Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du trente-et-un janvier deux mille treize.

Numéro 37567 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 24 juin 2011,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître René DIEDERICH, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit CALVO,

appelant par incident,

comparant par Maître Catherine HORNUNG, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 5 juillet 2012.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requêtes des 4 juin 2011 et 7 septembre 2011, B a réclamé à son ancien employeur, la société anonyme A, suite à son licenciement qu'il qualifia d'abusif, différents montants plus amplement détaillés dans la prédite requête.

Au service de la société employeuse en qualité de commercial depuis le 1er novembre 2005, B exposa, qu'après avoir réclamé à son employeur les commissions lui dues sur base de l'article 5 de son contrat de travail, l'employeur lui notifia le 16 septembre 2008 la convocation à l'entretien préalable au licenciement ainsi que sa mise à pied conservatoire à compter du 16 septembre 2008, ensuite son licenciement avec effet immédiat pour faute grave le 30 septembre 2008.

Le salarié contesta tant la précision que la réalité et la gravité des fautes lui reprochées ; il soutint encore que le licenciement était irrégulier pour vice de forme dans la mesure où il fut notifié plus de 8 jours après la mise à pied en violation des dispositions de l'article L.124-10.(5) du code du travail.

La société employeuse contesta les demandes du salarié tant dans leur principe que dans leur montant.

Par jugement du 17 mai 2011, le tribunal du travail a:

joint les demandes introduites par B le 4 juin 2010 et le 7 septembre 2010 ; déclaré le licenciement de B abusif ; déclaré la demande de B en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis fondée pour le montant de 30.888,78 € ; déclaré la demande de B en paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel pour licenciement abusif fondée pour le montant de 155.443,90 € ; déclaré la demande de B en paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral pour licenciement abusif fondée pour le montant de 15.000 € ; déclaré la demande de B en paiement d'une indemnité pour congés non pris fondée pour le montant de 22.850,56 € ; déclaré la demande de B en paiement de commissions non perçues non fondée ; condamné la société anonyme A S.A. à payer à B la somme de 224.183,24 € avec les intérêts légaux à partir du 4 juin 2010, jour de la demande en justice jusqu'à solde ; ordonné l'exécution provisoire du jugement en ce qui concerne la condamnation au paiement de la somme de 22.850,56 € du chef d'arriérés de salaires.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a considéré que la lettre de licenciement ne correspondait pas au critère de précision requis par la loi, que l'imprécision des motifs équivaudrait à une absence de motivation et a déclaré le licenciement abusif.

Quant aux commissions réclamées d'un montant de 370.665,36 euros, il a décidé que les *termes du contrat de travail permettait à l'employeur de fixer discrétionnairement et librement les objectifs à atteindre pour le paiement du bonus; que s'agissant d'un avantage, concédé discrétionnairement et à titre bénévole par l'employeur au salarié l'employeur était en principe libre de fixer unilatéralement et à sa guise les modalités et les conditions requises dans le chef du salarié pour entrer dans le bénéfice de cette gratification; que dans ces conditions la demande du salarié n'est ni déterminée ni déterminable dès lors non fondée.*

Il a finalement sur base de la fiche de salaire du mois de septembre 2008 déclaré la demande du salarié en paiement d'une indemnité pour congé non pris de 256 heures, soit le montant de 22.850,56 euros, fondée.

La société anonyme A a régulièrement relevé appel dudit jugement par acte de l'huissier de justice Carlos CALVO du 24 juin 2011.

L'appelante demande de réformer le jugement dont appel dans la mesure où il a été entrepris.

Elle demande de dire que le licenciement de l'intimé B est régulier et fondé ; partant de voir déclarer non fondées les demandes de ce dernier en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, de dommages-intérêts en réparation d'un prétendu préjudice matériel et moral pour licenciement abusif et d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et B s'entendre dès lors débouter de ces demandes ; subsidiairement, l'appelante demande de dire que c'est à tort que les premiers juges ont écarté l'offre de preuve par témoins présentée par elle et lui donner acte qu'elle la réitère en instance d'appel, ceci sous réserve expresse de tous autres modes de preuve légalement admissibles ; plus subsidiairement encore, elle conclut à lui voir donner acte qu'elle maintient et réitère ses contestations concernant le principe et le quantum du préjudice tant matériel que moral allégué par B ; elle soutient que ce préjudice est inexistant sinon qu'il y aurait lieu de ramener toute indemnisation éventuelle à de plus justes proportions.

