

Cour de cassation

Chambre sociale

Audience publique du 20 octobre 2015

N° de pourvoi: 14-17.473

ECLI:FR:CCASS:2015:SO01703

Publié au bulletin

Cassation partielle

M. Frouin (président), président

SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Spinosi et Sureau, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé par la société Kaufman et Broad, le 2 mai 2001, en qualité d'attaché commercial au sein de l'agence de Marseille, chargée de la vente de lots immobiliers dont la construction était mise en oeuvre par la société ; que sa rémunération comprenait une partie fixe et des commissions sur les ventes menées à terme ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail ainsi que le paiement de rappels de commissions ; qu'après avoir obtenu, par jugement du 18 avril 2012, la résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur, il a, au cours de la procédure d'appel, pris sa retraite le 1er juillet 2012 et demandé la requalification de son départ à la retraite en prise d'acte de la rupture de son contrat de travail ;

Sur le troisième moyen :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le premier moyen :

Vu les articles L. 1231-1 et L. 1237-9 du code du travail ;

Attendu que, pour rejeter la demande du salarié en requalification de son départ en retraite en une prise d'acte aux torts de l'employeur, l'arrêt retient que le départ à la retraite de M. X..., le 1er juillet 2012, alors qu'il avait obtenu la résiliation judiciaire de son contrat de travail par jugement du 18 avril 2012, n'était motivé que par son souhait de bénéficier d'une pension de retraite ; que dans ses conclusions reçues à la cour le 16 juillet 2013, il faisait toujours référence à la résiliation judiciaire de son contrat produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et n'a modifié son argumentation, faisant valoir que son départ en retraite constituait en réalité une prise d'acte en raison des manquements précédemment invoqués au soutien de sa demande de résiliation, qu'en novembre 2013 ;

Attendu cependant que le départ à la retraite du salarié est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail ; que lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de son départ à la retraite, remet en cause celui-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de son départ qu'à la date à laquelle il a été décidé, celui-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou dans le cas contraire d'un départ volontaire à la retraite ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que le salarié avait, préalablement à son départ en retraite, saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail en invoquant divers manquements imputables à son employeur, ce dont il résultait l'existence d'un différend rendant le départ en retraite équivoque, la cour d'appel qui devait l'analyser en une prise d'acte et rechercher si les manquements de l'employeur étaient suffisamment graves pour empêcher la poursuite du contrat de travail, a violé les textes susvisés ;

Et attendu que la cassation encourue sur ce premier moyen entraînera la censure du chef de l'arrêt relatif aux dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par les manquements de l'employeur ;

Et sur le deuxième moyen :

Vu l'article 1315 du code civil ;

Attendu que, lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire ;

Attendu que, pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'un rappel de commissions pour les ventes réalisées sur le secteur de Montpellier au cours de l'année 2008, l'arrêt énonce que le salarié ne fournit aucune précision sur les ventes en question pour permettre de vérifier le bien-fondé et le calcul de la demande ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartenait à l'employeur de justifier des ventes menées à terme sur le secteur d'activité du salarié pendant la période sur laquelle portait la réclamation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il déboute le salarié de ses demandes en paiement de rappels de commissions relatives à trente-deux ventes sur le programme des « villas du Pont-Royal » et à six ventes « reprises », l'arrêt rendu le 14 mars 2014, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur les autres points, 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 Nîmes ;

Condamne la société Kaufman et Broad aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Kaufman et Broad à payer à M. X... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt octobre deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la rupture des relations contractuelles était intervenue le 1er juillet 2012 lors du départ en retraite de Monsieur X..., d'AVOIR débouté Monsieur X... de ses demandes de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle ni sérieuse, d'indemnité de licenciement, d'indemnité de préavis ;

AUX MOTIFS QUE « Augusto X... a été engagé par le GIE KAUFMAN & BROAD le 2 mai 2001 en qualité d'attaché commercial au sein de l'agence de MARSEILLE. Le contrat était soumis à la convention collective de la promotion-construction. Augusto X... était chargé de la vente de lots immobiliers, appartements ou maisons individuelles, dont la construction était mise en oeuvre par le GIE KAUFMAN & BROAD, qui se réservait le droit de modifier les programmes d'affectation en fonction des impératifs de service, aucun

secteur de vente n'était défini, et la rémunération était composée d'un fixe et de commissions sur les ventes, dont l'attribution était développée à l'article 5 du contrat de travail. Au 1er janvier 2004, Augusto X... est devenu responsable des ventes prescripteur. Il a signé un avenant en date du 18 mars 2005 stipulant à son bénéfice un intéressement spécifique pour l'exercice 2005. Au 1er décembre 2006, il a été nommé directeur adjoint prescripteur sur le périmètre géographique d'intervention des agences de TOULON, MARSEILLE et MONTPELLIER. Un nouvel intéressement a été défini donnant lieu à la signature d'un avenant en date du 17 mars 2006. Le 1er janvier 2007, il est devenu directeur adjoint ventes extérieures, sur le même secteur géographique. Il a signé un avenant stipulant pour l'exercice 2007, un nouvel intéressement à hauteur de 400 € bruts sur chaque vente réalisée et concernant les lots de programmes qui lui seraient confiés. Le 21 janvier 2008, un nouvel avenant concernant l'intéressement pour l'exercice 2008 a été proposé à Monsieur X... qui a refusé de le signer au motif du contexte économique difficile, le nouveau directeur d'agence a présenté de nouvelles modalités pour l'intéressement majorant la prime d'objectif. Le 12 septembre 2008, Monsieur X... s'est ainsi vu proposer un nouvel avenant concernant l'intéressement, avenant par lequel le GIE entendait lui confier des lots de l'agence de Montpellier à compter du 1er septembre. Augusto X... a refusé de signer cet avenant. Le 3 novembre 2009, le médecin du travail a constaté une inaptitude temporaire de Augusto X... à son poste. Depuis le 6 novembre 2009 et jusqu'à ce qu'il liquide ses droits à la retraite le 1er juillet 2012, il a été en arrêt maladie et n'a pas repris son activité professionnelle. La moyenne des 12 derniers mois de salaire précédant son arrêt maladie (novembre 2008 à octobre 2009) s'élevait à la somme de 6 425,91 € bruts. Le 14 juin 2010, estimant que le GIE KAUFMAN & BROAD avait manqué à ses engagements contractuels, Augusto X... a saisi le conseil de prud'hommes de MARSEILLE pour demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur et réclamer le paiement des sommes dues. Par jugement en date du 8 avril 2012, le conseil de prud'hommes de MARSEILLE a constaté que Monsieur X... ne peut prétendre disposer d'un droit acquis sur l'ensemble des biens immobiliers et des lots attachés à certaines agences mais que l'intéressé avait vocation à travailler sur des programmes immobiliers définis dont la vente lui était affectée par le GIE KAUFMAN & BROAD; - considéré qu'en l'état du refus de Monsieur X... d'accepter l'évolution défavorable de certains paramètres de calcul de son commissionnement, il appartenait à l'employeur de respecter la situation antérieure ou d'emporter l'accord de l'intéressé sur d'autres bases de négociation ; - relevé que, sans rapport avec le refus de Monsieur X... de signer trois avenants, il a conclu le 28 août 2009 avec Monsieur Y... un accord relatif à une sur-commission concernant certains programmes clairement énumérés pour lesquels l'intéressé admet avoir perçu une commission unitaire normale de 350 €, et sans remettre en cause la charge de la preuve, il appartient au GIE KAUFMAN & BROAD de rapporter les éléments qu'il est le seul à détenir, sur lesquels il fonde sa contestation expresse touchant à l'aboutissement dans le délai utile des ventes dont il s'agit; - fait droit à la réclamation de Monsieur X... pour 13 ventes supplémentées à 350 soit une somme de 4 550 euros ainsi que 455 de congé payé incident ; - rejeté la réclamation de Monsieur X... qui sollicite le paiement de la prime d'objectif pour 2008 qui n'a pas accepté les propositions concernant cette période et reste, en conséquence, soumis aux conditions approuvées en 2007 pour un objectif de 250 ventes sans pouvoir revendiquer avec ses 170 opérations une prime pour laquelle il n'a pas atteint le seuil requis ; - remarqué que si la réalisation initiale des 32 ventes de villas du Pont Royal n'est pas contestée, Monsieur X... qui soutient que les seuls cas de non versement de la commission portent sur des hypothèses touchant la réservation, l'absence d'obtention ou l'annulation du permis de construire, et estime que sa rémunération lui est acquise, il fait cependant abstraction des termes de l'article V de son contrat de travail qui subordonnent à l'achèvement de la transaction par la signature de l'acte notarié, ainsi que la

