

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL D'ANGERS
Chambre Sociale, 29 Mai 2012

Numéro d'inscription au répertoire général : 10/03165.

Jugement Au fond, origine Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire d'ANGERS,
décision attaquée en date du 23 Novembre 2010, enregistrée sous le no 10/0002

APPELANT

Monsieur Florent R.

xxx

01100 OYONNAX

Représenté par Maître Pauline DISSARD, substituant Maître Xavier BONTOUX (SCP),
avocat au barreau de LYON

INTIMEE

Société ALPHA 3 D

ZA actiloire

14 rue des Métiers

49130 STE GEMMES SUR LOIRE

Représentée par Maître André FOLLEN (SCP BDH AVOCATS), avocat au barreau
d'ANGERS - No du dossier 12900602

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 945-1 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 07 Février 2012 à 14 H 00, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Catherine LECAPLAIN MOREL, président chargé d'instruire l'affaire.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Madame Catherine LECAPLAIN-MOREL , président

Madame Brigitte ARNAUD-PETIT, conseiller

Madame Anne DUFAU, conseiller

Greffier lors des débats : Madame LE GALL, greffier

ARRÊT prononcé le 29 Mai 2012, contradictoire et mis à disposition au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

Signé par Madame LECAPLAIN-MOREL, président, et par Madame LE GALL, greffier

auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS ET PROCÉDURE :

La société ALPHA 3 D, dont le siège social est situé à Sainte Gemmes sur Loire (49), a pour activité l'étude et la fabrication, sur commande, de moules pour la plasturgie (moules destinés à la fabrication de pièces mécaniques).

Suivant contrat de travail à durée indéterminée du 5 mars 2007 à effet du même jour, elle a embauché M. Florent R., domicilié à Viry (Jura), en qualité de responsable commercial, statut agent de maîtrise, niveau IV, coefficient 255, échelon 1, moyennant une rémunération forfaitaire mensuelle brute fixe de 2 000 € et une rémunération variable constituée par un intéressement sur le chiffre d'affaires HT généré avec la clientèle. Il était convenu qu'à compter de son entrée au sein de la société, M. R. devrait réaliser un chiffre d'affaires trimestriel au moins égal à 125 000 €, soit un objectif de 500 000 € pour la première année, ce chiffre d'affaires étant stipulé révisable chaque année par avenant au contrat de travail.

Le secteur d'intervention de M. R. était défini comme couvrant les sept départements suivants: l'Ain (01), le Rhône (69), l'Isère (38), le Jura (39), la Savoie (73), la Haute-Savoie (74) et le Doubs (25). Ce contrat contient également une clause de non-concurrence et une clause d'exclusivité.

Convoqué par lettre du 31 octobre 2007 à un entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement fixé au 13 novembre suivant, par lettre recommandée du 19 novembre 2007, M. Florent R. s'est vu notifier son licenciement pour faute grave.

Par lettre recommandée postée le 3 décembre 2008, parvenue au greffe le 8 décembre suivant, il a saisi le conseil de prud'hommes afin de contester cette mesure et d'obtenir le paiement de diverses indemnités, notamment au titre de la clause de non-concurrence, et un rappel de commissions.

Par jugement du 23 novembre 2010 auquel il est renvoyé pour un ample exposé, le conseil de prud'hommes d'Angers a estimé fondé le licenciement de M. R. pour faute grave, l'a débouté de l'ensemble de ses prétentions, et condamné aux dépens, la demande d'indemnité de procédure formée par la société ALPHA 3 D étant rejetée.

Cette dernière et M. Florent R. ont reçu notification de ce jugement respectivement les 3 et 20 décembre 2010. Celui-ci en a régulièrement relevé appel par lettre recommandée postée le 22 décembre 2010.

PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES :

Aux termes de ses écritures déposées au greffe le 19 octobre 2011, soutenues oralement à l'audience, ici expressément visées et auxquelles il convient de se référer, M. Florent R. demande à la cour, sous le bénéfice de l'exécution provisoire :

- de déclarer son licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse,
- de juger que le statut de VRP lui est applicable et que la société ALPHA 3 D ne l'a pas délié de la clause de non-concurrence dans les délais impartis par la convention collective applicable ;

- en conséquence, de condamner cette dernière à lui payer les sommes suivantes:
 - 5850 € d'indemnité compensatrice de préavis (2 mois de salaire) outre 585 € de congés payés afférents,
 - 17 550 € de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (6 mois de salaire),
 - 42 130 € au titre de l'indemnité due en application de la clause de non concurrence ; subsidiairement, 35 107 € si la cour estime la faute grave justifiée ;
 - 40 000 € d'indemnité de clientèle,
 - 4 000 € de rappel de commissions, l'employeur ayant unilatéralement abaissé le taux de ses commissions ;
 - 2 500 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;
- et à supporter les entiers dépens.

