



Cour de cassation - Chambre sociale

Audience publique du mercredi 24 novembre 2010

**société Foncia Marchand TBI,
venant aux droits de la société par actions simplifiée Cabinet Marchand
c. M. Claude S. et l'ASSEDIC de Franche-Comté et de Bourgogne devenue Pôle emploi**

Décision déferée : Cour d'appel de Besançon du 30 janvier 2009

Sources :

N° de pourvoi: 09-66616

Publié au bulletin

Références de publication :

Cassation partielle sans renvoi

- <http://www.legifrance.gouv.fr>
 - <http://www.legalis.fr>
-

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société Foncia Marchand TBI, venant aux droits de la société par actions simplifiée Cabinet Marchand, dont le siège est 3-5 rue Vaillant, 21000 Dijon,

contre l'arrêt rendu le 30 janvier 2009 par la cour d'appel de Besançon (chambre sociale), dans le litige l'opposant :

1°/ à M. Claude S., domicilié [.] ,

2°/ à l'ASSEDIC de Franche-Comté et de Bourgogne devenue Pôle emploi, dont le siège est Dijon Omega, 5 rue Georges Bernanos, bâtiment A, 21000 Dijon,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;



LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 20 octobre 2010, où étaient présents : Mme Collomp, président, M. Linden, conseiller rapporteur, Mme Mazars, conseiller doyen, MM. Bailly, Trédez, Chauviré, Blatman, Mme Perony, MM. Chollet, Béraud, Gosselin, Ludet, Frouin, conseillers, Mmes Agostini, Grivel, M. Rovinski, Mme Mariette, MM. Flores, Mansion, conseillers référendaires, M. Lalande, avocat général, Mme Ferré, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Linden, conseiller, les observations de Me Spinosi, avocat de la société Foncia Marchand TBI, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de M. S., l'avis de M. Lalande, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Claude S., engagé à compter du 1er mars 2004 par la société Cabinet Marchand en qualité de négociateur immobilier VRP, a été convoqué, par lettre du 1er février 2006, présentée le 2, à un entretien préalable au licenciement, fixé au 10 février à 9 h 30 ; que le salarié ayant sollicité un report, l'employeur l'a convoqué, par lettre du 6 février, présentée le 7, pour un entretien fixé au 10 février à 16 h 45, auquel M. Claude S. ne s'est pas présenté ; que l'intéressé a été licencié le 14 février 2006 ;

Sur les premier et troisième moyens :

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

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'article L. 1232-2 du code du travail ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer au salarié des dommages-intérêts pour non-respect de la procédure de licenciement, l'arrêt retient que le délai séparant la présentation de la lettre de convocation et l'entretien n'a pas été respecté ;

Attendu, cependant, qu'en cas de report, à la demande du salarié, de l'entretien préalable au licenciement, le délai de cinq jours ouvrables prévu par l'article L. 1232-2 du code du travail court à compter de la présentation de la lettre recommandée ou de la remise en main propre de la lettre initiale de convocation ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Vu l'article 627 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne la société Foncia Marchand TBI à payer à M. Claude S. une indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement, l'arrêt rendu le 30 janvier 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Besançon ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Déboute M. Claude S. de sa demande d'indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement ;

Condamne M. Claude S. aux dépens ;

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-quatre novembre deux mille dix.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par Me Spinosi, avocat aux Conseils, pour la société Foncia Marchand TBI.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société FONCIA MARCHAND TBI, venant aux droits de la société CABINET MARCHAND, à payer à M. Claude S. 22.000,00 € de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, outre les dépens et 2.000,00 € au titre des frais irrépétibles ;

Aux motifs que « il appartient à l'employeur d'apporter la preuve de la faute grave qu'il allègue dans la lettre de licenciement, laquelle fixe les limites du litige ; qu'il appartient également à l'employeur d'établir qu'il n'a été informé des faits fautifs que moins de deux mois avant l'engagement de la procédure disciplinaire ;

Qu'en l'espèce, il a été rappelé ci-dessus le contexte dans lequel la procédure de licenciement pour faute grave de M. Claude S. a été initiée le 1er février 2006 par son employeur, la S.A.S. Cabinet MARCHAND, représentée alors par son directeur général M. Bernard Z..., cette Société ayant fusionné au début de l'année 2006 avec la S.A.S. FONCIA TBI, dont le président, M. Bruno A..., a au demeurant signé la lettre de licenciement datée du 14 février 2006, étant relevé que devant la cour, la S.A.S. FONCIA MARCHAND-TBI vient aux droits de la S.A.S. Cabinet MARCHAND ;

Que M. Claude S., embauché en qualité de négociateur immobilier V.R.P. à compter du 1er mars 2004 par la S.A.S. Cabinet MARCHAND, oppose à la Société intimée la prescription des faits fautifs, à savoir d'une part la violation des obligations contractuelles et de l'obligation de loyauté en étant gérant de la S.A.R.L. Les Roseys, d'autre part la signature d'un mandat puis d'un compromis de vente d'un bien situé ... d'un montant de 180 000 €, étant acquis que ledit compromis n'a pu être produit aux débats par l'employeur et que le salarié a confirmé à l'audience que ledit bien n'a jamais été vendu, ce qui exclut toute perception de commission ;

