Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du neuf juin deux mille onze

Numéro 36126 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier.

Entre:

A, demeurant à D-,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 19 mai 2010,

comparant par Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

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 prédit exploit BIEL,

comparant par Maître André MARC, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 25 mai 2009, A a fait convoquer son ancien employeur la société anonyme B devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre déclarer abusif le licenciement avec préavis du 12 février 2009 et condamner à lui payer un préjudice matériel de 25.000 € et un préjudice moral de 12.500 € ainsi qu'un bonus pour l'année 2008 de 14.345,88 €, pour mémoire une indemnité compensatoire pour congés non pris en 2009, demande à laquelle il a renoncé par la suite l'employeur ayant rempli ses obligations à cet égard, et finalement une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 22 mars 2010, le licenciement a été déclaré régulier et A débouté de l'ensemble de ses demandes.

Contre ce jugement A a régulièrement interjeté appel par exploit du 19 mai 2010, demandant, par réformation, à la Cour de déclarer le licenciement abusif et de faire droit à l'ensemble de ses demandes augmentant sa demande en réparation du préjudice matériel à 80.000 € et réclamant une indemnité de procédure de 1.000 € tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

La B conclut à la confirmation du jugement entrepris offrant à toutes fins utiles d'établir par toute voie de droit et notamment par témoins les motifs invoqués à la base du licenciement. Elle réclame une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

Faits et antécédents

Par contrat de travail à durée indéterminée du 1ier juillet 1993, A a été repris, avec une ancienneté à partir de 1986, de la B AG, Filiale Mannheim, par la B Luxembourg en qualité de « *Anlageberater in unserer Privatkundenabteilung*. »

Après un entretien préalable du 11 février 2009, il a été licencié par lettre recommandée du 12 février 2009 moyennant un préavis de 6 mois expirant le 14 avril 2009 avec dispense de travail durant le préavis.

Suite à sa demande du 17 février 2009, l'employeur lui a communiqué les motifs de son licenciement par lettre recommandée du 16 mars 2009 qu'il a contestés tant par rapport à leur précision que par rapport à leur caractère réel et sérieux en date du 30 mars 2009.

La Cour renvoie pour le détail des motifs du licenciement à la lettre recommandée de l'employeur du 16 mars 2009 annexée au jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 22 mars 2010.

Si A ne conteste plus en instance d'appel la précision des motifs, il continue d'en contester le caractère réel et sérieux.

Il se dégage de la lettre de motivation que la B reproche à A une insuffisance professionnelle consécutive à un manque d'engagement personnel.

Contrairement à la façon de procéder des premier juges qui ont séparément examiné les griefs tenant à la non réalisation des « *objectifs en termes de résultat* » et ceux tenant à la non réalisation des « *objectifs en termes de diligence* », la Cour considère que les deux griefs sont intimement liés dans la mesure où il se dégage de la lettre de licenciement que la B met le défaut de réalisation des objectifs au compte exclusif de l'absence de diligences nécessaires de A.

Il faudra donc procéder à l'examen des résultats de A au vu des remarques, recommandations et même exhortations que l'employeur lui a faites à partir du mois de mai 2007, moment à partir duquel l'employeur l'a rendu attentif au fait que ses résultats ont chuté par rapport aux autres « *Anlageberater* » de la banque, ainsi que des suites qu'il y a réservées.

La Cour constate que A n'a à aucun moment contesté les chiffres et pourcentages avancés par la B à l'appui de son affirmation qu'il n'avait pas réalisé les objectifs poursuivis.

Il est donc d'ores-et-déjà établi, et la Cour renvoie à cet effet à la lettre de licenciement qui fait pour trois périodes successives une comparaison détaillée entre les marges poursuivies et les résultats atteints que A n'a pas atteint les objectifs. Dans certaines branches ses résultats sont même très nettement en-dessous des attentes, ainsi en ce qui concerne le « *Absatz an Beratungsprodukten »* la marge atteinte au 30 juin 2007 était de 3,3 millions € par rapport à une marge poursuivie de 7,0 millions et en ce qui concerne les « *Versicherungskontrakte* », il n'en a réalisé aucun durant les trois périodes de référence tandis que l'objectif poursuivi était d'abord de 1 million € et ensuite de 2 millions €.

