

**Cour de cassation
chambre sociale**

N° de pourvoi: 13-16546

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Non publié au bulletin

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Lambremon (conseiller le plus ancien faisant
fonction de président), président

Me Delamarre, avocat(s)

Rejet

Audience publique du jeudi 20 novembre 2014

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nouméa, 29 janvier 2013) que M. X... a été engagé le 1er août 2001 par la Société financière et industrielle de Nouvelle-Calédonie en qualité de directeur d'exploitation ; qu'il a été placé en arrêt de travail pour maladie du 4 mars au 30 avril 2008 ; que convoqué à un entretien préalable le 5 mai 2008, il a été licencié pour manquements professionnels, le 19 mai 2008 ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse et de la condamner à ce titre alors, selon le moyen :

1°/ qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance ; que le président du conseil d'administration de la société Sofical a eu connaissance, le 29 février 2008, du manque d'anticipation de M. X... sur la commande de différents matériels et sur sa décision de mettre en suspens des travaux d'électricité ; que le même jour, par lettre d'huissier, la société Sofical a convoqué M. X... à un entretien préalable en vue de son licenciement ; que M. X... a bénéficié, le 3 mars suivant, d'un arrêt-maladie, l'empêchant de se rendre à l'entretien préalable fixé par la société Sofical ; que le délai de deux mois entre la convocation et l'entretien préalable a donc été suspendu pendant cette période, à compter du début de l'arrêt maladie de M. X... jusqu'à son retour le 30 avril 2008 ; que dès lors, en estimant que les fautes disciplinaires reprochées à M. X... étaient prescrites le 9 mai 2008, jour où la société Sofical l'a convoqué à un nouvel entretien préalable en vue de son licenciement, la cour d'appel a violé l'article Lp. 132-6 du code du travail de Nouvelle-Calédonie ;

2°/ que lorsqu'un avertissement a été notifié à un salarié pour sanctionner certains faits, l'employeur ne peut ultérieurement invoquer ces mêmes faits pour justifier un licenciement ; qu'au cas présent, les fautes prises du manque d'anticipation de M. X... sur la commande de différents matériels et la mise en suspens de travaux d'électricité ont conduit la société Sofical, le jour même où ces éléments ont été connus par la direction de l'entreprise, à le convoquer à un

entretien préalable de licenciement ; qu'en retenant pourtant que ces fautes avaient fait l'objet d'un avertissement préalable, au seul motif qu'une note interne ne comportant aucune mise en garde particulière avait été adressée parallèlement au salarié, la cour a violé les articles Lp 132-3, Lp 134-4 et Lp 132-6 du code du travail de Nouvelle-Calédonie ;

3°/ que la cause réelle et sérieuse est celle qui, revêtant une certaine gravité, rend impossible sans dommage pour l'entreprise la continuation du contrat de travail, et qui rend nécessaire le licenciement ; que la société Sofical, dans sa lettre de licenciement du 19 mai 2008, a reproché à M. X... différents manquements, à savoir son manque d'anticipation, sa volonté manifeste de privilégier les résultats à court terme au détriment de la qualité et du respect des procédures, sa mise en cause des choix de la direction et ses propos injurieux à l'égard de ses supérieurs hiérarchiques ; qu'en analysant isolément chaque motif de licenciement, tandis que les reproches formulés par la société Sofical, pris dans leur globalité, constituaient une cause réelle et sérieuse de licenciement, la cour a commis une erreur manifeste de qualification, violant ainsi l'article Lp 122-3 du code du travail de Nouvelle-Calédonie ;

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel, qui a constaté que les faits reprochés relatifs au manquement d'anticipation sur la commande de différents matériels et de décision de suspendre des travaux d'électricité étaient dès le 29 février 2008 connus de l'employeur, a exactement décidé que la maladie du salarié n'ayant d'effet ni interruptif ni suspensif, la prescription de ces faits était acquise à la date de l'engagement des poursuites disciplinaires le 5 mai 2008 ;

Attendu, ensuite, que c'est pas une appréciation souveraine des éléments de faits et de preuve qu'elle a constaté que certains autres faits reprochés au salarié étaient soit prescrits soit non établis ; qu'exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, elle a décidé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse ;

