Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix juillet deux mille quatorze.

Numéro 39889 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 :

la société à responsabilité limitée A GmbH, établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Nadine TAPELLA de Luxembourg du 26 avril 2013,

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 19 novembre 2013.

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

Par requête du 9 juillet 2009 B, au service de son ancien employeur, la société à responsabilité limitée A en qualité de « Fachberater » du 29 mars 2007 au 15 mai 2008, date de son licenciement, lui réclama un montant de 32.681,47 euros correspondant à des arriérés de salaires mensuels ainsi qu'à sa quote-part des ventes et locations pour les mois de juin 2007 à mai 2008.

Par un jugement du 22 septembre 2010, le tribunal du travail a, avant tout autre progrès en cause, nommé consultant, un expert comptable avec la mission de

« déterminer, sur base des différents documents pertinents en l'espèce, notamment l'ESB, FH-PROV et DISPO NEUANLAGEN, l'importance d'éventuelles participations aux bénéfices et provisions redues à B pour la période du 1er avril 2007 au 15 mai 2008 inclus et de fixer, le cas échéant, sa créance de ce chef. »

Suite au dépôt du rapport d'expertise le 25 juillet 2012, le tribunal du travail a, dans son jugement du 19 mars 2013, déclaré fondée la demande de B en paiement de commissions pour la période du 1er avril 2007 au 15 mai 2008 à concurrence d'un montant de 22.343,01 euros et condamné la société ISTA à lui payer le prédit montant avec les intérêts tels que de droit et il a ordonné l'exécution provisoire nonobstant toutes voies de recours et avant enregistrement.

Le tribunal a relevé que l'expert a constaté que le contrat de travail signé le 29 mars 2007 prévoit en son § 3, que la rémunération mensuelle du salarié comporte une partie fixe et une partie variable (Ertragsbeteiligung EBS) et que l'annexe 1 au contrat de travail précise en son § 2 les modalités de calcul de la partie variable de la rémunération comme suit :

" Für Kauf- und Mietaufträge wird eine Ertragsbeteiligung auf den jeweiligen Nettorechnungswert gewährt, die sich nach der mit der jeweils gültigen Preisliste veröffentlichen Ertragsbeteiligungsgruppe und deren Nominalbewertung richtet.
Der insgesamt gewährte Nachlass auf den Listenpreis – also Rabatte, Fachhändlerprovisionen und sonstige Rechnungskürzungen – reduziert den Ertragsanspruch in gleicher Weise in Prozent, indem die Höhe der Beteiligung um die Höhe des Nachlasses vermindert wird.
…
Bei Dienstleistungsaufträge ergibt sich ein Anspruch auf Ertragsbeteiligung für jeden rechtsverbindlich unterzeichneten Auftrag gemäss Anlage 2…"

L'expert relève ensuite que les parties sont en désaccord :

En ce qui concerne le mode de calcul de la partie EBS (UMSATZBONUS) pour les mois concernés, les parties divergent sur l'influence d'une remise de prix accordée au client sur le taux et le montant de la commission.
Pour l'employeur le taux de la commission diminuerait proportionnellement au taux de remise accordée au client (Umsatzbonus de 14.840,02 euros). Pour le salarié par contre, le taux de la commission ne serait pas affecté par une éventuelle diminution de prix accordée au client, la remise aurait uniquement une influence sur la base de calcul de la commission (25.739,15 euros).

Le tribunal du travail a retenu que les termes du § 2 de l'annexe 1 au contrat de travail, sont clairs en ce sens que la remise accordée au client entraîne une réduction proportionnelle du montant de la commission du représentant, la remise a donc un impact sur la base de calcul de la commission mais non sur le taux de la commission.

En ce qui concerne la date d'effet des contrats repris sous *« impayés »* dans le décompte de B, le tribunal constate que les dispositions relatives au calcul de la ERTRAGSBETEILIGUNG ont été résiliées avec effet au 28 février 2008, de sorte qu'aucune EBS n'est due au salarié pour les contrats signés postérieurement à cette date.