Pour soutenir que son licenciement est mal fondé, le salarié oppose que :

Il a réalisé un travail de prospection très important et qu'au prorata temporis de la durée de la relation de travail, il a bien atteint les objectifs fixés en termes de chiffre d'affaires, les considérations de l'employeur relatives au nombre des clients auprès desquels ce chiffre d'affaires a été réalisé, à leur ancienneté et à leur localisation géographique étant, à les supposer avérées, inopérantes ; outre le fait que le grief tiré d'une insuffisance de visites et de prospections n'est pas visé dans la lettre de licenciement qui fixe les termes du litige, en tout état de cause, la preuve d'une telle insuffisance d'activité, liée à la critique selon laquelle il n'aurait pas consacré tout son temps à son activité pour la société ALPHA 3 D, n'est pas rapportée ;

Le fait de ne pas se rendre à des convocations de l'employeur ne saurait caractériser une faute grave, alors surtout qu'il a été prévenu tardivement et qu'il a bien expliqué son impossibilité à se présenter en raison de rendez-vous professionnels importants déjà fixés et qu'il lui était impossible d'annuler ;

L'intimée ne rapporte pas la preuve du comportement déloyal qu'elle lui reproche; qu'il a créé son entreprise de commercialisation de véhicules automobiles d'importation, quads et karts cross le 18 janvier 2006, soit bien avant son embauche ; que cette activité occupait son temps libre et n'a jamais entravé l'exercice de son activité au sein de la société ALPHA 3 D, ce qui résulte suffisamment du rapprochement entre, d'une part, les chiffres d'affaires qu'il a réalisés pour cette dernière, d'autre part le très faible nombre de quads qu'il a vendus, et les modalités d'exercice de cette activité exclusivement par internet et exemptes de tout stockage de sa part;

En tout état de cause, la clause d'exclusivité lui est inopposable pour ne répondre à aucune des trois conditions de validité imposées par la jurisprudence.

A l'appui de sa demande tendant à se voir reconnaître le bénéfice du statut de VRP, M. R. argue de ce qu'il remplissait bien les conditions d'application de ce statut en ce que son activité consistait à représenter les produits de la société ALPHA 3 D en visitant et en prospectant la clientèle dans le secteur géographique qui lui était attribué, moyennant une rémunération précisément définie. Il conteste avoir eu une mission essentiellement technique.

Enfin l'appelant soutient que, faute pour l'employeur de l'avoir délié de la clause de non-concurrence au plus tard dans les huit jours de la rupture du contrat de travail, et dès lors que lui-même n'a pas exercé d'activité concurrente après son licenciement, il est fondé à obtenir le

paiement de la contrepartie prévue au contrat de travail, égale à 6/10èmes de la moyenne mensuelle des salaires des six derniers mois, ou 5/10èmes de cette moyenne pour le cas où la faute grave serait admise.

Aux termes de ses dernières conclusions déposées au greffe le 6 janvier 2012, soutenues oralement à l'audience, ici expressément visées et auxquelles il convient de se référer, la société ALPHA 3 D demande à la cour de débouter M. Florent R. de son appel, de confirmer le jugement entrepris, de condamner l'appelant à lui payer la somme de 2 500 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et à supporter les entiers dépens.

L'intimée relève tout d'abord que la lettre de licenciement énonce clairement, d'une part, l'insuffisance de résultat et d'activité, d'autre part, le grief de déloyauté. Elle estime qu'elle pouvait invoquer plusieurs motifs de licenciement, en l'occurrence, le grief de déloyauté propre à constituer une faute grave, mais aussi une insuffisance d'activité et de résultat propre à constituer une cause réelle et sérieuse de rupture. Elle ajoute que, si les griefs sont énoncés de façon distincte, il apparaît que l'insuffisance d'activité et de résultat est la conséquence directe de la faute grave commise par le biais de l'exercice d'une autre activité professionnelle qui absorbait davantage M. R. que l'activité salariée accomplie pour elle.

Elle soutient que l'insuffisance d'activité et l'insuffisance de résultat, mais aussi la mauvaise volonté du salarié dans l'accomplissement de sa mission, sont parfaitement établies par les pièces versées aux débats dont il ressort le faible nombre de clients apportés par M. R., l'absence de valeur ajoutée liée à son activité, la faiblesse de celle-ci traduite par le temps très limité qu'il y consacrait et le peu de kilomètres parcourus, alors pourtant qu'elle avait mis à sa disposition tous les moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Elle ajoute que l'exercice, par M. R., d'une autre activité professionnelle sur son temps de travail est démontré et caractérise de sa part une attitude déloyale ; qu'au regard des critères jurisprudentiels posés, la clause d'exclusivité insérée au contrat de travail est parfaitement valable en ce qu'il était embauché à temps plein, sur un poste de responsabilité, pour exercer une fonction en dehors de tout contrôle possible par l'employeur de l'utilisation de son temps.

Elle fait valoir encore que l'article L 1222-5 du contrat de travail invoqué par M. R. ne trouve nullement à s'appliquer en l'espèce et qu'en tout état de cause, le délai d'un an prévu par ce texte étant depuis longtemps expiré au moment du licenciement, ce dernier ne peut revendiquer aucune protection de ce chef.

Elle conclut enfin que l'insubordination liée au refus du salarié de répondre à ses convocations, caractéristique d'une faute grave, est matériellement établie.

Elle estime que le statut de VRP ne peut pas trouver à s'appliquer dès lors que l'activité de l'appelant ne consistait pas à représenter et vendre des produits disponibles sur catalogue mais comportait une dimension essentiellement technique. Elle ajoute, qu'en tout état de cause, M. R. n'a quasiment apporté aucune clientèle.