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

Sur le second moyen :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen qui n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la Société financière et industrielle de Nouvelle-Calédonie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Delamarre, avocat aux Conseils, pour la Société financière et industrielle de Nouvelle-Calédonie.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt partiellement infirmatif attaqué d'avoir dit que le licenciement de Monsieur Dominique X... était sans cause réelle et sérieuse et d'avoir condamné la société SOFICAL à lui verser, à ce titre, une somme de 40. 000. 000 francs CFP ;

AUX MOTIFS QUE

« sur le 1er motif de licenciement, « manque d'anticipation, absence de prise de décision et mauvais choix perturbant le bon fonctionnement de l'entreprise, notamment dans le cadre de la mise en attente de la signature des bons de commandes pour l'achat des tablettes PC du service commercial et mise en suspens des travaux d'électricité nécessaire au bon éclairage du dock de Cellocal obligeant le personnel à travailler dans la pénombre ; que la société SOFICAL affirme expressément dans ses écritures que M. X... avait reporté un certain nombre d'investissements dont ceux visés ci-avant relatifs aux tablettes PC et aux travaux d'électricité « afin de favoriser les ratios financiers permettant de déterminer le calcul de sa prime sur objectifs et de présenter des chiffres d'affaires en hausse » ; qu'un tel comportement ne ressortait pas d'une insuffisance professionnelle mais d'un comportement volontaire qui s'analyse en une faute justiciable de poursuites disciplinaires ; qu'il résulte du dossier que ces faits se sont déroulés en 2007 et que c'est à tout le moins le 29 février 2008 que M. Y... a eu connaissance de cette situation et qu'il a fait part le même jour par note interne à M. X... de son mécontentement dans des termes imposant de considérer cette note comme un avertissement (« Je souhaitais vous faire part de mon mécontentement », « je trouve anormal... », « je ne peux accepter... », « je conteste le choix ») ; qu'ainsi, sans même avoir à déterminer si ce reproche était fondé, la cour constate que ces griefs étaient prescrits lors de la convocation à l'entretien préalable et qu'au surplus, ayant déjà fait l'objet d'un avertissement, ne pouvaient plus être repris comme motif de licenciement ; que, sur le second motif de licenciement, « Manque d'anticipation sur les volumes de commandes et la mise en place de mesures adaptées (déstockage insuffisant-dock supplémentaire dont la mise en place s'est faite trop tardivement, etc.), choix d'un dock sous-dimensionné situé à Ducos qui après 6 mois seulement nous ramène aux difficultés de l'année passée » ; que ce grief tient d'une part à un manque d'anticipation sur les volumes de commandes, d'autre part au choix du dock ; qu'il s'agit effectivement de critiques qui, si elles sont avérées, sont à relier à des insuffisances professionnelles ; qu'il résulte des pièces du dossier, notamment des conclusions de la société SOFICAL, que les difficultés de stockage ont eu plusieurs causes : le changement d'opérateur de fret avec l'allongement des délais, la perte envisagée de la distribution des produits HENKEL ; que sur le premier point, le changement s'est effectué début 2007 à l'initiative de l'employeur sans qu'il ressorte du dossier qu'il en ait avisé son directeur afin que celui-ci puisse anticiper la problématique de stockage qui allait en résulter ; que, sur le second point, l'employeur lui-même s'étant impliqué dans les longues discussions avec HENKEL, ne pouvait méconnaître la situation ambiguë existante interdisant toute visibilité concrète sur le volume des commandes qu'il convenait de passer et sur la problématique de stockage qui en résultait ; qu'au surplus, ainsi qu'il sera vu dans l'analyse du 3ème motif, le problème du stockage était de nature logistique or existait depuis 2003 un service logistique confié à M. Z..., sous l'autorité directe de l'employeur, dont la société CGTS qu'il dirigeait facturait mensuellement des prestations « d'assistance conseil en logistique et organisation des docks » ; que ce n'est donc pas sans un manque d'autocritique que M. Z... a pu indiquer qu'il aurait fallu envisager des solutions logistiques et de stockage adéquates ; que la cour ne peut par ailleurs que s'étonner qu'un employeur découvre l'insuffisance professionnelle de l'un de ses directeurs qu'au bout de plus de 6 ans d'activité sans reproches ; qu'en définitive, si la matérialité du grief peut être considérée comme établie, il faut constater que la responsabilité en est largement partagée avec le responsable du service logistique et avec l'employeur lui-même ; que par ailleurs, compte tenu de l'absence de tout manquement

