Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-et-un mars deux mille treize.

Numéro 36840 du rôle

Présents:

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

E n t r e :

A, demeurant à B-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ d'Esch-sur-Alzette du 1er décembre 2010,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit LISÉ,

comparant par Maître Serge MARX, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 13 décembre 2012.

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

Par requête déposée au greffe de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette le 30 juin 2008, A a fait convoquer son employeur la société anonyme B S.A. (ci-après : la société B) devant le tribunal du travail aux fins d'entendre dire que la résiliation du contrat de travail résultant du refus du salarié d'accepter la modification du contrat de travail constitue un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article L.124-5 du code du travail, que les motifs à la base de la modification du contrat de travail ne sont ni suffisamment précises, ni réels, ni suffisamment graves pour justifier une rétrogradation ainsi qu'une diminution de salaire, de sorte que la résiliation opérée du fait de l'employeur serait à considérer comme abusive.

La demande telle que complétée par la suite tend à la condamnation de la société B à payer à A les sommes indemnitaires de 15.000 euros du chef de préjudice moral, 54.315,78 euros du chef de préjudice matériel, 15.000 euros du chef de préjudice moral suite au harcèlement moral, 20.906 euros du chef d'indexations et de bonus et 1.500 euros à titre d'indemnité de procédure.

A l'appui de sa demande, A a fait exposer que depuis le 1er mai 1979, il était aux services de la société B et que depuis le 1er octobre 1993, il exerçait les fonctions de gérant, *« Marktleiter »,* moyennant un salaire de 6.346,50 euros. Or, depuis l'entrée en fonctions de M. C, il se serait vu exposé à de nombreux actes de harcèlement. Suite à l'intervention de son mandataire par courrier du 4 juillet 2007, l'employeur aurait procédé le 3 août 2007 à une modification substantielle de son contrat en respectant le préavis légal de six mois et en le rétrogradant aux fonctions de chef de section, *« Bereichsleiter »,* avec une diminution de salaire à 4.000 euros brut.

A critiqua l'imprécision des motifs indiqués par l'employeur dans sa lettre du 28 août 2007 dont il contesta également la réalité des motifs et le caractère de gravité de ceux-ci pour conclure que le licenciement constitue un acte abusif.

Par jugement contradictoire du 2 février 2010, le tribunal du travail ordonna des enquêtes aux fins de permettre à la société B de rapporter la preuve des faits invoqués comme motifs de la rétrogradation du requérant.

Par jugement contradictoire du 5 octobre 2010, le tribunal du travail, statuant au vu du résultat des enquêtes, a déclaré la modification du contrat de travail opérée par la société B régulière et a déclaré non fondées les demandes en indemnisation de A

pour résiliation abusive du contrat de travail, respectivement pour harcèlement moral. Il a déclaré les demandes de A en paiement de certaines rémunérations irrecevables, voire non fondées.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a retenu que la modification du contrat de travail de A est, au vu du résultat de la mesure d'instruction, basée sur une cause réelle et sérieuse et que les plaisanteries anodines contenues dans différents courriels de l'employeur ne sont pas de nature à constituer un fait de harcèlement moral.

Par exploit d'huissier du 1er décembre 2012, A résidant en Belgique, a régulièrement interjeté appel du jugement avant-dire droit du 2 février 2010 ainsi que du jugement du 5 octobre 2010 lui notifié le 12 octobre 2010.

Il conclut, par réformation, à entendre déclarer abusive, sinon irrégulière, la modification du contrat de travail opérée par la société B; à dire que la résiliation du contrat de travail, suite au refus de l'appelant d'accepter la modification du contrat de travail illégale du 14 février 2008, s'analyse en un licenciement abusif dans le chef de l'intimée ; partant à condamner l'intimée à lui verser le montant de 92.212,44 euros, outre les intérêts légaux ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

L'intimée conclut à la confirmation des jugements entrepris. En ordre subsidiaire, elle conteste les montants indemnitaires réclamés comme étant surfaits. En ordre plus subsidiaire encore, elle réitère ses offres de preuve formulées en première instance. Elle demande en outre une indemnité de procédure de 4.000 euros.

- **La précision des motifs**

Aux termes de l'article L.121-7 du code du travail, la résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification lui notifiée constitue un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article L.124-11.

Dans le contexte d'une révision du contrat de travail en défaveur du salarié, fondée, comme en l'espèce, sur des considérations liées à l'inaptitude et/ou l'insuffisance professionnelle du salarié, l'employeur est tenu d'indiquer des faits concrets en rapport avec la conduite du salarié. Ces motifs doivent être énoncés avec précision.

