Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-quatre octobre deux mille treize.

Numéro 38357 du rôle

Composition :

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

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette du 2 mars 2012,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Patrice MBONYUMUTWA, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1)la société anonyme B S.A. en faillite, établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son curateur Maître Yvette HAMILIUS,

intimée aux fins du susdit exploit REYTER,

appelante par incident,

comparant par Maître Yvette HAMILIUS, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit REYTER,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 5 mars 2013.

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 de Luxembourg en date du 2 décembre 2010, A a fait convoquer la société B S.A. devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de voir dire abusif le licenciement avec préavis intervenu le 31 juillet 2009 et pour y entendre condamner son ancien employeur à lui payer des dommages-intérêts du chef de préjudices moral et matériel et des arriérés de salaires.

A, né le 19 juillet 1961, a été engagé suivant un contrat de travail à durée indéterminée signé le 28 janvier 2009 avec effet au 1er février 2009 par la société B en qualité de « head of the English communities media unit ».

Par lettre datée du 31 juillet 2009, il a été licencié avec un préavis de deux mois commençant le 1er août 2009 et se terminant le 30 septembre 2009 avec dispense de travailler pendant le préavis.

Suite à la demande de motifs formulée par A le 18 août 2009, l'employeur, par lettre recommandée datée du 3 septembre 2009, a motivé son licenciement comme suit :

« Monsieur,
Nous accusons bonne réception de votre lettre recommandée datée du 18 août 2009 et nous vous informons que nous avons décidé de procéder le 31 juillet 2009 à votre licenciement pour raisons économiques au vu des éléments ci-dessous :
D'une part, les résultats jusqu'au 31 décembre 2008 et ceux du premier semestre 2009 de la société B S.A. risquent de mettre en péril la pérennité de l'entreprise :

Chiffre d'affaires au 31 décembre 2008 : 243.273 €
Pertes au 31 décembre 2008 : - 832.795,14 €
Chiffre d'affaires au 30 juin 2009 : 303.092 €
Pertes au 31 juin 2009 : - 680.468 €.

D'autre part, dans un contexte économique difficile, comme celui que nous connaissons actuellement, les activités de publicité font partie des domaines particulièrement vulnérables. Les entreprises ont en effet tendance à réduire fortement leurs budgets publicitaires en temps de crise. B S.A., dont les revenus proviennent presque exclusivement de la publicité, en ressent fortement les effets et les perspectives pour le 2e semestre 2009 ne sont guère encourageantes.
Nous avons donc décidé de rationaliser la structure de notre entreprise et e.a. de supprimer le poste de « Head of the English communities media unit » devenu rendondant, notamment au vu des résultats obtenus au niveau du marketing et du business development. Ce poste avait été créé pour promouvoir les supports anglophones que B S.A. a acquis en février 2009 pour en développer le chiffre d'affaires, et plus particulièrement celui ce station.lu.
Or, ces activités n'ont pas connu le développement escompté. Le chiffre d'affaires généré par la revue hebdomadaire anglophone 352 Luxembourg News de février à fin juillet 2009 est de 52.801 euros alors que le budget émargé, après acquisition des titres, prévoyait 150.000 euros. Pour la publication mensuelle anglophone Business Review pour la même période de 2009 le chiffre d'affaires est de 27.516 euros alors que 140.000 euros avaient été budgétisés suite à la reprise du titre. Le site internet anglophone station.lu a généré des recettes de 6.121 euros de février à fin juillet 2009 alors que le budget en prévoyait 32.500 euros. Ces résultants ne nous permettent pas de maintenir votre poste.
Veuillez agréer, Monsieur, l'expression de nos sentiments très distingués.
C C
Directeur des ressources humaines Administrateur délégué. »

Par jugement du 26 janvier 2012, le tribunal a :
déclaré abusif le licenciement avec préavis de A intervenu le 31 juillet 2009 ;
déclaré non fondées les demandes de A en indemnisation de son préjudice matériel et en paiement d'arriérés de salaires ;
déclaré fondée pour un montant évalué à 1.000 € la demande de A en indemnisation de son préjudice moral subi;
en conséquence, condamné la société B S.A. à payer à A la somme de 1.000 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde ;
déclaré non fondée la demande de l'ETAT contre la société B S.A. ;
condamné la société B S.A. au paiement d'une indemnité de procédure de 200 € ;
rejeté la demande de la société B S.A. en paiement d'une indemnité de procédure ;
condamné la société B S.A. à tous les frais et dépens de l'instance.

Par exploit du 2 mars 2012, A a relevé appel du jugement du 26 janvier 2012.

