Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-six juin deux mille quatorze.

Numéro 36549 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 Pierre BIEL de Luxembourg du 22 juillet 2010,

comparant par Maître Claude PAULY, 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 BIEL,

comparant par Maître Patrick WEINACHT, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 4 mars 2014.

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

A a été aux services de la société anonyme B Luxembourg, ci-après B, depuis le 16 août 1972 où il a commencé à travailler en tant qu'aide comptable, pour ensuite, après avoir fréquenté des cours de comptabilité et de fiscalité, travailler dans le service de la comptabilité sous les ordres de cinq différents directeurs. En 1988, il changea de service et fut nommé responsable des ventes des voitures neuves et d'occasion du site de B Luxembourg où il travaillait sous les ordres de sept directeurs différents. Depuis 1996, il participait sous les ordres d'un nouveau directeur M. C, à la réorganisation de la structure commerciale de B Luxembourg avec le développement d'une politique de vente commune, une publicité commune, un stock de voitures neuves et occasions commun, structure dite « pole ». Depuis 2001, il travaillait sous les ordres d'un autre nouveau directeur D qui avait pour mission de restructurer le réseau B en achetant les principaux points de vente qui étaient exploités par des concessionnaires luxembourgeois privés. En 2007, il fut nommé directeur des ventes sociétés du pays. En 2008, il prenait sous sa responsabilité la gestion commerciale de deux concessionnaires privés n'ayant pas été achetés par B.

Le 24 avril 2009, il a été licencié avec effet immédiat pour les motifs suivants :

« Monsieur,

Suite aux différents audits et contrôles de la matérialité des faits par les services de la Direction Financière du Groupe, il a été porté à ma connaissance des faits inadmissibles sur lesquels vous n'avez pas apporté d'explications convaincantes lors de notre entretien du 22 avril 2009.

1. *Vous avez détourné des moyens commerciaux octroyés par le constructeur. Dans les trois cas détectés à ce jour (qui nous ont été transmis par l'auditeur de la Direction Financières), vous vous êtes fait verser sur votre compte personnel les sommes assimilées à des remises octroyées au client et ceci pour un montant de 12,4 K€. Ces remises permettaient d'obtenir indûment du constructeur des aides commerciales que vous détourniez après avoir donné l'ordre écrit de virer les montants correspondants sur votre compte personnel.*
   Suivent des exemples: 1er cas en 2003(...), 2e cas en 2004(...) et 3e cas en 2005(,,.).
2. *Vous avez également mis en place un système organisé de commandes VN fictives et de fausses facturations VN visant à tromper l'entreprise sur la*

réalité de la performance de B Luxembourg. Ce système visait particulièrement, en augmentant fictivement les volumes (notamment pour les ventes à particuliers), à obtenir indûment des moyens commerciaux (participation aux remises) et des primes d'objectifs non justifiées.
Vous avez abusé de l'autonomie et du pouvoir qui vous était attribué pour mettre au point ce système consistant à détourner les remises accordées par le constructeur à certains clients bénéficiant d'un protocole vers des clients qui n'y avaient pas droit.
Exemples ci-après : 5 exemples pour l'année 2007(...)
4 exemples pour l'année 2008 (...)
10 exemples pour l'année 2009 (...)

3. *En janvier et en février 2009, vous avez vendu et facturé aux 2 Sociétés E et F Luxembourg 22 KOLEOS avec des remises bénéfice client de 35 à 39 %.*
Ces véhicules ne pouvaient bénéficier pourtant que de 27 % de remise client (marge Distributeur + aide Constructeur) d'où une marge commerciale négative constatée de 76.224 €.
Après recherche, nous avons constaté que ces commandes ont été enregistrées à votre seule initiale, que ces véhicules n'étaient pas de stock, donc sans urgence de vente, et que vous n'aviez aucune garantie de la part du Constructeur pour une aide commerciale supplémentaire.
X m'a d'ailleurs confirmé début avril ne pas pouvoir compenser cette perte financière sur cette opération de vente.
La perte nette sur cette opération est de 89.138 €, soit 4.051 € net/véhicule vendu.
L'organisation de ces fraudes, tromperie volontaire, factures fictives, et pertes financières constitue une faute grave et justifie votre licenciement immédiat sans indemnité ni préavis. »

Par requête déposée la 28 septembre 2009, A fit convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer du chef de son licenciement qu'il qualifia d'abusif les montants suivants :

- dommage matériel : 190.000 euros + pm
- dommage moral : 40.000 euros
- indemnité compensatoire de préavis : 40.865,46 euros
- indemnité de départ : 93.730,92 euros
- prime variable pour l'exercice 2008 : 12.676,18 euros
- heures supplémentaires : 27.339,16 euros,

soit au total la somme de 410.611,72 euros + pm ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.550 euros.

A l'audience des plaidoiries, A chiffra sa demande du chef de dommage matériel pour la période du 24 avril 2009 au 1er mai 2010 au montant de 81.683,65 euros et demanda pour la période postérieure au 1er mai 2010 la refixation de l'affaire.

Il souleva l'imprécision de la lettre de licenciement au motif que celle-ci ne contient pas la date à laquelle son ancien employeur aurait eu connaissance des faits reprochés. Il fit encore valoir que les motifs invoqués à l'appui de son congédiement sont trop anciens, alors que son employeur aurait eu connaissance des faits bien avant la transmission de l'audit en avril 2009.

