaient prétendre au versement d'une rémunération variable au titre des facturations opérées sur des contrats initialement conclus et suivis par leurs soins en faisant totalement abstraction de l'évolution par le truchement de tous les autres commerciaux, via, notamment, la signature par d'autres qu'eux-mêmes d'autant d'avenants à ces contrats, le jeu de leur tacite reconduction ou l'intervention de tous autres tiers afin de les voir prospérer, bien qu'il ressorte des stipulations contractuelles que le droit à commission des salariés résultait de la seule conclusion du contrat et qu'ils n'aient pas prétendu à être commissionnés sur d'éventuels avenants signés par d'autres commerciaux, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu, d'abord, que les clauses dites de bonne fin sont licites dès lors qu'elles ne privent le salarié que d'un droit éventuel et non d'un droit acquis au paiement d'une rémunération ; qu'ayant constaté que si les contrats avec leurs clients étaient initialement conclus par les salariés, leur évolution était ensuite le fait d'autres commerciaux ou d'interventions de tiers, les résultats positifs se traduisant par une facturation et un encaissement du chiffre d'affaires par la société CFC expert, la cour d'appel a pu décider que conformément à la clause contractuelle, les intéressés ne pouvaient prétendre au versement de commissions au delà de la cessation du contrat de travail ;

Attendu, ensuite, que le salarié, qui ne peut, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, réaliser et encaisser de chiffres d'affaires au titre des conventions qu'il a signées, a droit seulement à la réparation du préjudice qui en résulte pour lui ; que la cour d'appel a souverainement apprécié le montant des sommes dues aux salariés en réparation de leur préjudice ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen du pourvoi incident de la société CFC expert :

Attendu que la société fait grief aux arrêts de dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse et de la condamner au paiement de diverses sommes alors selon le moyen :

1<sup>o</sup> que l'existence d'une menace sur la compétitivité de l'entreprise de nature à justifier un licenciement économique ne suppose pas nécessairement l'existence d'éléments comptables ou financiers insatisfaisants ; qu'en écartant en l'espèce l'existence d'une cause économique de licenciement, pour en déduire que la véritable cause de licenciement était à rechercher dans la volonté d'améliorer la rentabilité, au prétexte que les chiffres d'affaires et bénéfices nets des exercices 2005, 2006 et 2007 de la société CFC expert et du groupe Alma consulting permettaient de constater de bons résultats, la cour d'appel a statué sur des motifs inopérants et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-3 du code du travail ;

2<sup>o</sup> que l'existence d'une cause économique de licenciement s'apprécie à l'époque où la rupture est envisagée ; qu'en écartant toute nécessité pour la société CFC expert de se prémunir contre les conséquences d'une éventuelle réforme du régime de la tarification des accidents du travail au prétexte qu'aucune réforme n'était intervenue au jour où elle statuait, quand il lui appartenait de dire si au jour de la rupture, l'employeur ne pouvait pas légitimement craindre qu'une réforme défavorable à son activité n'intervienne, la cour d'appel a violé l'article L.1233-3 du code du travail ;

3<sup>o</sup> qu'en affirmant péremptoirement que les projets de réforme auraient été de nature à induire la perspective de chiffres d'affaires supplémentaires pour l'employeur au motif inopérant que les projets militaient pour une tarification accrue, sans dire en quoi ils n'auraient pas été de nature à remettre en cause les méthodes de réduction des coûts mises en oeuvre par la société CFC expert, la cour d'appel a statué par un motif inopérant et privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-3 du code du travail ;

4<sup>o</sup> que les juges du fond doivent motiver leur décision et à ce titre préciser l'origine de leurs constatations ; qu'en affirmant péremptoirement que la société CFC expert aurait été leader dans son domaine d'activité et que son marché était en pleine expansion sans dire d'où il tirait un tel renseignement, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé, par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis et sans être tenue de s'expliquer sur ceux qu'elle a décidé d'écarter, que la modification imposée par la société CFC expert aux salariés était dictée par le désir d'augmenter les profits et celui de remettre en cause une situation acquise jugée trop favorable à ces derniers, la cour d'appel a, sans encourir les griefs du moyen, légalement justifié sa décision ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi incident de la société CFC expert :

Attendu que la société fait grief aux arrêts de la condamner à payer aux salariés une somme au titre de la priorité de réembauche alors selon le moyen :

1<sup>o</sup> que l'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé entraîne une rupture qui est réputée intervenir d'un commun accord ; que le salarié ayant accepté une convention de reclassement personnalisé ne peut prétendre bénéficier de la priorité de réembauchage réservée au salarié licencié pour motif économique ; qu'en affirmant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 1233-45 et L. 1233-67 du code du travail ;

2<sup>o</sup> que la mention erronée dans la lettre de licenciement du bénéficiaire d'une priorité de réembauchage pour un salarié ayant accepté une convention de reclassement personnalisée ne vaut engagement de l'employeur de lui en faire bénéficier

volontairement, ce d'autant moins que l'employeur a été informé de l'adhésion du salarié à la convention de reclassement personnalisé postérieurement à l'envoi de la lettre de licenciement ; qu'en relevant en l'espèce que la lettre de licenciement, expédiée quand l'employeur ignorait l'acceptation par la salariée d'une convention de reclassement personnalisé, mentionnait le bénéfice de la priorité de réembauchage pour retenir que la salariée pouvait en bénéficier, la cour d'appel s'est fondée sur un motif inopérant et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1233-67 du code du travail et de l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles L. 1233-3, L. 1233-45 et L. 1233-67 du code du travail que le salarié ayant adhéré à une convention de reclassement personnalisé bénéficie de la priorité de réembauche ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le second moyen du pourvoi principal des salariés et le troisième moyen du pourvoi incident n°Z 09-43.183 de la société CFC expert qui ne seraient pas de nature à permettre leur admission ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois tant principaux qu'incidents ;

Laisse à chaque partie la charge de ses propres dépens ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du trente novembre deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal n°Z 09-43.183 par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils pour Mme X....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Madame X... de sa demande en nullité des articles 3-2-1 alinéa 3 et 3-2-3 alinéa 2 de son contrat de travail, et de l'avoir déboutée de sa demande de paiement de commissions et de congés payés afférents ;

AUX MOTIFS QUE l'article 3.2 du contrat de travail de Mme X... a trait aux éléments de sa rémunération variable ; que l'article 3.2.3 alinéa 1er énonce : « Mme X... perçoit (le) versement d'une prime sur le chiffre d'affaires qui est calculée sur le chiffre d'affaires HT réalisé et encaissé par la société, pour tous les contrats signés par Mme X... et selon un pourcentage fixé à 5% » ; qu'il est constant qu'en dépit de son appellation de « prime », ce complément de rémunération s'entend bien plutôt du versement de commissions, dont le montant est contractuellement fixé à 5% du chiffre d'affaires HT qui sera réalisé et encaissé par la société, en exécution des contrats que Mme X... aura pu conclure auprès des clients de l'entreprise ; que, comme telles, ces commissions constituent assurément des éléments du salaire à revenir à Mme X..., en contrepartie du travail effectué par celle-ci ; qu'ainsi, trois conditions sont posées pour que la salariée perçoive effectivement cette « prime sur le chiffre d'affaires », à savoir l'obtention d'un contrat avec un client de la SA CFC EXPERT, l'encaissement par celle-ci des factures correspondantes, générant un

certain chiffre d'affaires, et la présence de Mme X... au sein de l'entreprise lors de cet encaissement du chiffre d'affaires, sur lequel est appliqué un pourcentage de 5%, constituant sa rémunération variable ; que Mme X... soutient que, si les deux premières conditions sont licites, il n'en va pas de même de la troisième, tenant l'exigence de sa présence lors de l'encaissement, au motif que la commission de 5% lui revenant lui serait acquise sitôt le contrat conclu avec un client de la société, qui générerait pour l'employeur l'obligation de lui verser la rémunération correspondante, dès l'instant qu'il a encaissé le chiffre d'affaires résultant de ce contrat ; que la salariée prétend en effet que seul le paiement de ce complément de salaire serait ainsi différé, puisqu'il n'aurait vocation à intervenir qu'après facturation et encaissement du chiffre d'affaires correspondant ;