La société B S.A., actuellement en faillite et représentée par son curateur Maître Yvette HAMILIUS, a relevé appel incident.

Les appels principal et incident sont recevables pour avoir été introduits dans les formes et délais de la loi.

A fait tout d'abord grief aux premiers juges de ne pas avoir admis que la lettre de motivation du 3 septembre 2009 est imprécise.

L'appelant reproche notamment à la lettre de motivation de ne pas avoir expliqué en quoi la réorganisation de sa structure était nécessaire.

La partie intimée demande, en ce qui concerne la question de la précision de la motivation, la confirmation du jugement entrepris.

Dans le cadre du licenciement avec préavis, la précision des motifs est exigée pour permettre au salarié qui s'est vu résilier son contrat de connaître exactement le ou les faits qui justifient le licenciement, pour pouvoir juger ainsi, en pleine connaissance de cause de l'opportunité d'une action en justice et pour faire la preuve de la fausseté ou de l'inanité des motifs.

Elle a également pour but d'empêcher l'auteur de la résiliation d'invoquer a posteriori des motifs différents.

En l'occurrence, la lettre de motivation indique avec chiffres et dates à l'appui l'évolution très négative de la situation financière de l'entreprise. Elle explique en outre, toujours avec des chiffres à l'appui, les raisons - à savoir, la non-réalisation des espoirs mis dans le développement des activités confiées à A - qui ont amené la société B S.A. de licencier précisément A qui n'a été engagé que le 28 janvier 2009.

La motivation détaillée a permis à A de savoir pour quelles raisons économiques la société B S.A. a procédé à une restructuration impliquant son licenciement. Il est encore à relever que A ne peut, comme il l'a fait, se plaindre, au niveau de la question de la précision de la motivation, de la non-existence des faits à l'appui de la motivation.

La motivation, telle que rédigée, permet de réaliser les finalités assignées à l'exigence de précision.

C'est donc à bon droit que les premiers juges ont dit que la motivation de la lettre du 3 septembre 2009 répond, en ce qui concerne la précision, aux exigences de la loi.

Pour dire qu'il n'y a pas de motifs réels et sérieux et pour partant retenir le caractère abusif du licenciement, le tribunal a motivé sa décision en les termes suivants :
« Même si l'employeur qui se base sur la situation déjà dégradée de son chiffre d'affaires doit être admis à prendre les mesures qui s'imposent sans devoir attendre que les perspectives négatives se soient pleinement réalisées, force est cependant de constater en l'espèce que la société employeuse, pour justifier le licenciement du réquérant, se base sur des pièces établies postérieurement au licenciement intervenu en date du 31 juillet 2009.
Au vu de ce qui précède, les motifs invoqués à la base du licenciement du 31 juillet 2009 ne peuvent pas être qualifiés de réels et sérieux.
L'offre de preuve tendant à établir le contenu de la lettre de motivation du 3 septembre 2009, présentée par la partie défenderesse, par voie d'expertise comptable est donc à rejeter pour être dépourvu de tout caractère pertinent et concluant. »

La société B S.A. argumente que les motifs réels et sérieux sont donnés puisque A, en ne réalisant pas de croissance du chiffre d'affaires dans le secteur des supports en anglais, objectif que l'entreprise comptait précisément atteindre par la création du poste de A, elle a légitimement, pour sauvegarder la stabilité financière, pu procéder à la réorganisation de l'entreprise par la suppression du poste de A et par la distribution de ses tâches sur d'autres salariés.

La société B S.A. considère que la preuve du caractère réel et sérieux des motifs ressort de la lettre de motivation, sinon des documents comptables qu'elle verse en cause.

Elle réitère implicitement son offre de preuve par expertise comptable.

A conteste que son poste ait été réellement supprimé et que la suppression de son poste soit, alors qu'il avait été engagé à un moment où la société B S.A. était déjà dans une situation financière difficile, à mettre en relation avec la situation économique de son ancien employeur.

A conteste les chiffres comptables contenus dans la lettre de motivation et prétend que ces chiffres ne sauraient être déduits des pièces comptables versées par la partie adverse.

Au motif que la partie adverse devrait fournir la preuve écrite de ses résultats, il s'oppose à l'institution d'une expertise comptable. Il relève que les projections données dans le dernier alinéa de la lettre de motivation relativement à l'évolution du chiffre d'affaires escomptée des revues et du site internet dont il devait s'occuper, n'ont pas été arrêtées de commun accord.

