

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 23 mars 2011**

**N° de pourvoi: 09-72733**

Non publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Béraud (conseiller le plus ancien faisant fonction de président), président**

SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Waquet, Farge et Hazan, 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..., engagé à compter du 22 novembre 1993 par la société Gan assurances vie, exerçait en dernier lieu les fonctions d'inspecteur chargé de mission et était investi de mandats représentatifs et syndicaux depuis 1997 ; que se plaignant que sa rémunération avait été modifiée sans son accord et qu'il avait été porté atteinte à l'exercice de son mandat syndical, il a saisi le conseil de prud'hommes le 29 mars 2007 d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat aux torts de l'employeur, puis a pris acte de la rupture du contrat le 30 juillet 2007 ;

Sur les premier et troisième moyens :

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

Sur le deuxième moyen, pris en sa seconde branche :

Vu l'article L. 2141-5 du code du travail ;

Attendu que, sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié ;

Attendu que pour écarter l'existence d'une discrimination syndicale au titre des manquements reprochés par le salarié à son employeur, l'arrêt retient que, même si les références aux activités syndicales et aux arrêts maladie du salarié peuvent prêter à confusion et sont inopportunes, il s'agit à l'évidence de la reprise des arguments de l'intéressé pour expliquer la baisse de son activité, qu'en tout état de cause, ces événements sont rappelés de façon objective, et non sous la forme d'un grief mais considérés comme insuffisants pour expliquer la baisse de ses résultats, que ces seuls documents ne sont pas de nature à établir la réalité et le sérieux de l'entrave syndicale alléguée par l'intéressé, alors que celui-ci exerce des fonctions représentatives depuis 1997 sans le moindre incident, qu'il a bénéficié d'une promotion à partir du 12 janvier 2000 et que l'auteur des documents est délégué du personnel et syndicaliste ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur la seconde branche du deuxième moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté M. X... de sa demande tendant à voir analyser la prise d'acte de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse, du fait de l'entrave apportée par l'employeur à l'exercice de son activité syndicale, l'arrêt rendu le 28 octobre 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; 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 Pau ;

Condamne la société Gan assurances vie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Gan assurances vie 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 vingt-trois mars deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat aux Conseils pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la prise d'acte d'Antoine X... s'analyse

en une démission et de l'avoir débouté de toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QU'il est constant qu'aucune modification de son contrat de travail ni même de ses conditions de travail ne peuvent être imposées à un salarié protégé par son employeur ; que toutefois en l'espèce, c'est à bon droit que le premier juge a retenu qu'un tel manquement ne pouvait être reproché à la société Gan assurances vie ; qu'en effet, la fonction d'Antoine X... consistait à rechercher et obtenir la souscription de contrats individuels et collectifs ainsi que de contrats d'adhésion aux institutions de retraite liées au Gan Vie et accomplir toutes les démarches utiles au maintien des contrats réalisés ; qu'il devait mettre en oeuvre tous les moyens nécessaires à la réalisation des objectifs de production, arrêtés en début d'exercice et déterminés, notamment, pour une répartition équilibrée entre les différentes catégories de contrats ; que la SA Gan assurances vie soutient sans être contredite sur ce point qu'en tout c'est une soixantaine de produits différents qui étaient alors disponibles à la commercialisation ; que par ailleurs la Cour constate, notamment au vu des courriers de l'inspecteur sous l'autorité duquel Monsieur X... exerçait ses fonctions, que les objectifs qui lui étaient fixés étaient répartis par postes de produits mais qu'il n'avait pas l'obligation de commercialiser un nombre déterminé de chacun des contrats existants ; qu'il s'évince d'ailleurs des mêmes documents que si les résultats globaux du salarié étaient supérieurs aux objectifs, il a plusieurs fois été rappelé à l'ordre pour certains déficits catégoriels ; que dans ce contexte, la seule obligation qui s'imposait à la SA Gan assurances vie était celle de mettre à la disposition de son salarié un panel suffisant de produits de qualité à l'intérieur de chaque poste lui permettant d'atteindre les objectifs impartis ; que l'appelant ne formule aucun grief à son employeur sur ce point ; qu'en revanche, le choix des produits et leurs caractéristiques, qui sont nécessairement évolutifs en fonction des fluctuations du marché et de la législation fiscale et sociale, appartient à la stratégie de l'organisation collective de l'entreprise et relève à ce titre exclusivement du pouvoir de direction de l'employeur sans faire partie du périmètre contractuel individuel du salarié ; qu'en conséquence, la décision de suspendre la commercialisation du contrat « dimension avenir entreprise II » ne constituait pas une modification des conditions de travail de Antoine X..., même si, pour des raisons qu'il n'explique pas, il privilégiait à titre personnel la commercialisation de ce produit ; que par ailleurs, c'est en vain que l'appelant prétend que la SA Gan assurances vie aurait fait preuve d'une légèreté blâmable en prenant cette décision de suspension conservatoire alors que celle-ci était consécutive à la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, modifiant les conditions d'exonération de charges sociales des cotisations employeurs aux régimes de retraite et de prévoyance, et que la SA assurances gan aurait au contraire mis en jeu sa responsabilité civile à l'égard de ses clients en poursuivant la commercialisation d'un produit dont elle ne pouvait garantir les conditions d'exonération fiscale et sociale ; qu'à cet égard, s'il est exact que par note diffusée le 20 octobre 2005, la SA Gan assurances a rouvert, sous certaines conditions, le contrat « dimension avenir entreprise II » à la vente, c'est uniquement parce qu'une circulaire ministérielle opposable aux Urssaf venait de paraître pour préciser les règles applicables pendant une période transitoire expirant le 30 juin 2008 ; qu'il résulte donc de ces constatations que loin de faire preuve de légèreté blâmable, la SA Gan Assurances vie a pris une décision de bonne gestion dans l'intérêt de ses clients et de l'entreprise ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE s'il existait une différence d'analyse quant aux conséquences de la loi Fillon sur les possibilités de commercialisation d'un produit, le Gan n'a pas modifié l'assiette de la rémunération de Monsieur X... en cessant la commercialisation d'un produit ; qu'en premier lieu, Monsieur X... raisonne