professionnel antérieur, il est insuffisamment grave pour justifier un licenciement ; que, sur le 3ème motif de licenciement, « Volonté manifeste de privilégier le chiffre d'affaires ou le service commercial, ainsi que les résultats à court terme au détriment de la qualité, du respect des procédures, et de la mise en place de véritables solutions logistiques entraînant la désorganisation et la démotivation des équipes » ; sur la première partie de ce motif, que si la volonté de privilégier le chiffre d'affaires avait pour but « de favoriser les ratios financiers permettant de déterminer le calcul de sa prime sur objectifs et de présenter des chiffres d'affaires en hausse » ainsi que la société SOFICAL l'a exprimé expressément pour le premier motif, on devrait en conclure qu'il s'agit d'un comportement fautif et non d'une insuffisance professionnelle ; qu'en tout état de cause, même à rester sur le terrain de l'insuffisance professionnelle, le fait de privilégier le chiffre d'affaires ou les résultats ne saurait constituer un grief sérieux de la part d'un employeur qui impose à son directeur des objectifs précis à défaut de réalisation desquels le salarié encourt le risque d'un licenciement ; que, sur la seconde partie du motif, qui rejoint au demeurant le motif précédent, qu'il résulte de l'audit réalisé par Auclair-Dupont l'existence de problèmes logistiques au sein de CELLOCAL ; que la cour constate cependant que la société SOFICAL avait mis en place à compter de 2003 un service logistique confié à M. Z..., sous l'autorité directe de l'employeur, et que devenu directeur de la société CGTS (également du groupe Y...), il a facturé à partir de septembre 2005 à chacune des sociétés sous la responsabilité de M. X..., des prestations d'assistance conseil en logistique et organisation des docks pour un total mensuel de 4 millions F CFP ; qu'aucune explication cohérente n'est donnée par la société SOFICAL sur l'absence de contrôle par elle-même de l'activité réelle de la société CGTS alors même qu'elle soutient par ailleurs que M. X... avait volontairement refusé l'assistance proposée par M. Z... ; qu'il n'apparaît pas davantage qu'il ait été reproché à M. Z... une insuffisance professionnelle alors que sa responsabilité dans l'absence de mise en place de solutions logistiques pouvait raisonnablement lui être reprochée autant voire plus qu'à M. X... ; qu'ainsi, même à retenir une responsabilité de M. X... dans l'absence de mise en place de solutions logistiques, il s'impose de constater que cette responsabilité est largement partagée avec la société CGTS et avec l'employeur lui-même qui, s'il s'était tenu normalement informé du fonctionnement de ses sociétés, ce qui était clairement le cas, ne pouvait ignorer soit que M. X... refusait l'assistance de la société CGTS, soit que cette dernière ne faisait pas le travail pour lequel elle était payée, et aurait dû immédiatement réagir en prononçant des sanctions adéquates ; que la cour relève également que par deux notes des 22 novembre 2007 puis 11 décembre 2007 adressées à l'employeur, M. X... avait attiré l'attention de celui-ci sur l'absence de prestations réelles de CGTS ; qu'il ne résulte pas des pièces versées que l'employeur ait pris de dispositions particulières à la suite de ces notes ; qu'en conséquence la cour considère que ce motif est insuffisant, comme le précédent, pour justifier le licenciement de M. X... ; que, sur le 4ème motif de licenciement, « Absence de respect des instructions de la Direction Générale, prise de décisions en dehors du champ de compétence (Exemples : mise en place de primes de gestions de stocks et modification des parties variables de prime malgré des instructions contraires, refus de travailler avec le service du personnel conformément aux procédures mises en place, affectation de personnel en dépit des instructions données, retard dans la production des budgets et des éléments demandés par la Direction Générale, choix de production contraires aux instructions données) », sous couvert d'une insuffisance professionnelle, ce motif ressort clairement du domaine disciplinaire, l'employeur visant expressément une attitude d'obstruction volontaire de son salarié malgré des instructions contraires, « refus de travailler », « en dépit des instructions données », « choix de production contraires aux instructions données » ; que là également la cour, sans avoir à se prononcer sur le caractère réel et sérieux de ces griefs, ne peut que constater qu'ils sont prescrits, l'ensemble des positions critiquées remontant au plus tard à 2007 et donc antérieures de plus de deux mois à la convocation à l'entretien préalable ; que, sur le 6ème motif de licenciement, « mise en cause des choix de la Direction Générale (Exemples : sur le choix de SETCARGO en qualité d'intermédiaire pour le fret, sur la nomination de Valérie