Ne contestant pas, pour le surplus, avoir commis les fautes qui lui sont reprochées, il fit cependant plaider que les motifs du licenciement ne sont ni réels, ni sérieux, étant donné que les « pratiques » commerciales critiquées ont toutes été avalisées par son supérieur hiérarchique de l'époque D.

La société défenderesse de son côté fit valoir que si elle avait « eu vent » de certaines pratiques, elle n'aurait cependant eu connaissance de la gravité et de l'ampleur du comportement fautif que lors de l'envoi du mémo d'audit du 13 avril 2009. Même si les pratiques avaient été avalisées par D, elle n'aurait quant à elle pas autorisé de telles pratiques.

Par ailleurs, si des membres du comité de direction avaient commis des fautes collectivement, ceci n'exempterait pas chaque membre individuellement de sa responsabilité personnelle.

Elle formula une demande reconventionnelle en remboursement des montants de 76.249,95 euros et de 12.400 euros du chef de détournements.

Par jugement contradictoire du 8 juin 2010, le tribunal du travail a déclaré le licenciement d'A du 24 avril 2009 fondé; partant a dit non fondée sa demande en réparation du préjudice matériel et moral subis, de même que sa demande du chef d'indemnité compensatoire de préavis et d'indemnité de départ. Il a débouté A de sa demande en paiement d'une prime pour l'année 2008, d'heures supplémentaires et d'une indemnité de procédure. Il a déclaré non fondée la demande reconventionnelle.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a retenu que la lettre de licenciement est précise; qu'il n'est pas établi que le nouveau directeur G ait eu connaissance de l'ampleur et de la gravité de toutes les fautes commises par le requérant dans l'exécution de son travail dès avril 2008. Il a pour le surplus suivi la défenderesse dans ses conclusions en estimant que les fautes commises par A, établies dans leur matérialité, étaient suffisamment graves pour justifier son licenciement avec effet immédiat.

En ce qui concerne la prime de fin d'année, le tribunal a considéré qu'A n'a pas établi qu'il a atteint les objectifs pour l'année 2008 sans avoir gonflé les chiffres de vente.

Le tribunal a encore rejeté la demande en paiement d'heures supplémentaires au motif que les dispositions légales relatives aux heures supplémentaires ne sont pas applicables aux personnes occupant un poste de direction effective ainsi qu'aux cadres supérieurs dont la présence à l'entreprise est indispensable pour en assurer le fonctionnement et la surveillance.

Le tribunal a enfin rejeté la demande reconventionnelle au motif que s'il résulte des éléments du dossier que cette demande est fondée en principe, mais que la société défenderesse reste cependant en défaut d'en justifier les montants réclamés.

Par exploit d'huissier du 22 juillet 2010, A a interjeté appel du jugement. Il conclut, par réformation du jugement entrepris, à déclarer le licenciement avec effet immédiat du 24 avril 2009 abusif; à condamner la société anonyme B LUXEMBOURG à lui payer du chef des causes sus-énoncées les sommes suivantes :

- indemnité compensatoire de préavis correspondant à 6 mois de salaire (6 x 7.810,91 €=) 46.865,46 €
- indemnité de départ (12 x 7.810,91 € =) 93.730,92 €
- dommage moral 40.000,00 €
- prime variable pour l'exercice 2008 12.676,18 €
- heures supplémentaires 27.339,16 €
- l'an 2006 : 48 heures supplémentaires x 45,52 € (salaire horaire)
- majoration de 40 % (art. L.211-27 du code du travail)
- majoration de 70 % pour 16 heures (art. L.231-7)
- l'an 2007 : 124 heures supplémentaires x 45,52 € (salaire horaire)
- majoration de 40 % (art. L.211-27 du code du travail)
- majoration de 70 % pour 16 heures (art. L.231-7)

soit un total global de 220.611,72 € avec les intérêts légaux à partir du 28 septembre 2009, sinon à partir d'une date à déterminer par la Cour.

L'appelant demande encore une indemnité de procédure de 4.500 euros pour chacune des deux instances.

A l'appui de son appel, A retrace sa carrière professionnelle chez B pour en conclure qu'il a connu 12 directeurs différents, avec des caractères, des ambitions, des plans de carrière divers et qu'il a toujours su accompagner l'arrivée des directeurs et les aider à comprendre le fonctionnement du business automobile à Luxembourg. Il aurait aussi toujours travaillé grâce à son expérience avec une transparence permanente totale sur tous les sujets importants. En 37 ans et demi de travail auprès de B LUXEMBOURG, il n'aurait jamais reçu un seul avertissement. Le choc aurait été d'autant plus grand en recevant la lettre de l'intimée pour l'entretien préalable.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 4.000 euros.

- **quant à la forclusion et la précision des motifs:**

A réitère son moyen tiré de la prescription des faits lui reprochés au motif qu'ils sont tous antérieurs à un mois de la lettre de licenciement du 24 avril 2009, voire de la convocation à l'entretien préalable du 21 avril 2009.

Il soutient encore que la lettre de licenciement manque de précision, alors qu'elle n'indique aucune date à partir de laquelle l'employeur a prétendument eu connaissance des faits reprochés.