Elle soutient que la lettre de licenciement serait précise et conteste les montants réclamés par le salarié dès lors que ce dernier a créé le 1er octobre 2008, une société C s.à r.l. dont il est le gérant et qui génère un chiffre d'affaires conséquent.

L'intimé demande à la Cour de confirmer le jugement quant au licenciement abusif et quant au bien-fondé des demandes afférentes.

Concernant le préjudice matériel, il précise qu'au moment de son licenciement il était âgé de 62 ans, qu'il a créé sa société le 14 octobre 2008, soit 15 jours après son licenciement ; qu'il ne s'est cependant pas pris de salaire durant les premiers mois de sa constitution, ce qui est attesté par le comptable de la société, de sorte que l'indemnisation allouée par les juges de première instance se justifie pleinement ; il réduit finalement la période de référence à 7 mois débutant le 1er décembre 2008 pour se terminer le 30 juin 2009.

Il relève appel incident de la décision l'ayant débouté de ses demandes en paiement des commissions pour les années 2005, 2006, 2007 et 2008.

Subsidiairement, il conclut à l'institution d'une expertise aux fins d'évaluer le montant lui dû de ce chef.

Il fait grief aux juges de première instance d'avoir considéré que les termes de l'article 5 du contrat de travail prévoient que le paiement de ces commissions était laissé à la libre discrétion de son employeur ; pour le salarié, ce serait cependant le contraire puisque l'article litigieux outre le fait qu'il fixe les conditions de rémunération du salarié, disposerait clairement « *…l'employeur accordera au salarié un bonus* …. » ce qui correspondrait non pas à une faculté, mais bien à une obligation pour l'employeur.

Il expose encore de façon exhaustive l'origine de l'insertion de cette clause dans le contrat de travail, clause destinée en fait à combler les pertes du salaire antérieurement perçu par lui en tant qu'actionnaire à 100% de sa société et en tant que président du conseil d'administration de cette dernière, fonction pour laquelle il percevait une rémunération qu'il a perdu en cédant toutes ses parts à la société employeuse, perdant ainsi également sa fonction de président du conseil d'administration et la rémunération afférente.

Il formule une offre de preuve par témoin pour prouver la réalité de la genèse de ces commissions.

Il demande à la Cour de faire application de l'article 1134 du code civil selon lequel les conventions s'exécutent de bonne foi et de dire que l'employeur est obligé de donner à son salarié conformément à l'article 5 précité les données, les chiffes d'affaire lui permettant de calculer et donc percevoir ses commissions.

L'appelante soulève encore concernant la demande relative aux commissions la prescription triennale de l'article L.221-2 du code du travail et demande de déclarer prescrites toutes les commissions réclamées antérieures au 8 septembre 2005.

Elle conteste finalement également la genèse avancée par l'intimée concernant le paiement de ces commissions litigieuses ainsi que l'offre de preuve formulée à cet égard par le salarié pour ne pas être pertinente; pour la société employeuse les termes du contrat de travail seraient clairs à cet égard, de sorte qu'aucune interprétation ne pourrait être faite.

La Cour renvoie quant aux faits et circonstances de la cause à la relation correcte et exhaustive faite par le tribunal du travail pour la faire sienne dans son intégralité.

I) Quant au licenciement

L'appelante estime que les motifs gisant à la base du licenciement de B seraient énoncés avec la précision légale requise et que le licenciement devrait partant par réformation être déclaré régulier.

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte, que le tribunal du travail a déclaré que les motifs énoncés à la base du congédiement de B ne répondaient pas au critère de précision requis tant par la loi que par la jurisprudence.

L'indication des motifs doit en effet être fournie avec une précision telle que leur énoncé même en révèle la nature et la portée exacte et permette tant au salarié d'en apprécier le caractère légitime ou non et de faire la preuve de leur fausseté ou de leur inanité, qu'au juge de vérifier si les motifs s'identifient effectivement à ceux énoncés par l'employeur à l'appui du licenciement, ce qui n'est en l'espèce pas le cas.

