Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du trois avril deux mille quatorze.

Numéros 39695 et 39873 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 CH-(…),

appelant aux termes d'exploits de l'huissier de justice suppléant Cathérine NILLES de Luxembourg des 8 mars 2013 et 25 avril 2013,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat à la Cour à Luxembourg, qui ne s'est pas présenté pour conclure,

e t :

**1)la société à responsabilité limitée C s.à r.l., anciennement B s.à r.l.,** établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit NILLES,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, 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 NILLES du 25 avril 2013,

appelant par incident,

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

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 17 décembre 2013.

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

Par contrat du 13 décembre 2006, A a été engagé par la société à responsabilité limitée B Luxembourg (ci-après : B), actuellement la société à responsabilité limitée C s.à r.l. par un contrat à durée indéterminée avec effet au 15 janvier 2007 en qualité de « Senior Financial Advisor ».

Le 26 novembre 2010, A a été licencié avec un préavis prenant cours le 1er décembre 2010 et expirant le 31 janvier 2011.

Faisant suite à sa demande, la société B a fait parvenir le 16 décembre 2010 à A une lettre énonçant sur trois pages les motifs de son licenciement en relation avec la non réalisation de ses objectifs financiers nonobstant leur révision au cours des années 2008, 2009 et 2010 et la guidance proposée par la banque, son comportement « inacceptable » à l'égard de collègues de travail et d'assistants, sa situation personnelle financière difficile et finalement un conflit entre les intérêts de la banque et ses propres intérêts en relation avec un client « J.J. » qu'il a conseillé.

Par requête du 8 mars 2011, A a fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de voir dire abusif le licenciement avec préavis intervenu le 20 novembre 2010 et pour l'entendre condamner à lui payer le montant de 232.608,42 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Il demanda également l'exécution provisoire du jugement à intervenir et une indemnité de procédure de 2.500 euros.

A l'audience des plaidoiries du 28 juin 2012, A réclama à son ancien employeur les montants actualisés suivants :

- dommage matériel : 20.941,08 €
- frais de déménagement : 5.585,00 CHF
- loyer à payer en Suisse : 34.835,00 CHF
- dommage moral : 77.536,14 €.

Il contesta tant la précision que le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, demanda la condamnation de la partie mal-fondée au litige à lui payer le montant de 4.393,90 euros avancé à titre d'indemnités de chômage à A.

Par jugement contradictoire du 12 juillet 2012, le tribunal du travail a écarté comme n'étant pas suffisamment précis les reproches figurant sous l'intitulé *« teamwork and communication ».*

En ce qui concerne les autres reproches, il a considéré qu'ils ont été énoncés de façon précise et détaillée.

En ce qui concerne le caractère réel et sérieux des motifs invoqués, le tribunal a, après avoir rejeté le moyen tiré de l'incapacité de témoigner de D, admis la société B à produire en cause des attestations testimoniales pour prouver les faits lui reprochés en relation avec la réalisation des objectifs à atteindre et sa situation financière.

Il a admis A à verser des attestations testimoniales en contre-preuve.

Il a rejeté la demande en communication des pièces formulée par A sur base de l'article 288 du NCPC.

Par jugement contradictoire du 24 janvier 2013 le tribunal a, au vu des attestations testimoniales versées en cause, dit que le licenciement avec préavis de A est régulier et légitime. Il a dit non fondées les demandes de A en dommages et intérêts pour préjudice matériel et moral ainsi qu'en paiement de frais de déménagement vers la Suisse et de frais de logement en Suisse. Il a débouté l'ETAT ès qualités de sa demande.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a relevé qu'il s'est avéré que A non seulement a été d'accord à atteindre des résultats précis, mais qu'il a lui-même fixé des objectifs élevés. Ces objectifs ont été révisés à maintes reprises dans des

réunions lors desquelles il s'est vu proposer du support auquel il n'a pas eu recours. Il s'y ajouterait un manquement à son obligation de loyauté vis-à-vis de son employeur de sorte à constater que tous les faits offerts en preuve se trouvent rapportés à suffisance de droit et constituent des motifs réels et sérieux.