comme s'il était le seul à avoir fait face à cette modification alors qu'il s'agissait de la suspension générale de la commercialisation d'un produit ; que s'il ne partageait pas l'analyse de son employeur quant à la nécessité d'une telle suspension, il n'en demeure pas moins que ce dernier agissait dans le cadre de son pouvoir de direction et que la modification des produits à commercialiser relève de son initiative ; qu'en outre, il apparaît que cette suspension de commercialisation n'a pas eu les conséquences invoquées par lui sur sa rémunération ; qu'ainsi, alors qu'il soutient que c'est cet événement qui a entraîné la chute de ses commissions, il ne s'explique nullement sur le document produit par le Gan (pièce 24) d'où il ressort clairement que la baisse de ses commissions était très antérieure à la suspension de commercialisation ;

1°. ALORS QUE la mesure entraînant une baisse de la rémunération constitue une modification du contrat de travail ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt que la rémunération variable de Monsieur X... résultait principalement de la commercialisation de contrats de retraite dits « dimension avenir entreprise II » qui représentait 60% de sa production et 40% de sa rémunération totale ; que compte tenu de la structure de la rémunération du salarié, la décision de l'employeur de supprimer la commercialisation des contrats « dimension avenir entreprise II » a nécessairement entraîné une baisse de la rémunération du salarié liée à l'impossibilité de percevoir des commissions générées par la vente de ces produits ; qu'en jugeant néanmoins que le contrat de travail du salarié n'avait subi aucune modification, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

2°. ALORS QU' en écartant toute modification du contrat de travail sans examiner les courriers des 14 avril 2004 et 11 février 2005, pièces communiquées par le salarié sous les numéros 27 et 29, aux termes desquels l'employeur reconnaissait l'impact de sa décision sur les résultats, et partant, sur la rémunération du salarié, la Cour d'appel a privé sa décision de motifs en violation de l'article 455 du Code de procédure civile ;

3°. ALORS QUE la légitimité d'une décision de gestion de l'employeur ne rend pas pour autant et nécessairement légitime une modification unilatérale du contrat de travail induite par cette décision de gestion, et qu'il appartient à l'employeur, en cas de refus, par le salarié, de cette modification, d'en tirer toutes conséquences sur la poursuite ou la rupture du contrat ; qu'en légitimant une modification du contrat par la considération inopérante qu'elle serait la conséquence d'une décision de bonne gestion à l'égard des clients de l'entreprise, la Cour d'appel a violé les articles 1134 du Code civil, L.1221-1 et L.1233-3 du Code du travail ;