Elle conclut que ce dernier a été rempli de ses droits à commissions, le taux de 5% étant applicable uniquement au chiffre d'affaires généré par la clientèle qu'il a apportée, celui réalisé avec la clientèle existante et créée par elle étant de 2,5 %.

S'agissant de la contrepartie financière afférente à la clause de non-concurrence, elle rétorque

que le contrat de travail l'exclut en cas de licenciement pour faute grave ; qu'en tout état de cause, il s'agit d'une clause pénale, comme telle réductible, et que, sauf à consacrer un enrichissement sans cause, le salarié ne peut prétendre à aucune somme de ce chef dans la mesure où, dès l'audience de conciliation, elle l'a délié de l'obligation de non-concurrence ; qu'en vertu des dispositions du contrat de travail, la contrepartie susceptible d'être due ne peut pas être de 6/10ème de mois puisque, dès lors qu'il exerçait une autre activité professionnelle de courtage de véhicules et quads, l'appelant ne peut pas soutenir être resté sans emploi, encore moins du fait de la clause de non-concurrence.

MOTIFS DE LA DÉCISION :

Sur la demande relative à la reconnaissance du statut de VRP

Attendu qu'aux termes de l'article L 7311-3 du code du travail, "Est voyageur, représentant ou placier, toute personne qui :

- 1o Travaille pour le compte d'un ou plusieurs employeurs ;
- 2o Exerce en fait d'une façon exclusive et constante une profession de représentant;
- 3o Ne fait aucune opération commerciale pour son compte personnel ;
- 4o Est liée à l'employeur par des engagements déterminant :
 - a) la nature des prestations de services ou des marchandises offertes à la vente ou à l'achat ;
 - b) La région dans laquelle il elle exerce son activité ou les catégories de clients qu'il elle est chargée de visiter ;
 - c) le taux des rémunérations." ;

Attendu que l'activité de VRP consiste essentiellement à rechercher des commandes, à prendre et à transmettre des ordres ;

Qu'il sera rappelé que l'activité de la société ALPHA 3 D consiste en l'étude et la fabrication, sur commande, de moules pour la plasturgie, c'est à dire de moules eux-mêmes destinés à la fabrication de pièces, chaque commande nécessitant une étude particulière pour réaliser un moule adapté aux besoins du client concerné ;

Attendu qu'il résulte des pièces versées aux débats, tant par la société ALPHA 3 D, que par M. Florent R. (cf sa pièce no 5 constituée par une soixantaine d'offres commerciales qu'il a établies pour le compte de clients) que l'activité de ce dernier ne consistait pas à représenter et à offrir à la vente des produits disponibles sur catalogue et à établir, à partir de là, des bons de commande au profit de son employeur, mais consistait à visiter et à prospecter des clients ayant des besoins spécifiques en moules pour leur propre activité de fabrication ; qu'il apparaît des offres commerciales établies par M. R. que son activité auprès des clients consistait, au-delà de la visite du client, tout d'abord à élaborer des projets techniques précis et particuliers en considération des besoins exprimés et de données techniques bien définies ; qu'il déterminait les éléments techniques devant entrer dans la réalisation du moule ; que cette dimension technique de son activité ressort également de certains courriers électroniques qu'il a émis, constitutifs de la pièce communiquée no 15 de l'employeur ;

Attendu que cette dimension technique de l'activité du salarié trouvait encore à s'appliquer une fois le moule réalisé ou dans le cadre de ses fonctions au titre du service après vente puisqu'il ressort de ses comptes-rendus (pièces no 30 et 31) qu'il procédait, chez les clients, à des vérifications techniques et à des contrôles, ainsi qu'à des essais, constatait le cas échéant

des anomalies ou dysfonctionnements (ex : compte-rendu du 19 juillet 2007 : "tuyaux des raccords vérins spongieux", "fuite sur vérin central"), et déterminait les actions à mettre en oeuvre ;

Attendu que par courrier électronique du 29 octobre 2007, M. R. a écrit à son employeur qu'il devait être le lendemain chez le client DH CONCEPT pour finaliser "l'ajustage du SAV LEMAN INDUSTRIE" ; que, dans un autre courrier du 5 novembre 2007, il relate que, le 2 octobre précédent, il était chez le client PERGA pour un essai de moule ;

Attendu qu'il est donc parfaitement établi que, contrairement à ce que soutient l'appelant, son activité comportait bien une dimension technique importante à côté de la prospection et de la visite de la clientèle ; que, d'ailleurs cette dimension technique était en complète adéquation avec sa formation initiale et son cursus professionnel puisqu'il résulte de son curriculum vitae que, titulaire d'un bac technique, il avait, avant son embauche par l'intimée, exercé des fonctions exclusivement techniques, d'abord comme opérateur-régleur-programmeur sur tour à commande numérique pour la fabrication de pièces (de 1989 à janvier 1992), puis comme mécanicien mouliste (d'avril 1993 à janvier 1994), puis comme responsable d'atelier dans des entreprises de fabrication de moules métalliques (de janvier 1994 à février 2002), puis comme responsable de site de fabrication de moules métalliques d'octobre 2002 à juillet 2006 ;

Attendu que c'est à juste titre, qu'au regard de ces données de fait relatives à l'activité de M. R., les premiers juges l'ont débouté de sa demande de reconnaissance du statut de VRP et, par voie de conséquence, de sa demande d'indemnité de clientèle ; que le jugement déféré sera confirmé de ces chefs ;

Sur le licenciement :

Attendu que M. Florent R. s'est vu notifier son licenciement par lettre du 21 février 2009 ainsi libellée :

"Monsieur R.,

Nous avons le regret de vous informer par la présente lettre que nous prenons la décision de vous licencier pour faute grave. Cette décision fait suite à notre entretien du 13 novembre 2007, au cours duquel nous avons recueilli vos explications après vous avoir exposé les motifs du licenciement envisagé.