transmission du bien, le droit définitif à commission, et qu'au regard de son. niveau hiérarchique, il ne pouvait ignorer que malgré le report de délai accordé, le client n'a pu parvenir à financer son projet et lever les conditions suspensives faisant obstacle au transfert de propriété qui n'a finalement pas eu lieu, qu'à défaut de cette formalité substantielle, la réclamation ne peut prospérer; - exerçant sa faculté d'appréciation contenue à l'article 12 du Code de procédure civile, il convient de donner acte au GIE KAUFMAN & BROAD du versement par chèque à la date de l'audience des sommes brutes de 23 000 € de rappel de commissions ainsi que 2 300 € de congé payé incident ; - estimé que les manquements constatés relèvent d'une gravité suffisante pour faire obstacle à la poursuite normale des relations de travail et justifier la résiliation judiciaire, à la date du jugement, du contrat de travail de Monsieur X... aux torts du GIE KAUFMAN & BROAD, produisant les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse; - rappelé que Monsieur X..., qui percevait les indemnités journalières de Sécurité Sociale et un dédommagement au titre du contrat de prévoyance souscrit par l'employeur, n'aurait manifestement pas été en mesure en raison de son état de santé d'accomplir le délai préfix de préavis dont la suspension pour maladie ne proroge pas le terme, le paiement de l'indemnité compensatrice de préavis avec congé payé incident qui n'a aucun caractère de sanction complémentaire, ne s'imposant en conséquence nullement à l'espèce; - calculé sur la base du dernier salaire significatif antérieur à la maladie de l'intéressé, pour la période des douze mois précédant la visite du 3 novembre 2009, la moyenne mensuelle brute de 6 425,91 €, le montant à la date du Jugement de l'indemnité de licenciement selon le barème d'un cinquième de mois jusqu'à cinq ans d'ancienneté, et d'un quart de mois à compter de la sixième année avec prorata de la dernière année incomplète, et de condamner le défendeur à verser de ce chef avec intérêt au taux légal à compter de la date de la demande, 15 931 €, - ordonné au GIE KAUFMAN & BROAD de procéder à partir de la date du jugement, à la liquidation de l'indemnité compensatrice correspondant au solde des congés payés qu'il peut rester devoir; - condamné le GIE KAUFMAN & BROAD au paiement des sommes suivantes à Monsieur X... : - 55 000 à défaut de justification d'un préjudice distinct, en dommages-intérêts sur le fondement des dispositions de l'article L.1235-3 du Code du travail, évalués souverainement pour l'ensemble de son préjudice en fonction du salaire et de l'ancienneté; - 1 000 € en vertu des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ; - débouté Monsieur X... de ses demandes autres ou plus amples; - dit que Monsieur X... ne justifie d'aucune circonstance caractérisant l'urgence qui imposerait d'assortir la présente décision de l'exécution provisoire en application des dispositions de l'article 515 du code de procédure civile ; - dit que le GIE KAUFMAN & BROAD supportera les dépens (...)

MOTIFS DE LA DECISION

Sur la rupture

Augusto X... qui a saisi le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur le 14 juin 2010, a fait valoir ses droits à la retraite le 1er juillet 2012. Lorsque, au moment où le juge statue sur une action du salarié tendant à la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts l'employeur, le contrat de travail a pris fin par la mise ou le départ à retraite du salarié sa demande de résiliation devient sans objet et les demandes y afférent irrecevables. Le salarié a seulement la faculté, si les griefs qu'il faisait valoir à l'encontre de l'employeur sont justifiés, de demander la réparation du préjudice en résultant. Il convient de relever que Augusto X..., satisfait de la résiliation judiciaire prononcée par le conseil de prud'hommes

n'a formé qu'un appel limité au quantum des sommes allouées et aux demandes relatives aux commissions dont il avait été débouté. Dans ses conclusions reçues à la cour le 16 juillet 2013, il faisait toujours référence à la résiliation judiciaire de son contrat de travail produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ce n'est qu'en réponse aux arguments de l'intimée relatifs à l'irrecevabilité de la demande de résiliation, que dans ses écritures responsives adressées en novembre 2013, il a modifié son argumentation, faisant valoir que son départ à la retraite constituait en réalité une prise d'acte de rupture de son contrat de travail en raison des graves manquements précédemment invoqués au soutien de sa demande de résiliation judiciaire. En application de l'article L.1237-10 du code du travail, le départ à la retraite est un mode de rupture du contrat de travail défini comme le fait, pour le salarié, de quitter volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de retraite. Augusto X... qui avait obtenu la résiliation judiciaire de son contrat de travail par décision du conseil de prud'hommes le 18 avril 2012, ne peut valablement soutenir que sa décision de départ à la retraite le 1er juillet 2012 serait équivoque, ce d'autant qu'il n'a fait valoir cet argument que plus d'un an après. Doit en conséquence être considéré que les relations contractuelles ont cessées le 1er juillet 2012 par le départ à la retraite de Augusto X... de sorte que ce dernier doit être débouté de ses demandes relatives à un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dès lors, il convient d'examiner si les griefs que Augusto X... faisait valoir à l'encontre de l'employeur sont justifiés, et de fixer, le cas échéant, la réparation du préjudice en résultant.

Sur les griefs invoqués à l'encontre de l'employeur

Sur la violation du GIE KAUFMAN & BROAD de ses obligations contractuelles au titre de la rémunération complémentaire

C'est en reconnaissant l'existence d'une erreur comptable dans les modalités de calcul des commissions versées à Monsieur X... au titre des années 2008 et 2009, que le OIE KAUFMAN & BROAD a accepté de verser au salarié le jour de l'audience de première instance en 2012 un rappel sur ces commissions conformément à l'avenant de 2007 à hauteur de 25 300 € bruts (23 000 € au titre du rappel des commissions, outre 2 300 € au titre des congés payés y afférents).