QUE l'intéressée fait encore valoir que le contrat de travail prévoit, en son article 3.2.3 alinéa 2, que : « En cas de rupture du contrat, quel qu'en soit le moment ou la cause, cette prime sur chiffre à d'affaires sera calculée prorata temporis sur le chiffre d'affaires réalisé et encaissé, dans le cadre des actions sur la tarification accidents du travail, à la date du départ de Mme X..., ce qui soldera les droits du salarié de ce chef de rémunération » , tandis, par ailleurs, que l'article 3.2.1 alinéa 3 du même contrat de travail énonce : « En cas de rupture des relations contractuelles, aucun élément de rémunération variable ne sera dû à Mme X... du titre, selon les cas, des rendez-vous qualifiés pris ou des conventions signées ou des rendez-vous faits « nouveaux produits » ou du chiffre d'affaires encaissé après la date de son départ de la société. Dès lors, tout élément de rémunération variable éventuellement dû par la Société sera définitivement soldé au moment du départ du salarié » ;

QUE la condition de présence de la salariée parmi les effectifs de l'entreprise pour le paiement des droits à primes, constituant même une part variable de sa rémunération, n'est pas, en soi, illicite ; qu'il en est notamment ainsi lorsque la clause insérée en ce sens au contrat de travail stipule que la part variable de la rémunération ne sera versée à la salariée que si celle-ci est présente dans l'entreprise au moment où les conditions d'exigibilité des commissions sont remplies ; que, dès lors, l'ouverture d'un droit à rémunération variable peut être valablement soumis à une telle condition de présence ; qu'en l'espèce le droit au versement de la prime sur chiffre d'affaires ne procède pas de la signature du contrat avec le client, mais seulement de sa bonne fin, s'entendant, après suivi et assistance dans la phase de facturation et de recouvrement, "de la facturation et de l'encaissement du chiffre d'affaires ; qu'en effet, la circonstance que le droit à rémunération variable ne naisse en l'occurrence que de la bonne fin du contrat se soldant par la facturation et l'encaissement, s'explique par le mode de rémunération de la SA CFC EXPERT, dès lors que celle-ci n'intervient elle-même qu'au terme de l'exécution par la société d'une obligation de résultat, et selon l'application d'un barème en fonction du montant de la seule économie réalisée par le client ; qu'ainsi, la SA CFC EXPERT ne réclame pas de frais d'ouverture de dossier, mais ne se rémunère, en facturant ses prestations, qu'au vu des éventuelles économies réalisées par le client, et selon un pourcentage de celles-ci, alors qu'elle ne procède à l'inverse à aucune facturation et n'est donc pas elle-même rémunérée de ses prestations en l'absence de résultat en termes de réalisation d'économies ; qu'il se déduit de ce mode de rémunération que, contrairement aux allégations de la salariée, son propre droit à. rémunération variable ne résulte jamais lui-même que de la bonne fin du contrat, s'entendant de la réalisation d'économies pour le client, après rectification de son taux de cotisation accidents du travail et/ou maladies professionnelles ; que, dès lors, il ne s'agissait pas pour la SA CFC EXPERT de différer le paiement des droits de la salariée à sa rémunération variable, mais bien leur ouverture, rendant, par-là même, la condition de sa présence au sein de l'entreprise licite et légitime ;

QUE Mme X... critique encore les articles litigieux de son contrat de travail en indiquant qu'ils auraient en outre pour conséquence, en érigeant sa présence au sein de l'entreprise en condition du versement de la part variable de sa rémunération, d'attenter à sa liberté de mettre un terme à son contrat de travail ; que, toutefois, une telle argumentation est tout aussi vaine, dès l'instant qu'elle ne s'est nullement trouvée, en application de ces clauses de son contrat de travail, privée de primes dont le montant aurait été définitivement connu et, d'ores et déjà, acquis à l'intéressée, mais le paiement seul différé ; que les clauses querellées de son contrat de travail, étant par suite licites, n'ont pas lieu d'être annulées ni réputées non écrites, non plus que de lui être autrement jugées inopposables ;

QUE Mme X... fait à juste titre valoir que le véritable motif ayant en l'occurrence présidé, tant à la proposition de modification de son contrat de travail, puis, devant son refus de cette dernière, qu'à sa rupture par l'employeur, réside dans la volonté de celui-ci de revenir sur un système contractuel de rémunération variable de la salariée jugé trop favorable par l'entreprise ; que, toutefois, une réorganisation du régime des rémunérations, participant de la seule volonté de réaliser des économies, voire de bénéfiques plus importants, est exclusive car antinomique, de tout motif économique ; que, de même, le seul souci de l'employeur de revenir sur un dispositif de rémunération variable jugé par lui trop favorable à la salariée, afin d'en aligner le mode de rémunération sur celui en vigueur dans la Société absorbante ou telle autre entité du groupe auquel l'entreprise appartient, en vue d'en améliorer la rentabilité, n'a pas valeur de motif économique ;

QUE sur la demande en paiement des commissions, qu'en l'état de la licéité de la clause de présence stipulée au contrat de travail, et valablement érigée, pour les motifs qui précèdent, en condition de l'octroi du droit à commissions, et non seulement de leur paiement,- il est indifférent que la défaillance de cette condition n'ait certes été en l'espèce imputable qu'à l'employeur pour ne procéder que du licenciement de l'intéressée, fût-il même dénué de toute cause réelle et sérieuse ; qu'en effet, Mme X... ne saurait en toute hypothèse prétendre au versement d'une rémunération variable au titre des facturations opérées sur des contrats initialement conclus et suivis par ses soins, en faisant depuis lors totalement abstraction de leur évolution par le truchement de tous autres commerciaux, via, notamment, la signature par d'autres qu'elle-même, d'autant d'avenants à ces contrats, le jeu de leur tacite reconduction, ou l'intervention de tous autres tiers afin de les voir prospérer en les faisant, par leur entremise, aboutir à un résultat positif, se traduisant seul par une facturation et un encaissement par la SA CFC EXPERT ; qu'il apparaît ainsi que la salariée est restée étrangère à un tel résultat, n'était-ce, mais dès lors indifféremment, la signature initiale par ses soins des contrats originaires, n'ayant pu, depuis lors prospérer sans diverses interventions extérieures afin d'en poursuivre et mener à bien l'exécution, ni donc, en tout état de cause, lui valoir de continuer de percevoir, sans aucune limite dans le temps» autant de commissions, à due concurrence de 5% du montant du chiffre d'affaires facturé et encaissé par son ancien employeur ; que, dans ces conditions, l'appelante, ayant été remplie de tous ses droits à commissions pendant l'entière durée de son embauche, y compris, en dernier lien, lors de l'établissement de son solde de tout compte, par le versement effectif des commissions à lui revenir sur les facturations et encaissements réalisés jusqu'au 17 mai 2006, date d'effet de son licenciement, ensuite de son acceptation de la CRP, sans pouvoir être admise à prétendre au règlement postérieur de quelconques commissions au-delà de cette date, a été à juste titre déboutée de l'ensemble de ses demandes formulées en ce sens» comme étant infondées ;

ALORS, D'UNE PART, QUE, selon le contrat de travail de Madame X..., engagée en

qualité de « commercial », l'un des éléments de sa rémunération était constitué par une prime calculée sur le chiffre d'affaires HT réalisé et encaissé par la Société pour tous les contrats signés par elle selon un pourcentage fixé à 5% ; qu'il résulte de cette stipulation que le principe de cette rémunération, contrepartie de l'action de la salariée ayant abouti à la signature du contrat, était acquis dès le moment de la signature ; qu'en estimant qu'était licite la stipulation selon laquelle en cas de rupture du contrat de travail, aucun élément de rémunération variable ne lui serait dû au titre du chiffre d'affaires encaissé après la date de son départ et que tout élément de rémunération variable éventuellement dû serait définitivement soldé à ce moment, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'en estimant que la clause privant la salariée de toute commission sur les sommes encaissées postérieurement à son départ au titre des contrats conclus par ses soins, ne portait pas atteinte au principe de liberté du travail, au motif inopérant que la clause critiquée ne l'aurait pas privée de primes dont le montant aurait été définitivement connu et d'ores et déjà acquis à l'intéressée, mais le paiement seul différé, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil et l'article L.1221-1 du Code du travail ;

