Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-sept décembre deux mille quinze.

Numéro 42427 du rôle

Présents:

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

E n t r e :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette du 8 août 2014,

comparant par Maître Régis SANTINI, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1)B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit REYTER,

comparant par Maître François TURK, 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 27 octobre 2015.

Ouï le magistrat commis à ces fins en son rapport oral à l'audience.

Par requête déposée auprès du tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette le 18 juillet 2013, B, au service de la société A SA depuis le 1er juin 2011, en tant que commercial, lui réclama suite à son licenciement avec préavis du 18 avril 2013, qu'il qualifia d'abusif, les montants indemnitaires plus amplement détaillés dans la prédite requête.

L'employeur lui reprocha une insuffisance professionnelle et plus précisément de ne pas avoir atteint les objectifs fixés annuellement entre parties.

B contesta tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs invoqués.

Par un jugement contradictoirement rendu le 11 juillet 2014, le tribunal du travail a :
dit que le licenciement de B est abusif;
dit la demande de B fondée pour les montants de 2.820,88 euros et de 1.000 euros à titre de réparation des préjudices matériel et moral subis par lui du fait de son licenciement abusif;
condamné A S.A. à payer à B la somme de 3.820,88 euros, avec les intérêts légaux sur cette somme à partir du 18 juillet 2013, jour du dépôt de la requête introductive d'instance au greffe, jusqu'à solde;
dit la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, ès qualités qu'il agit, fondée pour le montant de 7.376,28 euros;
condamné A S.A. à payer à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, ès qualités qu'il agit, la somme de 7.376,28 euros, avec les intérêts légaux sur cette somme à partir du 6 juin 2014, jour de la présentation de la demande en justice, jusqu'à solde;

dit la demande de demande de B en allocation d'une indemnité de procédure fondée pour le montant de 400 euros;
condamné A S.A. à payer à B de ce chef la somme de 400 euros.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal, après avoir rappelé les principes applicables en matière d'insuffisance professionnelle, invoquée comme cause de licenciement, a retenu que le contrat de travail conclu entre parties est muet concernant de quelconques objectifs à réaliser par le salarié, que les avenants signés postérieurement et intitulés *« plan de rémunération variable »* avaient pour finalité de fixer la rémunération variable du salarié en fonction de la marge commerciale réalisée et non de fixer des objectifs à réaliser obligatoirement par le salarié; que même à supposer que ces avenants aient fixé de tels objectifs, l'employeur resterait en défaut de spécifier les causes qui sont à l'origine de la mauvaise performance du salarié, respectivement les circonstances permettant d'en imputer la responsabilité au salarié.

Il a ensuite calculé le préjudice matériel du salarié par rapport à une période de référence de 4 mois et fixé le préjudice moral à 1.000 euros.

Il a finalement déclaré la demande de l'Etat fondée à l'égard de l'employeur pour la somme de 7.376,28 euros.

A SA a régulièrement relevé appel du susdit jugement par exploit d'huissier du 8 août 2014.

L'appelante demande de déclarer son appel fondé et, par réformation, de dire que le licenciement du 18 avril 2013 est régulier et justifié et de la décharger de toute condamnation de ce chef.

Elle fait exposer que le salarié a été engagé comme commercial et qu'il avait pour mission de développer un portefeuille commercial, à en assurer le suivi, ainsi qu'à assurer la vente de l'ensemble des offres du Groupe AX, que dans ces cadre et circonstances, le commercial devait nécessairement réaliser des objectifs chiffrés de commercialisation des produits distribués par son employeur.

Elle précise partant, qu'admettre le contraire reviendrait à vider le contrat de travail de sa substance, que les objectifs à atteindre par le salarié étaient clairement induits de son plan de rémunération, alors que sa rémunération comprenait une part variable corrélative aux marges réalisées, que le salarié n'a jamais atteint les objectifs fixés dans le plan de rémunération, de sorte qu'il ne percevait chaque mois que sa rémunération fixe et jamais de commissions.

Elle a ensuite soutenu que le salarié n'assumait pas ses obligations contractuelles de commercial, ce que ce dernier a reconnu dans un courriel interne.