... que s'il est difficile de croire, comme le soutient avec pertinence M. Claude S., que son employeur ignorait l'existence de la S.A.R.L. Les Roseys, créée le 28 juillet 2004 avec comme activité celle de marchand de biens, et ce compte tenu des liens unissant les dirigeants, de la publication de la création de cette société dès le 8 août 2004 et des relations commerciales existant entre les deux sociétés dijonnaises, ainsi qu'admis par l'employeur dans la lettre de licenciement, il est en tout cas difficile de soutenir que la S.A.S. Cabinet MARCHAND n'a

pas eu une pleine et entière connaissance de l'existence et de l'activité de cette société à l'occasion de la signature le 21 novembre 2005 par M. Claude S., en qualité de mandant de la S.A.R.L. Les Roseys, du mandat de vente sans exclusivité portant sur des bureaux situés ... appartenant à ladite Société, la vente étant confiée à la S.A.S. Cabinet MARCHAND et le mandat ayant été dûment accepté et signé par M. Z..., Directeur général de la S.A.S. Cabinet MARCHAND ;

Que les arguments selon lesquels M. Z... n'aurait découvert l'opération que le 9 janvier 2006 ne sont pas crédibles et que le délai de prescription a bien commencé à courir le 21 novembre 2005 comme le soutient à bon droit M. Claude S., dont les propos relatifs à la cause réelle de son licenciement ne sont pas dénués de toute pertinence ;

Que la procédure de licenciement n'ayant été initiée que le 1er février 2006, les faits fautifs sont prescrits et que le licenciement est dès lors dénué de toute cause réelle et sérieuse ;

Que le jugement sera en conséquence infirmé en ce qu'il a requalifié la rupture de contrat de travail en un licenciement pour cause réelle et sérieuse et en ce qu'il a débouté M. Claude S. de sa demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

... Qu'en application de l'article L. 122.14.5 ancien devenu L. 1235.5 du Code du travail, M. Claude S. peut prétendre à une indemnité correspondant au préjudice subi, cette indemnité étant cumulable avec l'indemnité prévue à l'article L. 122.14.4 devenu L. 1235.2 du Code du travail en cas d'irrégularités de procédure relative à l'assistance du salarié par un conseiller ;

Qu'au vu des éléments de préjudice justifiés par l'appelant, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse sera fixée à 22 000 € » ;

1. Alors que, d'une part, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1332-4 du Code du Travail en jugeant que les faits fautifs reprochés à M. Claude S. étaient atteints par la prescription de deux mois, laquelle aurait commencé à courir à compter du 21 novembre 2005, sans caractériser précisément et positivement une connaissance pleine et complète de ces faits par l'employeur, la société CABINET MARCHAND, à partir de cette date ;

2. Alors que, d'autre part et en tout état de cause, lorsqu'il entend sanctionner son salarié, l'employeur peut tout de même prendre en considération un fait antérieur à deux mois dans la mesure où le comportement du salarié s'est poursuivi dans ce délai ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a donc violé l'article L. 1232-4 du Code du Travail en ayant jugé que la prescription de deux mois avait couru, à compter du 21 novembre 2005, contre les faits de concurrence fautive commis par M. Claude S., lesquels s'étaient pourtant poursuivis au-delà de cette date.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société FONCIA MARCHAND TBI, venant aux droits de la société CABINET MARCHAND, à payer à M. Claude S. 1.000,00 € d'indemnité pour procédure irrégulière de licenciement, outre les dépens et 2.000,00 € au titre des frais irrépétibles ;

Aux motifs que « concernant l'irrégularité de procédure, il résulte des pièces du dossier que si la lettre de convocation à l'entretien préalable fixé le 10 février 2006 à 9 h 30, a bien été envoyée le 1er février 2006 avec présentation le 2 février 2006 et distribution le 3 février 2006, il est également constant qu'à la suite des observations écrites du salarié, l'employeur a admis que l'intéressé ne pouvait se présenter à l'heure fixée et a accepté de reporter le rendez-vous le même jour à 16 heures 45 en adressant une nouvelle lettre recommandée postée le 6 février 2006 et présentée le 7 février 2006 mais distribuée le 17 février suivant ;

Que M. Claude S. n'a pu se présenter audit entretien et soutient à bon droit que l'employeur n'a pas respecté la procédure de licenciement et notamment le délai séparant la date de présentation de la nouvelle lettre recommandée de la date de l'entretien ;

Que le préjudice résultant de cette irrégularité sera réparé par l'allocation à l'appelant de dommages et intérêts à hauteur de 1 000 € » ;