Le jugement sera confirmé en ce qu'il a donné acte au GIE du versement de cette somme. C'est à bon droit que les premiers juges ont relevé que cette "erreur" commise dans l'élaboration de commission du salarié au cours des années 2008 et 2009, pour des montants particulièrement significatifs constituait un grave manquement du GIE KAUFMAN & BROAD ;

(...);

Sur la régularisation de l'intéressement au titre des ventes « code rouge »

Si Augusto X... n'a pas signé l'avenant de commissions pour 2009, il a toutefois ratifié une note interne relative aux conditions de commissionnement : dans ce document est listée une série de programmes pour lesquels il est convenu d'une sur-commission de euros ; contrairement aux ventes revendiquées sur MONTPELLIER, M. X... a communiqué la liste des programmes concernés, le nom des clients ainsi que la date de signature des actes notariés. Le GIE KAUFMAN & BROAD, n'apporte aucun élément pour justifier que ces

ventes n'auraient pas été réalisées, de sorte que c'est bon droit que le conseil de prud'hommes a fait droit à la demande de ce chef

Sur la régularisation de la prime sur objectif au titre de 2008

En septembre 2008, Augusto X... qui a réalisé 170 ventes sur l'année et perçu une prime de 3 000 €, revendique la somme de 9 000 €. Les premiers juges retenant l'analyse du GIE KAUFMAN & BROAD, ont considéré que Augusto X... qui "sollicite le paiement de sa prime d'objectif pour 2008 et n'a pas accepté les propositions concernant cette période, reste en conséquence soumis aux conditions approuvées, en 2007 pour un objectif de 250 ventes et ne peut revendiquer avec ses 170 opérations, une prime sur laquelle il n'a pas atteint le seuil requis". Il est constant que le salarié n'a pas signé les avenants relatifs à l'intéressement pour l'année 2008. Le seul document signé par lui concerne l'exercice 2007 dans lequel est indiqué que "Les objectifs de ventes avec les prescripteurs pour l'exercice 2007 s'élèvent à 250 vente pour la Région KB Méditerranée. (TOULON, MARSEILLE, MONTPELLIER). De plus vous bénéficierez de primes d'objectifs dont le montant annuel à objectifs atteints est de 6.000 e Les montants et les modalités de ces primes d'objectifs dont le plafond est fixé à 9.000 e vous seront fixés par votre Direction." Augusto X... ne rapporte pas la preuve de son affirmation selon laquelle, en 2008, compte tenu de la suppression des secteurs géographiques de MONTPELLIER et de TOULON, M. Z... s'était engagé à lui verser une prime sur objectif 2008 d'un montant de 9.000 € dès lors que l'objectif de 160 ventes serait réalisé. Le GIE KAUFMAN & BROAD n'a toutefois jamais communiqué au salarié le montant et les modalités des primes d'objectifs mentionnés dans les différents avenants. En outre, l'objectif de 250 ventes fixé en 2007, concerne la région KB Méditerranée laquelle comprend les agences de TOULON, MARSEILLE et MONTPELLIER, alors qu'à compter de 2008, Augusto X... n'a plus travaillé que sur le secteur géographique réduit de MARSEILLE de sorte que l'objectif de 250 ventes ne peut plus être retenu. Dans ces conditions, faut d'objectifs clairement définis, il devra être fait droit à la demande de Augusto X... de ce chef 6000 € d'intéressement et 600 € de congés payés sur intéressement.

Sur la modification unilatérale du contrat de travail relative aux secteurs géographiques

Le contrat de travail de Augusto X... ne fait mention d'aucun secteur géographique d'intervention, indiquant seulement "Pendant toute la durée de votre contrat, vous serez affecté sur des muid-programmes à MARSEILLE, étant entendu que ces programmes d'affectation pourront être modifiés par nous en fonction des impératifs de service" ce qui permet au GIE KAUFMAN & BROAD d'affirmer que le salarié ne pouvait revendiquer aucune zone géographique d'intervention.

Il n'en demeure pas moins que dans une note d'organisation du 16 avril 2007 du directeur régional commercial est indiqué "J'ai le plaisir de vous annoncer la nomination de Monsieur Augusto X..., en qualité de Directeur Adjoint Prescripteurs, Attaché à la Direction Commerciale, à dater du 1er décembre 2006. Son Périmètre d'intervention concerne les agences de TOULON, MARSEILLE ET MONTPELLIER." C'est sur cette base que le GIE KAUFMAN & BROAD et Augusto X... ont ratifié l'accord d'intéressement allant du 1er décembre 2006 au 30 novembre 2007. Les accords d'intéressement ultérieurs que Augusto X... a refusé de signer tendaient à réduire son périmètre géographique. De fait, il ne s'est plus vu confier aucun programme sur TOULON et MONTPELLIER en 2008. Dans une note interne du 1er février 2008 versée aux débats, il est clairement indiqué que Mme A... a désormais en charge le développement et l'animation du secteur

LANGUEDOC-ROUSSILLON donc sur le secteur de MONTPELLIER, l'objectif annuel de l'agence KB LANGUEDOCROUSSILLON n'étant au demeurant fixé qu'à 100 ventes. La réduction du secteur d'intervention de Augusto X... a eu nécessairement un impact sur sa rémunération, celle-ci passant de 152 457 € annuels pour 2007 à 87 392,50 € en 2008, même si, comme le souligne le GIE KAUFMAN & BROAD, cette diminution ne peut lui être totalement mathématiquement imputée. Il doit cependant être considéré, qu'en portant atteinte à la rémunération du salarié, le GIE KAUFMAN & BROAD a exécuté de manière déloyale le contrat de travail.

Sur le préjudice subi par Augusto X... du fait des manquements de l'employeur

Comme précédemment rappelé, en l'état d'un départ à la retraite, Augusto X... ne peut prétendre à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ni à une indemnité de licenciement. Il ne peut non plus bénéficier d'une indemnité compensatrice de préavis que son état de santé ne lui permettait pas d'effectuer. Aux termes de la convention collective applicable, lui est par contre due une indemnité de retraite d'un montant de 932,26 €. Le préjudice doit être direct et certain. Le lien de causalité entre les conditions de travail de Augusto X... et son arrêt maladie n'est pas avéré. A aucun moment, il n'a procédé à une déclaration de maladie professionnelle au titre de la dépression réactionnelle mentionnée sur les arrêts de travail. Pas plus, comme souligné par l'employeur, ne fait-il état devant la cour comme précédemment devant le conseil de prud'hommes, d'un quelconque harcèlement moral que son médecin a cependant mentionné sur ses seules doléances. A ce jour, Augusto X... sollicite au titre de son indemnisation, 204 730 € pour préjudice de retraite, 305 000 € pour exécution déloyale et fautive du contrat de travail ainsi que 106 000 € au titre de la modification unilatérale du contrat de travail. Rien n'établit avec certitude qu'il aurait continué à travailler dans des conditions normales au sein du GIE KAUFMAN & BROAD si les griefs retenus à l'encontre de l'employeur n'avaient pas existé. Pour justifier de son préjudice de retraite, Augusto X... fait valoir l'absence de cotisation à taux plein entre 60 ans et demi et 65 ans et qu'il aurait été contraint de percevoir ses droits à la retraite à 60 ans et demi. Il se fonde en outre sur une espérance de vie totalement hypothétique de 80 ans. Il ne peut valablement soutenir un préjudice dès lors, d'une part, qu'il est constaté que l'absence de cotisation à partir de 60 ans est à nuancer dès lors qu'à cette date, il était en droit de partir à la retraite, ce qu'il a fait en toute connaissance de cause. La modification du secteur d'intervention du salarié lui a sans conteste fait subir une perte de chance, sans que ses calculs, basés sur des postulats là encore non certains, puissent être retenus. Ce manquement de l'employeur relève en outre du préjudice global devant être indemnisé au titre de l'exécution déloyale du contrat de travail. La cour se trouve suffisamment informée pour fixer à la somme de 70 000 € les dommages et intérêts dus au salarié en réparation des manquements de l'employeur à son égard » ;