En effet, malgré la formation que vous avez reçue et malgré notre assistance dans vos démarches de prospection, force a été pour nous de constater que les objectifs qui vous étaient fixés n'étaient pas atteints.

A plusieurs reprises nous avons très sérieusement attiré votre attention sur cet état de fait difficilement compréhensible en ce que les objectifs fixés étaient des plus raisonnables et que vous bénéficiez de notre accompagnement. Ces observations ne produisant pas de résultats, nous avons souhaité faire le point avec vous et nous vous avons convoqué une première fois fin août 2007 à cet effet.

Mais suite à cela, la situation ne s'améliorant pas, nous avons dû vous convoquer à nouveau pour le 2 octobre. Vous n'avez pas déféré à cette convocation.

Nous avons réitéré notre convocation pour le 30 Octobre. Vous n'avez pas, une fois de plus déferé à cette dernière convocation.

Il s'est alors avéré que, outre l'activité professionnelle que vous exercez pour notre compte, vous étiez le gérant de fait, depuis le 17 janvier 2006 (!), d'une société AUT IMPORT FJ, de commercialisation en véhicules automobiles d'importation, quads, karts cross (mode d'exploitation: exploitation directe) ; site Internet <http://www.jfqquad.fr>.

Lors de l'entretien que nous avons tenu le 14 novembre 2007, vous avez reconnu ces faits - en présence du conseiller du salarié que vous aviez choisi -, précisant que vous n'aviez pas voulu porter cette deuxième activité à notre connaissance lors de votre engagement ni par la suite, en raison du peu de confiance que vous aviez dans le développement de notre société ALPHA 3D, et précisant encore que vous vouliez toujours pour cette dernière raison, continuer à exercer cette double activité.

Votre manque chronique de résultats, vos refus de donner suite à nos convocations - alors que vous vous y étiez engagé contractuellement - et votre comportement particulièrement déloyal, opéré en violation flagrante de l'article 14 du contrat de travail qui nous lie constituent un ensemble de faits qui rend impossible votre maintien dans notre entreprise." ;

Attendu que la faute grave est celle qui résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; qu'il incombe à l'employeur d'en rapporter la preuve ;

Attendu que la faute grave reprochée au salarié aux termes de la lettre de licenciement tient en l'espèce dans :

- un manque chronique de résultats ;
- le refus de donner suite aux convocations de l'employeur ;
- un comportement déloyal, opéré en violation de l'article 14 du contrat de travail tenant en une clause d'exclusivité ;

Attendu que, pour consacrer la faute grave, les premiers juges ont considéré établies l'insuffisance de résultats et une insuffisance caractérisée de travail, et ils ont retenu que M. R. n'avait pas respecté son contrat de travail, notamment par son comportement déloyal en violation de la clause d'exclusivité ;

Attendu, comme le rappelle à juste titre M. Florent R., que la lettre de licenciement fixe les termes du litige et que la faute grave qui lui est reprochée doit être strictement appréciée au regard de ces derniers ;

Attendu qu'aux termes de la lettre de licenciement, le grief tiré de l'insuffisance de résultats tient exclusivement dans le fait que M. R. n'aurait pas réalisé les objectifs fixés ; qu'en l'absence d'autre objectif ou résultats convenus que celui tenant au chiffre d'affaires à réaliser, le reproche exprimé de ce chef est donc circonscrit au fait que le salarié n'aurait pas atteint le chiffre d'affaires minimum mentionné à l'article 6 du contrat de travail, à savoir 125 000 € HT par trimestre, soit 500 000 € pour la première année, ce chiffre d'affaires étant stipulé révisable à la fin de chaque année par avenant au contrat de travail, voire en cours d'année, ce

qui ne fut pas le cas ;

Attendu que, contrairement à ce que soutient l'employeur, la lettre de licenciement ne fait pas référence à une insuffisance d'activité et ne contient pas d'énonciations de ce chef ; qu'il s'ensuit que les développements qu'il consacre, dans le cadre de l'instance prud'homale, à l'insuffisance professionnelle du salarié, tenant à une insuffisance d'activité au regard du temps consacré à la prospection et aux visites à la clientèle, au nombre peu important de kilomètres parcourus, ainsi qu'au faible nombre de comptes rendus transmis et à leur caractère incomplet et elliptique, à la circonstance que M. R. se serait cantonné à prospecter au plus près de son domicile, sont, nonobstant les pièces versées aux débats à l'appui de ces griefs, inopérants puisque la lettre de licenciement ne fait aucune référence à cette insuffisance d'activité, non plus qu'à une insuffisance professionnelle ;