ALORS, DE TROISIÈME PART, QU'en estimant que devait être appliquée la clause excluant le versement de la prime contractuelle de 5% du chiffre d'affaires HT résultant des contrats conclus par elle, pour les encaissements réalisés postérieurement à la cessation des relations contractuelles, tout en déclarant que le licenciement de la salariée était dépourvu de cause réelle et sérieuse, et tout en constatant que le licenciement avait pour véritable motif la volonté de l'employeur de revenir sur un système contractuel de rémunération variable de la salariée jugé trop favorable par l'entreprise, ce dont il résultait que l'employeur avait fautivement empêché la réalisation de la condition de présence de la salariée lors de l'encaissement des primes générées par les contrats conclus par elle, si bien que la prime était due, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

ET ALORS, EGALEMENT, QU'en énonçant, pour dénier à la salariée un droit à commission, qu'elle ne pouvait prétendre au versement d'une rémunération variable au titre des facturations opérées sur des contrats initialement conclus et suivis par ses soins en faisant totalement abstraction de l'évolution par le truchement de tous les autres commerciaux, via, notamment, la signature par d'autres qu'elle-même d'autant d'avenants à ces contrats, le jeu de leur tacite reconduction ou l'intervention de tous autres tiers afin de les voir prospérer, bien qu'il ressorte des stipulations contractuelles que le droit à commission de la salariée résultait de la seule conclusion du contrat et qu'elle n'ait pas prétendu à être commissionnée sur d'éventuels avenants signés par d'autres commerciaux, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil.

## SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir limité à 50.000 € le montant des dommages et intérêts alloués à Madame X... pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

AUX MOTIFS QU'eu égard à l'âge (34 ans) de la salariée au jour de son licenciement, à l'ancienneté de quelque trois ans et onze mois qu'elle avait alors acquise au sein de l'entreprise, outre la justification de son indemnisation par l' ASSEDIC, à tout le moins sur la période de mai 2006 à janvier 2007, avant qu'elle ne retrouve un emploi à compter de janvier 2008, ainsi qu'au montant de son salaire brut mensuel, s'établissant à une valeur moyenne – en tant que telle incontestée – de 7.844,91 €, il convient, au visa de l'article L.122-14-4 alinéa 1er phrases 1 et 2, devenu L.1235-3, du Code du travail, d'arbitrer le

montant des dommages-intérêts à lui revenir à la somme de 50 000 €, nécessaire mais suffisante à lui assurer la réparation de son entier préjudice né de son licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

ALORS QUE dans ses conclusions, la salariée soutenait à titre subsidiaire que, dans l'hypothèse où il serait jugé qu'elle ne pouvait prétendre au versement de ses commissions sur chiffre d'affaires, les dommages et intérêts qui lui étaient dus devraient tenir compte des commissions par elle perdues du fait de l'employeur qui avait prononcé son licenciement afin de la priver des commissions ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur ce point, la Cour d'appel, a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS, D'AUTRE PART, ET PARTANT QUE la Cour d'appel, en tout état de cause, n'a pas donné de base légale à sa décision en regard de l'article L.1235-3 du Code du travail. Moyens produits au pourvoi incident n°Z 09-43.183 par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils pour la société CFC expert.

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision attaquée d'AVOIR dit le licenciement de Madame X... sans cause réelle et sérieuse et d'AVOIR condamné la société CFC EXPERT à lui payer 50.000 euros de dommages et intérêts outre une somme au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et à rembourser au Pôle Emploi les allocations chômage versées dans la limite de six mois ;

AUX MOTIFS QU'« aux termes de la lettre de licenciement, fixant les limites du litige, que la rupture du contrat de travail de Mme X... est exclusivement fondée sur un motif économique, ensemble pris de la nécessité, en l'état de difficultés économiques prévisibles, de procéder à une réorganisation de l'entreprise, passant par la modification de son régime de rémunération variable, au regard de ces nouvelles contraintes, puis de son refus de la proposition de modification de son contrat de travail formulée par l'employeur, au visa de l'article L 321-1-2, devenu L 1222-6, du Code du travail ; Considérant, aux termes de l'article L 321 -1 alinéa 1er, devenu L 1233-3, du Code du travail que : "Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié, résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques " ; Qu'il est également admis que repose encore sur une cause réelle et sérieuse le licenciement pour motif économique participant autrement de la nécessité de procéder par voie de réorganisation de l'entreprise afin d'en sauvegarder la compétitivité, "voire la pérennité, à la supposer menacée ; Considérant qu'il est de principe que l'adhésion par la salariée à la Convention de Reclassement Personnalisé (CRP) n'est pas de nature à la priver de la faculté de contester le motif économique de son licenciement ; Or considérant qu'il apparaît en l'espèce que le licenciement de Mme X... ne repose nullement sur une quelconque cause économique, en l'absence de toutes difficultés économiques consommées, d'ailleurs non évoquées, et pour cause, dès lors que la SA CFC EXPERT, première dans son secteur d'activité, connaissait alors, tout au contraire, une croissance exponentielle, jusqu'à afficher des performances financières exceptionnelles ; Qu'en effet, l'intimée, ayant réalisé un chiffre d'affaires de plus de 21000000 € en 2005, évoluait assurément dans un marché en pleine expansion, sur lequel elle occupait une position de leadership, que son rachat, fin 2005, par le Groupe ALMA CONSULTING ne faisait que renforcer encore ; Qu'ainsi, au 30 mars 2006, soit dans l'époque contemporaine du licenciement, la SA CFC EXPERT

avait réalisé un chiffre d'affaires de 7 600 000 €, contre un prévisionnel du premier trimestre 2006 de 5 600 000 € ; Que, sur l'entier exercice 2006, le chiffre d'affaires de la société devait atteindre quelque 26000000 €, au lieu de 21000000 € en 2005, puis, sur l'année 2007, 38000000 € ; Que, par ailleurs, le chiffre d'affaires du Groupe ALMA CONSULTING s'établissait, en 2006, aux alentours de 150000000 € ; Qu'au demeurant, la SA CFC EXPERT indiquait elle-même, en son courrier du 26 janvier 2006, contenant proposition à Mme X... de modification de son contrat de travail, en application de l'article L.321-1-2, devenu L.1222-6, du code du travail, que son rachat par ALMA CONSULTING GROUP allait lui permettre d'accroître significativement et rapidement ses performances commerciales, en évoquant alors des perspectives de croissance, dont elle affirmait encore qu'elles constituaient une opportunité unique dans son histoire ; Que l'absence de toutes difficultés économiques avérées et consommées est dès lors des plus patentes ; Considérant, s'agissant de la nécessité de procéder par voie de réorganisation de l'entreprise, en vue d'en sauvegarder la compétitivité, -voire la pérennité-, à la supposer menacée, que la SA CFC EXPERT se borne à faire état d'une incontournable réorganisation interne, et d'une indispensable harmonisation du système de rémunération variable de son personnel commercial Qu'il est pour autant de principe que la seule réorganisation de l'entreprise ne constitue nullement, en tant que telle, une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique, tant du moins qu'elle ne peut être expressément tenue pour nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité, -voire de sa pérennité-, et sauf à démontrer alors que celle-ci soit menacée, à tout le moins dans un avenir prévisible ; Que force est de constater que tel n'était nullement le cas en l'espèce, dès l'instant que la SA CFC EXPERT se positionnait, tout comme le GROUPE ALMA CONSULTING, en leaders dans leur domaine d'activité, sur un marché en pleine expansion ; Que, de surcroît, la SA CFC EXPERT ne peut être davantage admise à valablement invoquer une indispensable harmonisation du régime de rémunération variable de son personnel commercial avec celui en vigueur au sein du Groupe ALMA, d'autant que ces deux entités n'ont pas fusionné, mais conservé leur identité propre ; Que l'intimée ne saurait enfin plus utilement arguer d'une éventuelle réforme du régime de la tarification des accidents du travail et des maladies professionnelles, représentant, à l'en croire, la perspective de difficultés économiques prévisibles, susceptibles de mettre ses activités en péril, en se bornant à faire état de rapports, intervenus en novembre 2004 et février 2005, dès lors antérieurs de plus d'un an au licenciement, et n'ayant abouti, en l'état, à aucune réforme législative ; Qu'en effet, et comme le soutient encore à bon droit l'appelante, la réforme de la tarification AT/MP constitue un sujet récurrent, n'ayant toutefois jamais été mis à l'ordre du jour de l'Assemblée Nationale, et dont la SA CFC EXPERT est donc bien loin de pâtir, pour continuer à afficher d'excellents résultats ; Qu'au surplus, ces projets de réforme, militant en faveur d'une tarification accrue, seraient par suite bien plutôt de nature à induire pour la SA CFC EXPERT la perspective de chiffres d'affaires supplémentaires, qu'à en menacer l'activité ; Qu'il résulte ainsi de l'ensemble de ces éléments que l'intimée ne justifie de l'existence, même prévisible, au jour du licenciement, d'aucune menace pouvant peser sur sa compétitivité, et encore moins, sur sa pérennité, ou celles de son secteur d'activité, sa seule référence à de sérieuses difficultés économiques à venir restant donc inopérante à constituer une cause réelle et sérieuse au soutien du licenciement de Mme X... ; Considérant, bien plus, que Mme X... fait à juste titre valoir que le véritable motif ayant en l'occurrence présidé, tant à la proposition de modification de son contrat de travail, puis, devant son refus de cette dernière, qu'à sa rupture par l'employeur, réside dans la volonté de celui-ci de revenir sur un système contractuel de rémunération variable de la salariée jugé trop favorable par l'entreprise ; Que, toutefois, une réorganisation du régime des rémunérations, participant de la seule volonté de réaliser des économies, voire des bénéfices plus importants, est exclusive, car antinomique, de tout motif économique ; Que, de même, le seul souci de

l'employeur de revenir sur un dispositif de rémunération variable jugé par lui trop favorable à la salariée, afin d'en aligner le mode de rémunération sur celui en vigueur dans la société absorbante ou telle autre entité du groupe auquel l'entreprise appartient, en vue d'en améliorer la rentabilité, n'a pas valeur de motif économique ; Considérant que l'appelante ne peut en revanche soutenir qu'elle avait de surcroît, et par trois fois, finalement accepté la modification de son contrat de travail, en sorte que la SA CFC EXPERT serait d'autant moins fondée à prononcer son licenciement pour motif économique, ensuite de son refus de cette modification ; Qu'il s'évince en effet de l'ensemble de ses courriers des 22 février, 8 puis 28 mars 2006, que, si elle y avait certes indiqué accepter la modification proposée de son contrat de travail, elle ne l'avait toutefois jamais fait que sous la condition expresse que celle-ci opère rétroactivement, en exprimant le souhait qu'elle ne vaille que pour l'avenir, soit à compter du 13 mars 2006 ; Qu'en cet état, l'intimée est fondée à prétendre qu'une telle acceptation, assortie de réserves et autres conditions, devait en réalité s'analyser en un refus par la salariée de la modification proposée, dont il est d'ailleurs éloquentement pour preuve l'absence de signature par l'intéressée de l'avenant à son contrat de travail que, pour cause, du fait des réserves par elle émises, elle ne devait jamais régulariser ; Mais considérant que cette circonstance que la position adoptée par la salariée doive être tenue pour un refus de sa part de la modification de son contrat de travail, reste néanmoins indifférente, tant il est vrai que, faute pour celle-ci d'avoir pu se réclamer d'un quelconque motif économique, son refus ne pouvait davantage permettre à l'employeur de prononcer un licenciement pour un tel motif, étant dès lors tout aussi inexistant ; Considérant qu'il suit nécessairement de là, et sans qu'il y ait donc autrement lieu de rechercher plus avant si la SA CFC EXPERT avait par ailleurs satisfait ou non à son obligation de moyens renforcée en termes de reclassement de la salariée, que son licenciement se trouve inévitablement dénué de toute cause réelle et sérieuse, au seul visa de l'inexistence de tout motif économique, statuant dès lors à nouveau en ce sens après infirmation sur ce point du jugement entreprise » ;

1) ALORS QUE l'existence d'une menace sur la compétitivité de l'entreprise de nature à justifier un licenciement économique ne suppose pas nécessairement l'existence d'éléments comptables ou financiers insatisfaisants ; qu'en écartant en l'espèce l'existence d'une cause économique de licenciement, pour en déduire que la véritable cause de licenciement était à rechercher dans la volonté d'améliorer la rentabilité, au prétexte que les chiffres d'affaires et bénéfices nets des exercices 2005, 2006 et 2007 de la société CFC EXPERT et du groupe ALMA CONSULTING permettaient de constater de bons résultats, la Cour d'Appel a statué sur des motifs inopérants et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1233-3 du Code du travail ;

2) ALORS QUE l'existence d'une cause économique de licenciement s'apprécie à l'époque où la rupture est envisagée ; qu'en écartant toute nécessité pour la société SFS EXPERT de se prémunir contre les conséquences d'une éventuelle réforme du régime de la tarification des accidents du travail au prétexte qu'aucune réforme n'était intervenue au jour où elle statuait, quand il lui appartenait de dire si au jour de la rupture, l'employeur ne pouvait pas légitimement craindre qu'une réforme défavorable à son activité n'intervienne, la Cour d'Appel a violé l'article L.1233-3 du Code du travail ;

3) ALORS QU'en affirmant péremptoirement que les projets de réforme auraient été de nature à induire la perspective de chiffres d'affaires supplémentaires pour l'employeur au motif inopérant que les projets militaient pour une tarification accrue, sans dire en quoi ils n'auraient pas été de nature à remettre en cause les méthodes de réduction des coûts mises en oeuvre par la société CFC EXPERT, la Cour d'Appel a statué par un motif inopérant et privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1233-3 du Code du

travail ;

4) ALORS QUE les juges du fond doivent motiver leur décision et à ce titre préciser l'origine de leurs constatations ; qu'en affirmant péremptoirement que la société CFC EXPERT aurait été leader dans son domaine d'activité et que son marché était en pleine expansion sans dire d'où il tirait un tel renseignement, la Cour d'Appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision attaquée d'AVOIR condamné la société CFC EXPERT à payer à Madame X... une somme de 15689,82 euros au titre de la priorité de réembauchage ;

AUX MOTIFS QUE « pas plus qu'elle ne le prive du droit de contester son licenciement pour motif économique, l'adhésion de la salariée à la CRP ne lui interdit de faire valoir sa priorité de réembauchage, dont la faculté lui avait au demeurant été rappelée, en la lettre de licenciement, par la SA CFC EXPERT ; Qu'il est constant que, par LRAR du octobre 2006, Mme X... a donc régulièrement exprimé le souhait de bénéficier d'une priorité de réembauchage ; Que, par LRAR du 16 octobre 2006, l'employeur devait toutefois ensuite lui répondre, a tort, - et non d'ailleurs sans se contredire au regard des termes de la lettre de licenciement -, qu'elle ne pouvait être admise à faire valoir un tel droit, au motif alors erronément pris de son adhésion à la CRP, en l'état de laquelle la rupture était réputée intervenue du commun accord des parties ; Qu'il résulte en effet de l'article L321-1 alinéa 2, devenu L1233-1, du code du travail, que les dispositions de l'article L321-14, devenu L1233-45, du même code gouvernant la priorité de réembauchage, sont applicables à toute rupture du contrat de travail procédant d'une cause économique » ;

1) ALORS QUE l'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé entraîne une rupture qui est réputée intervenir d'un commun accord ; que le salarié ayant accepté une convention de reclassement personnalisé ne peut prétendre bénéficier de la priorité de réembauchage réservé au salarié licencié pour motif économique ; qu'en affirmant le contraire, la Cour d'Appel a violé les articles L.1233-45 et L.1233-67 du Code du travail ;

2) ALORS QUE la mention erronée dans la lettre de licenciement du bénéfice d'une priorité de réembauchage pour un salarié ayant accepté une convention de reclassement personnalisée ne vaut pas engagement de l'employeur de lui en faire bénéficier volontairement, ce d'autant moins que l'employeur a été informé de l'adhésion du salarié à la convention de reclassement personnalisé postérieurement à l'envoi de la lettre de licenciement ; qu'en relevant en l'espèce que la lettre de licenciement, expédiée quand l'employeur ignorait l'acceptation par la salariée d'une convention de reclassement personnalisé, mentionnait le bénéfice de la priorité de réembauchage pour retenir que la salariée pouvait en bénéficier, la Cour d'Appel s'est fondée sur un motif inopérant et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1233-67 du Code du travail et de l'article 1134 du Code civil.

#### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision attaquée d'AVOIR condamné la société CFC EXPERT à payer à Madame X... une somme de 10067,47 euros au titre de la clause de non concurrence ;

AUX MOTIFS QU'« aux termes d'une clause insérée, par avenant du 5 octobre 2005, en son contrat de travail, que Mme X... était soumise à une obligation de nonconurrence, assortie d'une contrepartie financière égale à 33,333 % de la moyenne des douze derniers mois de la rémunération globale annuelle, ou à 35 % de sa part fixe, selon le calcul le plus favorable à la salariée, et versée mensuellement ; Que la moyenne la plus favorable s'établissant en l'espèce à la somme de 7 844,91 €, la contrepartie financière s'élève donc à 2 876,43 €, congés payés inclus ; Que la SA CFC EXPERT devait toutefois s'abstenir de tout versement à compter du mois de février 2008, au motif que la salariée aurait alors cessé de respecter cette clause, depuis son embauche par la société EUROPEAN FISCAL EXPERTISE LTD ; Qu'il apparaît néanmoins, nonobstant toutes prétentions contraires de l'intimée, et au vu notamment de l'attestation délivrée par son nouvel employeur, que Mme X... n'a nullement cessé de se conformer à ses obligations ensuite de son embauche par cette société ; Qu'en effet, la clause de non-concurrence litigieuse est limitée aux sociétés exerçant une "activité de conseil en matière d'audit et de réduction des cotisations entreprises afférentes à la couverture des risques professionnels ", quand la société dont s'agit exerce une activité d'audit en matière fiscale, étrangère à celle de la SA CFC EXPERT, tant il n'est aucunement démontré, en l'état des éléments de la cause, en quoi elle viendrait même seulement la recouper ; Considérant, dans la mesure où il n'est ainsi en rien établi que la salariée ait méconnu ses obligations nées de cette clause de non-concurrence, que la CFC EXPERT sera condamnée à lui verser, à titre de complément d'indemnité, en contrepartie de cette clause, la somme de 10 067,47 €, au paiement de laquelle elle prétend légitimement, statuant à nouveau, après infirmation de ce chef de la décision déférée, l'intimée étant par-là même, déboutée de sa demande en paiement de toute pénalité au titre de la prétendue violation de cette même clause » ;

ALORS QUE les juges du fond sont tenus de motiver leur décision et à ce titre de viser et d'analyser les éléments de preuve versés aux débats ; qu'en l'espèce, l'exposante justifiait en cause d'appel, par la production de différentes pièces, du fait que le nouvel employeur de Madame X... avait son établissement en France à la même adresse que l'un de ses principaux concurrents, la société Grande Armée Conseil, et que le numéro SIRET figurant sur ses bulletins de paie comme sur son contrat de travail était celui d'une société FLE Ltd ayant le même dirigeant que la société Grande Armée Conseil ; qu'en omettant d'examiner ces éléments de preuve avant de juger que la preuve de la méconnaissance par la salariée de sa clause de non-concurrence n'était pas établie, la Cour d'Appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

Moyens produits au pourvoi principal n°A 09-43.184 par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils pour M. Y....

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Monsieur Y... de sa demande en nullité des articles 3-2-1 alinéa 3 et 3-2-3 alinéa 2 de son contrat de travail, et de l'avoir déboutée de sa demande de paiement de commissions et de congés payés afférents ;

AUX MOTIFS QUE l'article 3.2 du contrat de travail de M. Y... a trait aux éléments de sa rémunération variable ; que l'article 3.2.3 alinéa 1er énonce : « M. Y... perçoit (le) versement d'une prime sur le chiffre d'affaires qui est calculée sur le chiffre d'affaires HT réalisé et encaissé par la société, pour tous les contrats signés par M. Y... et selon un pourcentage fixé à 5% » ; qu'il est constant qu'en dépit de son appellation de « prime », ce complément de rémunération s'entend bien plutôt du versement de commissions, dont le montant est contractuellement fixé à 5% du chiffre d'affaires HT qui sera réalisé et encaissé par la société, en exécution des contrats que M. Y... aura pu conclure auprès

des clients de l'entreprise ; que, comme telles, ces commissions constituent assurément des éléments du salaire à revenir à M. Y..., en contrepartie du travail effectué par celle-ci ; qu'ainsi, trois conditions sont posées pour que le salarié perçoive effectivement cette « prime sur le chiffre d'affaires », à savoir l'obtention d'un contrat avec un client de la SA CFC EXPERT, l'encaissement par celle-ci des factures correspondantes, générant un certain chiffre d'affaires, et la présence de M. Y... au sein de l'entreprise lors de cet encaissement du chiffre d'affaires, sur lequel est appliqué un pourcentage de 5%, constituant sa rémunération variable ; que M. Y... soutient que, si les deux premières conditions sont licites, il n'en va pas de même de la troisième, tenant l'exigence de sa présence lors de l'encaissement, au motif que la commission de 5% lui revenant lui serait acquise sitôt le contrat conclu avec un client de la société, qui générerait pour l'employeur l'obligation de lui verser la rémunération correspondante, dès l'instant qu'il a encaissé le chiffre d'affaires résultant de ce contrat ; que le salarié prétend en effet que seul le paiement de ce complément de salaire serait ainsi différé, puisqu'il n'aurait vocation à intervenir qu'après facturation et encaissement du chiffre d'affaires correspondant ;

QUE l'intéressé fait encore valoir que le contrat de travail prévoit, en son article 3.2.3 alinéa 2, que : « En cas de rupture du contrat, quel qu'en soit le moment ou la cause, cette prime sur chiffre d'affaires sera calculée prorata temporis sur le chiffre d'affaires réalisé et encaissé, dans le cadre des actions sur la tarification accidents du travail, à la date du départ de M. Y..., ce qui soldera les droits du salarié de ce chef de rémunération » , tandis, par ailleurs, que l'article 3.2.1 alinéa 3 du même contrat de travail énonce : « En cas de rupture des relations contractuelles, aucun élément de rémunération variable ne sera dû à M. Y... du titre, selon les cas, des rendez-vous qualifiés pris ou des conventions signées ou des rendez-vous faits « nouveaux produits » ou du chiffre d'affaires encaissé après la date de son départ de la société. Dès lors, tout élément de rémunération variable éventuellement dû par la Société sera définitivement soldé au moment du départ du salarié » ;

QUE pour autant la condition de présence du salarié parmi les effectifs de l'entreprise pour le paiement des droits à primes, constituant même une part variable de sa rémunération, n'est pas, en soi, illicite ; qu'il en est notamment ainsi lorsque la clause insérée en ce sens au contrat de travail stipule que la part variable de la rémunération ne sera versée au salarié que si celui-ci est présent dans l'entreprise au moment où les conditions d'exigibilité des commissions sont remplies ; que, dès lors, l'ouverture d'un droit à rémunération variable peut être valablement soumis à une telle condition de présence ; qu'en l'espèce le droit au versement de la prime sur chiffre d'affaires ne procède pas de la signature du contrat avec le client, mais seulement de sa bonne fin, s'entendant, après suivi et assistance dans la phase de facturation et de recouvrement, "de la facturation et de l'encaissement du chiffre d'affaires ; qu'en effet, la circonstance que le droit à rémunération variable ne naisse en l'occurrence que de la bonne fin du contrat se soldant par la facturation et l'encaissement, s'explique par le mode de rémunération de la SA CFC EXPERT, dès lors que celle-ci n'intervient elle-même qu'au terme de l'exécution par la société d'une obligation de résultat, et selon l'application d'un barème en fonction du montant de la seule économie réalisée par le client ; qu'ainsi, la SA CFC EXPERT ne réclame pas de frais d'ouverture de dossier, mais ne se rémunère, en facturant ses prestations, qu'au vu des éventuelles économies réalisées par le client, et selon un pourcentage de celles-ci, alors qu'il ne procède à l'inverse à aucune facturation et n'est donc pas elle-même rémunérée de ses prestations en l'absence de résultat en termes de réalisation d'économies ; qu'il se déduit de ce mode de rémunération que, contrairement aux allégations du salarié, son propre droit à rémunération variable ne résulte jamais lui-même que de la bonne fin du contrat, s'entendant de la réalisation d'économies pour le

client, après rectification de son taux de cotisation accidents du travail et/ou maladies professionnelles ; que, dès lors, il ne s'agissait pas pour la SA CFC EXPERT de différer le paiement des droits du salarié à sa rémunération variable, mais bien leur ouverture, rendant, par-là même, la condition de sa présence au sein de l'entreprise licite et légitime ;

QUE M. Y... critique encore les articles litigieux de son contrat de travail en indiquant qu'ils auraient en outre pour conséquence, en érigeant sa présence au sein de l'entreprise en condition du versement de la part variable de sa rémunération, d'attenter à sa liberté de mettre un terme à son contrat de travail ; que, toutefois, une telle argumentation est tout aussi vaine, dès l'instant qu'il ne s'est nullement trouvé, en application de ces clauses de son contrat de travail, privé de primes dont le montant aurait été définitivement connu et, d'ores et déjà, acquis à l'intéressé, mais le paiement seul différé ; que les clauses querellées de son contrat de travail, étant par suite licites, n'ont pas lieu d'être annulées ni réputées non écrites, non plus que de lui être autrement jugées inopposables ;

QUE M. Y... fait à juste titre valoir que le véritable motif ayant en l'occurrence présidé, tant à la proposition de modification de son contrat de travail, puis, devant son refus de cette dernière, qu'à sa rupture par l'employeur, réside dans la volonté de celui-ci de revenir sur un système contractuel de rémunération variable du salarié jugé trop favorable par l'entreprise ; que, toutefois, une réorganisation du régime des rémunérations, participant de la seule volonté de réaliser des économies, voire de bénéfices plus importants, est exclusive car antinomique, de tout motif économique ; que, de même, le seul souci de l'employeur de revenir sur un dispositif de rémunération variable jugé par lui trop favorable au salarié, afin d'en aligner le mode de rémunération sur celui en vigueur dans la Société absorbante ou telle autre entité du groupe auquel l'entreprise appartient, en vue d'en améliorer la rentabilité, n'a pas valeur de motif économique ;

QUE sur la demande en paiement des commissions, qu'en l'état de la licéité de la clause de présence stipulée au contrat de travail, et valablement érigée, pour les motifs qui précèdent, en condition de l'octroi du droit à commissions, et non seulement de leur paiement,- il est indifférent que la défaillance de cette condition n'ait certes été en l'espèce imputable qu'à l'employeur pour ne procéder que du licenciement de l'intéressé, fût-il même dénué de toute cause réelle et sérieuse ; qu'en effet, M. Y... ne saurait en toute hypothèse prétendre au versement d'une rémunération variable au titre des facturations opérées sur des contrats initialement conclus et suivis par ses soins, en faisant depuis lors totalement abstraction de leur évolution par le truchement de tous autres commerciaux, via, notamment, la signature par d'autres que lui-même, d'autant d'avenants à ces contrats, le jeu de leur tacite reconduction, ou l'intervention de tous autres tiers afin de les voir prospérer en les faisant, par leur entremise, aboutir à un résultat positif, se traduisant seul par une facturation et un encaissement par la SA CFC EXPERT ; qu'il apparaît ainsi que le salarié est resté étranger à un tel résultat, n'était-ce, mais dès lors indifféremment, la signature initiale par ses soins des contrats originaires, n'ayant pu, depuis lors prospérer sans diverses interventions extérieures afin d'en poursuivre et mener à bien l'exécution, ni donc, en tout état de cause, lui valoir de continuer de percevoir, sans aucune limite dans le temps autant de commissions, à due concurrence de 5% du montant du chiffre d'affaires facturé et encaissé par son ancien employeur ; que, dans ces conditions, l'appelant, ayant été rempli de tous ses droits à commissions pendant l'entière durée de son embauche, y compris, en dernier lien, lors de l'établissement de son solde de tout compte, par le versement effectif des commissions à lui revenir sur les facturations et encaissements réalisés jusqu'au 17 mai 2006, date d'effet de son licenciement, ensuite de son acceptation de la CRP, sans pouvoir être admis à prétendre au règlement postérieur de quelconques commissions au-delà de cette date, a été à juste titre débouté

de l'ensemble de ses demandes formulées en ce sens comme étant infondées ;

ALORS, D'UNE PART, QUE, selon le contrat de travail de Monsieur Y..., engagé en qualité de « commercial », l'un des éléments de sa rémunération était constitué par une prime calculée sur le chiffre d'affaires HT réalisé et encaissé par la Société pour tous les contrats signés par lui selon un pourcentage fixé à 5% ; qu'il résulte de cette stipulation que le principe de cette rémunération, contrepartie de l'action du salarié ayant abouti à la signature du contrat, était acquis dès le moment de la signature ; qu'en estimant qu'était licite la stipulation selon laquelle en cas de rupture du contrat de travail, aucun élément de rémunération variable ne lui serait dû au titre du chiffre d'affaires encaissé après la date de son départ et que tout élément de rémunération variable éventuellement dû serait définitivement soldé à ce moment, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'en estimant que la clause privant le salarié de toute commission sur les sommes encaissées postérieurement à son départ au titre des contrats conclus par ses soins, ne portait pas atteinte au principe de liberté du travail, au motif inopérant que la clause critiquée ne l'aurait pas privé de primes dont le montant aurait été définitivement connu et d'ores et déjà acquis à l'intéressé, mais le paiement seul différé, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil et l'article L.1221-1 du Code du travail ;

ALORS, DE TROISIÈME PART, QU'en estimant que devait être appliquée la clause excluant le versement de la prime contractuelle de 5% du chiffre d'affaires HT résultant des contrats conclus par lui, pour les encaissements réalisés postérieurement à la cessation des relations contractuelles, tout en déclarant que le licenciement du salarié était dépourvu de cause réelle et sérieuse, et tout en constatant que le licenciement avait pour véritable motif la volonté de l'employeur de revenir sur un système contractuel de rémunération variable du salarié jugé trop favorable par l'entreprise, ce dont il résultait que l'employeur avait fautivement empêché la réalisation de la condition de présence du salarié lors de l'encaissement des primes générées par les contrats conclus par lui, si bien que la prime était due, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

ET ALORS, EGALEMENT, QU'en énonçant, pour dénier au salarié un droit à commission, qu'il ne pouvait prétendre au versement d'une rémunération variable au titre des facturations opérées sur des contrats initialement conclus et suivis par ses soins en faisant totalement abstraction de l'évolution par le truchement de tous les autres commerciaux, via, notamment, la signature par d'autres que lui-même d'autant d'avenants à ces contrats, le jeu de leur tacite reconduction ou l'intervention de tous autres tiers afin de les voir prospérer, bien qu'il ressorte des stipulations contractuelles que le droit à commission du salarié résultait de la seule conclusion du contrat et qu'il n'ait pas prétendu à être commissionné sur d'éventuels avenants signés par d'autres commerciaux, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil.

## SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir limité à 45.000 € le montant des dommages et intérêts alloués à Monsieur Y... pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

AUX MOTIFS QU'eu égard à l'âge (près de 32 ans) du salarié au jour de son licenciement, à l'ancienneté de quelque trois ans et neuf mois qu'il avait alors acquise au sein de l'entreprise, outre la justification de son indemnisation par l' ASSEDIC, à tout le moins sur la période de 18 mai 2006 au 14 mai 2008, ainsi qu'au montant de son salaire

brut mensuel, s'établissant à une valeur moyenne – en tant que telle incontestée – de 6.675,41 €, il convient, au visa de l'article L.122-14-4 alinéa 1er phrases 1 et 2, devenu L.1235-3, du Code du travail, d'arbitrer le montant des dommages-intérêts à lui revenir à la somme de 45.000 €, nécessaire mais suffisante à lui assurer la réparation de son entier préjudice né de son licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

ALORS QUE dans ses conclusions, le salarié soutenait à titre subsidiaire que, dans l'hypothèse où il serait jugé qu'il ne pouvait prétendre au versement de ses commissions sur chiffre d'affaires, les dommages et intérêts qui lui étaient dus devraient tenir compte des commissions par lui perdues du fait de l'employeur qui avait prononcé son licenciement afin de le priver des commissions ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur ce point, la Cour d'appel, a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS, D'AUTRE PART, ET PARTANT QUE la Cour d'appel, en tout état de cause, n'a pas donné de base légale à sa décision en regard de l'article L.1235-3 du Code du travail. Moyens produits au pourvoi incident n°A 09-43.184 par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils pour la société CFC expert.

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision attaquée d'AVOIR dit le licenciement de Monsieur Y... sans cause réelle et sérieuse et d'AVOIR condamné la société CFC EXPERT à lui payer 45.000 euros de dommages et intérêts outre une somme au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et à rembourser au Pôle Emploi les allocations chômage versées dans la limite de six mois ;

AUX MOTIFS QU'« aux termes de la lettre de licenciement, fixant les limites du litige, que la rupture du contrat de travail de M. Y... est exclusivement fondée sur un motif économique, ensemble pris de la nécessité, en l'état de difficultés économiques prévisibles, de procéder à une réorganisation de l'entreprise, passant par la modification de son régime de rémunération variable, au regard de ces nouvelles contraintes, puis de son refus de la proposition de modification de son contrat de travail formulée par l'employeur, au visa de l'article L 321-1-2, devenu L 1222-6, du code du travail ; Considérant, aux termes de l'article L 321-1 alinéa 1er, devenu L 1233-3, du code du travail que : "Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié, résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques" : Qu'il est également admis que repose encore sur une cause réelle et sérieuse le licenciement pour motif économique participant autrement de la nécessité de procéder par voie de réorganisation de l'entreprise afin d'en sauvegarder la compétitivité, - voire la pérennité-, à la supposer menacée ; considérant qu'il est de principe que l'adhésion par le salarié à la Convention de Reclassement Personnalisé (CRP) n'est pas de nature à le priver de la faculté de contester le motif économique de son licenciement ; Or considérant qu'il apparaît en l'espèce que le licenciement de M. Y... ne repose nullement sur une quelconque cause économique, en l'absence de toutes difficultés économiques consommées, d'ailleurs non évoquées, et pour cause, dès lors que la SA CFC EXPERT, première dans son secteur d'activité, connaissait alors, tout au contraire, une croissance exponentielle, jusqu'à afficher des performances financières exceptionnelles ; Qu'en effet, l'intimée, ayant réalisé un chiffre d'affaires de plus de 21000000 € en 2005, évoluait assurément dans un marché en pleine expansion, sur lequel elle occupait une position de leadership, que son rachat, fin 2005,

par le Groupe ALMA CONSULTING ne faisait que renforcer encore ; Qu'ainsi, au 30 mars 2006, soit dans l'époque contemporaine du licenciement, la SA CFC EXPERT avait réalisé un chiffre d'affaires de 7600000 €, contre un prévisionnel du premier trimestre 2006 de 5600000 € ; Que, sur l'entier exercice 2006, le chiffre d'affaires de la société devait atteindre quelque 26000000 €, au lieu de 21000000 € en 2005, puis, sur l'année 2007, 38000000 euros ; Que, par ailleurs, le chiffre d'affaires du Groupe ALMA CONSULTING s'établissait, en 2006, aux alentours de 150000000 € ; Qu'au demeurant, la SA CFC EXPERT indiquait elle-même, en son courrier du 26 janvier 2006, contenant proposition à M. Y... de modification de son contrat de travail, en application de l'article L 321-1-2, devenu L 1222-6, du code du travail, que son rachat par ALMA CONSULTING GROUP allait lui permettre d'accroître significativement et rapidement ses performances commerciales, en évoquant alors des perspectives de croissance, dont elle affirmait encore qu'elles constituaient une opportunité unique dans son histoire ; Que l'absence de toutes difficultés économiques avérées et consommées est dès lors des plus patentes ; Considérant, s'agissant de la nécessité de procéder par voie de réorganisation de l'entreprise, en vue d'en sauvegarder la compétitivité, -voire la pérennité-, à la supposer menacée, que la SA CFC EXPERT se borne à faire état d'une incontournable réorganisation interne, et d'une indispensable harmonisation du système de rémunération variable de son personnel commercial ; Qu'il est pour autant de principe que la seule réorganisation de l'entreprise ne constitue nullement, en tant que telle, une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique, tant du moins qu'elle ne peut être expressément tenue pour nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité, -voire de sa pérennité-, et sauf à démontrer alors que celle-ci soit menacée, à tout le moins dans un avenir prévisible ; Que force est de constater que tel n'était nullement le cas en l'espèce, dès l'instant que la SA CFC EXPERT se positionnait, tout comme le GROUPE ALMA CONSULTING, en leaders dans leur domaine d'activité, sur un marché en pleine expansion ; Que, de surcroît, la SA CFC EXPERT ne peut être davantage admise à valablement invoquer une indispensable harmonisation du régime de rémunération variable de son personnel commercial avec celui en vigueur au sein du Groupe ALMA, d'autant que ces deux entités n'ont pas fusionné, mais conservé leur identité propre ; Que l'intimée ne saurait enfin plus utilement arguer d'une éventuelle réforme du régime de la tarification des accidents du travail et des maladies professionnelles, représentant, à l'en croire, la perspective de difficultés économiques prévisibles, susceptibles de mettre ses activités en péril, en se bornant à faire état de rapports, intervenus en novembre 2004 et février 2005, dès lors antérieurs de plus d'un an au licenciement, et n'ayant abouti, en l'état, à aucune réforme législative ; Qu'en effet, et comme le soutient encore à bon droit l'appelant, la réforme de la tarification AT/MP constitue un sujet récurrent, n'ayant toutefois jamais été mis à l'ordre du jour de l'Assemblée Nationale, et dont la SA CFC EXPERT est donc bien loin de pâtir, pour continuer à afficher d'excellents résultats ; Qu'au surplus, ces projets de réforme, militant en faveur d'une tarification accrue, seraient par suite bien plutôt de nature à induire pour la SA CFC EXPERT la perspective de chiffres d'affaires supplémentaires, qu'à en menacer l'activité ; Qu'il résulte ainsi de l'ensemble de ces éléments que l'intimée ne justifie de l'existence, même prévisible, au jour du licenciement, d'aucune menace pouvant peser sur sa compétitivité, et encore moins, sur sa pérennité, ou celles de son secteur d'activité, sa seule référence à de sérieuses difficultés économiques à venir restant donc inopérante à constituer une cause réelle et sérieuse au soutien du licenciement de M. Y... ; Considérant, bien plus, que M. Y... fait à juste titre valoir que le véritable motif ayant en l'occurrence présidé, tant à la proposition de modification de son contrat de travail, puis, devant son refus de cette dernière, qu'à sa rupture par l'employeur, réside dans la volonté de celui-ci de revenir sur un système contractuel de rémunération variable du salarié jugé trop favorable par l'entreprise ; Que, toutefois, une réorganisation du régime des rémunérations, participant de la seule volonté