B... au poste de Marie-France LEON, votre attitude lors de l'audit du dock CELLOCAL demandé à Auclair Dupont, sur le choix fait par le PDG d'un entreposage en dépannage) », la société SOFICAL explique sur ce point que M X..., face aux reproches et critiques concernant sa direction d'exploitation, s'est réfugié dans une stratégie de défense en critiquant les décisions de gestion prises par le niveau hiérarchique supérieur ; que la mise en place par un salarié d'une stratégie consistant à remettre en cause les choix de l'employeur ne saurait être qualifiée d'insuffisance professionnelle mais ressortit là encore du domaine disciplinaire ; qu'il résulte du dossier : que le changement d'intermédiaire de frêt par SETCARGO a eu lieu début 2007 et que M. X... a évoqué dès la mi 2007 avec M. Y... la pertinence de ce changement qui, ainsi qu'il résulte de nombreuses pièces du dossier (alors que ce point a pu être, un temps, contesté par l'employeur), allongeait significativement le délai de livraison et impactait le niveau des stocks ; que les échanges relatifs à la nomination de Valérie B... se sont déroulés en août 2007, que l'audit Auclair Dupont s'est déroulé en novembre et décembre 2007, que le choix d'un entreposage en dépannage par la soeur de l'employeur s'est effectué en juin 2007 et que la note critiquant ce choix est de novembre 2007 ; qu'outre qu'il peut être légitime pour un directeur d'exploitation d'interroger son directeur général sur un changement soudain d'opérateur entraînant des retards et des problèmes de stock, sur la capacité d'un salarié à occuper le poste pour lequel il est recruté, enfin sur l'utilisation temporaire d'un dock qui génère des frais importants, et que le caractère fautif de ces critiques peut être discuté, il convient de relever qu'en tout état de cause, les échanges visés par la société SOFICAL sont antérieurs de plus de deux mois à la convocation à l'entretien préalable et sont prescrits ; que, sur le 7ème motif de licenciement, des faits de dénigrement et des propos injurieux ne sauraient être qualifiés de simple insuffisance professionnelle et constituent, d'évidence, s'ils sont établis, des fautes de nature disciplinaire ; qu'il en est de même des « critiques ouvertes » envers les collaborateurs ; qu'au regard des principes liminaires ci-avant posés, seuls les actes postérieurs au 5 mars 2008 peuvent être retenus ; que la cour relève que seuls les trois courriers et notes des 1er avril, 2 et 6 mai 2008 ne sont pas prescrits ; que la lecture attentive de leur contenu ne permet pas de retrouver ce qui est qualifié d'injures ; que ces courriers qui contiennent un certain nombre de critiques à l'encontre de décisions prises par l'employeur sur un ton que l'on peut qualifier de vif et parfois discourtois doivent cependant être replacés dans leur contexte ; que M. X... était en arrêt maladie pour dépression lorsqu'il a rédigé le premier, ils sont la réponse à des courriers de l'employeur qui lui reprochait, sur un ton qui n'était pas forcément bienveillant, de transformer la réalité, ou des réactions à des décisions de l'employeur (annonce publique dans une réunion du remplacement de M. X... sans que celui-ci en soit préalablement informé du nouveau passage d'un huissier pour porter la lettre de convocation à l'entretien préalable alors que cette modalité de remise ne s'imposait pas), qu'ils s'inscrivent dans un contexte de rupture volontaire de tout contact direct de l'employeur avec son directeur puisque plus aucun contact autre qu'écrit n'aura lieu entre M. Y... et M X... entre novembre 2006 et mai 2008 en dépit des demandes multiples du second alors qu'il apparaît qu'auparavant, lors de rencontres hebdomadaires, le directeur rendait compte en direct à son employeur et que si l'accident de M. Y... explique temporairement cette rupture de contact, il résulte de ses multiples écrits qu'il a repris rapidement le total contrôle de l'activité de ses sociétés et qu'il aurait été en mesure, s'il l'avait voulu et comme l'intérêt des sociétés pouvait le commander, de rencontrer son directeur ; que le recours à l'écrit a clairement constitué un facteur de crispation des tensions entre les deux hommes ; qu'au regard de ce contexte, la cour considère que ces courriers ne sauraient, en eux-mêmes, constituer un motif sérieux de licenciement ; qu'aux termes de l'examen des motifs de la lettre de licenciement, il en découle que les faits reprochés sont soit prescrits, soit déjà sanctionnés, soit encore d'une gravité insuffisante pour justifier un licenciement ; que le jugement déféré sera donc infirmé en ce qu'il a dit que M. X... avait fait l'objet d'un licenciement pourvu d'une cause réelle et sérieuse ; que, sur les demandes indemnitaires, au titre du licenciement que M. X... sollicite, au titre des dommages-intérêts pour licenciement abusif, la somme de 85 737 042 F CFP ; que M. X... avait