1. ALORS QUE lorsque la résiliation judiciaire du contrat de travail a été prononcée aux torts de l'employeur, par une décision juridictionnelle, même non définitive, le départ en retraite postérieur est sans effet sur la résiliation judiciaire ; qu'en l'espèce, le Conseil des Prud'hommes de MARSEILLE avait prononcé la résiliation judiciaire du contrat de Monsieur X... par jugement du 18 avril 2012 et le salarié avait pris sa retraite postérieurement, le 30 juillet 2012 ; qu'en décidant néanmoins, pour débouter le salarié de ses demandes d'indemnités de rupture et de dommages et intérêts pour licenciement dénué de cause réelle et sérieuse, que le contrat avait été rompu par le départ en retraite du salarié, la Cour d'appel a violé les articles L. 1231-1, L. 1237-9, L. 1237-10, L. 1235-1, et L. 1235-3 du Code du travail, ensemble l'article 1184 du Code civil ;

2. ALORS QU'en tout état de cause, à supposer, comme la Cour d'appel l'a retenu, que le contrat aurait été rompu par le départ en retraite du salarié, elle ne pouvait se refuser à rechercher si cette rupture n'avait pas été causée par les manquements de l'employeur, qu'elle a constatés, et si ladite rupture ne devait pas en conséquence s'analyser en une prise d'acte de la rupture du contrat de travail ; qu'en opposant au salarié qu'en application du Code du travail le départ en retraite se définissait comme le fait de quitter volontairement l'entreprise, qu'il avait obtenu la résiliation judiciaire de son contrat et avait attendu un an avant de soutenir que sa mise à la retraite devait s'analyser en une prise d'acte, la Cour d'appel a violé les articles L 1231-1, L. 1237-9, 1237-10, L. 1235-1 et L. 1235-3 du Code du Travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de ses demandes au titre de la « régularisation de l'intéressement pour les ventes non prises en compte ou 'reprises' », en particulier la demande relative à dix ventes réalisées sur le secteur de l'agence de MONTPELLIER pendant l'année 2008 ;

AUX MOTIFS QUE « Augusto X... fait valoir qu'il a été privé du droit d'exercer sur MONTPELLIER, d'une part, et qu'il s'est également vu privé de manière illégale de son intéressement au titre de 32 ventes qu'il avait réalisées sur le programme des villas du Pont Royal, d'autre part ; Il ajoute enfin que la société a pris la décision unilatérale, en violation de ses obligations contractuelles, de reprendre l'intéressement qui lui avait été versé au titre de 6 ventes. Augusto X..., dont il est constant que le secteur géographique d'intervention, a connu des modifications, revendique l'intéressement de 10 ventes qu'il aurait réalisées sur ce secteur en 2008. Pas plus qu'en première instance ne fournit-il la moindre précision sur les ventes en question. La jurisprudence qu'il invoque selon laquelle lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire, est inapplicable en l'absence de tout élément de nature à identifier les ventes et à supposer qu'elles auraient pu être accomplies par ses soins. C'est à bon droit que le conseil de prud'hommes a considéré que pour ce qui concerne les commissions sur ventes réclamées sur MONTPELLIER au nombre de dix, au-delà de la demande de régularisation adressée par Monsieur William Y... qui évoque le blocage de l'avenant relatif à Montpellier, Monsieur X... ne fournit aucun élément probant à l'appui de l'accomplissement par ses soins de ventes à commissionner dont le paiement aurait pu être occulté. Augusto X... ne peut qu'être débouté de l'ensemble de ses demandes de ce chef.

Selon l'article V du contrat de travail de l'intéressé : La commission est due en totalité lors de la signature de l'acte notarié, si M. X... fait toujours partie des effectifs de la société K&B à la date de signature de l'acte notarié. Un acompte représentant 50 % du montant de la commission est versé lors de la signature de la réservation. Une somme équivalente, soit les 50 % restants, est versée lors de la signature de l'acte notarié. Ce n'est qu'en cas de désistement du fait de l'acquéreur ou en cas de non réalisation d'une condition suspensive du contrat de réservation ou de la non-obtention ou de l'annulation d'une autorisation de construire qu'aucune commission n'est due. Augusto X... produit l'acte

notarié signé relatif à la réalisation initiale des 32 villas du Pont Royal et considère dès lors que l'intégralité de la commission lui est due. L'acte notarié, certes signé, rappelle néanmoins dans ses stipulations, la condition suspensive incombant à l'acquéreur quant à la levée des financements nécessaires. En outre, le listing des commissions produit par le salarié lui-même établit que les ventes ne se sont finalement pas réalisées du fait d'un désistement.

Concernant les 6 ventes "reprises", à aucun moment Augusto X... ne les identifie de façon précise, se bornant à produire un listing mentionnant de nombreuses opérations ; Comme relevé par le conseil de prud'hommes, Augusto X... au regard de sa position hiérarchique, ne peut ignorer que malgré le report de délai accordé, le client n'a pu parvenir à financer son projet et lever les conditions suspensives faisant obstacle au transfert de propriété qui n'a finalement pas eu lieu. Le jugement sera confirmé en ce qu'il a dit que les réclamations d'Augusto X... ne pouvaient prospérer.

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « pour ce qui concerne les commissions sur ventes réclamées sur MONTPELLIER au nombre de dix, au-delà de la demande de régularisation adressée par Monsieur William Y... qui évoque le blocage de l'avenant relatif à Montpellier, Monsieur X... ne fournit aucun élément probant à l'appui de l'accomplissement par ses soins de ventes à commissionner dont le paiement aurait pu être occulté ; que la requête de Monsieur X... doit être rejetée » ;

1. ALORS QUE lorsque le calcul de la rémunération dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire ; qu'en l'espèce, le salarié réclamait le paiement de son intéressement au titre de 10 ventes effectuées en 2008 sur le secteur de l'agence MONTPELLIER, et dont il n'avait pas été payé en raison du retrait unilatéral de son droit d'exercer sur ledit secteur ; qu'il soulignait que le directeur général de la société lui avait ainsi adressé un mail en date du 5 octobre 2008, précisant que la société attendait que Monsieur X... ratifie l'avenant à son contrat et qu'aucune commission lui serait versée tant que la situation ne serait pas régularisée ; que le salarié versait également aux débats un courriel que lui avait adressé la directrice de l'agence de MONTPELLIER, en date du 13 août 2008, relatif à des ouvertures de comptes, et attestant de son activité sur le secteur en cause ; que, de plus, Monsieur X... avait sollicité la communication, dès l'audience de conciliation qui s'était tenue devant le Conseil des Prud'hommes, du suivi hebdomadaire des ventes de l'agence de MONTPELLIER sur l'année 2008, et avait réitéré cette demande devant la Cour d'appel, en sollicitant expressément, sur le fondement de l'article 142 du Code de procédure civile, qu'elle enjoigne à la société de produire de tels documents ; que, pour refuser de faire droit aux demandes du salarié, la Cour d'appel a retenu que si son secteur géographique avait effectivement été modifié et qu'il produisait un courriel dans lequel l'employeur faisait état du « blocage » de l'avenant portant sur ledit secteur, il ne fournissait aucune précision sur les ventes en cause et ne pouvait, dans ces conditions, se prévaloir du principe selon lequel l'employeur est tenu de verser aux débats les éléments détenus par lui et permettant le calcul de la rémunération ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé l'article 1315 du Code civil ;