Aux termes de l'article L. 124-10 (3) du code du travail la lettre de résiliation immédiate pour motif grave *doit énoncer avec précision le ou les faits reprochés au salarié et les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave.*

Il en découle que l'employeur n'est pas tenu d'indiquer dans sa lettre de licenciement la date de la connaissance de faits qu'il reproche à son salarié. Le moyen tiré de l'imprécision de la lettre licenciement n'est dès lors pas fondé.

Contrairement encore aux conclusions de l'appelant, il résulte de la lettre de licenciement qu'elle est structurée suivant trois séries de reproches comprenant chaque fois des exemples concrets et datés. La critique tirée d'un *« amalgame de prétendus reproches non autrement précisés »* n'est dès lors pas non plus fondée.

La date de la connaissance des faits revêt cependant son importance au regard de l'article 124-10 (6) qui dispose que *le ou les faits ou fautes susceptibles de justifier une résiliation pour motif grave ne peuvent être invoqués au-delà d'un délai d'un mois à compter du jour où la partie qui l'invoque en a eu connaissance, à moins que ce fait n'ait donné lieu dans le mois à l'exercice de poursuites pénales.*
Le délai prévu à l'alinéa qui précède n'est pas applicable lorsqu'une partie invoque un fait ou une faute antérieure à l'appui d'un nouveau fait ou d'une nouvelle faute.

Pour établir qu'elle a agi dans le mois de la connaissance des faits, la société B invoque la *« note/mémo »* envoyée le 13 avril 2009 au nouveau directeur G concernant les conclusions de l'audit réalisé à la suite de la mise à la retraite du directeur au Luxembourg D mettant en évidence des commandes fictives et des fausses facturations émises par A.

L'appelant conteste la valeur probante de ce document au motif qu'il n'est pas signé et ne renseigne pas non plus l'identité de la personne qui l'a rédigé, de sorte qu'il s'agirait en l'occurrence d'une pièce commanditée par la société B pour les seuls besoins de la cause. Ce serait dès lors à tort que les premiers juges auraient basé leur décision sur cette unique pièce ne remplissant pas les conditions du contradictoire.

L'intimée résiste aux motifs qu'en première instance le mémo de l'audit envoyé le 13 avril 2009 au directeur G n'avait pas été contesté et qu'A n'avait pas contesté les faits lui reprochés, sauf sur un point. Elle donne des précisions quant à la personne ayant rédigé ledit audit et formule en ordre subsidiaire une offre de preuve tendant à établir le bien-fondé des reproches en cause.

En vertu de l'article 65 du NCPC, le juge ne peut retenir dans sa décision les moyens, explications et documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il résulte de l'intitulé même de la pièce litigieuse « *note/mémo »* adressée à G pour information qu'il s'agit d'une pièce unilatérale destinée au directeur de la société B. Or, dans la mesure où cette pièce a été régulièrement communiquée en cause et qu'A a pu formuler des observations, le moyen tiré de la violation du principe du contradictoire n'est pas fondé.

Il y a dès lors lieu d'examiner sa force probante au regard des autres éléments de la cause.

A fait valoir qu'il résulte des *« extraits de l'audit effectué par B France sur ses filiales et communiqué au nouveau directeur »* sous la rubrique *« actions correctives »* que l'intimée a eu connaissance des faits déjà en octobre 2008.

Il se dégagerait par ailleurs des pièces du dossier ensemble les attestations testimoniales que les directeurs successifs D et G de la société B étaient non seulement au courant de tous les faits, notamment de la pratique des « commandes fictives », mais que l'ancienne direction, sous les ordres de D, avait mis au point la pratique des « commandes fictives » et que cette pratique avait été continuée sous la direction de G.

A en déduit que la société B a eu connaissance des faits bien avant la date du prétendu audit qui aurait été fabriqué de toutes pièces par B afin de se constituer un délai de forclusion sur mesure.

A l'appui de son argumentation, A invoque les réunions hebdomadaires du comité de direction lors desquels le directeur général au pouvoir était à chaque fois informé du nombre exact de commandes passées, du nom des clients ayant passé

des commandes, du nombre de véhicules neufs et d'occasion en stock et de la raison pourquoi seulement une partie des facturations étaient faite au nom d'un important client déterminé. D, respectivement G, après avoir pris connaissance de ces éléments, aurait arrêté les stratégies de vente et de marketing de la société B permettant d'optimiser ses résultats financiers. Ainsi, avec l'accord express et préalable du directeur général D puis de G, le service commercial de B aurait profité des conditions de vente alléchantes accordées par le distributeur à certains clients importants tels que Budget, qui bénéficiaient de remises substantielles et aurait passé un maximum de commandes au nom de ces clients, tout en sachant que ces clients n'achèteraient au final qu'une partie des véhicules ainsi commandés.

A titre d'exemple, il verse, en instance d'appel, une pièce intitulée *« B Luxembourg – compte rendu bilatéral »* contenant la mention manuscrite de son directeur G, lui demandant de commander 800 véhicules neufs aux conditions I, alors que seuls 250 véhicules étaient destinés à être réellement vendus à I, 150 étaient destinés à H et « …le reste (400) à répartir » entre les sites de Gasperich, de Beggen, d'Esch-sur-Alzette et de Diekirch, à des clients finaux autres que I bénéficiant de conditions moins avantageuses, d'où la précision manuscrite de G « aux conditions I ».