Et attendu qu'il ressort des propres pièces et données de l'employeur qu'en 8,5 mois d'activité, M. Florent R. a réalisé un chiffre d'affaires de 354 523 €, d'où il suit qu'il a bien atteint les objectifs qui lui avaient été fixés à cet égard puisque, sur la base d'un objectif trimestriel de 125 000 €, le chiffre d'affaires à atteindre en 8,5 mois s'établit à 354 166 € ; et attendu que l'appelant oppose à juste titre qu'en l'absence d'une quelconque précision à cet égard dans son contrat de travail, il ne peut pas lui être utilement reproché d'avoir réalisé ce chiffre d'affaires essentiellement auprès d'anciens clients déjà prospectés et fidélisés par la société ALPHA 3 D, et dans une faible mesure auprès de clients conquis par lui, pas plus qu'il ne peut lui être utilement reproché de l'avoir réalisé auprès de clients situés dans un secteur géographique restreint ou à la faveur d'un nombre peu important de devis ;

Que l'insuffisance chronique de résultats invoquée n'est donc pas matériellement établie ;

Attendu qu'aux termes de la lettre de licenciement, la déloyauté est clairement et strictement rattachée à la violation de l'article 14 du contrat de travail, à l'exclusion, là encore, d'une quelconque évocation, de ce chef, de l'insuffisance d'activité avancée uniquement dans le cadre des débats ;

Attendu que cet article, intitulé "Clause d'exclusivité", dispose : "M. Florent R. s'engage à n'exercer aucune activité professionnelle complémentaire à celle qu'il exerce dans le cadre du présent contrat." ;

Or attendu qu'il est établi par l'extrait Kbis versé aux débats, et non contesté, que, le 18 janvier 2006, M. Florent R. a créé une entreprise dénommée AUTO IMPORT FJ, qu'il exploite en nom personnel, ayant pour activité le courtage en véhicules automobiles d'importation, en l'occurrence, de quads et karts cross ; attendu que l'appelant ne conteste pas avoir continué à exercer cette activité professionnelle au cours de sa relation de travail avec la société ALPHA 3 D, mais soutient que cette simple activité de courtier accomplie via internet, sans gestions d'un quelconque stock, très limitée en nombre d'opérations réalisées, l'occupait uniquement pendant ses temps de loisirs ;

Attendu que la société ALPHA 3 D verse aux débats une attestation de M. Loïc Z..., second commercial de l'entreprise, de laquelle il résulte que, le jeudi 13 septembre 2007 en cours d'après-midi, il a reçu de M. R. sur son téléphone et ce, à la faveur d'une erreur de destinataire, un long message orienté sur les aspects techniques de la vente de quads, dans le cadre duquel l'appelant se présentait comme le représentant de "la société JF Quad" ;

Attendu que la clause par laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur porte atteinte à la liberté du travail ; que l'appelant soutient à juste titre que, pour être valable, une telle clause doit donc être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, ces conditions étant cumulatives ;

Attendu que pour légitimer la clause d'exclusivité insérée au contrat de travail, l'intimée argue de ce que M. Florent R. avait un poste de responsabilité et exerçait sa fonction en dehors de tout contrôle possible de sa part sur l'utilisation de son temps et la nature de ses démarches ;

Mais attendu que, si l'appelant était employé à temps plein, il avait le statut d'agent de maîtrise et non de cadre, et la société ALPHA 3 D ne caractérise aucune circonstance de nature à établir que l'emploi de technico-commercial qu'il occupait emportait au sein de l'entreprise des responsabilités particulières, et exigeait une implication et une disponibilité telles qu'elles rendaient nécessaires le recours à une clause d'exclusivité ; que l'employeur n'avance pas, et ne justifie pas, d'intérêts légitimes dont la protection n'aurait pu être assurée que par le recours à une telle clause ; que, même si le risque d'un comportement déloyal de l'appelant dans la prestation de travail fournie était accru du fait de son éloignement géographique par rapport au siège de l'entreprise et de la liberté totale d'organisation et d'utilisation de son de son temps dont il jouissait, l'obligation de loyauté pesant sur lui, comme sur tout salarié, indépendamment de toute clause contractuelle expresse, suffisait à prémunir la société ALPHA 3 D contre le risque qu'elle invoque ; que l'appelant est donc bien fondé à soutenir que la clause d'exclusivité figurant à l'article 14 de son contrat de travail lui est inopposable ; que, par voie de conséquence, la violation de cette clause ne peut pas lui être imputée à faute, étant observé que ce dernier, qui était libre de l'organisation de son temps de travail, fait valoir à juste titre que l'intimée est défaillante à démontrer que son activité de courtage en quads, exercée par internet, aurait entravé son travail pour elle au point de caractériser l'attitude déloyale qu'elle invoque ; qu'en effet, il n'est objectivement justifié que de l'appel téléphonique ci-dessus relaté du 13 septembre 2007 ;

Attendu que, contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, le grief tiré d'un comportement déloyal par violation de la clause d'exclusivité n'est donc pas fondé ;

Attendu que le troisième manquement invoqué dans la lettre de licenciement tient au refus de donner suite aux convocations de l'employeur ;