2. ALORS QUE les juges ne peuvent dénaturer les pièces du dossier ; qu'en affirmant qu'en dehors du courriel du 5 octobre 2008 précité, le salarié ne produisait aucune pièce susceptible d'attester de ce qu'il avait bien réalisé des ventes, quand l'intéressé s'était

prévalu du courriel qui lui avait été adressé le 13 août 2008 par la directrice de l'agence de MONTPELLIER (Madame B...), relatif à des ouvertures de comptes, et attestant bien de l'activité de Monsieur X... sur le secteur de l'agence de MONTPELLIER, la Cour d'appel a dénaturé par omission ce courriel en méconnaissance du principe sus-énoncé.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de ses demandes au titre de « la régularisation de l'intéressement pour les ventes non prises en compte ou 'reprises' », en particulier la demande relative à trente-deux ventes réalisées sur le programme des « villas du PONT ROYAL », et la demande relative à 6 ventes « reprises » ;

AUX MOTIFS QUE « Augusto X... fait valoir qu'il a été privé du droit d'exercer sur MONTPELLIER, d'une part, et qu'il s'est également vu privé de manière illégale de son intéressement au titre de 32 ventes qu'il avait réalisées sur le programme des villas du Pont Royal, d'autre part ; Il ajoute enfin que la société a pris la décision unilatérale, en violation de ses obligations contractuelles, de reprendre l'intéressement qui lui avait été versé au titre de 6 ventes.

(...)

Selon l'article V du contrat de travail de l'intéressé : La commission est due en totalité lors de la signature de l'acte notarié, si M. X... fait toujours partie des effectifs de la société K&B à la date de signature de l'acte notarié. Un acompte représentant 50 % du montant de la commission est versé lors de la signature de la réservation. Une somme équivalente, soit les 50 % restants, est versée lors de la signature de l'acte notarié. Ce n'est qu'en cas de désistement du fait de l'acquéreur ou en cas de non réalisation d'une condition suspensive du contrat de réservation ou de la non-obtention ou de l'annulation d'une autorisation de construire qu'aucune commission n'est due. Augusto X... produit l'acte notarié signé relatif à la réalisation initiale des 32 villas du Pont Royal et considère dès lors que l'intégralité de la commission lui est due. L'acte notarié, certes signé, rappelle néanmoins dans ses stipulations, la condition suspensive incombant à l'acquéreur quant à la levée des financements nécessaires. En outre, le listing des commissions produit par le salarié lui-même établit que les ventes ne se sont finalement pas réalisées du fait d'un désistement ;

Concernant les 6 ventes "reprises", à aucun moment Augusto X... ne les identifie de façon précise, se bornant à produire un listing mentionnant de nombreuses opérations.

Comme relevé par le conseil de prud'hommes, Augusto X... au regard de sa position hiérarchique, ne peut ignorer que malgré le report de délai accordé, le client n'a pu parvenir à financer son projet et lever les conditions suspensives faisant obstacle au transfert de propriété qui n'a finalement pas eu lieu. Le jugement sera confirmé en ce qu'il a dit que les réclamations d'Augusto X... ne pouvaient prospérer.» ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE « (...) la réalisation initiale des 32 ventes de villas du Pont Royal n'est pas contestée, et que Monsieur AUGUSTO X... au

regard de son niveau hiérarchique ne peut ignorer que malgré le report de délai accordé, le client n'a pu parvenir à financer son projet et lever les conditions suspensives faisant obstacle au transfert de propriété qui n'a finalement pas eu lieu ; que Monsieur X... qui soutient que les seuls cas de non-versement de la commission portent sur les hypothèses touchant la réservation, l'absence d'obtention ou l'annulation du permis de construire, et estime que sa rémunération lui est acquise, il fait cependant abstraction des termes de l'article V de son contrat de travail qui subordonnent l'achèvement de la transaction par la signature de l'acte notarié, ainsi que la transmission du bien, le droit définitif à commission ; que dans la mesure où cette formalité substantielle n'a finalement pas eu lieu, la réclamation ne peut prospérer » ;

1. ALORS QUE l'article 5 du contrat de travail de Monsieur X... prévoyait un droit à commission ainsi libellé : « la commission est due en totalité lors de la signature de l'acte notarié si vous faites toujours partie des effectifs de la société à la date événement de la signature de l'acte notarié ; un acompte représentant 50 % du montant de la commission est versé lors de la signature de la réservation ; une somme équivalente, soit les 50 % restants, est versée lors de la signature de l'acte notarié (...) ; par ailleurs, en cas de désistement du fait de l'acquéreur ou en cas de non-réalisation d'une condition suspensive du contrat de réservation ou non-obtention ou d'annulation d'une autorisation de construire, aucune commission n'est due » ; qu'ainsi, le droit à commission était exclu dans ces trois hypothèses limitativement énumérées ; que, pour débouter le salarié de ses demandes de commissions au titre de 32 ventes réalisées sur le programme des « villas du PONT ROYAL » et de 6 ventes « reprises », la Cour d'appel a retenu, par motifs propres, que si l'acte notarié avait bien été signé, il contenait une condition suspensive liée à l'obtention des financements nécessaires et, par motifs éventuellement adoptés, que ce financement n'avait pas été obtenu en sorte que le transfert de propriété n'avait pu se réaliser ; qu'en statuant ainsi, quand l'existence et la réalisation d'une condition suspensive tenant à l'obtention d'un financement, de même que le transfert de propriété, ne faisaient pas partie des hypothèses excluant le droit à commission, qui ne visait que le cas de désistement par l'acquéreur, de non-obtention ou d'annulation du permis de construire, et enfin de non-réalisation d'une condition suspensive du contrat de réservation, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

2. ALORS QUE les juges sont tenus de motiver leur décision et de statuer par des motifs non-contradictoires ; que, pour débouter le salarié de ses demandes, la Cour d'appel a également opposé au salarié qu'il résultait du listing qu'il avait produit, que les ventes des villas du PONT ROYAL ne se seraient pas réalisées du fait d'un désistement ; qu'en statuant ainsi, tout en opposant à l'intéressé que le motif de la non-réalisation des ventes aurait tenu à la non-obtention des financements, ce qui ne pouvait se confondre avec le désistement de l'acquéreur, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

3. ALORS QUE les juges sont tenus de se prononcer en fonction de l'état le plus récent du contrat ; qu'en l'espèce, le salarié avait souligné qu'aux termes de son dernier avenant, en date du 30 mars 2007 signé par le salarié le 16 avril 2007, l'intéressement était versé dans les conditions suivantes : 50 % à la réservation, et 50 % lors de la signature de l'acte notarié ; qu'ainsi, il n'y avait pas lieu de se référer aux cas d'exclusion du droit à commission fixé par l'article 5 du contrat initial ; qu'en ne se prononçant pas au vu de cette dernière version du contrat, la Cour d'appel a, pour cette raison aussi, violé l'article 1134

du Code civil ;