L'appelante conteste finalement les montants réclamés par le salarié et soutient que le salarié oeuvrait déjà pour une autre société bien avant son licenciement et également par la suite.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement entrepris, en ce qu'il a déclaré le licenciement abusif; il interjette appel incident des montants lui alloués à titre de préjudices matériel et moral.

Le salarié rappelle sur base de différentes jurisprudences les conditions requises pour faire d'une insuffisance professionnelle une cause légitime de licenciement; il conteste que des objectifs à réaliser aient été fixés entre parties, que les plans de rémunération variable fixaient seulement sa rémunération variable et ne fixaient pas les objectifs à atteindre par lui, qu'il a atteint des objectifs plus que raisonnables; que la vraie raison de la situation obérée de l'employeur était la conjoncture économique du groupe AX qui périclitait surtout en France; finalement, même à supposer que des objectifs aient été fixés et non réalisés par lui, il aurait fallu que l'employeur indique que cette non-réalisation avait pour cause une faute, négligence ou carence de sa part.

Concernant ses préjudices, il interjette appel incident sur les montants lui attribués à titre de préjudices matériel et moral et demande de calculer son préjudice matériel sur base d'une période de référence de 6 mois et de fixer son préjudice moral à la somme de 5.000euros.

Il formule une demande reconventionnelle pour procédure abusive et vexatoire basée sur l'article 6-1 du code civil et réclame de ce chef à son ancien employeur des dommages et intérêts d'un import de 2.000 euros, précisant qu'après avoir relevé appel, l'employeur n'a pas enrôlé l'affaire et ce pendant une année, appel qui a finalement été enrôlé par lui, de sorte qu'il y a lieu d'en déduire que les intentions de l'employeur n'étaient pas légitimes.

L'Etat, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, réclame à la partie mal fondée le remboursement des indemnités de chômage avancées au salarié sur la période de juillet 2013 à juillet 2014 d'un montant de 23.497,82 euros, demande basée sur l'article L.521-4 du code du travail.

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

<u>Quant au licenciement.</u>

Le salarié réitère ses contestations relatives à la précision de la lettre de motivation.

Or, en indiquant dans son courrier de motivation du 21 mai 2013 que *« En l'espèce, A S.A. fait état dans la lettre de motivation de l'insuffisance professionnelle de B et lui reproche à cet égard de ne pas avoir atteint les objectifs qui lui ont été assignés. L'employeur fait état d'un objectif de marge annuelle fixé à 120.000 euros pour l'année 2011 et d'un objectif de marge de 96.000 euros pour les années 2012 et 2013 et il relève que le chiffre global des marges commerciales de B ne s'est élevé qu'à 45.260,20 pour l'année 2012 euros et que pour la période de janvier à mars 2013 la marge brute réalisée n'était que de 1.226,26 euros, alors que le rendement mensuel, calculé par rapport à son objectif annuel, aurait dû s'élever au moins à 8.000 euros. L'employeur conclut que le retard de B dans l'accomplissement des objectifs chiffrés met en péril la pérennité de la structure économique de A S.A. »*, l'employeur a suffi à l'obligation de l'article L.124-5(2) du contrat de travail d'énoncer avec précision le ou les motifs du licenciement fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service qui doivent être réels et sérieux.

L'employeur fait grief à la juridiction de première instance d'avoir déclaré le licenciement abusif, au motif qu'aucun objectif déterminé n'avait été fixé, ni dans le contrat de travail initial, ni dans les avenants postérieurs, de sorte qu'il était malvenu de reprocher à son salarié une insuffisance de résultats et que, même à supposer que des objectifs aient été déterminés dans les avenants au contrat de travail, il serait resté en défaut de prouver la réalité de l'insuffisance de résultats du salarié et plus spécialement, que son origine se trouve dans le comportement fautif du salarié.

Si en principe une insuffisance professionnelle de résultats, pour constituer un motif justifié de licenciement, doit résulter de faits précis observés sur une certaine durée, que l'obligation de moyens à charge du salarié de faire son possible pour parvenir à un résultat déterminé, doit en cas de non-réalisation de l'objectif assigné par l'employeur, être imputable à un manque de diligence et de soins du salarié, c'est à tort que le tribunal du travail a décidé que les parties n'avaient pas fixé en l'espèce, ni dans le contrat de travail, ni dans les trois avenants postérieurs, d'objectifs précis à atteindre par le salarié.