A titre d'exemple et concernant le premier motif énoncé par l'employeur ayant trait à la vente d'un lot de laiton de 20,34 tonnes au profit d'une autre entreprise que A, la Cour relève qu'il n'est possible d'en connaître la nature et le sens qu'en lisant l'offre de preuve formulée ultérieurement par la société employeuse.

Or, si d'après l'article L.124-11 par (3) alinéa 2) l'employeur est autorisé à apporter, en cours d'instance, des précisions complémentaires par rapport aux motifs énoncés initialement, cette faculté ne saurait être interprétée dans le sens d'une atténuation de l'exigence quant à la précision des motifs et ne permet pas non plus de suppléer à une absence de précision originaire des motifs énoncés ni d'indiquer des motifs nouveaux.

C'est partant à bon escient que le tribunal du travail a rejeté l'offre de preuve formulée par la société employeuse comme allant au-delà de la faculté prévue à l'article précité, l'ensemble des motifs étant vagues et imprécis.

C'est finalement correctement qu'il a en a conclu que le licenciement de B est abusif et qu'il a analysé le bien fondé des différentes demandes indemnitaires formulées par le salarié.

II) Quant aux montants réclamés

- Indemnité compensatoire de préavis :

La décision du tribunal du travail est à confirmer quant à l'allocation au salarié d'une indemnité de préavis de deux mois d'un montant de 30.887,98 euros, les juges de première instance ayant fait une application correcte de l'article L.124-6 du code du travail.

- Dommages et intérêts pour les préjudices matériel et moral allégués

B prétend avoir subi un préjudice matériel sur une période de sept mois suite au congédiement en raison du fait qu'il n'a pas touché de salaire pendant cette période, sa société n'ayant pas généré suffisamment d'actif pour le lui permettre, ce qui est formellement contesté par son ancien employeur.

Il est de principe que le préjudice matériel allégué par le salarié suite à son licenciement abusif ne donne droit à indemnisation ou réparation que si ce préjudice est réel et en relation causale directe avec le licenciement abusif.

La Cour constate sur base des pièces soumises à son appréciation que B a créé sa propre société C s.à r.l. le 1er octobre 2008, soit seulement 15 jours après son licenciement.

Ensuite, il prétend qu'il ne s'est pas pris de salaire pendant les six premiers mois de la création de son entreprise au motif que cette dernière ne générait pas assez de profit ou bénéfice pour le lui permettre, versant une pièce de son comptable à cet égard.

Il y a lieu de retenir qu'en l'occurrence le salarié a fait le choix de créer sa propre entreprise, de sorte que la perte de salaire en découlant, quod non, est due à ce choix personnel, cette décision personnelle et non pas à la faute commise par son employeur, de sorte que la relation causale entre le préjudice allégué et le licenciement abusif fait défaut à ce niveau.

La Cour constate encore sur base des commentaires écrits faits par le comptable de la société relativement au premier exercice clos le 30 juin 2009 couvrant une période d'activité de 8,5 mois, que parmi les charges mises en compte sur cette période d'activité de seulement 8,5 mois figurent des indemnités kilométriques du gérant, soit de B, qui s'élèvent au montant conséquent de 28.546 euros soit à environ 3.472 euros par mois, de sorte que l'on peut mettre en doute la situation financière précaire d'une société comme celle de B laquelle dispose de suffisamment de fonds pour payer des frais kilométriques aussi élevés au gérant de la société mais ne permet pas de lui assurer un salaire décent.

Il en résulte dès lors que la réalité du préjudice subi laisse également d'être prouvée, de sorte qu'il y a lieu de réformer le jugement entrepris en ce qu'il a alloué a B des dommages intérêts pour le préjudice matériel.

Concernant la préjudice moral, la Cour relève que compte tenu des circonstances du licenciement, de l'âge du requérant au moment de son congédiement (62 ans) le préjudice moral subi par lui est indemnisé de façon adéquate par un montant de 5.000 euros.

- Commissions pour les années 2005 à 2009

B a relevé appel incident du jugement a quo en ce qu'il l'a débouté de sa demande en paiement des commissions revendiquées sur base de l'article 5 du contrat de travail.