4. ALORS QUE les juges sont tenus de répondre aux conclusions des parties ; qu'un engagement de l'employeur plus favorable au salarié que les stipulations de son contrat doit prévaloir sur ces dernières ; qu'en l'espèce, Monsieur X... s'était prévalu d'une note interne du 14 septembre 2007 ainsi que d'un « mémo » de la même date précisant que le commissionnement pour les ventes du programme des villas du PONT ROYAL était de 1000 euros par vente, dont 50 % versés à la réservation, et 50 % lors de la signature de l'acte notarié ; qu'il avait souligné que ces documents ne faisaient nulle référence au contrat et, par suite, aux cas d'exemption du droit à commission qu'il prévoyait ; qu'en ne répondant pas à ce moyen, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

5. ALORS QUE les juges ne peuvent dénaturer les pièces du dossier ; qu'au titre des ventes « reprises », le salarié produisait deux listings : l'un précisant les noms des clients et des programmes et identifiant certaines commissions qui lui avaient été « reprises », l'autre, auquel il renvoyait expressément dans ses écritures (p. 18), complétant le précédent et fournissant le nom des autres clients pour lesquels Monsieur X... sollicitait le remboursement de son commissionnement ; qu'en considérant que le salarié ne fournissait aucun élément permettant d'identifier les ventes au titre desquelles il réclamait un paiement, la Cour d'appel a dénaturé les deux listings susmentionnés en méconnaissance de l'interdiction faite aux juges de dénaturer les documents de la cause ;

6. ALORS QUE les juges ne peuvent statuer par des motifs contradictoires, non plus qu'inintelligibles ; que, pour rejeter les demandes du salarié au titre des « ventes reprises », la Cour d'appel lui a opposé que, comme l'avaient retenu les premiers juges, le client n'était pas parvenu à financer son projet en sorte que le transfert de propriété n'avait jamais eu lieu ; que toutefois, ces motifs avaient été retenus par les premiers juges pour rejeter les demandes du salarié relatives aux 32 ventes des « villas du PONT ROYAL » non s'agissant des « ventes reprises » ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

QUATRIEME MOYEN CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR limité le montant des dommages et intérêts auxquels il a condamné l'employeur à la somme de 70 000 euros ;

AUX MOTIFS QUE « Augusto X... a été engagé par le GIE KAUFMAN & BROAD le 2 mai 2001 en qualité d'attaché commercial au sein de l'agence de MARSEILLE. Le contrat était soumis à la convention collective de la promotion-construction. Augusto X... était chargé de la vente de lots immobiliers, appartements ou maisons individuelles, dont la construction était mise en oeuvre par le GIE KAUFMAN & BROAD, qui se réservait le droit de modifier les programmes d'affectation en fonction des impératifs de service, aucun secteur de vente n'était défini, et la rémunération était composée d'un fixe et de commissions sur les ventes, dont l'attribution était développée à l'article 5 du contrat de travail. Au 1er janvier 2004, Augusto X... est devenu responsable des ventes prescripteur.

Il a signé un avenant en date du 18 mars 2005 stipulant à son bénéficiaire un intéressement spécifique pour l'exercice 2005. Au 1er décembre 2006, il a été nommé directeur adjoint prescripteur sur le périmètre géographique d'intervention des agences de TOULON, MARSEILLE et MONTPELLIER. Un nouvel intéressement a été défini donnant lieu à la signature d'un avenant en date du 17 mars 2006. Le 1er janvier 2007, il est devenu directeur adjoint ventes extérieures, sur le même secteur géographique. Il a signé un avenant stipulant pour l'exercice 2007, un nouvel intéressement à hauteur de 400 € bruts sur chaque vente réalisée et concernant les lots de programmes qui lui seraient confiés. Le 21 janvier 2008, un nouvel avenant concernant l'intéressement pour l'exercice 2008 a été proposé à Monsieur X... qui a refusé de le signer au motif du contexte économique difficile, le nouveau directeur d'agence a présenté de nouvelles modalités pour l'intéressement majorant la prime d'objectif. Le 12 septembre 2008, Monsieur X... s'est ainsi vu proposer un nouvel avenant concernant l'intéressement, avenant par lequel le GIE entendait lui confier des lots de l'agence de Montpellier à compter du 1er septembre. Augusto X... a refusé de signer cet avenant. Le 3 novembre 2009, le médecin du travail a constaté une inaptitude temporaire de Augusto X... à son poste. Depuis le 6 novembre 2009 et jusqu'à ce qu'il liquide ses droits à la retraite le 1^{er} juillet 2012, il a été en arrêt maladie et n'a pas repris son activité professionnelle. La moyenne des 12 derniers mois de salaire précédant son arrêt maladie (novembre 2008 à octobre 2009) s'élevait à la somme de 6 425,91 € bruts. Le 14 juin 2010, estimant que le GIE KAUFMAN & BROAD avait manqué à ses engagements contractuels, Augusto X... a saisi le conseil de prud'hommes de MARSEILLE pour demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur et réclamer le paiement des sommes dues. Par jugement en date du 8 avril 2012, le conseil de prud'hommes de MARSEILLE a constaté que Monsieur X... ne peut prétendre disposer d'un droit acquis sur l'ensemble des biens immobiliers et des lots attachés à certaines agences mais que l'intéressé avait vocation à travailler sur des programmes immobiliers définis dont la vente lui était affectée par le GIE KAUFMAN & BROAD; - considéré qu'en l'état du refus de Monsieur X... d'accepter l'évolution défavorable de certains paramètres de calcul de son commissionnement, il appartenait à l'employeur de respecter la situation antérieure ou d'emporter l'accord de l'intéressé sur d'autres bases de négociation ; - relevé que, sans rapport avec le refus de Monsieur X... de signer trois avenants, il a conclu le 28 août 2009 avec Monsieur Y... un accord relatif à une sur-commission concernant certains programmes clairement énumérés pour lesquels l'intéressé admet avoir perçu une commission unitaire normale de 350 €, et sans remettre en cause la charge de la preuve, il appartient au GIE KAUFMAN & BROAD de rapporter les éléments qu'il est le seul à détenir, sur lesquels il fonde sa contestation expresse touchant à l'aboutissement dans le délai utile des ventes dont il s'agit; - fait droit à la réclamation de Monsieur X... pour 13 ventes supplémentées à 350 € soit une somme de 4 550 euros ainsi que 455 € de congé payé incident; - rejeté la réclamation de Monsieur X... qui sollicite le paiement de la prime d'objectif pour 2008 qui n'a pas accepté les propositions concernant cette période et reste, en conséquence, soumis aux conditions approuvées en 2007 pour un objectif de 250 ventes sans pouvoir revendiquer avec ses 170 opérations une prime pour laquelle il n'a pas atteint le seuil requis; - remarqué que si la réalisation initiale des 32 ventes de villas du Pont Royal n'est pas contestée, Monsieur X... qui soutient que les seuls cas de non versement de la commission portent sur des hypothèses touchant la réservation, l'absence d'obtention ou l'annulation du permis de construire, et estime que sa rémunération lui est acquise, il fait cependant abstraction des termes de l'article V de son contrat de travail qui subordonnent à l'achèvement de la transaction par la signature de l'acte notarié, ainsi que la transmission du bien, le droit définitif à commission, et qu'au regard de son niveau hiérarchique, il ne pouvait ignorer que malgré le report de délai accordé, le client n'a pu parvenir à financer son projet et lever les conditions suspensives faisant obstacle au