Il constate ensuite que le §2 de l'annexe 1 en ses points 3 et 4 ne soumet pas le paiement de la EBS à la condition du montage des instruments, de sorte que le salarié peut prétendre au paiement de l'EBS pour l'ensemble des contrats signés jusqu'au 28 février 2008, indépendamment de la question de savoir si les instruments ont ou non été montés le 15 mai 2008.

Ce jugement fut régulièrement entrepris par la société A par acte de l'huissier de justice Yves TAPELLA du 26 avril 2013.

L'appelante demande de dire son appel fondé et l'intimé s'entendre débouter de toutes ses demandes originaires, de constater qu'aucun montant supplémentaire n'est redu à l'intimé à titre de *« Umsatzbonus »* pour la période de juin 2007 à mai 2008, de constater que le mode de calcul préconisé par l'intimé pour l'« Umsatzbonus » relève d'une interprétation erronée du texte de l'avenant du contrat de travail, de voir réformer le jugement entrepris en ce qu'il a considéré que la société A redoit à l'intimé un quelconque montant à titre de la *« Ertragsbeteiligung »* pour l'ensemble des contrats signés jusqu'au 28 février 2008, indépendamment de la question de savoir si les instruments ont été montés avant le 15 mai 2008, de constater à cet effet que cela relève d'une interprétation erronée du texte de l'avenant du contrat de travail et de l'interprétation plus favorable pour le salarié que l'appelante en a donné, de constater qu'aucun montant

supplémentaire n'est dû à B à titre de la *« Ertragsbeteiligung »,* partant de voir réformer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société A au paiement de commissions pour la période du 1er avril 2007 au 15 mai 2008 à concurrence d'un montant de 22.343,01 € majoré des intérêts légaux, de voir encore réformer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société A au paiement des frais d'expertise ainsi qu'à une indemnité de procédure de 750 €, de dire que les frais d'expertise sont à la charge unique de B, partant de condamner l'intimé au paiement de l'intégralité des frais d'expertise, s'entendre condamner à tous les frais et dépens des deux instances, s'entendre condamner en vertu de l'article 240 du NCPC à payer le montant de 2.000 € à la partie appelante, celle-ci devant payer les honoraires de l'homme de loi aux services duquel elle a dû prendre recours.

L'intimé quant à lui demande à la Cour de dire que tant la réalité que l'effectivité des commissions redues à B sont prouvées au vu des éléments de la cause, de constater que le calcul des commissions de B est, au sens de l'annexe 1 § 2 du contrat de travail, seulement fonction de la diminution de la base de calcul applicable, de constater qu'aucune diminution du taux de commissions n'est prévue par le texte, subsidiairement, de constater que si l'interprétation donnée par la partie adverse devait valoir, la clause serait sans cause, de constater que seule la signature d'un contrat par B engendre le paiement d'une commission, de dire que tout autre interprétation est erronée, de rejeter les attestations testimoniales adverses pour manque de précision, sinon manque de pertinence élémentaire, partant de confirmer la condamnation de la partie adverse au montant de 22.343,01 € avec les intérêts légaux à partir du 9 juillet 2009 jusqu'à solde, de condamner la partie adverse au paiement des frais d'expertise conformément au jugement de première instance, de la condamner en outre à payer à l'intimé sur base de l'article 240 du NCPC, la somme de 2.500 € pour l'instance dont appel, la présente demande valant appel incident, et la somme de 2.500 € pour la présente instance ; subsidiairement, de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a condamné la partie adverse à une indemnité de procédure de 750 €, rejeter purement et simplement la demande d'indemnité de procédure adverse pour être non fondée, pour le surplus, confirmer purement et simplement le jugement de première instance.

Les parties restent contraires en instance d'appel sur le mode de calcul de l'EBS et sur la date d'effet des contrats et elles maintiennent chacune leur position telle que développée en première instance.

La société employeuse verse encore des attestations judiciaires dont le rejet est demandé par le salarié ; elle insiste enfin sur le fait que le salarié n'a jamais pendant l'exécution du contrat de travail protesté contre sa rémunération et qu'il l'a fait plus d'une année après la fin des relations de travail, de sorte qu'il devrait être considéré comme l'ayant acceptée.

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

Il est constant en cause que B a été engagé par contrat de travail signé le 29 mars 2007 pour une rémunération mensuelle comportant d'après le paragraphe 3 du contrat une partie fixe (Basisgehalt) et une partie variable (Ertragsbeteiligung) et que le calcul mensuel de la partie variable de la rémunération résulte de l'annexe 1 au contrat de travail stipulé de la manière suivante ci-avant reproduite.

Le désaccord des parties porte concrètement, comme en première instance, d'une part sur le mode de calcul de la part de l'EBS appelé *« Umsatzbonus »* pour les mois de juin 2007 à mai 2008, et d'autre part sur la date d'effet des contrats repris sous *« impayés »* dans le décompte de B.

Néanmoins et avant d'analyser le bien fondé des arguments divergents des parties, la Cour entend dès l'ingrès rejeter le moyen soulevé in fine des conclusions de l'appelante selon lequel le salarié, qui n'a jamais pendant l'exécution du contrat de travail, protesté contre sa rémunération telle qu'elle était calculée par son ancien employeur, que plus d'une année après la fin de la relation de travail et qui est dès lors à considérer comme l'ayant acceptée et qui est partant forclos à demander actuellement des arriérés de salaires.

En effet, les renonciations ne se présument pas, elles se prouvent, de sorte que le simple silence du salarié pendant l'exécution du contrat de travail n'établit aucunement, en présence des contestations de ce dernier à cet égard, qu'il ait renoncé à réclamer les salaires litigieux.

S'y ajoute, que le salarié a le droit, d'après l'article 2277 du code civil, de réclamer à son ancien employeur les arriérés de salaires pendant une période de trois ans.

I) <u>Mode de calcul de l'Umsatzbonus</u>

Il y a lieu de rappeler que les parties s'accordent sur le principe fixé au contrat de travail selon lequel le représentant à droit à une commission, soit une *« Ertragsbeteiligung »* conformément à la liste des prix de la société A.

Les parties sont encore d'accord pour dire que le salarié peut accorder des rabais (Nachlass) aux clients de la société A et dans quel cas s'applique le paragraphe 2 de l'annexe 1 au contrat de travail qui stipule que: *« Der insgesamt gewährte Nachlass auf den Listenpreis – also Rabatte, Fachhändlerprovisionen und sonstige Rechnungskürzungen – reduziert den Ertragsanspruch in gleicher Weise in Prozent, indem die Höhe der Beteiligung um die Höhe des Nachlasses vermindert wird. »*

Ce texte fait l'objet d'une lecture respectivement d'une interprétation divergente par les parties.

Pour la société A, qui fragmente le texte précité, la disposition litigieuse prévoirait deux réductions telles que le suggérerait les termes « in gleicher Weise », soit une première réduction à hauteur de la remise, ce qui donnerait une commission théorique (Beteiligung) laquelle est encore réduite d'un pourcentage égal à la première réduction (Ertragsanspruch).

En clair, la société employeuse prône comme l'a également relevé le consultant X dans son rapport d'expertise, une double diminution, d'une part de la base de calcul de la commission et d'autre part du taux de la commission.

Pour le salarié, au contraire, le prédit texte indiquerait seulement qu'est réduite la base de calcul applicable mais pas le taux de commission applicable ; ce texte ne prévoirait nullement une double diminution de la commission, partant une double *« sanction »* pour le salarié, laquelle n'était pas dans l'intention commune des parties et serait inéquitable pour le salarié et contraire aux usages en la matière, partant contraires aux article 1134 alinéa 3 et 1135 du code civil combinés.

Si en principe, le juge du fond a un pouvoir souverain pour apprécier, par voie d'interprétation, le sens, la portée et l'étendue des conventions et pour déterminer l'intention commune des parties contractantes, force est cependant de constater, que seul un acte obscur ou ambigu peut donner lieu de la part du juge du fait à interprétation ; il en suit qu'une clause absolument claire et précise ne peut être interprétée, sauf à en dénaturer la portée et à substituer ainsi une convention nouvelle à celle qui avait été conclue par les parties.

Or, en l'espèce le texte de l'annexe 1 § 2 prévoit de façon univoque que « *les rabais et réduction qui sont donnés sur des prix réduisent la commission du salarié du même pourcentage que celui de la réduction »,* dès lors que les termes *« indem »* signifient *« en ce que »* et *« In gleicher Weise in Prozent » « dans la même proportion que ».*

Autrement dit, et comme le soutient le salarié, *« les rabais et réductions qui sont donnés sur les listes de prix réduisent la commission du salarié du même pourcentage que celui de la réduction et qu'ensuite une remise accordée au client réduit ce qui est dû de la même façon en pourcentage au salarié en ce que le montant de la commission est diminué à hauteur de la remise ».*

Il en suit pratiquement qu'est réduite la base de calcul applicable mais pas le taux de commission applicable.

C'est partant à bon droit et pour des motifs que la Cour fait siens, que le tribunal du travail a décidé *« que l'annexe 1 au contrat de travail énonce clairement en son*

paragraphe 2 qu'une remise accordée à un client entraîne une réduction proportionnelle du montant de la commission du représentant. La remise accordée au client à donc un impact sur la base de calcul de la commission. Contrairement aux arguments de la partie défenderesse, les termes du paragraphe de l'annexe 1 du contrat de travail ne permettent cependant pas de conclure à une diminution du taux de la commission. Cette solution qui est le fruit d'une interprétation erronée du texte de l'avenant reviendrait à admettre l'existence d'un double impact d'une remise accordée à un client sur la commission du représentant ».

Le jugement est partant à confirmer sur ce point et également en ce qu'il a déclaré en conséquence, sur base du rapport d'expertise, fondée la demande du salarié au titre de l'*«Umsatzbonus »* pour un montant de 25.739,15 euros.

Quant aux attestations testimoniales versées par l'appelante aux fins de prouver sa version du calcul du bonus, outre le fait que l'une d'elle, celle de M. C, émane du signataire de la lettre de licenciement, qui plus est de la personne qui dispose au sein de la société A du pouvoir directionnel et décisionnel, et qui a partant un intérêt direct et évident ainsi qu'un intérêt financier conséquent à l'issue positive de l'affaire pour la société A, et qui doit partant être approchée avec circonspection, la Cour rappelle que contrairement au salarié, qui a la faculté d'établir l'existence et le contenu du contrat de travail par tous moyens de preuve quelle que soit la valeur du litige, l'employeur doit respecter les règles de preuve du droit civil inscrites à l'article 1341 du code civil relatif à la preuve littérale des actes juridiques, le contrat de travail étant de nature civile dans le chef du salarié contre lequel il s'agit de prouver.

Il en suit que comme la loi prescrit la preuve par écrit des clauses du contrat de travail à charge de l'employeur, celui-ci ne saurait être admis à prouver par la voie testimoniale respectivement l'existence et le contenu, c'est à dire le contenu des clauses du contrat de travail écrit.

Les attestations testimoniales sont partant à rejeter.

II) <u>quant à la date d'effet des contrats</u>

Il est constant en cause que les dispositions relatives au calcul de la *« Ertragsbeteiligung »* (EBS), contenues dans les annexes 1 et 2 au contrat de travail ont été résiliées par l'appelante par courrier du 18 septembre 2007 avec effet au 28 février 2008, résiliation dont la validité est reconnue par le salarié, de sorte que ce dernier ne peut plus prétendre au paiement d'une *« Ertragsbeteiligung »* (EBS) pour les contrats signés avec les clients postérieurement au 28 février 2008.

Tandis que l'appelante prétend que le salarié ne pourrait prétendre à une EBS que pour les contrats signés avec les clients jusqu'au 29 février 2008 et pour lesquels les instruments ont été installés jusqu'au 14 mai, veille du licenciement du salarié, ce dernier soutient qu'une EBS lui est due pour tous les contrats signés avant le 28 février 2008 et non pas seulement comme le prétend l'employeur, pour les contrats signés avant cette date et exécutés jusqu'au 15 mai 2008.