Concernant le moyen tiré de la prescription triennale soulevée par la société employeuse à l'encontre de la demande de B, la Cour fait droit aux conclusions prises par la société employeuse et décide en vertu de l'article L.221-3 du code du travail qui dispose que « *l'action en paiement des rémunérations de toute nature dues au salarié se prescrit par trois ans conformément à l'article 2277 du code civil* », que les commissions réclamées par le salarié pour la période antérieure au 8 septembre 2005, compte tenu de la mise en demeure de B datant du 8 septembre 2008, sont prescrites.

Quant à la demande en paiement pour les commissions postérieures à cette date, il y a lieu de relever que l'article 5 du contrat de travail stipule que « *l'employeur accordera au salarié un bonus de 0 à 6 mois de salaire basé sur deux objectifs :*

1. *bonus de 0 à 3 mois de salaire liés à l'objectif de chiffres d'affaires individuel avec respect d'une marge minimale,*
2. *bonus de 0 à 3 mois de salaire lié au support aux personnes indiquées par la direction pour développer le savoir faire de ces dernières dans le négoce des non ferreux.*

Ces objectifs seront déterminés en début de période entre l'Employeur et le salarié ».

Il s'en dégage que, contrairement à l'appréciation faite par le tribunal du travail qui a décidé qu'il s'agissait pour l'employeur d'une faculté, il s'agit bien en l'occurrence d'une obligation contractuelle pour ce dernier de verser à son salarié un bonus, dès lors qu'il y est indiqué que l'employeur « accordera » un bonus à déterminer en début de période.

Il est encore constant en cause que l'employeur n'a pas exécuté cette obligation sur les cinq années de service consécutives, puisqu'il ne conteste pas avoir refusé de payer au salarié les commissions « prométitées ». Qui plus est, il a même mis à pied et ensuite licencié B suite à la mise en demeure lui adressée par ce dernier de lui verser les commissions. De la sorte, il a agi en violation de l'article 1134 du code civil selon lequel les conventions s'exécutent de bonne foi

L'inexécution d'une obligation contractuelle par une des parties contractantes se résout en principe en dommages et intérêts, la charge de la preuve du préjudice subi incombant à celui qui s'en prévaut, soit en l'espèce au salarié.

Cependant, tel que formulé, l'article 5 précité ne permet pas d'établir de façon précise le montant des commissions dues au salarié alors que les parties ont omis ou manqué de déterminer non seulement - les chiffres d'affaires personnels que devaient réaliser le salarié mais encore - la marge minimale à atteindre par lui, - le nombre de personnes que le salarié aurait dû former au négoce des non ferreux, - l'évaluation du nombre de salaire du (0 à 3) en cas d'atteinte des différents objectifs envisagés. Ces différents critères auraient cependant pu respectivement dû être indiqués à la Cour par le salarié lui-même en versant les pièces afférentes au chiffre d'affaire réalisé par lui au cours de ces cinq années, aux clients apportés et servis par lui, aux salariés supportés ou formés par lui etc… pièces qu'il pouvait se procurer puisqu'elles le concernaient.

Il en découle que sur base de l'article 5 litigieux, le préjudice invoqué par B, respectivement le montant des commissions revendiquées n'est pas déterminable.

S'il est un principe que pour être réparable le dommage allégué doit être certain, un aménagement jurisprudentiel consiste à admette l'indemnisation d'une perte d'une chance, la chance étant la probabilité que survienne un événement favorable. Seule la perte d'une chance réelle et sérieuse que l'événement favorable se réalise est indemnisable .

Toutefois, la probabilité que le salarié aurait réalisé des chiffres d'affaire précis ainsi que des marges bien précises et aurait formé autant de salariés, ne résulte par

des éléments au dossier. La preuve que suite à son licenciement abusif le salarié n'a pu profiter d'une situation intrinsèquement favorable n'est ainsi pas rapportée.