transfert de propriété qui n'a finalement pas eu lieu, qu'à défaut de cette formalité substantielle, la réclamation ne peut prospérer; - exerçant sa faculté d'appréciation contenue à l'article 12 du Code de procédure civile, il convient de donner acte au GIE KAUFMAN & BROAD du versement par chèque à la date de l'audience des sommes brutes de 23 000 € et de rappel de commissions ainsi que 2 300 € de congé payé incident; - estimé que les manquements constatés relèvent d'une gravité suffisante pour faire obstacle à la poursuite normale des relations de travail et justifier la résiliation judiciaire, à la date du jugement, du contrat de travail de Monsieur X... aux torts du GIE KAUFMAN & BROAD, produisant les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse; - rappelé que Monsieur X..., qui percevait les indemnités journalières de Sécurité Sociale et un dédommagement au titre du contrat de prévoyance souscrit par l'employeur, n'aurait manifestement pas été en mesure en raison de son état de santé d'accomplir le délai préfix de préavis dont la suspension pour maladie ne proroge pas le terme, le paiement de l'indemnité compensatrice de préavis avec congé payé incident qui n'a aucun caractère de sanction complémentaire, ne s'imposant en conséquence nullement à l'espèce; - calculé sur la base du dernier salaire significatif antérieur à la maladie de l'intéressé, pour la période des douze mois précédant la visite du 3 novembre 2009, la moyenne mensuelle brute de 6 425,91 €, le montant à la date du Jugement de l'indemnité de licenciement selon le barème d'un cinquième de mois jusqu'à cinq ans d'ancienneté, et d'un quart de mois à compter de la sixième année avec prorata de la dernière année incomplète, et de condamner le défendeur à verser de ce chef avec intérêt au taux légal à compter de la date de la demande, 15 931 €, - ordonné au GIE KAUFMAN & BROAD de procéder à partir de la date du jugement, à la liquidation de l'indemnité compensatrice correspondant au solde des congés payés qu'il peut rester devoir; - condamné le GIE KAUFMAN & BROAD au paiement des sommes suivantes à Monsieur X... : - 55 000 € à défaut de justification d'un préjudice distinct, en dommages-intérêts sur le fondement des dispositions de l'article L.1235-3 du Code du travail, évalués souverainement pour l'ensemble de son préjudice en fonction du salaire et de l'ancienneté; - 1 000 € en vertu des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ; - débouté Monsieur X... de ses demandes autres ou plus amples; - dit que Monsieur X... ne justifie d'aucune circonstance caractérisant l'urgence qui imposerait d'assortir la présente décision de l'exécution provisoire en application des dispositions de l'article 515 du code de procédure civile . - dit que le GIE KAUFMAN & BROAD supportera les dépens (...)

MOTIFS DE LA DECISION

Sur la rupture

Augusto X... qui a saisi le conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de l'employeur le 14 juin 2010, a fait valoir ses droits à la retraite le 1^{er} juillet 2012. Lorsque, au moment où le juge statue sur une action du salarié tendant à la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts l'employeur, le contrat de travail a pris fin par la mise ou le départ à retraite du salarié sa demande de résiliation devient sans objet et les demandes y afférent irrecevables. Le salarié a seulement la faculté, si les griefs qu'il faisait valoir à l'encontre de l'employeur sont justifiés, de demander la réparation du préjudice en résultant. Il convient de relever que Augusto X..., satisfait de la résiliation judiciaire prononcée par le conseil de prud'hommes n'a formé qu'un appel limité au quantum des sommes allouées et aux demandes relatives aux commissions dont il avait été débouté. Dans ses conclusions reçues à la cour le 16 juillet 2013, il faisait toujours référence à la résiliation judiciaire de son contrat de travail

produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ce n'est qu'en réponse aux arguments de l'intimée relatifs à l'irrecevabilité de la demande de résiliation, que dans ses écritures responsives adressées en novembre 2013, il a modifié son argumentation, faisant valoir que son départ à la retraite constituait en réalité une prise d'acte de rupture de son contrat de travail en raison des graves manquements précédemment invoqués au soutien de sa demande de résiliation judiciaire. En application de l'article L.1237-10 du code du travail, le départ à la retraite est un mode de rupture du contrat de travail défini comme le fait, pour le salarié, de quitter volontairement l'entreprise pour bénéficier d'une pension de retraite. Augusto X... qui avait obtenu la résiliation judiciaire de son contrat de travail par décision du conseil de prud'hommes le 18 avril 2012, ne peut valablement soutenir que sa décision de départ à la retraite le 1er juillet 2012 serait équivoque, ce d'autant qu'il n'a fait valoir cet argument que plus d'un an après. Doit en conséquence être considéré que les relations contractuelles ont cessées le 1er juillet 2012 par le départ à la retraite d'Augusto X... de sorte que ce dernier doit être débouté de ses demandes relatives à un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dès lors, il convient d'examiner si les griefs qu'Augusto X... faisait valoir à l'encontre de l'employeur sont justifiés, et de fixer, le cas échéant, la réparation du préjudice en résultant.

Sur les griefs invoqués à l'encontre de l'employeur

Sur la violation du GIE KAUFMAN & BROAD de ses obligations contractuelles au titre de la rémunération complémentaire

C'est en reconnaissant l'existence d'une erreur comptable dans les modalités de calcul des commissions versées à Monsieur X... au titre des années 2008 et 2009, que le OIE KAUFMAN & BROAD a accepté de verser au salarié le jour de l'audience de première instance en 2012 un rappel sur ces commissions conformément à l'avenant de 2007 à hauteur de 25 300 e bruts (23 000 e au titre du rappel des commissions, outre 2 300 € au titre des congés payés y afférents).

Le jugement sera confirmé en ce qu'il a donné acte au GIE du versement de cette somme. C'est à bon droit que les premiers juges ont relevé que cette "erreur" commise dans l'élaboration de commission du salarié au cours des années 2008 et 2009, pour des montants particulièrement significatifs constituait un grave manquement du GIE KAUFMAN & BROAD ;

(...);

Sur la régularisation de l'intéressement au titre des ventes « code rouge »

Si Augusto X... n'a pas signé l'avenant de commissions pour 2009, il a toutefois ratifié une note interne relative aux conditions de commissionnement : dans ce document est listée une série de programmes pour lesquels il est convenu d'une sur-commission de euros ; contrairement aux ventes revendiquées sur MONTPELLIER, M. X... a communiqué la liste des programmes concernés, le nom des clients ainsi que la date de signature des actes notariés. Le GIE KAUFMAN & BROAD, n'apporte aucun élément pour justifier que ces ventes n'auraient pas été réalisées, de sorte que c'est bon droit que le conseil de prud'hommes a fait droit à la demande de ce chef

Sur la régularisation de la prime sur objectif au titre de 2008

En septembre 2008, Augusto X... qui a réalisé 170 ventes sur l'année et perçu une prime de 3 000 €, revendique la somme de 9 000 €. Les premiers juges retenant l'analyse du GIE KAUFMAN & BROAD, ont considéré que Augusto X... qui "sollicite le paiement de sa prime d'objectif pour 2008 et n'a pas accepté les propositions concernant cette période, reste en conséquence soumis aux conditions approuvées, en 2007 pour un objectif de 250 ventes et ne peut revendiquer avec ses 170 opérations, une prime sur laquelle il n'a pas atteint le seuil requis". Il est constant que le salarié n'a pas signé les avenants relatifs à l'intéressement pour l'année 2008. Le seul document signé par lui concerne l'exercice 2007 dans lequel est indiqué que "Les objectifs de ventes avec les prescripteurs pour l'exercice 2007 s'élèvent à 250 vente pour la Région KB Méditerranée. (TOULON, MARSEILLE, MONTPELLIER). De plus vous bénéficierez de primes d'objectifs dont le montant annuel à objectifs atteints est de 6.000 € et Les montants et les modalités de ces primes d'objectifs, dont le plafond est fixé à 9.000 € vous seront fixés par votre Direction." Augusto X... ne rapporte pas la preuve d'une affirmation selon laquelle, en 2008, compte tenu de la suppression des secteurs géographiques de MONTPELLIER et de TOULON, M. Z... s'était engagé à lui verser une prime sur objectif 2008 d'un montant de 9.000 € dès lors que l'objectif de 160 ventes serait réalisé. Le GIE KAUFMAN & BROAD n'a toutefois jamais communiqué au salarié le montant et les modalités des primes d'objectifs mentionnés dans les différents avenants. En outre, l'objectif de 250 ventes fixés en 2007, concerne la région KB Méditerranée laquelle comprend les agences de TOULON, MARSEILLE et MONTPELLIER, alors qu'à compter de 2008, Augusto X... n'a plus travaillé que sur le secteur géographique réduit de MARSEILLE de sorte que l'objectif de 250 ventes ne peut plus être retenu. Dans ces conditions, faut-il d'objectifs clairement définis, il devra être fait droit à la demande de Augusto X... de ce chef 6000 € d'intéressement et 600 € de congés payés sur intéressement.

Sur la modification unilatérale du contrat de travail relative aux secteurs géographiques

Le contrat de travail de Augusto X... ne fait mention d'aucun secteur géographique d'intervention, indiquant seulement "Pendant toute la durée de votre contrat, vous serez affecté sur des programmes à MARSEILLE, étant entendu que ces programmes d'affectation pourront être modifiés par nous en fonction des impératifs de service" ce qui permet au GIE KAUFMAN & BROAD d'affirmer que le salarié ne pouvait revendiquer aucune zone géographique d'intervention.

Il n'en demeure pas moins que dans une note d'organisation du 16 avril 2007 du directeur régional commercial est indiqué "J'ai le plaisir de vous annoncer la nomination de Monsieur Augusto X..., en qualité de Directeur Adjoint Prescripteurs, Attaché à la Direction Commerciale, à dater du 1^{er} décembre 2006. Son Périmètre d'intervention concerne les agences de TOULON, MARSEILLE ET MONTPELLIER." C'est sur cette base que le GIE KAUFMAN & BROAD et Augusto X... ont ratifié l'accord d'intéressement allant du 1^{er} décembre 2006 au 30 novembre 2007. Les accords d'intéressement ultérieurs qu'Augusto X... a refusé de signer tendaient à réduire son périmètre géographique. De fait, il ne s'est plus vu confier aucun programme sur TOULON et MONTPELLIER en 2008. Dans une note interne du 1^{er} février 2008 versée aux débats, il est clairement indiqué que Mme A... a désormais en charge le développement et l'animation du secteur LANGUEDOC-ROUSSILLON donc sur le secteur de MONTPELLIER, l'objectif annuel de l'agence KB LANGUEDOCROUSSILLON n'étant au demeurant fixé qu'à 100 ventes. La réduction du secteur d'intervention de Augusto X... a eu nécessairement un impact sur sa rémunération, celle-ci passant de 152 457 € annuels pour 2007 à 87 392,50 € en 2008, même si, comme le souligne le GIE KAUFMAN & BROAD, cette diminution ne peut lui être

totallement mathématiquement imputée. Il doit cependant être considéré, qu'en portant atteinte à la rémunération du salarié, le GIE KAUFMAN & BROAD a exécuté de manière déloyale le contrat de travail.

Sur le préjudice subi par Augusto X... du fait des manquements de l'employeur

Comme précédemment rappelé, en l'état d'un départ à la retraite, Augusto X... ne peut prétendre à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ni à une indemnité de licenciement. Il ne peut non plus bénéficier d'une indemnité compensatrice de préavis que son état de santé ne lui permettait pas d'effectuer. Aux termes de la convention collective applicable, lui est par contre due une indemnité de retraite d'un montant de 932,26 €. Le préjudice doit être direct et certain. Le lien de causalité entre les conditions de travail de Augusto X... et son arrêt maladie n'est pas avéré. A aucun moment, il n'a procédé à une déclaration de maladie professionnelle au titre de la dépression réactionnelle mentionnée sur les arrêts de travail. Pas plus, comme souligné par l'employeur, ne fait-il état devant la cour comme précédemment devant le conseil de prud'hommes, d'un quelconque harcèlement moral que son médecin a cependant mentionné sur ses seules doléances. A ce jour, Augusto X... sollicite au titre de son indemnisation, 204 730 € pour préjudice de retraite, 305 000 € pour exécution déloyale et fautive du contrat de travail ainsi que 106 000 € au titre de la modification unilatérale du contrat de travail. Rien n'établit avec certitude qu'il aurait continué à travailler dans des conditions normales au sein du GIE KAUFMAN & BROAD si les griefs retenus à l'encontre de l'employeur n'avaient pas existé. Pour justifier de son préjudice de retraite, Augusto X... fait valoir l'absence de cotisation à taux plein entre 60 ans et demi et 65 ans et qu'il aurait été contraint de percevoir ses droits à la retraite à 60 ans et demi. Il se fonde en outre sur une espérance de vie totalement hypothétique de 80 ans. Il ne peut valablement soutenir un préjudice dès lors, d'une part, qu'il est constaté que l'absence de cotisation à partir de 60 ans est à nuancer dès lors qu'à cette date, il était en droit de partir à la retraite, ce qu'il a fait en toute connaissance de cause. La modification du secteur d'intervention du salarié lui a sans conteste fait subir une perte de chance, sans que ses calculs, basés sur des postulats là encore non certains, puissent être retenus. Ce manquement de l'employeur relève en outre du préjudice global devant être indemnisé au titre de l'exécution déloyale du contrat de travail. La cour se trouve suffisamment informée pour fixer à la somme de 70 000 € les dommages et intérêts dus au salarié en réparation des manquements de l'employeur à son égard » ;

1. ALORS QUE le salarié peut solliciter l'indemnisation du préjudice résultant de la perte de droits à retraite consécutive à une rupture du contrat intervenue par la faute de l'employeur ; qu'en l'espèce, Monsieur X... n'avait pris sa retraite qu'à la suite de la résiliation judiciaire qui avait été prononcée aux torts de l'employeur ; qu'il exposait qu'après cette résiliation, POLE EMPLOI avait refusé de l'indemniser, qu'il s'était trouvé privé de tout revenu et que c'était dans ces conditions qu'il avait été contraint de prendre sa retraite de manière prématurée et désavantageuse pour lui ; qu'en considérant néanmoins que le salarié n'aurait pu se prévaloir d'aucun préjudice aux motifs inopérants qu'il avait pris sa retraite en connaissance de cause, qu'il se fondait sur une espérance de vie hypothétique et que rien ne permettait de considérer que, s'il n'avait pas pris sa retraite, le contrat de travail se serait poursuivi normalement, la Cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ;

2. ALORS QU'en s'abstenant de rechercher si, indépendamment même de la résiliation

judiciaire prononcée par les premiers juges, les fautes de l'employeur dans l'exécution du contrat, qu'elle a dûment constatées, n'étaient pas à l'origine du départ en retraite prématuré du salarié, en sorte que l'intéressé pouvait se prévaloir d'un préjudice à ce titre, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil.

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence , du 14 mars 2014