C'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que l'employeur peut se baser sur la dégradation de ses comptes pour procéder à une réorganisation de son entreprise impliquant un ou des licenciements sans devoir attendre que des perspectives négatives se soient pleinement réalisées.

Pour établir en l'occurrence cette dégradation, la société B S.A. devrait prouver la réalité au 30 juin 2009 des pertes de 680.468 €.

Compte tenu de l'engagement en date du 28 janvier 2009 de A à un moment où la situation financière de l'entreprise était déjà mauvaise, la société B S.A. devrait, pour établir la relation entre sa mauvaise situation économique et le licenciement de A, prouver que A n'a pas obtenu les résultats escomptés de lui.

Cette dernière preuve implique que la société B S.A. prouve, avec des éléments objectifs à l'appui, qu'elle avait, dès l'engagement de A, en ce qui concerne ses activités, des résultats déterminés en vue.

Il faut constater que les éléments de preuve soumis à la Cour ne permettent pas à la société B S.A. de rapporter les preuves qui lui incombent. En effet, les pièces versées ne concernent que les pertes essuyées sur toute l'année comptable 2009 mais ne permettent pas de connaître l'état des pertes en date du 30 juin 2009.

Il ne se dégage pas non plus des pièces versées qu'au moment de l'engagement de A, la société B S.A. se fût fixé, relativement à ses activités, des objectifs déterminés.

L'offre de preuve tendant à établir le contenu de la lettre de motivation du 3 septembre 2009 par expertise comptable est à déclarer irrecevable.

D'une part, il ne saurait être suppléé à la carence de la société B S.A. qui aurait pu faire établir des pièces comptables relatives aux pertes subies jusqu'au 30 juin 2009.

D'un autre côté, une expertise comptable n'est pas de nature à faire la preuve de résultats que la société B S.A. escomptait, au moment de l'engagement, de la part de A.

Il résulte des développements qui précèdent que la société B S.A. n'a pas rapporté la preuve du caractère réel et sérieux des motifs invoqués à l'appui du licenciement.

Le licenciement a partant été à bon droit déclaré abusif par les juges de première instance. Il s'avère partant oiseux d'examiner si le poste de A a été réellement supprimé.

Le tribunal du travail a refusé à A des dommages-intérêts du chef du préjudice matériel au motif qu'il n'a pas établi avoir fait d'efforts sérieux afin de retrouver rapidement un nouvel emploi et qu'il n'a partant pas établi de relation causale entre l'éventuel préjudice matériel et le licenciement.

A prétend avoir fait de sérieuses démarches pour trouver un nouvel emploi.

Il demande à la Cour de fixer la période de référence à 12 mois et de lui allouer en raison du préjudice matériel subi pendant cette période un montant de 19.230,82 €.

La société B S.A. demande, en ce qui concerne le préjudice matériel, la confirmation de la décision de première instance.

Elle soutient que A n'a pas fait de démarches sérieuses.

La Cour considère qu'au regard des fonctions exercées par A et de son âge au moment du licenciement, A aurait pu par des démarches sérieuses et continues trouver un nouvel emploi endéans six mois à partir du début de son délai de préavis, soit le 1er août 2009.

A a formulé une première demande d'emploi le 13 août 2009.

Suivant e-mail du 4 septembre 2009, A a visité le « Vodafone site ». Le 25 septembre 2009 la société E a confirmé que A lui a adressé une demande d'emploi.

A a fait deux démarches vers la fin du mois de novembre 2009. Il a fait une démarche le 17 décembre et une autre démarche le 28 décembre 2009.

Il a fait quatre démarches au mois de janvier 2010.

Les quelques démarches sporadiques, entrecoupées par de longues périodes d'inertie, ne permettent pas de dire que A ait fait les efforts sérieux et continus pour trouver un nouvel emploi qu'on peut attendre d'un salarié familiarisé avec les moyens de communication modernes.

Les premiers juges ont donc a bon droit pu décider que A n'a pas établi de relation causale entre son éventuel préjudice matériel et le licenciement.

A demande que par réformation du jugement entrepris, il lui soit alloué un montant de 14.277,87 € du chef de préjudice moral.

A relève notamment que la société B S.A. l'a seulement engagé pour pouvoir entrer en contact avec les relations qu'il a nouées dans le milieu journalistique et ce sans avoir eu de réelle volonté de maintenir une relation de travail stable et durable.

La société B S.A. conteste que A ait subi un préjudice moral.

Le grief de A à l'adresse de la société B S.A. vaudrait s'il était établi que la société B S.A. a eu, dès le début des relations entre parties, l'intention de licencier A.

Cette intention n'est cependant pas établie.