Le salarié affirme et offre en preuve par témoins les faits suivants :
« que dans le cadre de la signature du contrat de travail à durée indéterminée de B en date du 28 octobre 2005, B et la société D S.A. ont convenu d'assurer les mêmes revenus à B qui ceux dont il bénéficiait avant sa démission du poste de président de E ;
que la société D S.A. et B ont convenu de combler ce manque à gagner en accordant à B une rémunération fixe de 13.000 € par mois ainsi qu'un bonus de 0 à 6 mois de salaire en fonction d'objectifs liés au chiffre d'affaires réalisé par B dans la vente des métaux non ferreux au sein du groupe et au personnel à former par ce dernier ;
que c'est le pourcentage de 1 % sur le chiffre d'affaires annuel net HT de E qui a été remplacé par un commissionnement allant de 0 à 6 mois de salaire en fonction de la réalisation d'objectifs de deux types (financier et humain) ;
que le jour de la signature du contrat de travail à durée déterminée du 28 octobre 2005 de B, une simulation a été établie sous forme de tableau par les parties en présence de F ;
que concernant les objectifs financier à réaliser par B, au moment de la signature du CDI en date du 28 octobre 2005, les parties sont parties sur un prévisionnel d'objectifs à réaliser de 10.250.000 € par an ;
que selon le prévisionnel, si B réalisait 120 % de son objectif, il percevrait un bonus de 3 mois de salaire, 100% de son objectif 2 mois de salaire, 80% de son objectif 1 mois de salaire, 70% de son objectif 0 ;
que compte tenu du montant des ventes des métaux non ferreux réalisées par B au moment de la signature de son contrat de travail en octobre 2005, B était assuré de percevoir des bonus suivant ce prévisionnel ;
qu'il était cependant convenu d'après les termes du contrat de travait à durée indéterminée du 30 octobre 2005 (article 5) que les objectifs seraient établis en début de chaque période par les deux parties. »

Il formule encore l'offre de preuve par expertise de la teneur suivante :
« subsidiairement, pour ce qui est concerne les commissions relatives à la réalisation du chiffre d'affaires, voir ordonner la nomination d'un expert avec la mission de concilier les parties si faire se peut sinon, dans un rapport écrit, détaillé et motivé, de déterminer sur base des pièces justificatives à verser par la société A S.A. pour la période du 1er novembre 2005 au 16 septembre 2008 (date de la mise à pied conservatoire de B) le montant redû du chef de commissions d'intéressement relatives au chiffre d'affaires global réalisé par B pour la vente de métaux non ferreux au sein du groupe A, au Grand-Duché de Luxembourg, en France et en Belgique, à déterminer d'après les objectifs prévisionnels fixés à hauteur de 10.250.000 € par an avec des bonus de 3, 2 ou 1 mois de salaire selon que le

chiffre d'affaires est réalisé à 120%, 100% ou 80% et de dresser un décompte entre parties. »

Si cette offre de preuve tend à établir la genèse de l'insertion dans le contrat de travail de l'article 5 litigieux, genèse par ailleurs contestée par la société employeuse, ainsi que la simulation mathématique faite par les parties au litige, quod non, force est cependant de constater que cette offre de preuve ne permet nullement de déterminer avec certitude le préjudice réel et exact subi par le salarié respectivement les commissions qu'il aurait dû percevoir, une évaluation ex aequo et bono par les juridictions du travail n'étant par ailleurs pas de mise dans ce cas de figure.

Il n'y a par ailleurs pas lieu d'ordonner une expertise, comme le sollicite le salarié, cette mesure n'étant pas destinée à suppléer à l'absence totale de preuve à cet égard.

Il suit de l'ensemble des ces considérations que le jugement est à confirmer, bien que pour d'autres motifs, en ce qu'il a rejeté la demande du salarié comme étant non fondée.

Chacune des parties revendique une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

A défaut d'avoir indiqué en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens, les demandes afférentes respectives des parties sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

Déclare les appels principal et incident recevables,

Rejette les offres de preuves formulées par les parties au litige,

Dit l'appel principal partiellement fondé,

Réformant :

Dit que la demande de B en paiement de dommages et intérêts pour le préjudice matériel subi suite à son licenciement abusif n'est pas fondée et en déboute,

Décharge partant la société A SA de la condamnation intervenue en première instance de ce chef,

Dit qu'il y a lieu de réduire le préjudice moral à la somme de 5.000 €,

Partant condamne la société A S.A. à payer à B la somme de 5.000 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

Décharge la société A S.A. de la condamnation au montant de 15.000 € intervenue de ce chef en première instance,

Dit l'appel incident non fondé,

Confirme le jugement pour le surplus,

Rejette les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du NCPC,

Fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à chacune des parties.