Alors que la première lettre en date du 1er février 2006 ayant convoqué M. Claude S. à un entretien préalable, fixé au 10 février 2006 au matin, lui avait été présentée le 2 février 2006, soit dans un délai de plus de cinq jours ouvrables ; que l'employeur, qui n'y était pas tenu, avait, toutefois, à la demande et dans le seul intérêt du salarié qui lui en avait fait la demande, émis une nouvelle lettre de convocation, en date du 6 février 2006 et présentée au salarié le 7 février 2006, pour le 10 février 2006 dans l'après-midi ; que la Cour d'appel a violé l'article L. 1232-2 du Code du Travail en s'étant fondée sur les circonstances tirées de cette deuxième lettre de convocation, et non sur celles tirées de la première, seule pertinente pour examiner la régularité de la procédure de licenciement.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné la société FONCIA MARCHAND TBI, venant aux droits de la société CABINET MARCHAND, à payer à M. Claude S. 40.000,00 € d'indemnité de clientèle, outre les dépens et 2.000,00 € au titre des frais irrépétibles ;

Aux motifs que « concernant l'indemnité de clientèle, ... M. Claude S. sollicite une indemnité égale aux douze derniers mois du chiffre d'affaires hors taxes effectué et signé par lui, soit 132 384,65 €, ce à quoi s'oppose la société intimée en répliquant que l'appelant n'a pas apporté de clientèle, qu'il n'a fait que profiter du portefeuille de clients de son employeur et qu'il a eu la possibilité d'exploiter après son licenciement la clientèle qu'il a soi-disant créée par le biais de la S.A.R.L. Les Roseys ;

Qu'il appartient à l'appelant, qui bénéficiait d'un contrat à durée indéterminée et dont le licenciement est imputable à l'employeur, d'établir qu'il a apporté, créé ou développé la clientèle, étant rappelé qu'il a été engagé en qualité de négociateur immobilier V.R.P. à compter du 1er mars 2004, et qu'un autre négociateur immobilier ayant 15 ans d'ancienneté travaillait pour le compte de la S.A.S. Cabinet MARCHAND, le chiffre d'affaires hors taxes réalisé pour les honoraires de transaction s'étant élevé avant son arrivée à 131 720,16 € au titre de l'année 2003 ;

Que M. Claude S., qui était avocat à DIJON jusqu'au 30 juin 1995, et qui a travaillé ensuite comme cadre responsable immobilier pour le compte de G.E. Capital Bank, ne justifie pas

avoir apporté de clientèle, mais disposait grâce à ses fonctions antérieures d'un réseau de relations non négligeable, ce qui a nécessairement été pris en compte lors de son embauche par la S.A.S. Cabinet MARCHAND avec laquelle il a été amené à travailler, et ce qui lui a permis de développer rapidement et de manière importante la clientèle de celle-ci, puisque au cours de la seule année 2005, il a réalisé seul un chiffre d'affaires hors taxes de 132 384,65 €, soit l'équivalent de la totalité du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en 2003 alors qu'il ne disposait que de la moitié du portefeuille ;

Qu'il justifie dès lors bien avoir développé la clientèle de la S.A.S. Cabinet MARCHAND grâce à son travail personnel et qu'il est en droit de bénéficier d'une indemnité de clientèle, laquelle a pour objet la réparation du préjudice que cause au représentant la perte de sa clientèle, étant relevé que la S.A.R.L. Les Roseys, gérée par l'épouse de l'appelant, n'exerçait pas une activité d'agence immobilière, ce qui ne permettait pas à l'appelant d'exploiter la clientèle ainsi développée ;

Que compte tenu notamment de la nature des biens vendus rendant difficile un renouvellement fréquent de l'opération, les clients n'étant toutefois pas tous des particuliers mais étant constitués également de syndicats ou de gérances, compte tenu des observations non contredites de la société intimée quant à l'acquisition du cabinet PERNOT en 2004 et de la croissance du Groupe CILCO, la COUR considère que l'importance en nombre et en valeur qui revient personnellement au représentant dans l'augmentation de la clientèle ne peut être évaluée au chiffre d'affaires réalisé en 2005 mais à une partie de ce chiffre d'affaires à raison de 40 000 €, l'indemnité devant être évaluée à ce montant » ;

1. Alors que, d'une part, un VRP ne peut prétendre à une indemnité de clientèle si les particuliers démarchés par celui-ci ne renouvelaient pas leurs commandes assez fréquemment pour qu'il puisse éprouver un préjudice du fait de la perte pour l'avenir du bénéfice d'une telle clientèle ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a expressément relevé que les clients particuliers démarchés par M. Claude S. ne procédaient guère à un renouvellement fréquent de l'opération ; qu'en ayant, cependant, reconnu à ce VRP le droit à une indemnité de clientèle, elle n'a donc pas tiré les conclusions qui s'évinçaient de ses propres constatations et a violé, de ce fait, l'article L. 7313-13 du Code du Travail ;

2. Alors que, d'autre part et en tout état de cause, l'achat d'un immeuble est une opération onéreuse et complexe qui ne se renouvelle généralement pas avec la même personne ou qui se renouvelle après un intervalle de temps trop important pour que l'on puisse dire qu'il existe une « clientèle » ; que, dès lors, en ne recherchant pas si, malgré ces circonstances, il existait tout de même une clientèle dans le domaine de la vente immobilière, dont M. Claude S., en sa qualité de VRP, pouvait se prévaloir, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7313-13 du Code du Travail.