Selon l'appelant, cette pièce constitue un aveu extra-judiciaire de ce que G savait donc pertinemment qu'il existait encore des voitures en stock commandées « fictivement » en 2008 et ne trouvant pas de preneur en 2008 et que ces véhicules étaient destinés, le cas échéant, à piloter les objectifs trimestriels en 2009.

A fait encore valoir qu'il a toujours agi en transparence, que tous les véhicules ont été facturés par B Belgique Luxembourg, payés par la société B et repris sur les relevés des stocks de véhicules neufs, établis mensuellement par le service de la comptabilité, relevés joints aux comptes d'exploitation mensuels qui renseignaient B Luxembourg et B France.

Il se réfère à la réunion de passation des pouvoirs entre l'ancien directeur général D et le nouveau directeur-général G ayant eu lieu fin mars 2008, respectivement début avril 2008, lors de laquelle le rapport d'activité du 31 mars 2008 aurait aussi été remis au nouveau directeur général.

Selon l'appelant, son employeur avait également connaissance des autres faits lui reprochés avant l'audit, étant donné que les primes versées, à part leur caractère ancien, lui avaient été expressément accordées par le directeur général de l'époque D et que la vente à perte des véhicules Koleos en décembre 2008 avait également eu lieu avec l'accord du nouveau directeur G.

La société B résiste au motif que l'audit lancé par B Retail France sur l'ensemble des sites de B à Luxembourg a fait apparaître de nombreux dysfonctionnements graves qui étaient ignorés par l'actionnaire B France. Elle est d'avis que si un

auditeur externe n'a pas découvert ces irrégularités, la raison serait à rechercher dans le fait qu'elles étaient régulières, acceptées, voire connues. En outre, l'organisation mise en place par A n'aurait pas permis aux commissaires aux comptes de voir cette pratique, car il aurait organisé différents tris de dossiers. Les fautes commises, leur gravité et leur répétition n'auraient ainsi été portées à la connaissance de son directeur G que lors de la réception du mémo, le 13 avril 2009. Il y aurait dès lors lieu d'admettre que le licenciement du 24 avril 2009 est intervenu dans le mois de la connaissance des faits par l'employeur.

Elle soutient encore qu'à supposer qu'il y ait eu fraude collective du comité de direction, celle-ci n'était pas susceptible de forclusion, étant donné qu'elle a été faite sans connaissance de l'employeur qui n'aurait jamais toléré de tels débordements contraires à la renommée de la marque B et à sa déontologie.

Selon l'intimée, la question de la connaissance par l'employeur des pratiques des commandes fictives, des détournements frauduleux par l'appelant ou de la vente à perte des Koléos ne saurait se réduire à la seule connaissance de ces faits par le représentant complice. En outre et en ce qui concerne plus particulièrement la question des détournements frauduleux, elle dit que l'organisation mise en place par A n'aurait pas permis aux commissaires aux comptes de voir cette pratique. En effet, A aurait organisé un tri des dossiers, à savoir :

La 1e facture était conservée dans le dossier par le service commercial,
La note de crédit était supprimée,
La nouvelle facture faisait l'objet d'un classement spécifique.

En l'espèce, et au vu de l'argumentation de l'appelant consistant à dire qu'il a agi de l'accord de ses supérieurs hiérarchiques qui auraient avalisé, voire même orchestré les pratiques et agissements fautifs lui reprochés, il se pose la question de savoir si la connaissance dans le chef des supérieurs hiérarchiques des agissements fautifs d'A peut opérer connaissance dans le chef de la société B.

Lorsque les personnes physiques, par l'intermédiaire desquelles s'opère normalement la mise en connaissance de la société, sont elles-mêmes frauduleusement impliquées dans les fautes du salarié, elles n'ont plus, ayant des intérêts opposés à ceux de la société, qualité pour déclencher la connaissance dans le chef de la société et faire courir le délai de forclusion d'un mois.

G aurait-il été impliqué frauduleusement dans les agissements d'A, sa connaissance resterait sans incidence.

G n'aurait-il pas été impliqué dans les agissements d'A, la connaissance de la société B n'aurait, au vu du caractère très technique des pièces versées et la

multiplicité des faits en cause, s'opérer par l'intermédiaire de G que par un examen minutieux et approfondi des ventes sur les différents sites de vente.

Il y a partant lieu d'admettre que ce n'est que par un vaste audit réalisé par B France dans ses différentes filiales à Luxembourg que la société B a pu avoir une connaissance effective des agissements de son ancien directeur ventes sociétés, même si, à partir de la fin de janvier 2009, elle avait déjà commencé à lui demander de cesser la pratique des commandes fictives.

Il y a également lieu de dire l'offre de preuve de l'appelant tendant à établir que le directeur général de la société B G a eu connaissance, depuis son entrée en services en avril 2008, des faits qu'il lui reproche actuellement, manque dès lors de pertinence.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu que la société B n'avait eu connaissance de l'ensemble des faits qu'à partir de l'audit du 13 avril 2009 et que la société B n'était pas forclose à invoquer les faits gisant à la base du licenciement de son salarié.

- **quant au caractère abusif du licenciement :**

A conteste le caractère sérieux et la gravité des faits lui reprochés au motif qu'il a toujours suivi scrupuleusement les ordres de son employeur et qu'il s'est toujours conformé à la politique commerciale, de marketing, de gestion et de vente d'automobiles mise en place par celui-ci et ce durant toute sa carrière de plus de 37 ans.