Par exploit d'huissier du 8 mars 2013, A a relevé appel des deux jugements.

Par exploit d'assignation du 25 avril 2013, A a assigné l'ETAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi en intervention.

Par ordonnance du 8 mai 2013, le magistrat de la mise en état a ordonné la jonction des deux rôles.

A conclut, par réformation des jugements entrepris, à voir dire que le licenciement est abusif principalement en raison de l'imprécision des motifs invoqués et subsidiairement en raison de leur caractère ni réel ni sérieux. Il demande à voir rejeter l'attestation testimoniale établie par D et à voir condamner la société B à lui payer à titre de dommages et intérêts la somme de 133.303,21 euros, outre les intérêts légaux. Il demande encore à mettre l'ETAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi en intervention. Il demande enfin une indemnité de procédure.

L'intimée soulève l'irrecevabilité de l'appel de A contre le jugement du 12 juillet 2012 pour cause de tardivité. Elle conclut pour le surplus à la confirmation du jugement du 24 janvier 2013 et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros. En ordre subsidiaire, elle conclut à la réduction des prétentions indemnitaires de A à de plus justes proportions.

L'ETAT agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi interjette appel incident et conclut à voir condamner la société B, sinon A au paiement du montant de 4.393,90 euros avancé à ce dernier à titre d'indemnités de chômage.

- **<u>La recevabilité des appels:</u>**

La société B soulève l'irrecevabilité de l'appel en tant que dirigé contre le jugement du 12 juillet 2012 au motif qu'il s'agit en l'espèce d'un jugement mixte qui comporte des dispositions sur le fond de l'affaire et une mesure d'instruction, de sorte qu'il aurait dû faire l'objet d'un appel immédiat.

Selon l'intimée, en autorisant l'offre de preuve par attestation testimoniale en la personne de D, le tribunal s'est prononcé sur le fond notamment sur la question de la précision des motifs du licenciement et sur la capacité de témoigner de D.

Aux termes des articles 579 et 580 du NCPC, les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal (…) Les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel qu'indépendamment des jugements sur le fond.

La qualification de jugement mixte entraîne comme conséquence que l'appel contre le jugement mixte doit être intenté endéans le délai légal, sans que l'appelant puisse attendre la décision rendue à la suite de l'exécution de la mesure d'instruction ou de la mesure provisoire.

Il faut dès lors que le jugement tranche une partie du principal et ordonne pour le surplus une mesure d'instruction ou une mesure provisoire.

Pour apprécier si le jugement tranche une partie du principal il y a lieu, conformément à l'article 579 du NCPC, de se référer au seul dispositif du jugement.

Ce critère est purement formel.

Il exclut que les motifs puissent être pris en considération pour savoir si une partie du principal a été tranchée.

En l'espèce, le tribunal en rejetant dans le dispositif de son jugement du 12 juillet 2012 la demande en communication de pièces et en admettant la société B à prouver par voie d'attestations testimoniales les faits invoqués à l'appui du licenciement n'a tranché aucune partie du principal.

Il en suit que le jugement du 12 juillet 2012 n'était pas immédiatement appelable et que l'appel actuel contre ce jugement est recevable, tout comme celui contre le jugement du 24 janvier 2013.

L'appel incident de l'ETAT est également recevable.

- **<u>Quant à la précision des motifs du licenciement :</u>**

A reprend son moyen tiré de l'imprécision des motifs en ce que la lettre de motivation ne contiendrait aucune indication d'un cas concret identifiable et partant

vérifiable, de la sorte à rendre impossible un contrôle de la réalité des motifs et d'en apprécier le caractère sérieux.

Selon l'appelant, l'imprécision des motifs équivaudrait dès lors à une absence de motifs, de sorte que le licenciement devrait être déclaré abusif.

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.

C'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a écarté comme n'étant pas suffisamment précis les reproches tenant au comportement inapproprié de A à l'égard de collègues de travail et d'assistants et qu'il a retenu que les autres motifs revêtaient le caractère de précision requis par la loi.