Compte tenu de l'âge de A, de la très courte durée de ses relations de travail et des circonstances du licenciement, le montant du dommage moral a été à juste titre fixé par les juges de première instance à 1.000 €.

En ce qui concerne la demande en paiement de primes, le contrat de travail de A a prévu sub. 3.2 que *« In addition to the above base salary, the Employee shall be eligible for a performance related bonus of 6.000 Euro to be paid after the end of the year, i.e. sum equivalent to twelve monthly amounts of 500 Euro. This bonus is established in accordance with the performance review and the evaluation of the contributions of the Employee as well as in consideration of the overall results of the Company to be done after the end of the year."*

Les articles 3.3. et 3.4. sont rédigés en les termes suivants:
« 3.3. Furthermore and provided that B S.A. is the owner of « station.lu » a special « station bonus » in the success of this website may be considered in favour of the Employee. The scheme is valid for 3 years provided that the Employee remains with B S.A. and assumes the responsibility of running this business.
This special "station bonus" will amount to:

- *5.000 Euro if turnover of "station.lu" increases between 10 % and 15 % in the year to be considered, and provided that the profits of this "station.lu" related business unit for the English-speaking community, before tax and interests and before considering the special bonus here mentioned, have been generated which are at least three times the paid bonus. The percentage increase of turnover is the absolute benchmark which determinates the amount of bonus to be paid as long as the agreed profit levels are achieved.*
- *7.500 Euro if the increase is between 15 % and 20 %, the other conditions foreseen in the previous paragraph being fulfilled.*
- *10.000 Euro if the increase is more than 20 %, the other conditions foreseen in the above paragraphs being fulfilled.*

3.4. Furthermore and provided that B S.A. is the owner of the brands "352 Luxembourg News" (352) and "Business Review" (BR) a special "352/BR Bonus" in the success of these titles may be consider in favour of the Employee. The scheme is valid for 3 years provided that the Employee remains with B .S.A and assumes the responsibility of running 352/Business Review.

This special "352/BR Bonus" will amount to:

- *2.500 Euro if turnover of 352/Br increases between 10 % and 15 % in the year to be considered, and provided that the profits of the department for the English-speaking community, before tax and interests and before considering the special bonus here mentioned, have been generated which are at least five times the paid bonus. The percentage increase of turnover is the absolute benchmark which determinates the amount of bonus to be paid as long as the agreed profit levels are achieved.*
- *5.000 Euro if the increase is between 15 % and 20 %, the other conditions foreseen in the previous paragraph being fulfilled.*
- *7.500 Euro if the increase is more than 20 %, the other conditions foreseen in the above paragraphs being fulfilled."*

Sur base de ces articles, A a réclamé un montant global de 615.667 €.

Ces montants ont été refusés à A au motif que les articles litigieux du contrat organisent des primes, laissées à la discrétion de l'employeur.

A, pour obtenir paiement des montants qui lui ont été refusés en première instance, soutient que les articles 3.2., 3.3. et 3.4. du contrat de travail lui confèrent un droit au paiement et que la société B S.A. n'a pas prouvé que les conditions de paiement n'étaient pas remplies.

Il résulte des termes mêmes du contrat *« shall be eligible »* et non *« is eligible »* (cf. article 3.2.), *« a special « station bonus » … may be considered in favour of the Employee (cf. art. 3.3.) » et « a special 352/BR Bonus … may be consider in favour of the Employee »* (cf. art. 3.4.) que l'employeur n'a pas conventionnellement conféré de droit au paiement des primes mais qu'il s'est réservé un pouvoir discrétionnaire d'allouer des primes.

Les premiers juges ont donc à bon droit refusé à A les montants réclamés.

C'est encore à juste titre que le tribunal du travail a déclaré fondée pour un montant de 200 € l'indemnité de procédure pour la première instance.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que les appels principal et incident ne sont pas fondés.

Le jugement est partant à confirmer.

A, qui est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Pour le cas où l'appel de A ne serait pas fondé vis-à-vis de la société B S.A., l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG demande que A soit condamné à lui rembourser les indemnités de chômage.

Cette demande n'est pas fondée.

En effet, A n'a pas commis de faute grave à l'origine de son licenciement et seul le salairé fautif peut être condamné au remboursement des indemnités de chômage touchées à titre provisoire.

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,

les déclare non fondés,

confirme le jugement entrepris,

déboute l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, de sa demande en remboursement des indemnités de chômage dirigée contre A,

déboute A de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Yvette HAMILIUS et de Maître Georges PIERRET, avocats constitués qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.