- **quant aux détournements frauduleux :**

Invoquant trois exemples concrets, la société B reproche à A d'avoir détourné de 2003 à 2005 un montant total de 12.400 euros correspondant à des remises sur achat des véhicules neufs sur son compte personnel, voire sur le compte de la société J dont il était l'associé-gérant.

La société B explique que la société mère belge a accordé une aide commerciale en raison de remises dont bénéficiaient les sociétés leasing opérant des achats de voitures ; qu'A pour obtenir cette aide à soumis à la société mère un contrat avec une société leasing prévoyant une remise au client ; que ce contrat a été annulé par la suite et un contrat de vente a été établi le même jour à destination de la société leasing sans qu'il soit fait état d'une quelconque remise, que la société J s.à r.l., qu'il a contrôlée et qui était locataire du véhicule de la société leasing, s'est vu créditer le montant de la remise de la part de la société B et que, sur ses instructions, un montant a été viré sur son compte personnel.

Cette opération aurait eu pour conséquence que la société leasing n'a pas bénéficié de la remise alors pourtant qu'elle a acquis le véhicule. Cette pratique de facturer la société leasing au prix réel, mais de faire bénéficier l'utilisateur final de la remise constituait selon l'intimée non seulement un sur-financement de ce véhicule, mais en outre risquait de mécontenter un gros client s'il devait apprendre qu'en réalité il a payé le prix total, et que le locataire du véhicule empochait la remise. De toute façon, le système des remises préférentielles accordées aurait eu pour but qu'elles viennent en moins sur la facture initiale et ne faisaient pas l'objet d'une note de crédit séparée.

A en revanche fait valoir qu'il n'a fait que bénéficier d'une remise à laquelle il avait droit selon l'article 20 du règlement d'ordre intérieur de la société B. Dans la mesure où ce règlement d'ordre intérieur n'interdirait pas que le bénéficiaire de la prime achète le véhicule leasing et qu'il fasse verser la prime à laquelle il a droit sur son compte, il n'aurait commis aucun acte répréhensible. En outre, les trois notes de crédit du 22 mai 2003, du 4 mai 2004 et du 27 avril 2005, établies à son nom, respectivement au nom de la société J, auraient été signées par le directeur général de l'époque D, lequel aurait également contresigné les trois ordres de virement subséquents. La société X serait dès lors malvenue de prétendre aujourd'hui qu'il n'avait pas droit à ces primes ou qu'il aurait commis une faute en touchant des primes qui lui ont été expressément accordées par son employeur.

L'article 20 intitulé *« Achat de véhicule neuf »* figurant sous le chapitre VII « avantages particuliers » est de la teneur suivante :

« L'achat d'un véhicule neuf par tout employé ayant une ancienneté d'au moins six mois auprès de l'entreprise, donne lieu à l'octroi d'une remise égale à la remise contractuelle de la Filiale (selon « grille des marges concessionnaire ») augmentée de 2% sur le véhicule et ses options tarifiées.
(…)
Le bénéfice de ces conditions, non-cumulables avec des actions commerciales, ne peut être accordé que deux fois par an, moyennant la production du certificat d'immatriculation au nom du bénéficiaire. Il est étendu aux retraités ainsi qu'aux conjoint/concubin/descendants et ascendants du 1er degré, tous domiciliés à la même adresse que l'employé ».

La lecture de cette stipulation contractuelle ensemble les pièces versées en cause permet de comprendre qu'A ne l'a pas respectée.

Le texte prévoit certes une vente à tarif préférentiel, mais pas la pratique de financement et de remboursement au collaborateur bénéficiaire de la remise et ne prévoit pas non plus une pratique visant à réaliser un contrat de vente avec une personne nommément désignée pour l'annuler ensuite, puis dresser une nouvelle facture officielle, mais avec le prix de vente sans remise, et sans que le client ne

soit informé de ces opérations. Le règlement n'autorise pas non plus l'octroi d'une remise à un membre de B par l'interposition d'une société.

A supposer encore que D eût été avisé de cette pratique et l'eût avalisée en connaissance de cause en signant un ordre de virement à A, il aurait dû se rendre compte que cette pratique n'était pour le moins pas loyale ni envers son employeur ni envers la société de leasing qui avait acheté le véhicule en question et qui n'a pas bénéficié de la remise à laquelle elle avait droit.

Le premier reproche est partant avéré.

- **quant aux commandes fictives :**

En ce qui concerne la deuxième série de faits en rapport avec les pratiques commerciales des commandes fictives et des fausses facturations, A fait valoir qu'il résulte des pièces et des attestations testimoniales versées en cause que les directeurs généraux D et G encourageaient les responsables des différents sites de vente de la société B, dont lui-même, à faire grossir les volumes de commandes à passer auprès du distributeur B Belgique Luxembourg au nom de certains clients tels que I bénéficiant de remises plus importantes. Cette façon de procéder n'aurait procuré aucun avantage ni à lui-même ni aux autres directeurs de site.