- **<u>Quant à la capacité de témoigner de D :</u>**

A reprend son moyen tiré de l'incapacité de témoigner de D au motif qu'il a *« incontestablement »* un intérêt à l'issue du litige, étant donné qu'il a lui-même procédé au licenciement en signant la lettre de licenciement. Selon l'appelant, D est encore à considérer comme partie à l'instance, alors qu'il fait partie du conseil de gérance de la société B Luxembourg s.à r.l..

La société B réplique qu'en sa qualité de membre du conseil de gérance, D ne peut pas, à lui seul, représenter la société, qu'il n'est pas non plus associé et ne dispose d'aucune part dans le capital social, de sorte qu'il n'est pas engagé directement dans l'instance judiciaire et ne saurait être considéré comme partie au litige.

Selon l'intimée, la simple allégation d'un intérêt au litige ne suffit pas non plus à écarter l'attestation testimoniale de D des débats.

Il s'y ajouterait que la capacité de témoigner de D n'avait plus été remise en cause lors des plaidoiries en première instance ayant abouti au second jugement du 24 janvier 2013.

Il y a lieu d'abord de relever qu'étant donné que le jugement du 12 juillet 2012 n'a pas été directement appelable, aucun acquiescement ne saurait être déduit du fait que A n'a plus critiqué la capacité de témoigner de D lors des plaidoiries ayant abouti au jugement du 24 janvier 2013.

Il est de principe que nul ne peut être entendu dans sa propre cause.

En l'espèce, il résulte des renseignements fournis et des pièces versées que D est « managing director » auprès de B et qu'il est membre du conseil de gérance.

L'article 191 bis de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales dispose que chaque gérant représente la société à l'égard des tiers et en justice.

En tant que membre du conseil de gérance de la société B, D incarne et représente l'être moral à l'égard de tous et il ne peut dès lors déposer comme témoin dans un litige dans lequel est impliquée la société, étant donné qu'il est impossible de le considérer à la fois comme représentant qualifié d'une société et comme tiers à l'égard de la même société (cf. Cass. no 32/13 du 2 mai 2013 no 3180 du registre).

Le moyen tiré de l'incapacité de témoigner de D est dès lors fondé et il convient d'écarter l'attestation testimoniale des débats.

- **<u>Quant au bien-fondé du licenciement :</u>**

- <u>Quant aux objectifs à atteindre :</u>

A conteste qu'il n'ait pas atteint les objectifs fixés et notamment qu'il ait été moins performant que les autres « financial advisors », à savoir E, F, G, H et I.

Il conteste encore qu'il n'ait pas accompli ses tâches telles que définies dans son contrat de travail. En ce qui concerne l'atteinte des objectifs fixés par un prétendu « business plan », il fait valoir qu'aucune pièce ne serait versée prouvant qu'il était tenu de réaliser un chiffre d'affaires déterminé, ou que ce chiffre d'affaire n'avait pas été atteint. Par ailleurs, il n'aurait jamais été averti par son employeur de l'insatisfaction de celui-ci par rapport aux résultats obtenus.

A conteste enfin que lors des réunions du 26 juin 2009, 26 mai 2010 et 8 septembre 2010, D ait revu son portefeuille ainsi que ses prospectus et performances, voire que celui-ci lui ait proposé son aide.

Il demande en ordre subsidiaire à voir ordonner à son ancien employeur de produire en cause ses *« business plans »* des années 2007, 2008, 2009 et 2010 ainsi que ceux des autres *« financial advisors »*, notamment ceux de J, K, H, L, G, M, N, O, P, Q,

E, R, S, T, U, V, W et X, de même que les pièces documentant les résultats obtenus par ces « financial advisors » pour les années 2007, 2008, 2009 et 2010.