Attendu que par courrier électronique du lundi 24 septembre 2007 à 11 h 16, M. Bruno A..., chef d'entreprise, a fait observer à M. Florent R. que l'équipe était en réunion hebdomadaire, et il s'est ému auprès de lui de n'avoir reçu aucune information de sa part au sujet des tâches qu'il s'était assignées et du suivi des projets-clients de son portefeuille ; qu'il lui a rappelé qu'il était indispensable qu'il transmette la feuille hebdomadaire et l'informe de ses actions, devoir d'information et de reporting hebdomadaire effectivement rappelé dans les articles 3 et 10 du contrat de travail ;

Attendu que M. R. a apporté des éléments d'informations succincts par mail expédié à 11 h 28 et indiqué que ses deux collègues respectivement chargés du suivi des projets et réception des moules, et du suivi des devis savaient que trois projets, voire quatre, allaient démarrer au cours de la semaine ;

Attendu que, sur ce, par courrier électronique expédié le 26 septembre 2007 à 16h59, M. A... a fait connaître à M. Florent R. qu'il souhaitait le rencontrer le mardi 2 octobre 2007 à 14 heures au siège de la société, estimant nécessaire de faire le point sur son activité, lui précisant que cette convocation était impérative compte tenu de son départ en Chine le 4 octobre suivant ;

Que M. Florent R. a répondu à 17 h 59 mn : "Je ne pourrai pas être présent, ma femme est en formation la semaine prochaine et je dois emmener ma fille à l'école et la récupérer"; qu'il a proposé de "faire un résumé depuis sa visite à Angers" si son employeur le souhaitait et a conclu que ce dernier ne devait pas hésiter à l'appeler ;

Attendu que l'employeur a répondu par un nouveau courriel expédié le jour même à 20h16, précisant au salarié que la convocation était impérative, qu'il réitérait sa demande de le rencontrer, concluant : "Vous êtes convoqué au siège d'ALPHA 3 D le Mardi 2 Octobre 2007 à 14 h. Un refus de votre part à se conformer à cette convocation sera considéré comme une faute." ;

Attendu que par email du 27 septembre 2007 à 12 h 11, M. R. a indiqué à son employeur qu'il avait eu le client PERGA le matin même, que les essais étaient prévus pour le 2 octobre à partir de 11 h et qu'il y serait présent ; que l'employeur a alors réitéré sa convocation pour le 2 octobre par courrier postal du 27 septembre, en a rappelé le caractère impératif et les dispositions de l'article 10 du contrat de travail imposant au salarié d'assister à toutes réunions organisées au siège de la société et, de façon plus générale, de se rendre à toutes convocations adressées par l'employeur ;

Attendu qu'il ne fait pas débat que M. Florent R. ne s'est pas présenté au siège de l'entreprise le 2 octobre 2007 et n'a pas honoré le rendez-vous fixé ;

Attendu que par courrier postal du 25 octobre 2007, l'employeur, relevant que M. R. n'avait pas souhaité répondre à sa convocation avant son départ à l'étranger, lui a envoyé une nouvelle convocation à se présenter au siège de l'entreprise le 30 octobre 2007 à 14 h, soulignant le caractère impératif de ce rendez-vous et rappelant à nouveau les dispositions de l'article 10 du contrat de travail ;

Attendu que par courrier électronique expédié le 29 octobre 2007 à 17h13, M. Florent R. a répondu en ces termes à son employeur : "J'ai reçu ce jour une convocation pour demain au siège à 14H00. J'avais répondu à votre mail suite à votre convocation avant votre départ. Pour demain, je dois être chez DH CONCEPT pour finaliser l'ajustage du SAV LEMAN INDUSTRIE. Je viens d'avoir M. B..., il me confirme demain matin s'il vient récupérer l'empreinte, sinon, je dois lui envoyer en Chronopost. Il aurait été plus simple de m'appeler pour en parler de vive voix. S'il s'agit de faire un point commercial, nous avons tous les deux les chiffres pour en parler." ;

Attendu qu'il ne fait pas débat que l'appelant ne s'est pas présenté à ce second rendez-vous ;

Attendu que ces refus réitérés de déférer à deux convocations de son employeur motivées par la nécessité de faire le point sur son activité constituent un manquement à l'obligation énoncée à l'article 10 du contrat de travail et procèdent d'une désinvolture telle qu'ils caractérisent une insubordination ; qu'en effet, au-delà du ton adopté, les motifs opposés par M. R. à l'ordre clairement impératif de son employeur relèvent du prétexte en ce que, s'agissant du premier

rendez-vous, il a spontanément tout d'abord argué d'une difficulté relevant de l'organisation familiale dont aucune considération ni aucun élément objectifs ne permettent de considérer qu'elle était insurmontable, avant de recourir, le lendemain, au motif d'essais à réaliser chez un client dont rien n'établit le caractère urgent, lequel n'est d'ailleurs pas même allégué dans le mail écrit par le salarié le 27 septembre 2007 à 12h11, ni d'ailleurs, la réalisation effective ; que si l'agenda de M. R. porte mention de deux autres rendez-vous à 9 h et 10 h le 2 octobre 2007, il ne les a pas invoqués auprès de son employeur et ne produit, là encore, aucun élément pour établir leur caractère urgent ou important ; que l'agenda, non saturé, de M. R. démontre qu'il avait tout loisir de proposer au client PERGA maintes autres dates de rendez-vous très proches du 2 octobre puisqu'il était entièrement libre les jeudi et vendredi 27 et 28 septembre, ainsi que le lundi 1er octobre et encore le mercredi 3 octobre, si ce n'est, ce jour là, un unique rendez-vous à 15 heures ;