Il soutient que chaque directeur de site était responsable pour l'activité de son site et avait eu sous ses ordres l'ensemble de ses effectifs. Il aurait été uniquement le responsable des ventes pour le site de Gasperich. Il dit qu'à partir du 1er mai 2006, il fut nommé également Directeur des ventes « Fleet Pays », et serait ainsi devenu l'interlocuteur entre la Belgique et le Luxembourg pour les clients « société » et aurait touché également des primes sur les ventes réalisées par les autres sites de la société. Toutefois, il n'aurait eu aucun pouvoir de décision sur la façon dont le I alloué à chaque site devait être utilisé. Les commandes, les ventes et livraisons étant du ressort de chaque directeur de site n'auraient engagé que la seule responsabilité du directeur du site concerné. Il n'aurait eu aucun pouvoir hiérarchique sur les directeurs de sites qui devaient répondre directement aux directeurs successifs D et G.

D'après l'appelant, les raisons à la base de cette *« pratique courante et reconnue appliquée chez B Luxembourg »* tenaient au fait que la maison mère de la société B, à savoir B Belgique Luxembourg, fixait pour chaque année des objectifs commerciaux à ses entités commerciales, dont la société B. Selon les différents seuils réalisés, l'entité B pouvait toucher des aides financières substantielles de la part de la maison mère. Jusqu'en 2009, pour la partie des véhicules neufs, le distributeur B Belgique Luxembourg aurait animé son réseau de distribution au travers d'une animation commerciale, consistant dans 1) une rémunération ou remise fixe par modèle basé sur le respect de certains critères dits de sélectivité

demandée par le constructeur lors de l'achat du véhicule et 2) une rémunération variable basée sur la réalisation du volume de vente de véhicules neufs annuel et la réalisation des objectifs trimestriels intermédiaires. La fixation des objectifs trimestriels aurait été déterminante et une fois déterminés, il n'était pas rare que B Belgique Luxembourg aurait demandé à B Luxembourg d'anticiper un volume de commande afin de respecter ses engagements auprès de B France. Pour équilibrer ses volumes de fabrication et pour éviter des ruptures de charges, il y aurait eu des moyens commerciaux spécifiques. Les ventes « fleet » n'auraient pas non plus pu être fictives, puisque les véhicules auraient été commandés à B Belgique Luxembourg à des conditions de prix spécifiques, via des contrats annuels dont les volumes étaient déterminés par le constructeur lui-même en fonction du client (ex. I K) et du potentiel d'achat de ce client pour une période donnée. Elles auraient de surcroît été validées par son supérieur hiérarchique qui aurait signé l'ensemble des notes de crédit correspondantes.

Ce faisant, aucune perte n'aurait été générée pour la société B et de surcroît, la différence entre la remise plus importante accordée par le distributeur et la remise accordée par B au client final aurait été conservée par la société B.

Enfin, cette pratique de pilotage des résultats aurait été largement répandue et appliquée par les concessionnaires sous la bienveillance de B Belgique Luxembourg et elle aurait encore été continuée après son licenciement, ainsi qu'il résulterait de l'attestation testimoniale de L, responsable du site de Diekirch.

Il résulterait encore des pièces no 3.18, 3.20 et 3.21 versées par l'intimée que le directeur du site Beggen M avait en effet suivi exactement les mêmes pratiques.

Dès lors il n'avait pas l'obligation de dénoncer des pratiques qui étaient instaurées par son employeur lui-même et appliquées de manière générale sur les différents sites de ventes.

A fait encore valoir que le volume des commandes dites « fictives » était inclus dans les minima budgétaires, de sorte que ces commandes ne donnaient pas droit au paiement d'une quelconque prime variable en sa faveur ou à d'autres vendeurs.

La société B en revanche fait valoir que même à supposer que cette pratique ait été instaurée au sein du comité de direction et considérée comme une pratique normale, d'après les témoignages testimoniales versées en cause par l'appelant, l'employeur ne pourrait partager ce satisfecit collectif de ces personnes et s'il avait eu connaissance de ces « combines » ayant un impact sur la fiabilité des bilans il aurait sévi immédiatement.

Elle dit que la règle du constructeur consiste que pour les commandes « Fleet » pour les lesquelles B Belgique Luxembourg a accepté une aide pour les clients

« sous protocole », dans le but que chaque commande unitaire doit correspondre au nom du client dont B Belgique Luxembourg a accepté une aide commerciale (cf. Protocole I). Or, la pratique d'A aurait été que les commandes étaient affectées à des sociétés « sous protocole », (principalement à I) et facturées à d'autres que le client initial.

Elle souligne qu'à supposer encore que cette pratique eût été connue et tolérée par l'ancien directeur de B Luxembourg, il n'en demeure pas moins que sa fonction de directeur de ventes auraient dû permettre à A de se rendre compte qu'il se faisait non seulement complice mais également auteur et coauteur d'infractions pénales. L'on ne pourrait raisonnablement croire que B France aurait toléré de telles pratiques visant des ventes fictives qui n'entrainaient aucun avantage puisque, dans le cas de I, elle avait accordé une aide financière à sa filiale dans au moins 877 cas alors que ces véhicules n'étaient pas destinés à I et que le stock a dû être écoulé auprès des particuliers à des prix évidemment intéressants grâce à la remise importante accordée par le fabricant croyant avoir eu à faire à une vente à un client important bénéficiant d'accords spécifiques avec B lui octroyant des remises pouvant aller jusqu'à 27 % sur le prix de vente.