Le contrat de travail signé le 13 mai 2011 entre les parties dispose que B est embauché comme *« COMMERCIAL IMPRESSION »*, poste dont les objectifs et finalités ont été précisés à l'annexe 1 du susdit contrat de travail, relative à la description de fonction, de même que les principales missions et responsabilités y sont encore fixées.

Le contrat de travail précise encore en son article VII sous « Rémunération » que B percevra une rémunération mensuelle brute de 2.110,00 euros sur la base de 173

heures et… *« que toute rémunération supplémentaire variable fera l'objet d'un avenant au présent contrat qui définira ses modalités de calcul et de versement ».*

S'il est vrai que le contrat de travail ne fixe pas les objectifs financiers à atteindre par le salarié, ce qui n'a d'ailleurs rien d'anormal dans la mesure où un contrat de travail fixe le cadre général des parties, de sorte que les éléments contractuels tels que les objectifs à atteindre, qui varient nécessairement dans le temps et en fonction de la conjoncture économique, ne peuvent être figés à l'avance dans le contrat de travail, il en prévoit cependant la fixation ultérieure par voie d'avenants au contrat de travail.

En effet, trois avenants ont été conclus et signés par les parties, avenants qui sont qualifiés de *« Plan de rémunération variable de B »* pour les années 2011, 2012 et 2013.

Ces avenants déterminent à chaque fois les éléments constitutifs de la « marge brute » qui servira pour le calcul de la rémunération variable du salarié.

Les susdits avenants précisent encore que *« les primes commerciales sont* arrêtées mensuellement et calculées sur le mois précédent, basées sur la marge commerciale du mois précédent et que la prime commerciale mensuelle est déterminée par :

-12 % de la marge brute dès le 1er euro.

Les trois avenants fixent ensuite l'objectif à atteindre par le salarié en indiquant :

« Votre objectif de marge annuelle est de 120.000 euros pour l'année 2010, 86.000 euros pour les années 2012 et 2013 ».

Les avenants indiquent in fine et en caractère gras : *« que tous les ans, le plan de commissionnement variable sera revu en fonction des orientations stratégiques de la société ».*

Il suit des considérations qui précèdent, que les prédits avenants ont bien fixé les objectifs à atteindre par le salarié pour chaque année concernée et non, comme l'a retenu à tort la juridiction de première instance, *« que les avenants avaient seulement pour finalité de fixer la rémunération variable du salarié en fonction de la marge commerciale réalisée et non de fixer des objectifs à réaliser obligatoirement par le salarié ».*

Dans la mesure où la fonction d'un commercial consiste à faire des affaires et à réaliser du chiffre d'affaire, elle justifie également que sa rémunération se compose en principe à côté d'une partie fixe, d'une partie variable, la partie variable

équivalant à un pourcentage bien défini, lequel dépend à son tour du chiffre d'affaires fixé par les parties et réalisé par le salarié.

Partant, les objectifs fixés par les parties permettent justement de déterminer le salaire variable revenant au salarié, de sorte et à contrario, qu'en l'absence de fixation d'objectifs à l'avance par les parties, il sera impossible de fixer et d'allouer au commercial sa rémunération variable.

Admettre, comme l'a fait à tort en l'espèce le tribunal du travail, que les parties n'avaient pas fixé les objectifs à atteindre par le salarié, revient en fait à vider le contrat de travail liant les parties de sa substance et à empêcher que soit payé au salarié une partie de sa rémunération.

Le jugement est partant à réformer sur ce point.

En présence des contestations du salarié quant à la réalité et au sérieux du motif économique invoqué, il incombe à l'employeur de le prouver, précisément d'établir que B n'a pas atteint les objectifs lui fixés dans les trois avenants au contrat de travail et que la non- réalisation de ces objectifs est due à sa faute ou à sa désinvolture.

A cet effet, la société employeuse verse deux écrits dactylographiés (pièces 11 et 12) intitulés « tableau des marges B 2012 et 2013 », desquels résulte que le total des marges obtenues par B en 2012 s'élève à 45.260,20 euros et pour 2013 à 1.226,26 euros.