La société B de son côté soutient que A a été embauché sur base d'un « business plan », qu'il établissait lui-même les objectifs de ce plan, que ces plans ont été modifiés et réadaptés plusieurs fois, que les objectifs fixés par A n'ont jamais été atteints, qu'il était informé de l'insuffisance de ses résultats, qu'il avait à sa disposition toute l'aide nécessaire pour réussir mais qu'il n'a pas souhaité avoir recours à cette aide et que finalement il était le moins performant.

Ainsi que le fait valoir A, l'insuffisance de résultats ne peut être invoquée à l'appui d'un licenciement que si des résultats sont attendus d'après les termes du contrat, d'un « business plan » ou de la nature même des fonctions du salarié.

Il appartient au juge de vérifier si les objectifs sont réalistes et si leur non-réalisation résulte d'une insuffisance professionnelle ou d'une faute (cf. Jurisclasseur, Travail, fasc. 18-1 no 139).

Conformément à l'article L.124-5 du code du travail, il appartient en effet à l'employeur d'énoncer et d'établir en cas de licenciement avec préavis de son salarié le ou les motifs réels et sérieux liés à l'aptitude ou à la conduite ou fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise.

Il ressort des renseignements fournis et des pièces versées que A a été engagé le 13 décembre 2006 par la société B en qualité de « Senior Financial Advisor ».

A a travaillé sur base d'un « business plan dont il a établi lui-même les objectifs à atteindre qu'il a par la suite adaptés pour tenir compte de l'évolution du marché et après en avoir discuté avec ses responsables.

En effet, le 26 juin 2009, D envoie à A un courriel pointant la nécessité d'ajuster la stratégie de la société *« as the world is gradually getting back to a new normal »* et en attachant à ce mail un projet d'agenda des points essentiels à discuter lors d'une prochaine réunion.

Par son courriel du 10 juillet 2009, A fait parvenir à D son *« business plan » « updated version »* intitulé *« Dream Team »*, courriel dans lequel il reconnaît avoir fait de nouvelles adaptations après une réunion la veille avec ses responsables.

Ce plan reprend la mission de la société B « *Wealth Management* », la vision pour le futur, la définition du marché ciblé et les objectifs financiers à atteindre en termes de chiffres jusqu'à la fin de l'année 2009, respectivement jusqu'à la fin de

l'année 2010. Le plan précise enfin les moyens *« Focus areas »* à développer pour atteindre les objectifs visés ainsi que les ressources *« available »* pour ce faire.

Il ressort de la page 6 du *« business plan »* que les objectifs étaient réévalués à 75.000.000 USD avant la fin de l'année 2009 et à 100.000.000 USD avant la fin de l'année 2010.

Le 6 août 2010, D envoie un courriel aux conseillers financiers *« who as per end of July are not covering salary ».* L'objectif indiqué du mail est *« to highlight and increase your focus on gathering assets and making these productive »* respectivement de faire le point sur l'évolution depuis la fin de l'année 2009. D joint à ce mail un graphique pour démontrer que pour certains conseillers financiers leurs résultats mensuels sont en progression, alors que pour d'autres, le niveau reste le même. Il ajoute un autre graphique pour montrer les résultats obtenus par les différents conseillers financiers soit en moyenne *« 200 K PC »,* voire même *« 500 K »* pour quelques uns. Le courriel se termine par une liste de conseils à suivre pour augmenter les résultats visés.

Le 10 septembre 2010, D envoie un nouveau courriel à A duquel il ressort que ce dernier n'a pas atteint ses objectifs fixés *« As you mentionned I repeated myself many time in the meeting but its key that you realize that the progress so far is well behind your own an the company's expectations »*

Le mail indique les résultats chiffrés obtenus par A lesquels sont de loin inférieurs aux objectifs fixés, notamment *« AUM 20,7 Mill down 49% since Year end »,* alors que les objectifs fixés étaient *« Estimated AUM required 105 Mill ».*

Il se dégage enfin du graphique « PC development Jan-July 2010 » ainsi que du graphique des performances des conseillers financiers que depuis 2007 les performances de A se situaient de loin en dessous de celles de ses autres collègues, même si trois d'entre eux accusaient encore des résultats plus bas.