Selon l'intimée, cette pratique allait dès lors à l'encontre des intérêts de l'employeur et du groupe puisque l'employeur payait ainsi des variables de salaire à son salarié en fonction des résultats obtenus grâce à des aides commerciales payées par le groupe. Elle en conclut que c'est tant l'employeur que le groupe qui ont été lésés par ces pratiques.

En ce qui concerne l'excuse de l'état de subordination, l'intimée fait valoir que les directeurs généraux et les directeurs sont tous des salariés et responsables de leurs actes vis-vis-vis de l'employeur. A en tant que cadre aurait pu refuser de participer à des pratiques qu'il savait ou aurait dû savoir non conformes.

Elle demande pour autant que de besoin de surseoir à statuer en attendant le résultat de la plainte pour faux témoignage qu'elle a déposée contre L et N selon lesquels d'une part, G aurait été au courant des pratiques de commandes fictives avant et après le licenciement de l'appelant et d'autre part *« la pratique des commandes fictives, à les supposer pratiquées sous l'ancien directeur D l'auraient été également sous la gestion du nouveau directeur ».*

La Cour estime que ces questions ne sont pas pertinentes pour la solution du litige.

En effet, il se dégage des pièces et des renseignements fournis qu'A a été un principal acteur de ces pratiques commerciales répréhensibles.

A supposer encore établi qu'A ait agi comme il le soutient sous l'ordre de ses supérieurs hiérarchiques successifs D et G, il n'en demeure pas moins qu'il ne peut pas échapper à sa responsabilité personnelle, alors qu'en tant que cadre, assumant

un poste de responsabilités, il lui aurait appartenu de refuser des ordres de ses supérieurs qui étaient susceptibles de qualifications pénales. Il ne résulte pas non plus des pièces du dossier qu'A ait exprimé à un quelconque moment sa désapprobation ou au moins des réserves, voire qu'il ait dénoncé les pratiques commerciales non conformes.

Il se dégage par ailleurs des renseignements fournis que ce n'était pas l'employeur qui avait un intérêt à tolérer une augmentation fictive des ventes par des remises non dues pour ensuite payer une prime variable aux salariés sur base du volume affaires, mais que cet intérêt a existé en réalité dans le chef d'A qui en tant que directeur « Fleet pays » touchait des primes sur l'ensemble des ventes « Fleet » réalisées sur les quatre sites. Elles lui permettaient de faciliter l'atteinte des ses objectifs annuels et de pouvoir prétendre à sa rémunération variable annuelle.

Il suit des considérations qui précèdent et sans qu'il n'y ait lieu de surseoir à statuer ou de procéder à une mesure d'instruction complémentaire que la deuxième série de reproches est également donnée.

- <u>quant à la vente à pertes des véhicules Koleos</u> :

En ce qui concerne la troisième série de faits reprochés à A relatif à la vente de voitures Koleos avec des remises incorrectes, la société B soutient que ce dernier avait octroyé des remises plus élevées que les grilles sans dérogation du constructeur et aurait ainsi fait perdre 76.000 euros à l'entreprise. L'aide maximum du constructeur aurait été 27 %. Or, A aurait vendu 22 véhicules avec une remise variant de 35 % à 39 % . La perte varierait donc de 8% à 12 % sur 22 véhicules.

A de son côté fait valoir que les ventes litigieuses avaient eu lieu dans un contexte difficile en fin de l'année 2008 ; que dès décembre 2008, le directeur général G aurait su que la société B serait obligée de vendre ces véhicules avec perte et que la société B aurait dû faire face à des offres concurrentes exceptionnelles sur le marché. En janvier 2009, G lui aurait donné implicitement son accord de vendre ces 22 véhicules avec des pertes conséquentes (35 % à 39% de remises), et qu'il n'avait à aucun moment demandé d'annuler les ventes et de garder les véhicules en stock. En outre, les pertes réalisées sur ces véhicules n'auraient nullement été dues à sa faute mais à des erreurs de marketing et de gestion commises par le distributeur B Belgique Luxembourg qui aurait voulu déstocker massivement 300 véhicules Koleos avec une remise de 45 % .

Il ne résulte pas des pièces versées que G ait été implicitement d'accord à vendre les véhicules Koleos et son silence ne saurait être interprété en ce sens.

D'une part, le courriel du 18 décembre 2008 de G ne signifie pas qu'il faille procéder à la vente des véhicules Koleos, mais doit être lu dans son contexte, c'est-

à-dire en relation avec le mécontentement exprimé par G au sujet d'un déstockage massif de 300 véhicules Koleos à 45 % de remise.

D'autre part, le prétendu accord implicite du directeur général de procéder à la vente des Koleos à perte est en contradiction avec le courriel du 5 mars 2009 dans lequel G constate la perte subie et demande à A de prendre position par rapport à la vente des Koleos dans les termes suivants *« Erreur, oubli ou vente à perte »* et l'engagement du même jour d'A de récupérer une partie de cette perte.

Il en suit et sans qu'il n'y a lieu d'entendre encore des témoins que le troisième reproche est dès lors également fondé.