Attendu enfin que, s'agissant de ce premier rendez-vous, M. R. a été prévenu en temps amplement utile puisque cinq jours à l'avance ;

Attendu que la seconde convocation a été adressée par courrier postal le jeudi 25 octobre pour le mardi 30 octobre à 14 heures ; que ce courrier ayant été réceptionné par M. R. le lundi matin, il disposait d'un délai suffisant pour répondre à cette seconde convocation clairement impérative de son employeur ;

Attendu que l'agenda de M. R. ne mentionne aucun rendez-vous pour la journée du 30 octobre 2007, étant souligné que le dernier rendez-vous figurant sur son agenda au titre du mois d'octobre 2007 est en date du 11 octobre à 14h30 ; que le document Chronopost versé aux débats, qui justifie de l'envoi d'une pièce par M. R., n'est nullement de nature à faire preuve, à lui seul, de la réalité de la nécessité d'une intervention urgente et impérative chez le client DH CONCEPT le 30 octobre 2007 ; que, d'ailleurs, aucun élément ne vient établir que cette intervention a effectivement eu lieu ;

Attendu que ces refus réitérés et non justifiés de répondre aux convocations de l'employeur motivées par la nécessité de faire le point sur son activité caractérisent de la part de M. R. une insubordination constitutive d'une faute grave rendant impossible son maintien dans l'entreprise ; que le jugement sera donc confirmé en ce qu'il a dit le licenciement fondé et débouté l'appelant de ses demandes d'indemnité compensatrice de préavis et congés payés afférents, et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Sur l'indemnité liée à la clause de non-concurrence :

Attendu que la clause de non-concurrence stipulée à l'article 11 du contrat de travail fait interdiction à M. R., pendant une durée de deux ans à compter de la cessation effective de ses fonctions au sein de la société ALPHA 3D, d'exercer, sous quelque forme que ce soit, une activité concurrente de celle de cette dernière dans les départements de son secteur (01, 69, 38, 73, 74, 39 et 25) ;

Attendu que cette clause prévoit une contrepartie financière à cette obligation de non-concurrence, tenant en "une indemnité mensuelle égale à 5/10 de la moyenne mensuelle des 12 derniers mois, portés à 6/10 de la même moyenne en cas de licenciement sauf faute grave, tant que M. Florent R. n'aura pas trouvé un autre emploi et dans la limite de la durée de la clause." ;

Attendu que le délai imparti à l'employeur pour délier le salarié de l'obligation de non-concurrence, formalité stipulée comme devant être réalisée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, est fixé à huit jours à compter de la cessation effective de ses fonctions au sein de la société ;

Attendu que l'intimée est mal fondée à soutenir qu'en vertu des dispositions de la convention collective applicable et des stipulations contractuelles, la contrepartie financière ne serait pas due dès lors que la faute grave du salarié est consacrée ; que c'est à tort que les premiers juges ont accueilli ce moyen pour débouter M. R. de sa demande ;

Qu'en effet, l'exigence d'une contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ; que la convention collective ne peut donc pas déroger à la loi, telle qu'elle résulte de ce principe et des dispositions des articles L. 120-2 et L. 132-4 du code du travail, devenus L. 1221-1 et L. 2251-1 du même code du travail, pour interdire, en cas de faute grave, au salarié soumis à une clause de non-concurrence de bénéficier d'une contrepartie financière ;

Et attendu, de même, que les parties ne peuvent pas, aux termes du contrat de travail, dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non concurrence de celles de son indemnisation en privant le salarié licencié pour faute grave du bénéfice de l'indemnité que le contrat institue ; que la stipulation de la clause de non-concurrence excluant le versement de la contrepartie financière en cas de faute grave est donc réputée non écrite et doit être écartée ; Attendu que, faute pour la société ALPHA 3D d'avoir respecté le délai contractuel de huit jours qui lui était imparti pour délier le salarié de son obligation de non-concurrence, ce qu'elle devait faire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, il est inopérant de sa part d'arguer de ce qu'elle a déclaré l'en délier lors de la tentative de conciliation intervenue le 6 mars 2009, cette déclaration étant dépourvue de portée comme effectuée hors délai ;

Attendu que la société ALPHA 3D ne tente pas d'établir que M. R. aurait violé la clause de non-concurrence et ne l'allègue pas même ; que la contrepartie convenue est donc parfaitement causée par le seul fait que ce dernier a respecté son obligation de non-concurrence pendant la durée convenue de deux ans, peu important qu'il ait pu continuer à exercer son activité de commercialisation de quads, qu'il ait pu retrouver un autre emploi, et ne subir aucun préjudice ; que la stipulation de la clause de non-concurrence litigieuse excluant la poursuite du versement de la contrepartie financière pour le cas où le salarié retrouverait un autre emploi avant l'expiration du délai de deux ans doit donc également être écartée, et que l'employeur est mal fondé à soutenir que le paiement de cette indemnité procurerait à l'appelant un enrichissement sans cause ;