Il se dégage des développements qui précèdent et sans qu'il n'y ait lieu d'ordonner une plus ample mesure d'instruction que le reproche lié à l'absence d'atteinte des objectifs visés est établi à suffisance de droit.

A fait encore valoir que le fait de ne pas avoir pu atteindre les objectifs fixés ne justifierait pas per se un licenciement, alors qu'il appartiendrait à l'employeur de prouver que la non réalisation des objectifs fixés est due à la seule faute du salarié et n'est pas liée à la conjoncture du moment.

Or, il ressort des éléments qui précèdent que A était depuis juin 2009 informé du manquement dans la réalisation de ses objectifs au vu des réunions entre parties et de l'adaptation successive des « business plans », alors pourtant que la plupart de

ses collègues démontraient une progression de leurs résultats. Il s'en dégage encore que le manque de progression de A avait été discuté lors des réunions entre parties et qu'il avait bénéficié d'un encadrement et de conseils dans l'accomplissement de ses tâches (cf. les courriels des 6 août 2010 et 10 septembre 2010) .

Force est dès lors de constater que le manquement de A aux objectifs fixés n'était pas due à la conjoncture du moment mais à sa propre faute se caractérisant par une insuffisance professionnelle *« Not enough cold calls and prospect meetings(...) , stronger focus on our core offering (..*) voire au fait qu'il n'a pas accepté le support qui lui avait été proposé *« what support do you need ?»* (cf. mail du 10 septembre 2010).

Il s'ensuit qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu que le caractère réel et sérieux du premier motif est établi.

- <u>quant à l'obligation de loyauté</u>

A critique encore le jugement entrepris en ce qu'il a retenu que «  le fait relatif à un emprunt d'argent par A auprès d'un client « JJ » est établi à suffisance de droit ».

Il fait valoir que le client « JJ » a été formel dans son attestation testimoniale du 28 novembre 2012 pour dire que *« I at no point have made any private loans to Mr. A »* et qu'il ne saurait être déduit une quelconque implication du fait que la société B ait entamé une action judiciaire au Danemark contre ce client.

L'attestation testimoniale du client « JJ » n'est pas versée en cause.

En revanche, il résulte d'un courriel du 24 novembre 2010 du client JJ à A que celui-ci demande à A le remboursement de son prêt s'élevant en décembre 2010 à 31.810 euros par de petits versements mensuels et que *« J'aimerais fermer mon compte chez vous, mais ce n'est pas possible tant que tu ne fasses pas un petit effort pour commencer à faire des remboursements ».*

Or, suivant les règles internes de la société B « GWIM Policy » la conclusion d'un contrat de prêt avec un client est formellement interdit.

Il en suit que c'est à juste titre que le tribunal du travail a retenu que ce deuxième fait constitue un manquement à l'obligation de loyauté de A vis-vis- de son employeur, de sorte que le caractère réel et sérieux de ce motif est également établi.

Il découle des développements qui précèdent que le jugement est à confirmer en ce qu'il a retenu que le congédiement de A était régulier et qu'il a par conséquent débouté A de sa demande en indemnisation des prétendus préjudices subis.

- **Quant au recours de l'ETAT :**

L'ETAT agissant en sa qualité gestionnaire du Fonds pour l'emploi a interjeté appel incident et conclut par réformation à entendre condamner la société B, sinon A au règlement du montant de 4.393,90 euros au titre des indemnités de chômage avancées à A.

A défaut de licenciement abusif, c'est à bon droit que les premiers juges ont rejeté la demande de l'ETAT en remboursement des indemnités de chômage payées à A.

Ni A, ni la société B ne justifiant l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, leurs demandes respectives sur base de l'article 240 du NCPC ne sont pas fondées.

**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 principal de A et l'appel incident de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi,

déclare l'appel incident non fondé ;

déclare l'appel principal partiellement fondé ;

**par réformation :**

rejette l'attestation testimoniale établie par D des débats ;

pour le surplus confirme les jugements entrepris ;

dit non fondées les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamne A à tous les frais et dépens de l'instance d'appel.