A conteste encore la gravité des fautes en cause au motif qu'il n'a fait que se soumettre aux ordres de ses supérieurs hiérarchiques en adoptant les stratégies de marketing mises en places par ces derniers. Il dit que dans le cadre de « la chasse aux sorcières » diligentée à l'encontre des éléphants de la société B, il a été victime, tout comme son ancien collègue, O, d'un licenciement abusif. Il conteste encore toute prétendue « action coercitive » antérieure, de même que l'existence d'un quelconque avertissement tout au long de ses 37 ans et demi de carrière. Au contraire, il y aurait lieu de constater que ses résultats n'étaient non seulement pas minimalistes mais qu'ils dépassaient de surcroît l'objectif minimum pour atteindre les 123 %.

Il est exact qu'A justifie d'une ancienneté de 37 ans et demi auprès de la société B envers laquelle il a fait preuve d'engagement et de fidélité. A part deux notes des 1er juillet 1993 et 17 juillet 2003, il n'a pas fait l'objet d'autres avertissements de son employeur.

Néanmoins, il résulte du dossier qu'A a abusé à différents égards de la confiance de son employeur en mettant en oeuvre des pratiques commerciales déloyales qui en définitive étaient destinées à satisfaire son propre intérêt personnel.

Par ailleurs, et en ce qui concerne l'argumentation d'A de dire qu'il n'a agi qu'en accord avec ses supérieurs hiérarchiques, à supposer encore que tel fût le cas, la Cour est d'avis que la subordination hiérarchique d'un salarié qui revête un poste à responsabilités ne peut amoindrir son propre sens critique et son devoir de loyauté et d'honnêteté envers son employeur au point d'enlever aux fautes commises leur caractère sérieux et réel. Il s'y ajoute qu'A était de surcroît membre du comité de direction.

Compte tenu de la gravité de l'ensemble des fautes commises, c'est dès lors à bon droit que le tribunal du travail a déclaré le licenciement d'A justifié.

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

- **quant à la prime de fin d'année 2008 :**

A réitère sa demande en paiement d'une prime pour l'exercice 2008 au motif qu'il résulte du rapport d'entretien professionnel annuel de janvier 2009 qu'il a atteint les objectifs, de sorte qu'il a droit à une prime de 13,75 % de son revenu annuel en 2008.

Il soutient que contrairement aux insinuations de l'intimée, il n'a versé les rapports d'évaluation de 2008 et 2009 en extraits que dans le seul but de démontrer les objectifs fixés pour l'année 2008 et le niveau de réalisation desdits objectifs.

La société B s'oppose à la demande au motif que pour la rémunération variable en 2008, A a perçu un montant de 10.911,23 euros brut soldant ainsi ce compte et que la rémunération de 2009, contestée pour non réalisation des objectifs, ne saurait être fixée en raison des nombreuses manipulations et ventes fictives qui ont toutes influencé le calcul mathématique.

Il résulte des développements qui précèdent que c'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a dit cette demande non fondée au motif notamment que pour bénéficier de la prime d'un montant de 12.676,18 euros, A aurait dû prouver qu'il a atteint les objectifs pour l'année 2008 sans avoir gonflé les chiffres de vente, preuve qu'il n'a cependant pas rapportée.

Il y a dès lors lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

- **quant aux heures supplémentaires :**

A conclut à la réformation du jugement en ce qui concerne sa demande en paiement d'heures supplémentaires au motif qu'il n'était pas cadre supérieur et qu'il a pas été engagé comme cadre supérieur, même s'il occupait comme dernière fonction celle de directeur des ventes sociétés.

Il formule une offre de preuve par témoins tendant à établir la réalité de ses heures supplémentaires prestées au courant des années 2006, 2007, 2008 et 2009, notamment lors des festivals ou des courses automobiles.

La société B conclut à la confirmation du jugement entrepris, au motif que l'appelant est cadre supérieur et que non seulement il était directeur, mais faisait parti du comité de direction et bénéficiait d'un salaire adéquat. Le fait d'être évalué par son supérieur ne diminuerait en rien sa qualité de cadre. De surcroît en tant que directeur « Fleet », il aurait été dans son intérêt de participer aux festivals au cours desquels il augmentait les ventes, partant son résultat de vente lui permettant

d'obtenir la part variable de son salaire. Enfin, A réclamerait des heures supplémentaires pour sa participation à des courses automobiles où participait la marque B, alors qu'il aurait été invité en tant que VIP.

En vertu de l'article L.211-3 sub 6. du code du travail, la réglementation concernant la durée de travail et partant le régime de travail supplémentaire n'est pas applicable aux personnes occupant un poste de direction effective ainsi qu'aux cadres supérieurs dont la présence à l'entreprise est indispensable pour en assurer le fonctionnement et la surveillance.

C'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a débouté A de sa demande aux motifs qu'il résulte des pièces versées et notamment des fiches de salaire qu'A était engagé comme « directeur des ventes sociétés » avec un traitement conséquent, qu'il a bénéficié d'une prime spéciale annuelle à titre de gratification et d'une voiture de service et qu'il en a déduit qu'A occupait un poste à responsabilité et de direction effective.

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

Au vu de l'issue du litige, A ne saurait prétendre à une indemnité de procédure ni pour la première instance, ni pour l'instance d'appel.

La société B ne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure n'est pas non plus fondée.

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 non fondé ;

partant **confirme** le jugement entrepris ;

dit non fondées les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC ;

condamne A à tous les frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Patrick WEINACHT qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.