A conteste la précision des motifs invoqués par l'employeur pour justifier la modification substantielle de son contrat de travail.

Il soutient que la lettre de motivation du 28 août 2007 ne fait que relater un certain nombre de faits sans pour autant décrire concrètement la nature exacte des reproches faits à son encontre.

Ainsi et en ce qui concerne le point 2) *« Vorfall vom 22.06.2007 »* à savoir la constatation de l'état déplorable du magasin de Ingeldorf par M. D, l'intimée resterait évasive quant aux produits concernés, quant à la nature de la mauvaise présentation ainsi que du désordre constaté.

L'employeur ne procèderait que par suppositions ou affirmations de principe en n'employant que des termes extrêmement généraux et vagues pour tenter de justifier un comportement négligent sans pour autant définir la prétendue négligence, voire l'insuffisance professionnelle ainsi que le comportement fautif de l'appelant.

En ce qui concerne le point 3) *« Bestandsziel per 31.07.2007 nicht erreicht »* à savoir le reproche d'avoir dépassé le plan de stock pour le mois de juin 2007 et d'avoir indiqué un chiffre erroné concernant ce stock, l'employeur resterait encore très évasif et ne rentrerait pas dans le détail des chiffres ni du moyen utilisé pour procéder à la prévision des stocks pour les mois suivants, respectivement son incidence vis-à-vis de la société.

S'agissant du point 4) *« Mangelhafte Personalführung »*, l'intimée ne mentionnerait aucun nom et ne définirait pas la non qualification du personnel alléguée et ne préciserait pas la négligence du personnel.

Enfin, et en ce qui concerne le point 5) *« Bericht der Innenrevision »*, l'intimée ne préciserait nullement la teneur concrète de l'audit qu'elle invoque ni quand et par qui il aurait été effectué.

La lettre de motivation du 28 août 2007 après avoir évoqué dans un premier point « Präambel » la situation personnelle de A dans le passé, décrit aux points suivants le désordre constaté le 22 juin 2007 dans le magasin qu'il devait diriger, respectivement son incapacité d'exercer le poste de responsabilité et de coordination en ce qu'il n'avait pas respecté le plan de stock pour le mois de juillet 2007, qu'il avait fait une gestion incohérente et non productive du personnel et qu'il avait commis un certain nombre de manquements décrits dans le rapport d'audit interne de la société de juin 2007.

Pour chacun de ces différents points, la société B a cité des exemples concrets plus amplement décrits dans la lettre de motivation. Elle a joint à sa lettre de motivation plusieurs lettres d'avertissements et le rapport d'audit interne de juin 2007 établi par Mme E de la société F.

Contrairement aux conclusions de l'appelant, la lettre de motivation répond aux critères de précision exigés par la loi de sorte qu'il était permis à A d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs se trouvant à la base de la modification substantielle de son contrat de travail et d'y prendre utilement position.

- **Le caractère réel et sérieux des motifs**

A fait encore grief au tribunal du travail de ne pas avoir procédé à la vérification de la réalité ainsi que du sérieux des motifs invoqués par l'intimée à la base de la rétrogradation.

Il lui reproche en particulier de s'être contenté de constater, au vu du procès-verbal d'enquête du 3 mars 2010, que la société B avait rapporté dans l'ensemble les faits invoqués comme motif de la rétrogradation et que ces motifs étaient suffisamment graves pour justifier une telle mesure.

Ce faisant, le tribunal aurait fait une mauvaise appréciation de la situation, compte tenu notamment de l'ancienneté de l'appelant et de ses bons antécédents.

Ce serait encore à tort que le tribunal se serait uniquement appuyé sur les déclarations des témoins D, C, G et H étant à l'origine des avertissements et de la procédure de rétrogradation. Compte tenu en effet de leurs pouvoirs et fonctions respectivement de leurs intérêts propres à l'issue de l'affaire, les déclarations de ces témoins devraient être déclarées irrecevables en vertu des principes directeurs du procès civil, notamment celui du contradictoire et de celui de l'égalité des armes. En ordre subsidiaire, il y aurait lieu d'apprécier ces témoignages avec la plus grande circonspection et de retenir leur caractère contradictoire et inconciliable.

En vertu de l'article 65 du NCPC, le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Le principe de l'égalité des armes implique encore que les parties aient des possibilités égales de présenter leurs preuves (CEDH 27 octobre 1993, Dombo Beheer B.V.c/ Pays-Bas, série A, no 274, Berger, no 77, p.227).