Il se dégage d'autre part d'un tableau de comparaison de la performance de A des années 2006, 2007 et 2008 avec la performance moyenne de l'ensemble des « *Anlageberater* » faisant partie de son *team* que ses propres résultats par rapport aux objectifs poursuivis étaient nettement moindres. (Pièce 10 de Me Marc)

L'exemple particulièrement frappant est celui du « *New Insurance* ».

Tandis que A avait pour objectif d'atteindre un résultat de 2 millions €, il n'en a réalisé aucun ni en 2007 ni en 2008. S'il est bien vrai que l'objectif poursuivi par le *team* dans son ensemble n'a pas non plus été atteint, il n'en reste pas moins que ceux-ci ont néanmoins réalisé 4,5 millions € par rapport à un objectif de 15 millions € en 2008 et 4,4 millions € par rapport à un objectif de 6 millions € en 2007.

Dans le domaine des « *Mandate Rate* », les écarts de l'objectif poursuivi sont également nettement plus élevés pour A que pour le *team* dans son ensemble ; ainsi si A n'a atteint que 17,19 % respectivement 16,94% ou encore 18,19 % de

l'objectif poursuivi, le taux de réussite de l'ensemble du *team* était pourtant de 25,96 % respectivement 25,90 % ou encore 25,02 %.

Il en est de même dans le domaine des « *ROA RATE* » bien qu'ici les écarts ne soient pas aussi significatifs.

Si A fait valoir à raison que la réalisation d'un objectif n'est pas une obligation de résultat alors qu'elle ne dépend non seulement de l'engagement du salarié mais encore de la situation du marché et de la volonté d'acquisition des clients ajoutant que certains objectifs n'étaient le cas échéant tout simplement pas réalisables, la preuve en étant que personne ne les a atteints dans son *team*, il n'en reste pas moins que ses propres écarts étaient beaucoup plus importants que ceux ce ses collègues de travail qui pourtant travaillaient dans la même branche et étaient confrontés aux mêmes difficultés du marché.

Il faudra dès lors vérifier si les mauvais résultats de A sont dus, comme le soutient l'employeur, à un manque d'engagement de sa part et un défaut de suivre les instructions de la banque respectivement d'accepter les aides qui lui ont été offertes.

Il se dégage des pièces versées par A lui-même (farde 2, pièces 3, 4, 6, 7,8, 9 10 et 11) que dès la mi 2007 la B a à plusieurs reprises clairement défini sa nouvelle politique dans le domaine de la « *Anlageberatung* » face à l'analyse du marché ainsi qu'en témoignent les courriers adressés aux « *Anlageberater* » des 21 juin et 13 août 2007, 14 mars, 13 juin, 1ier juillet, 21 juillet et 10 octobre 2008.

Ainsi lit-on dans un courrier électronique que les chefs du département « *Anlageberatung »* Thilo WENDENBURG et Henrik NETTEMANN ont adressé le 21 juin 2007 à l'issue d'un séminaire dit « *Akquisitionstraining »* auquel les salariés travaillant dans le secteur « *Anlageberatung »* avaient participé :

« *Wie Sie wissen, ist das Thema Akquisition für uns ein ganz wesentliches ! Unsere Margen bei den Bestandskunden sind inzwischen auf so einem guten Niveau, dass wir nicht damit rechnen können, diese grossartig weiter steigern zu können. Es wird schon schwer genug sein, sie überhaupt zu halten. Dennoch erwarten uns auch künftig sehr ehrgeizige Ertragsziele, so dass wir heute den Grundstein dafür legen müssen, auch in den kommenden Jahren ganz vorne mit dabeisein zu können.*

Aufgrund der Altersstruktur unserer Kunden, aber auch der steuerlichen Veränderungen in Europa verlassen uns jedes Jahr etliche Kunden und übertragen ihre Depots zu anderne Banken. Dieses konnten wir bisher in Europa 2 nicht durch Neukunden auffangen. Deswegen ist es nun um so wichtiger, dass wir uns alle angesprochen fühlen ***und jeder in seinem Kunden- und Marktumfeld ein ganz wesentliches Augenmerk auf die Neukundengewinnung und die Bestandserhöhung legt….***

Um Ihnen hierfür noch ein wenig Handwerkszeug zu geben, bzw. in Erinnerung zu rufen, haben wir das Training von Herrn Spengler

konzipiert. Es geht nicht um eine neues Ziel, vielmehr um eine Unterstützung Ihres bereits abgestimmten "Net New Asset " Zieles im PMO.