Attendu qu'en application de la clause de non-concurrence et en considération d'une rémunération moyenne mensuelle de 2925,57 €, M. Florent R. est donc bien fondé à solliciter le paiement de la somme de 35 107 € que la société ALPHA 3D sera condamnée à lui payer par voie d'infirmerie du jugement entrepris ;

Sur le rappel de commissions :

Attendu que l'article 5 du contrat de travail relatif à la rémunération énonce, au paragraphe traitant de la part variable de celle-ci : "A la rémunération fixe s'ajoute un intéressement sur le chiffre d'affaires qui sera calculé sur la base de 5% du chiffre d'affaires HT généré avec la clientèle, exclusion éventuelle des commandes non acceptées par les clients (ou restées Impayées) sauf lorsque le défaut d'encaissement résultera du fait volontaire de la société. Cet Intéressement lui sera payé mensuellement sur fourniture d'un relevé adressé au siège social et payé au fur et à mesure des règlements clients." ;

Attendu que par courrier électronique du 19 juin 2007, la société ALPHA 3 D a fait connaître à M. Florent R. qu'elle souhaitait appliquer "une commission différente", limitée à 2,5 %, aux affaires qu'il réaliserait avec les clients apportés par elle auprès desquels il n'avait plus à réaliser qu'un suivi et lancer de nouvelles affaires ;

Attendu qu'il résulte du tableau des commissionnements versé aux débats par la société ALPHA 3 D (sa pièce no 17) que certaines affaires réalisées par l'appelant ont été commissionnées à 5 %, d'autres à 4 % et d'autres à 2,5 % ;

Attendu que, dans le cadre de la présente instance, l'employeur soutient que, dans l'article 5 susvisé, les termes "généré avec la clientèle" s'entendent nécessairement de la clientèle générée par M. Florent R. lui-même à l'exclusion de celle qui était déjà acquise lorsqu'il a commencé à travailler pour elle ;

Mais attendu que l'appelant oppose à juste titre que les termes du contrat de travail sont clairs et que la clause n'opère aucune distinction selon que les affaires réalisées par le salarié l'ont été avec la clientèle déjà existante ou des clients apportés par ses soins ;

Attendu que le fait pour l'employeur de ramener certains commissionnements à 4 %, voire 2,5 %, caractérise de sa part une modification unilatérale de la rémunération ; or attendu qu'une modification de la rémunération ne peut intervenir qu'avec le consentement exprès du salarié ; que, contrairement à ce qu'avance la société ALPHA 3 D, et à ce qu'ont retenu les premiers juges, cet accord ne peut pas résulter de la seule circonstance que M. R. n'a pas réagi au mail du 19 juin 2007 et n'a pas contesté les modalités de commissionnement appliquées ;

Attendu qu'il résulte du tableau des commissionnements produit par l'employeur, non discuté par l'appelant, et qui récapitule, client par client, notamment le chiffre d'affaires réalisé, le taux de commissionnement appliqué et le montant de commission versé, que M. R. a bien été commissionné au taux convenu de 5 % sur les affaires réalisées avec les clients COURBIS, TECMAPLAST pour le projet DELTA, OPS, Grand PERRET, Grosfillex, ODEM y compris pour le projet "capuchons" et Plastic Solution pour le projet "capteur" ;

Attendu qu'il est fondé en sa demande de rappel de commission sur les neuf autres affaires et qu'il ressort des données chiffrées figurant sur le tableau produit que sa demande limitée à la somme de 4 000 € est parfaitement justifiée ; que, par voie d'infirmerie du jugement déféré, la société ALPHA 3 D sera condamnée au paiement de cette somme avec intérêts au taux légal à compter du 11 décembre 2008, date à laquelle elle a accusé réception de la convocation à comparaître à l'audience de conciliation ;

Attendu, le présent arrêt n'étant pas susceptible d'un recours suspensif, que l'exécution provisoire sollicitée par l'appelant est sans objet ;

Sur les dépens et frais irrépétibles :

Attendu, M. Florent R. prospérant partiellement en son recours, qu'il convient de dire que chaque partie conservera la charge des dépens et frais irrépétibles qu'elle a pu exposer tant en première instance qu'en cause d'appel ;

PAR CES MOTIFS :

La cour, statuant publiquement, par arrêt contradictoire,

Confirme le jugement entrepris sauf en ce qu'il a débouté M. Florent R. de sa demande de rappel de commissions et d'indemnité en application de la clause de non-concurrence, et en ses dispositions relatives aux dépens ;

Statuant à nouveau de ces chefs et ajoutant au jugement déferé,

Condamne la société ALPHA 3 D à payer à M. Florent R. les sommes suivantes :

- 4.000 € (quatre mille euros) à titre de rappel de commissions avec intérêts au taux légal à compter du 11 décembre 2008 ;

- 35.107 € (trente-cinq mille cent sept euros) d'indemnité due en application de la clause de non-concurrence ;

Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire ;

Déboute les parties de leurs demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel ;

Dit que chacune d'elles conservera la charge des dépens qu'elle a pu exposer tant en première instance qu'en cause d'appel.

LE GREFFIER
LE PRÉSIDENT
Sylvie LE GALL
Catherine LECAPLAIN-MOREL