4°. ALORS QUE le salarié faisait valoir que depuis plusieurs années, il était spécialisé dans la vente des contrats de retraite « dimension avenir entreprise II », pour lesquels il avait fidélisé une clientèle importante et dont il était devenu, de l'aveu même du Gan, le meilleur représentant ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, d'où il résultait que nonobstant le fait que d'autres produits étaient disponibles à la commercialisation, la suppression brutale et unilatérale des contrats « dimension avenir entreprise II » avait mis le salarié dans l'impossibilité d'atteindre les objectifs qui lui étaient impartis et de compenser la perte de rémunération résultant de cette suppression, la Cour d'appel a privé sa décision de motifs en violation de l'article 455 du Code de procédure civile ;

5°. ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QU' aucun changement de ses conditions de travail ne peut être imposé à un salarié protégé ; que commet une faute justifiant la prise d'acte de la rupture du contrat de travail l'employeur qui impose à un salarié protégé un changement de ses conditions de travail ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt que la suppression de la commercialisation des contrats « dimension avenir entreprise II », qui a modifié les conditions de travail et de rémunération du salarié, a été imposée par l'employeur à Monsieur X... alors que ce dernier avait la qualité de salarié protégé ; qu'en écartant toute faute de l'employeur, au motif inopérant que cette mesure ne faisait pas partie du périmètre contractuel individuel du salarié, la Cour d'appel a violé les articles L.2411-1 et suivants du Code du travail.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir dit et jugé que la prise d'acte de Monsieur X... s'analyse en une démission et de l'avoir débouté de toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE sur l'atteinte au libre exercice des mandats de représentation, les éléments versés par Antoine X... à l'appui de ce grief, qui ont été retenus pour imputer la rupture aux torts de l'employeur, sont deux courriers adressés à l'appelant par son supérieur hiérarchique, Monsieur Nicolas Y..., pour matérialiser leurs entretiens sur l'activité de l'appelant pendant l'année précédente ; que ces courriers sont rédigés dans les termes suivants : - courrier du 13 février 2006 : « Monsieur, une année 2005 médiocre, sauf en collectives standards et en P.U. où les objectifs sont quasiment atteints. Ces résultats sont en partie dus au fait que vous n'avez pas pu travailler à 100% en fin d'année (arrêt de travail de 3 mois). D'autre part, votre implication dans la vie syndicale de notre entreprise est consommatrice d'une part non négligeable de votre temps. Pour 2006, et malgré un début d'année perturbé (1 mois d'arrêt de travail), la poursuite de vos engagements syndicaux (élections 2006 et négociations sur le métier de chargé de missions), je vous demande de tout mettre en oeuvre pour atteindre les objectifs que nous nous sommes fixés ... » ; - courrier du 7 février 2007 : « Monsieur, après une année 2005 médiocre, 2006, contrairement à vos possibilités et à votre expérience est catastrophique. Outre votre arrêt de travail pour maladie, tout à fait légitime, et en dehors de votre activité syndicale, votre activité auprès de vos clients et de vos A.G. n'a pas répondu à vos attentes. Pour 2007, une réaction s'impose. Même si au sein de votre secteur, certains A.G. ne collaborent pas comme nous en avons convenu, je vous rappelle que votre contrat de travail comporte des minima de production qui ne sont pas atteints. Cette situation ne saurait durer plus longtemps (...) » ; qu'il résulte des explications des parties que ces courriers matérialisaient le contenu de l'entretien annuel entre le salarié et son supérieur sur ses résultats ; que même si les références aux activités syndicales et aux arrêts maladie d'Antoine X... peuvent prêter à confusion et sont inopportunes, il s'agit à l'évidence de la reprise des arguments de l'intéressé pour expliquer la baisse de ses résultats ; qu'en tout état de cause, ces événements sont rappelés de façon objective et non sous la forme d'un grief mais considérés comme insuffisants pour expliquer la baisse des résultats ; que contrairement à ce qu'a retenu le conseil de prud'hommes, ces seuls courriers ne sont pas de nature à établir la réalité et le sérieux de l'entrave syndicale alléguée par Antoine X... alors que celui-ci exerce des fonctions représentatives depuis 1997 sans le moindre incident, qu'il a bénéficié d'une promotion à compter du 12 janvier 2000, et que Nicolas Y..., auteur des courriers litigieux, est d'ailleurs délégué du personnel et également syndicaliste ; qu'enfin, les documents nouveaux produits en cause d'appel