Le paragraphe 2 de l'annexe 1 au contrat de travail en vigueur jusqu'au 28 février 2008 prévoyaient en ses points 3 et 4 :

« 3. Bei Dienstleistungsaufträgen ergibt sich ein Anspruch auf Ertragsbeteiligung für jeden rechtsverbindlich unterzeichneten Auftrag gemäss Anlage 2.
4. Die Ertragsbeteiligungen werden fällig
- bei Kaufverträgen nach vollständigem Zahlungseingang
- bei Garantiewartungs-und Mietverträgen nach vollständigem Zahlungseingang des ersten Rate
-bei Dienstleistungsaufträgen nach Erstellung der jeweiligen Auftragsbestätigung ».

La Cour relève, à l'instar du tribunal du travail et des conclusions de l'expert X, que la prédite disposition contractuelle ne prévoit pas la condition pour le paiement de la commission au salarié, de l'installation de la marchandise chez le client.

Cependant, la disposition contractuelle litigieuse prévoit effectivement comme le soutient l'employeur, le paiement effectif et intégral par le client de la marchandise, *« die Ertragsbeteileigungen werden fällig bei Kaufverträgen nach vollständigem Zahlungseingang….. »,* condition que le tribunal du travail n'a pas prise en considération, bien que l'expert X ait relevé l'existence de cette condition contractuelle et la divergence des parties à cet égard.

L'appelante expose que sa façon de faire est cependant nettement plus avantageuse pour le salarié que si elle lui appliquait les dispositions contractuelles prévoyant le paiement effectif par le client, alors que le montage des instruments chez le client intervient avant le paiement par le client.

L'intimé ne prend pas position par rapport à cette condition contractuelle du paiement effectif par le client pour l'obtention par lui d'une commission ; il se borne à soutenir que la EBS lui est due dès la conclusion du contrat avec le client.

Le contrat de travail, comme toute convention légalement formée, tient lieu de la loi entre parties et les clauses contractuelles s'imposent partant tant aux parties en cause qu'au tribunal.

Il est cependant permis au parties de modifier d'un commun accord le contenu des disposions contractuelles même en défaveur d'une partie, dont le salarié.

Le salarié n'ayant cependant, comme il vient d'être dit, pas pris position par rapport à cette modification qui n'a pas été faite par écrit, il y a lieu de faire une application stricte des dispositions contractuelles prévoyant le paiement de la « EBS » au salarié dès le paiement intégral par le client.

Ces montants n'ont pas fait l'objet d'un calcul par l'expert X, de sorte qu'il y a lieu d'ordonner un supplément d'expertise avec la mission de refaire son calcul présenté aux pages 8 et 9 de son rapport, en tenant compte des contrats signés par B jusqu'au 28 février 2008, contrats intégralement payés par le client jusqu'au 14 mai 2008, et finalement de faire le décompte final en tenant compte des éléments en sa possession.

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 l'appel recevable,

le dit fondé,

avant tout autre progrès en cause :

ordonne un complément d'expertise et charge l'expert X avec la mission de concilier les parties, si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, détaillé et motivé de *« calculer la « EBS » revenant à B dans la période du 1er avril 2007 au 15 mai 2008 en tenant compte des contrats signés par B jusqu'au 28 février 2008, contrats intégralement payés par le client jusqu'au 14 mai 2008, et de modifier le décompte final (page 11 de son rapport) en conséquence »,*

ordonne à B **de payer au consultant la somme de 500 € au plus tard le 14 août 2014** à titre de provision à faire valoir sur la rémunération de l'expert ou à un établissement de crédit à convenir entre parties au litige, et d'en justifier au greffe de la Cour,

dit que l'expert devra déposer son rapport pour le 31 octobre 2014,

charge Madame le premier conseiller Ria LUTZ du contrôle de l'expertise ordonnée,

réserve les demandes pour le surplus.