Gehen Sie das Thema bitte positive und mit vollen Elan an….

Selbstverständlich stehen wir beide Ihnen für Kundengespräche oder Unterstützung jeglicher Art zur Verfügung. Bitte lassen Sie es uns dieses rechtzeitig wissen."

(La mise en évidence des caractères a été faite par la Cour)

Dans un second courrier du 13 août 2007, les supérieurs hiérarchiques ont insisté à nouveau sur l'importance de l' » *Akquisition….wir* ***benötigen unbedingt neues und margenstarkes Volumen … ».***

Le principal objectif poursuivi par la B depuis 2007 était donc l'acquisition de nouveaux clients respectivement l'acquisition de nouveaux produits par leurs clients et à ces fins elle mettait à disposition des *Anlageberater* pour les former en vue de l'approche d'une nouvelle clientèle.

Il se dégage des différents entretiens personnels et attestations testimoniales que A ne s'est pas conformé à ces nouvelles instructions respectivement n'a pas pris au sérieux les critiques et recommandations de l'employeur.

Dans la lettre de licenciement la B se réfère à plusieurs « *Personalgespräche bezüglich seiner unbefriedigenden Leistungen »* qu'elle a eus avec A.

Les procès-verbaux de ces entretiens sont versés à la Cour.

Le premier de ces entretiens a eu lieu le 31 mai 2007, suivi des entretiens du 19 juillet 2007, 11 janvier 2008 et 3 avril 2008.

A chaque fois il a été rendu attentif au fait que ses objectifs n'avaient pas été réalisés : *» in allen Bereichen wurden die vorgegebene Ziele stark verfehlt » « eine deutliche Unterschreitung dere vereinbarten Ziele » « da die im letzen Gespräch avisierten Verbesserungen nicht erkennbar sind ».*

A plusieurs reprises il a été rendu attentif au fait qu'il pouvait faire appel à l'aide « *Hier sind alle angebotenten Schulungsmassnahmen kurzfristig zu nutzen um eine Verbesserung herbeizuführen » « Wie bereits besprochen stehen Herrn SCHEURING alle Spezialisten unsers Hauses zur Unterstützung in den Kundengesprächen und Schulungsmassnahmen zur Verfügung. ».*

Indépendamment de la question de savoir s'il a suivi les formations continues que l'employeur lui a proposées ce qui, malgré ses affirmations n'est documentée par aucune pièce, il se dégage des attestations testimoniales versées en cause qu'il n'a pas su mettre à son profit les aides qui lui ont été proposées.

Selon Henrik NETTEMANN, *Abteilungsleiter des Privatkundengeschäftes*, qui a assisté aux entretiens personnels du 19 juillet 2007 et 11 janvier 2008 « *weder das Leistungsergebnis gegenüber den anderen Teammitglieder noch das Arbeitsengagement wurden nachhaltig erhöht. ».*

Il n'a pas non plus su mettre à son profit la dernière chance qui lui a été offerte à l'issue de l'entretien du 3 avril 2008 lors duquel il lui était demandé de contacter jusqu'au 30 juin 2008 donc en l'espace de 3 mois 50 clients potentiels au niveau des « *Alternative Investments* » et « Mandatsgeschäft/LV » Il était prévu que ces entretiens devaient être enregistrés dans le « *Gesprächsnotiz System* » et soumis à son supérieur hiérarchique fin juin.

A noter que l'objectif n'était pas de conclure 50 nouveaux contrats dans ce délai mais uniquement de contacter des clients et essayer de leur vendre un nouveau produit.

Ayant été mis en garde depuis toute une année déjà qu'il devait faire preuve davantage d'engagement et augmenter ses rendements, il aurait dû prendre au sérieux les mesures préconisées et les respecter scrupuleusement.

Son affirmation d'avoir bien contacté 50 clients est contredite par les pièces du dossier, seules 31 « *Gesprächsnotizen Kurz »* étant versées donc à peine plus que la moitié des contacts qu'il aurait dû faire. Il aurait pourtant été facile de garder une trace de tous les entretiens s'il les avait, ainsi que cela lui avait été demandé, de les enregistrer dans le système informatique de la banque.