(pièces 53 à 60) qui sont afférents à des événements survenus à l'agence de Mérignac où Antoine X... n'a jamais été affecté, puisqu'il a uniquement exercé en Ariège et à Toulouse, ne sont pas non plus de nature à étayer la moindre atteinte aux mandats de l'appelant ; que c'est donc à tort que le Conseil de prud'hommes a imputé la rupture à la SA Gan Assurances vie ;

1°. ALORS QU' il ne résulte ni du courrier du 13 février 2006, ni de celui du 7 février 2007, qui ont été adressés par l'employeur au salarié, que la référence aux activités syndicales du salarié constituait la reprise des arguments de ce dernier pour expliquer la baisse de ses résultats ; qu'en énonçant le contraire, la Cour d'appel a méconnu le sens clair et précis de ces courriers, et violé l'article 1134 du Code civil ;

2°. ALORS QU' il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du salarié et que toute mesure contraire est abusive et donne lieu à des dommages intérêts ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt que dans deux comptes rendus d'évaluation annuelle du salarié, l'employeur a rattaché l'insuffisance des résultats de ce dernier à son implication dans la vie syndicale ; qu'en jugeant que ces courriers ne caractérisaient pas la discrimination syndicale alléguée par le salarié, la Cour d'appel a violé l'article L. 2141-5 du Code du travail.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir dit et jugé que l'allocation unique n'est plus en vigueur depuis le 1er juillet 2007 et d'avoir débouté Monsieur X... de toutes ses demandes ;

AUX MOTIFS QU'il est constant qu'à compter de l'année 2005, la SA GAN ASSURANCES VIE a engagé la refonte du métier de chargé de mission et entamé des négociations avec les organisations syndicales suite à la dénonciation des accords collectifs alors applicables dont celui définissant les conditions d'octroi de l'allocation unique ; qu'en sa qualité de délégué syndical, Antoine X... a participé à ce processus qui aboutissait à la conclusion d'un accord collectif de substitution le 16 mai 2007 applicable à compter du 1er juillet 2007 ; que compte tenu de son caractère collectif, ce nouvel accord s'applique donc à l'ensemble des chargés de missions y compris aux salariés protégés ; que l'article 12.5 dudit accord supprime trois gratifications versées antérieurement, l'allocation unique, l'indemnité de fin de fonction et l'allocation Reunica, mais les remplace par une prime dite prime forfaitaire de détachement ou de fin de fonction (PFD2F) ; que l'accord fixe les conditions de versement de cette prime et son calendrier qui dépend de la date à laquelle le salarié aura signé un avenant dont l'effet doit, au plus tard, être antérieur au 1er janvier 2008 ; qu'Antoine X... a pris acte de la rupture par lettre recommandée du 27 juillet 2007, et ne peut donc prétendre au bénéfice de l'allocation unique qui était supprimée depuis l'entrée en vigueur de l'accord, soit depuis le 1er juillet ; que n'ayant pas signé d'avenant avant son départ, il ne peut pas non plus prétendre à la PFD2F que d'ailleurs, il ne réclame pas ; que c'est donc à tort que le Conseil de prud'hommes a fait droit à sa demande en retenant de façon erronée que l'allocation unique était encore en vigueur à la date de la rupture ;

ALORS QUE l'accord collectif du 16 mai 2007 subordonne l'application des dispositions prévoyant la substitution d'une prime forfaitaire de fin de fonctions à l'allocation unique de rupture prévue par un accord collectif antérieur à la signature d'un avenant contractuel au plus tard le 30 novembre 2007, ce dont il résulte que jusqu'à cette date, les salariés non signataires d'un avenant bénéficiaient encore de cette allocation; qu'en l'espèce, le salarié, qui n'a pas signé d'avenant, a pris acte de la rupture de son contrat de travail le 27 juillet 2007, soit à une date où l'allocation unique de rupture était encore en vigueur, de sorte qu'il pouvait en réclamer le paiement ; qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé l'accord collectif précité.

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Toulouse du 28 octobre 2009