plus de 7 ans d'ancienneté au jour de son licenciement, qu'il était âgé de 57 ans ; qu'il était venu travailler en Nouvelle-Calédonie suite à son embauche par le groupe Ballande et n'avait aucune famille sur le territoire ; qu'il est retourné en métropole et, selon les pièces qu'il produit, n'a pas encore retrouvé un emploi ; qu'en considération de ces critères la cour allouera à M. X... au titre du licenciement sans cause réelle et sérieuse, une indemnité de 40 millions de francs CFP » ;

ALORS, D'UNE PART, QU'aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance ; que le président du conseil d'administration de la société SOFICAL a eu connaissance, le 29 février 2008, du manque d'anticipation de Monsieur X... sur la commande de différents matériels et sur sa décision de mettre en suspens des travaux d'électricité ; que le même jour, par lettre d'huissier, la société SOFICAL a convoqué Monsieur X... à un entretien préalable en vue de son licenciement ; que Monsieur X... a bénéficié, le 3 mars suivant, d'un arrêt-maladie, l'empêchant de se rendre à l'entretien préalable fixé par la société SOFICAL ; que le délai de deux mois entre la convocation et l'entretien préalable a donc été suspendu pendant cette période, à compter du début de l'arrêt maladie de Monsieur X... jusqu'à son retour le 30 avril 2008 ; que dès lors, en estimant que les fautes disciplinaires reprochées à Monsieur X... étaient prescrites le 9 mai 2008, jour où la société SOFICAL l'a convoqué à un nouvel entretien préalable en vue de son licenciement, la Cour d'appel a violé l'article Lp. 132-6 du code du travail de Nouvelle-Calédonie ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE lorsqu'un avertissement a été notifié à un salarié pour sanctionner certains faits, l'employeur ne peut ultérieurement invoquer ces mêmes faits pour justifier un licenciement ; qu'au cas présent, les fautes prises du manque d'anticipation de Monsieur X... sur la commande de différents matériels et la mise en suspens de travaux d'électricité ont conduit la société SOFICAL, le jour même où ces éléments ont été connus par la direction de l'entreprise, à le convoquer à un entretien préalable de licenciement ; qu'en retenant pourtant que ces fautes avaient fait l'objet d'un avertissement préalable, au seul motif qu'une note interne ne comportant aucune mise en garde particulière avait été adressée parallèlement au salarié, la cour a violé les articles Lp 132-3, Lp 134-4 et Lp 132-6 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie ;

ALORS, ENFIN, QUE la cause réelle et sérieuse est celle qui, revêtant une certaine gravité, rend impossible sans dommage pour l'entreprise la continuation du contrat de travail, et qui rend nécessaire le licenciement ; que la société SOFICAL, dans sa lettre de licenciement du 19 mai 2008, a reproché à Monsieur X... différents manquements, à savoir son manque d'anticipation, sa volonté manifeste de privilégier les résultats à court terme au détriment de la qualité et du respect des procédures, sa mise en cause des choix de la direction et ses propos injurieux à l'égard de ses supérieurs hiérarchiques ; qu'en analysant isolément chaque motif de licenciement, tandis que les reproches formulés par la société SOFICAL, pris dans leur globalité, constituaient une cause réelle et sérieuse de licenciement, la Cour a commis une erreur manifeste de qualification, violant ainsi l'article Lp 122-3 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

SECOND MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt partiellement infirmatif attaqué d'avoir dit que la clause de non-concurrence incluse dans le contrat de Monsieur X... était illicite faute de contrepartie financière et d'avoir condamné la société SOFICAL, en conséquence, à lui verser la somme de 36. 089. 360 francs CFP à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice.