B, qui ne conteste pas les montants des marges réalisées par lui, figurant sur les pièces versées par son ancien employeur, estime au contraire avoir atteint en 2012 une marge plus que raisonnable (45.260,20 euros).

Il reproche encore à la société A d'invoquer pour le licencier son insuffisance de résultats, alors que la situation de la société A elle-même, ainsi que celle du groupe de sociétés auquel elle appartient, était très difficile, du moins en France.

Ce moyen est à rejeter dans la mesure où la situation financière obérée de la société française du groupe AX ne justifie ou n'excuse en rien l'insuffisance de résultats de B.

En signant les trois avenants au contrat de travail, B a non seulement accepté le volume des objectifs à atteindre par lui fixé pour les trois années concernées, mais encore reconnu que ces volumes étaient réalistes et réalisables, de sorte qu'il est malvenu actuellement de se prévaloir de la non-faisabilité des résultats lui imposés.

Dans la mesure où B reconnaît le résultat insuffisant de ses objectifs pour 2012 et 2013, qui sont partant avérés et n'atteignent même pas le tiers de ce qui avait été conventionnellement fixé, il faut en déduire que son insuffisance de résultats est due, sinon à son incompétence professionnelle comme commercial, du moins à sa désinvolture ou négligence, de sorte que l'employeur pouvait légitimement se séparer avec préavis d'un commercial improductif.

Pour être complet, il échet de relever que l'employeur a pris soin, avant de licencier B, de le mettre en garde, en lui adressant une lettre le 1er octobre 2012, par laquelle l'administrateur-délégué de la société employeuse formule une mise en garde à son encontre et souhaite que l'objectif fixé pour 2012 soit atteint à la fin d'année, faute de quoi il sera contraint de reconsidérer les termes de leur collaboration.

Il en résulte d'une part que le salarié, qui n'a pas contesté le bien-fondé de cette mise en garde patronale, en a reconnu le contenu, partant son insuffisance de résultat et admis que, dans l'hypothèse où sa rentabilité ne s'améliorerait pas, le contrat de travail soit résilié.

Les deux courriels adressés par le salarié à un dénommé C en date du 22 novembre 2011 ainsi qu'à D en date du 19 septembre 2012, s'ils ne sont pas de nature à prouver le motif économique gisant à la base de son licenciement, reflètent cependant l'état d'esprit morose et le manque de performances reconnu par le salarié lui-même, du moins au niveau professionnel, en novembre 2011 et en septembre 2012.

Il s'ensuit que le motif économique avancé par l'employeur à l'appui du licenciement de B est prouvé, de sorte que le jugement est à réformer en ce qu'il a déclaré le licenciement de B abusif.

En présence d'un licenciement régulier et justifié comme en l'espèce, le salarié ne peut prétendre à des dommages et intérêts, de sorte que ses demandes afférentes sont à rejeter et le licenciement est encore à réformer sur ce point.

La demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, est à déclarer non fondée, compte tenu de la présente décision ayant déclaré par réformation le licenciement régulier et justifié.

Finalement, l'exercice d'une action en justice étant libre, seul le fait d'avoir abusé de son droit en commettant une faute indépendante du seul exercice des voies de recours, une faute intentionnelle, grossière, équipollente au dol, ou des actes de malice ou de mauvaise foi est sanctionnée conformément à l'article 6-1 du code civil.

Or, en l'espèce, une telle faute indépendante du seul exercice des voies de recours n'étant pas établie dans le chef de la société employeuse par le salarié et alors que le fait, pour l'appelant, de ne pas enrôler son appel, ne constitue pas une telle faute, la demande reconventionnelle du salarié, tendant au paiement de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire, est à rejeter.

Les parties n'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens, leurs demandes basées sur l'article 240 du NCPC sont à rejeter.

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,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal fondé,

réformant :

dit que le licenciement prononcé le 18 avril 2013 à l'égard de B est régulier et justifié,

dit les demandes de B en paiement de dommages et intérêts non fondées et en déboute,

décharge la société A SA des condamnations intervenues en première instance,

dit la demande du salarié pour procédure abusive et vexatoire non fondée,

rejette les demandes des parties basées sur l'article 240 du NCPC,

condamne B aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Regis SANTINI qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.