de réaliser des économies, voire des bénéfices plus importants, est exclusive, car antinomique, de tout motif économique ; Que, de même, le seul souci de l'employeur de revenir sur un dispositif de rémunération variable jugé par lui trop favorable au salarié, afin d'en aligner le mode de rémunération sur celui en vigueur dans la société absorbante ou telle autre entité du groupe auquel l'entreprise appartient, en vue d'en améliorer la rentabilité, n'a pas valeur de motif économique ; Considérant que l'appelant ne peut en revanche soutenir qu'il avait de surcroît, et par trois fois, finalement accepté la modification de son contrat de travail, en sorte que la SA CFC EXPERT serait d'autant moins fondée à prononcer son licenciement pour motif économique, ensuite de son refus de cette modification ; Qu'il s'évince en effet de l'ensemble de ses courriers des 22 février, 8 puis 28 mars 2006, que, s'il y avait certes indiqué accepter la modification proposée de son contrat de travail, il ne l'avait toutefois jamais fait que sous la condition expresse que celle-ci opère rétroactivement, en exprimant le souhait qu'elle ne vaille que pour l'avenir, soit à compter du 13 mars 2006 ; Qu'en cet état, l'intimée est fondée à prétendre qu'une telle acceptation, assortie de réserves et autres conditions, devait en réalité s'analyser en un refus par le salarié de la modification proposée, dont il est d'ailleurs éloquemment pour preuve l'absence de signature par l'intéressé de l'avenant à son contrat de travail que, pour cause, du fait des réserves par lui émises, il ne devait jamais régulariser ;

Mais considérant que cette circonstance que la position adoptée par le salarié doive être tenue pour un refus de sa part de la modification de son contrat de travail, reste néanmoins indifférente, tant il est vrai que, faute pour celle-ci d'avoir pu se réclamer d'un quelconque motif économique, son refus ne pouvait davantage permettre à l'employeur de prononcer un licenciement pour un tel motif, étant dès lors tout aussi inexistant ; Considérant qu'il suit nécessairement de là, et sans qu'il y ait donc autrement lieu de rechercher plus avant si la SA CFC EXPERT avait par ailleurs satisfait ou non à son obligation de moyens renforcée en termes de reclassement du salarié, que son licenciement se trouve inévitablement dénué de toute cause réelle et sérieuse, au seul visa de l'inexistence de tout motif économique, statuant dès lors à nouveau en ce sens après infirmation sur ce point du jugement entrepris » ;

1) ALORS QUE l'existence d'une menace sur la compétitivité de l'entreprise de nature à justifier un licenciement économique ne suppose pas nécessairement l'existence d'éléments comptables ou financiers insatisfaisants ; qu'en écartant en l'espèce l'existence d'une cause économique de licenciement, pour en déduire que la véritable cause de licenciement était à rechercher dans la volonté d'améliorer la rentabilité, au prétexte que les chiffres d'affaires et bénéfices nets des exercices 2005, 2006 et 2007 de la société CFC EXPERT et du groupe ALMA CONSULTING permettaient de constater de bons résultats, la Cour d'Appel a statué sur des motifs inopérants et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1233-3 du Code du travail ;

2) ALORS QUE l'existence d'une cause économique de licenciement s'apprécie à l'époque où la rupture est envisagée ; qu'en écartant toute nécessité pour la société SFS EXPERT de se prémunir contre les conséquences d'une éventuelle réforme du régime de la tarification des accidents du travail au prétexte qu'aucune réforme n'était intervenue au jour où elle statuait, quand il lui appartenait de dire si au jour de la rupture, l'employeur ne pouvait pas légitimement craindre qu'une réforme défavorable à son activité n'intervienne, la Cour d'Appel a violé l'article L.1233-3 du Code du travail ;

3) ALORS QU'en affirmant péremptoirement que les projets de réforme auraient été de nature à induire la perspective de chiffres d'affaires supplémentaires pour l'employeur au motif inopérant que les projets militaient pour une tarification accrue, sans dire en quoi ils

n'auraient pas été de nature à remettre en cause les méthodes de réduction des coûts mises en oeuvre par la société CFC EXPERT, la Cour d'Appel a statué par un motif inopérant et privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1233-3 du Code du travail ;

4) ALORS QUE les juges du fond doivent motiver leur décision et à ce titre préciser l'origine de leurs constatations ; qu'en affirmant péremptoirement que la société CFC EXPERT aurait été leader dans son domaine d'activité et que son marché était en pleine expansion sans dire d'où il tirait un tel renseignement, la Cour d'Appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à la décision attaquée d'AVOIR condamné la société CFC EXPERT à payer à Monsieur Y... une somme de 13350,82 euros au titre de la priorité de réembauchage ;

AUX MOTIFS QUE « pas plus qu'elle ne le prive du droit de contester son licenciement pour motif économique, l'adhésion du salarié à la CRP ne lui interdit de faire valoir sa priorité de réembauchage, dont la faculté lui avait au demeurant été rappelée, en la lettre de licenciement, par la SA CFC EXPERT ; Qu'il est constant que, par LRAR du octobre 2006, M. Y... a donc régulièrement exprimé le souhait de bénéficier d'une priorité de réembauchage ; Que, par LRAR du 16 octobre 2006, l'employeur devait toutefois ensuite lui répondre, à tort, -et non d'ailleurs sans se contredire au regard des termes de la lettre de licenciement-, qu'il ne pouvait être admis à faire valoir un tel droit, au motif alors erronément pris de son adhésion à la CRP, en l'état de laquelle la rupture était réputée intervenue du commun accord des parties ; Qu'il résulte en effet de l'article L 321-1 alinéa 2, devenu L 1233-1, du code du travail, que les dispositions de l'article L 321-14, devenu L 1233-45, du même code, gouvernant la priorité de réembauchage, sont applicables à toute rupture du contrat de travail procédant d'une cause économique ; Considérant, en cet état, que le jugement sera en revanche confirmé en ce qu'il a exactement condamné la SA CFC EXPERT à payer à M. Y... la somme de 13 350,82 €, à titre de dommages-intérêts, pour violation de son droit à la priorité de réembauchage dont il s'était valablement prévalu » ;

1) ALORS QUE l'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé entraîne une rupture qui est réputée intervenir d'un commun accord ; que le salarié ayant accepté une convention de reclassement personnalisé ne peut prétendre bénéficier de la priorité de réembauchage réservé au salarié licencié pour motif économique ; qu'en affirmant le contraire, la Cour d'Appel a violé les articles L.1233-45 et L.1233-67 du Code du travail ;

2) ALORS QUE la mention erronée dans la lettre de licenciement du bénéfice d'une priorité de réembauchage pour un salarié ayant accepté une convention de reclassement personnalisé ne vaut pas engagement de l'employeur de lui en faire bénéficier volontairement, ce d'autant moins que l'employeur a été informé de l'adhésion du salarié à la convention de reclassement personnalisé postérieurement à l'envoi de la lettre de licenciement ; qu'en relevant en l'espèce que la lettre de licenciement, expédiée quand l'employeur ignorait l'acceptation par le salarié d'une convention de reclassement personnalisé, mentionnait le bénéfice de la priorité de réembauchage pour retenir que le salarié pouvait en bénéficier, la Cour d'Appel s'est fondée sur un motif inopérant et a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.1233-67 du Code du travail et de l'article 1134 du Code civil.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Paris du 3 septembre 2009