AUX MOTIFS QUE « sur la clause de non concurrence, elle n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives (Soc. 10 juillet 2002) ; que la société SOFICAL ne saurait sérieusement soutenir que tout en sachant illicite la clause de non concurrence prévue au contrat, elle n'a pas jugé utile de l'annuler au motif que M. X..., juriste, avait connaissance de cette illicéité et de l'absence d'effets de la clause ce dont elle déduit qu'il n'a subi aucun préjudice ; que l'exigence d'une contrepartie financière découlant d'un revirement de jurisprudence de 2002, rien ne permettait à M. X... d'avoir la certitude qu'un revirement inverse ne pourrait se produire ; qu'il appartenait à la société SOFICAL de procéder à l'annulation de cette clause ou à lui affecter une contrepartie financière ou encore de libérer le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement ; que ne l'ayant pas fait en laissant M. X... dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler et n'établissant pas que ce dernier n'aurait pas respecté cette clause, elle ne saurait être dispensée d'en verser la contrepartie financière (en ce sens Soc. 13 juillet 2010) ; que la contrepartie financière a été justement appréciée par le tribunal du travail à la somme dont aurait été redevable M. X... en cas de non-respect de la clause et sera confirmée par la cour » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « sur l'indemnisation pour clause de non-concurrence illicite, le contrat de travail de M. X... contient une clause de non-concurrence qui lui interdit d'entrer au service d'une entreprise concurrente exerçant les mêmes activités ou de s'intéresser directement ou indirectement et sous quelque forme que ce soit à une entreprise de cet ordre ; que cette interdiction de concurrence est limitée à une période deux ans commençant le jour de la cessation effective du contrat de travail et couvre la Nouvelle Calédonie, et les pays où l'entreprise sera implantée ; que la clause précise que " toute violation de la présente clause de non-concurrence rendra automatiquement le Salarié redevable d'une pénalité fixée dès à présent et forfaitairement à douze mois de rémunération (fixe + participation) pour chaque Infraction constatée, sans qu'il ait besoin d'une mise en demeure d'avoir à cesser l'activité concurrentielle " ; qu'il s'ensuit que la clause de non-concurrence ne prévoit aucune contrepartie-financière pour le salarié, ce qui la rend illicite ; que dès lors, faute pour l'employeur de rapporter la preuve qu'il a libéré M. X... de sa clause de non-concurrence ou que M. X... ne l'a pas respecté se demande de dommages-intérêts est fondée ; que selon la jurisprudence de la COUR de Cassation, les dommages et intérêts en réparation du préjudice que le salarié a subi du fait que l'employeur lui a imposé une clause nulle portant atteinte à sa liberté d'exercer une activité professionnelle, peuvent être souverainement évalués par les Juges du fond au montant de la somme prévue au profit de l'employeur si le salarié avait violé la clause de non-concurrence ; que par application de cette jurisprudence et compte tenu de l'importance du préjudice subi compte tenu de son âge (57 ans) et de l'étendue de la clause (interdiction d'exercer dans de nombreux secteurs d'activités très importantes en Nouvelle Calédonie et au VANUATU) sur la base du salaire tel que défini dans la clause (fixe plus participation) il lui sera allouée la somme de 36. 089. 360 francs CFP à titre de dommages-intérêts calculée comme suit : 1. 160. 000 (salaire fixe) x 12 + 4. 124. 680 (prime de participation) x 2 (durée de la clause) ».

ALORS QUE le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motifs ; que la société SOFICAL faisait expressément valoir que Monsieur X... avait quitté le territoire de la Nouvelle-Calédonie pour des raisons familiales, et non pas en raison de l'étendue de sa clause de non-concurrence (conclusions, pp. 65 à 69) ; que cette seule circonstance était de nature à alléger le préjudice estimé de Monsieur X..., sa clause de non-concurrence n'étant pas valable en métropole ; qu'en s'abstenant toutefois de répondre à ce moyen péremptoire des conclusions de la société SOFICAL, la cour a entaché sa décision d'un défaut de réponse à conclusions et violé de ce fait l'article 455 du Code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie.