En l'espèce, par son jugement avant-dire droit du 5 octobre 2010, le tribunal du travail avait ordonné des enquêtes aux fins de permettre à la société B de prouver la réalité des griefs reprochés à son salarié. Cinq témoins ont été entendus dans le cadre de l'enquête et deux lors de la contre-enquête. Le fait que l'intimée a fait convoquer plus de témoins que l'appelant et que parmi les témoins de l'enquête ont figuré le directeur général de la société B, un membre du conseil d'administration, deux autres gérants de magasin respectivement un représentant d'un gérant de magasin chez B ne saurait affecter ni la capacité de témoigner ni la crédibilité de

ces témoins. D'une part, il résulte de l'extrait du registre de commerce versé en cause, qu'aucun de ces témoins n'est administrateur-délégué de la société B à assimiler à une partie en cause, d'autre part, chacun de ces témoins a témoigné sous la foi du serment.

Les témoins H et G ont relaté les résultats des contrôles de promotion et de qualité des 15 et 27 juin 2007. Les témoins D et C ont décrit les constatations faites lors d'une visite du magasin à Ingeldorf le 22 juin 2007. Il ont relaté l'existence d'un stock excessif se trouvant entreposé dans un mauvais état et en désordre tant à l'extérieur qu'à l'intérieur du magasin, voire même devant les issues de sécurité et augmentant de ce fait les risques de pertes et de vols des marchandises entreposés.

Le témoin Raimund C a également relaté les problèmes rencontrés par A au sujet de la gestion du personnel, notamment le fait que nonobstant une formation particulière, celui-ci s'est abstenu à organiser des entretiens de motivation avec ses collaborateurs et que le rayon du stockage était de façon continue désorganisé, étant donné que les postes manquants n'étaient pas ou mal remplacés.

Ces déclarations ne sont pas énervées par celles du témoin I qui a déclaré que le magasin B de Ingeldorf avait reçu de la part de la société F un chèque de 1.500 euros destiné au personnel, parce qu'il avait été considéré comme « ayant la meilleure orientation vers la clientèle ». En effet, cette récompense ne paraît pas être en lien avec les problèmes d'affectation du personnel à l'intérieur du hangar de stockage.

A fait encore valoir que la plupart des contrôles ont eu lieu le lendemain matin des jours de promotions et ce dès l'ouverture du magasin.

La direction aurait décidé des promotions et des publicités spéciales pour tel ou tel jour et le magasin se serait vu ainsi livrer un nombre important de marchandises par la centrale directement.

Les témoins G et J ont confirmé les contrôles de publicité et de promotions effectués par la société B. Le témoin G a encore précisé que le contrôle de promotion du 27 juin 2007 a eu lieu en présence soit de A soit de son représentant et qu'il a donné lieu à un avertissement.

Il y a lieu d'en déduire qu'au vu du résultat des contrôles de publicité et/ou de promotions A aurait pu adapter sa façon de gérer aux exigences de B.

A fait encore valoir que c'était la centrale qui aurait commandé et distribué la majeure partie de la marchandise « dans les » différents magasins, y compris celui dont il était le gérant.

Le témoin Raimund C confirme que non seulement le gérant de magasin mais aussi la centrale a commandé des marchandises pour le magasin à Ingeldorf. Le témoin a cependant précisé que les commandes faites par la centrale ne l'ont été qu'après concertation préalable avec le gérant du magasin de sorte que ce dernier pouvait en tenir compte.

L'argumentation de A tendant à dire qu'il n'avait aucun moyen de contrôler le stock s'avère dès lors malfondé.

Il se dégage enfin des déclarations du témoin E que dans ses rapports elle avait mentionné à plusieurs reprises que le gérant du magasin de Ingeldorf n'effectuait pas de contrôle de trésorerie.

Il y a lieu de conclure de l'ensemble de ces éléments que le tribunal du travail a fait une appréciation correcte des témoignages recueillis et qu'il n'y a pas eu violation des règles de preuve.

Il se dégage encore des pièces versées en cause que l'employeur avait dans ses avertissements antérieurs rappelé à A l'importance des contrôles de publicité et des objectifs fixés lors d'une réunion commune pour diminuer le stock des marchandises. Il lui avait aussi expliqué que le dépassement du stock de marchandises de 400.000 euros le 31 mai 2007 par rapport aux objectifs fixés correspondait à *« einem Ertragsverlust »* d'environ 40.000 euros.

C'est dès lors à juste titre que le tribunal en a tiré la conclusion que B avait rapporté la preuve des griefs formulés à l'égard de son ancien salarié en rapport avec son incapacité d'exercer le poste de responsabilité et de coordination qui lui avait été confié et que ces griefs étaient suffisamment graves pour justifier sa rétrogradation avec une attribution d'un poste de moindre responsabilité, nonobstant son ancienneté.

Il y a partant lieu encore de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté A de sa demande en indemnisation du préjudice subi en rapport avec cette rétrogradation.

- **<u>Quant au harcèlement moral</u>**

A critique encore le tribunal du travail en ce que celui-ci n'a pas retenu l'existence d'un harcèlement moral à son encontre.

Il invoque les dispositions de l'article 1134 du code civil et fait valoir que l'employeur a manifestement commis une faute de nature à engager sa responsabilité en rendant ses conditions de travail détestables et non supportables.

L'auteur du harcèlement moral aurait été C qui lui aurait sans cesse envoyé de mails provocateurs, menaçants et humiliants de manière intempestive. Tous les jours, il aurait été harcelé par mails ou au téléphone. Antérieurement à cet acharnement, il n'aurait jamais subi de reproche. L'inaction de l'employeur suite à la dénonciation des faits de harcèlements moral constituerait une faute évidente de l'employeur donnant lieu à réparation.

La société B conteste tout harcèlement à l'encontre de son ancien salarié.

C'est à juste titre et pour les motifs que la Cour fait siens que le tribunal du travail a retenu que les deux seuls courriers électroniques des 7 mai 2007 et 31 mai 2007 versés par A qui ne contenaient que des plaisanteries anodines et ne visaient pas exclusivement le plaignant n'étaient pas de nature à porter atteinte à ses droits et à sa dignité ou à engendrer une dégradation de ses conditions de travail.

Il y a partant lieu encore de confirmer sur ce point le jugement entrepris.

- **<u>Quant aux autres rémunérations</u>**

A conclut encore à la réformation du jugement entrepris en ce que le tribunal du travail n'a pas fait droit à ses demandes tendant au paiement des montants suivants :

- solde bonus mis en banque 2006 : 3.230,00 euros
- prorata bonus 2007
  (8/12eme de 16.000) : 10.666,66 euros

soit au total :13.896,66 euros.

Il soutient que c'est à tort que le tribunal du travail n'a pas fait droit à ces demandes, alors qu'il remplissait pourtant toutes les conditions pour pouvoir en bénéficier.

Il *« maintient son offre de preuve qu'il est en droit de bénéficier, qu'il remplit toutes les conditions pour bénéficier du solde de bonus mis en banque en 2006 ainsi que du prorata bonus pour l'année 2007 ainsi que les montants réclamés par voie d'expertise ».*

C'est à bon droit et pour les motifs que la Cour fait siens que le tribunal du travail a déduit des conditions générales applicables au système de « *Bonusbank* » qu'en cas de rupture des relations de travail consécutive au refus du salarié d'accepter la modification du contrat de travail opérée par l'employeur, le solde bonus mis en banque n'est pas dû.

C’est encore par de justes motifs tirés de l’application des conditions générales que le tribunal du travail a retenu que la demande de A en paiement d’un prorata pour l’année 2007 n’était pas fondée, à défaut par lui de prouver qu’il était encore aux services de la société B au moment du paiement du bonus 2007 qui se situait nécessairement après le 31 décembre 2007.

Aucune offre de preuve précise n’étant formulée à cet égard en instance d’appel, il convient partant de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

Eu égard à l’issue du litige la demande de A en obtention d’une indemnité de procédure pour la première instance n’était pas fondée.

Succombant encore dans son appel, la demande de A en obtention d’une indemnité de procédure pour l’instance d’appel n’est pas non plus fondée.

Comme il serait toutefois inéquitable de laisser à charge de l’intimée les frais irrépétibles en instance d’appel, il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure que la Cour évalue au vu des devoirs d’instruction requis à 800 euros.

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,

reçoit l’appel ;

le dit fondé ;

partant **confirme** les jugements entrepris ;

dit non fondée la demande de A en obtention d’une indemnité de procédure pour l’instance d’appel ;

dit fondée la demande de la société anonyme B S.A. en obtention d’une indemnité de procédure pour l’instance d’appel ;

condamne A à payer à la société anonyme B S.A. une indemnité de procédure de 800 euros pour l’instance d’appel ;

condamne A à tous les frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Serge MARX qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.