Il ne dégage d'ailleurs pas non plus desdites *Gesprächsnotizen* si c'est lui-même qui a pris l'initiative de contacter les clients ou si ce sont ceux-ci qui l'ont contacté dans le cadre de leurs relations courantes.

Aucun de ces entretiens n'a abouti à un nouveau contrat.

L'attitude de A par rapport aux objectifs déterminés par l'employeur et ses nouvelles instructions découle de sa prise de position par rapport aux critiques formulées à son encontre dans le *Performance Management Report* du 21 novembre 2007, prise de position dans laquelle il dit ce qui suit :

« *Die Ziele wurden wie üblich von « oben » vorgegeben. Eine individuelle auf die persönlichen Fähigkeiten des Mitarbeiters ausgerichtete Zielvereinbarung fand nicht statt.* » et ensuite : « *Auch wird weder die Risikoneigung noch das Alter des zu betreuenden Kundenstamms berücksicht. Die Kunden agierten im laufenden Jahr deutich vorsichtiger als noch in den Jahren zuvor…* ».

S'il est certes difficile de s'adapter aux nouvelles exigences du marché pour un salarié qui travaille depuis 1986 en qualité de *Anlageberater* et qui a de ce fait "sa" clientèle bien déterminée et fidèle qui peut avoir des réticences à investir dans d'autres domaines, il n'en reste pas moins qu'il avait des consignes claires et précises de son employeur de sorte qu'il aurait dû s'orienter vers une nouvelle clientèle.

Pour être complet il y a lieu de remarquer que tous les *Anlageberater* étaient dans la même situation et confrontés aux mêmes problèmes qu'ils ont néanmoins su maîtriser et que cela aurait donc aussi dû réussir à A s'il avait suivi les instructions de l'employeur.

Comme les pièces du dossier sont suffisamment éloquentes pour établir que l'insuffisance professionnelle que lui reproche son employeur est en grande partie due à un manque d'engagement de la part de A, il n'y a pas lieu d'admettre les offres de preuve qui ont été formulées de part et d'autre.

Ce motif étant suffisant pour justifier un licenciement avec préavis, il n'y a pas non plus lieu d'analyser le bien- fondé du second motif de licenciement selon lequel A aurait menacé la banque de communiquer les données de certains clients à la presse en faisant allusion aux « *Ereignisse in Liechtenstein* ».

Il y a donc lieu à confirmation du jugement en ce que le licenciement a été déclaré régulier et A débouté de ses demandes en indemnisation.

La demande de Bonus 2008

C'est encore à bon droit et par une analyse correcte des pièces versées que les premiers juges ont débouté A de sa demande en paiement d'un bonus pour l'année 2008.

En effet, non seulement l'article 2 du contrat du travail stipule-t-il : « *Für darüber hinausgehende Zahlungen (* c'est-à-dire au-delà du 13ième mois), *die der Arbeitgeber auf freiweilliger Basis von zeit zu Zeit an den Angestellten leiste, besteht, auch bei wiederholter Gewährung, kein Rechtanspruch »* mais encore l'employeur a-t-il pris soin de préciser à l'occasion du paiement de chacun des bonus pour les années 2005, 2006 et 2007 que : *Aus dieser Zahlung, die einmalig und freiwillig ist und ein ungekündigtes Anstellungsverhältnis am Auszahlungstag voraussetzt, können Rechtsansprüche für die folgenden Geschäftsjahre nicht hergeleitet werden. ».*

A cela s'ajoute que le bonus a été payé chaque fois au mois de février de l'année suivante. Or A a été licencié le 12 février 2009 de sorte qu'il ne remplissait plus la condition d'être au moment du paiement dans une relation de travail non encore dénoncée avec la B.

Il y a donc également lieu à confirmation sur ce point.

Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, la demande de A en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter, seule la partie obtenant gain de cause pouvant y prétendre.

Il a de même lieu a rejet de la demande de la B tendant aux mêmes fins, celle-ci étant restée en défaut d'établir en quoi l'équité commanderait de mettre une

partie des frais non compris dans les dépens qu'elle était tenue d'exposer dans le cadre de l'instance d'appel à charge d'Alain TISSERANT.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat chargé de la mise en état,

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 22 mars 2010 ;

rejette les demandes respectives des parties en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel.