

Arrêt N° 135/16 - VIII - Travail

**Exempt – appel en matière de droit du travail**

**Audience publique du vingt octobre deux mille seize**

Numéro 42153 du rôle.

Composition:

M. Étienne SCHMIT, président de chambre;  
M. Serge THILL, premier conseiller;  
Mme Agnès ZAGO, premier conseiller;  
M. Alain BERNARD, greffier.

**Entre:**

**M. A.),** demeurant à D-(...),

**appelant** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch du 12 février 2015,

**comparaissant par Maître François TURK,** avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**et:**

**la société anonyme SOC1.), S.A.,** établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

**intimée** aux fins du prédit acte MERTZIG,

**comparaissant par Maître Alain BINGEN,** avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

-----

## LA COUR D'APPEL:

Les avocats ont marqué leur accord à ce que M. le président de chambre Étienne SCHMIT, chargé de faire rapport, tienne seul l'audience pour entendre les plaidoiries.

Le magistrat rapporteur a indiqué la composition de la Cour et a fait son rapport oral. Il a rendu compte de l'audience à la Cour dans son délibéré.

### 1. La procédure

Par jugement du 5 décembre 2014, le tribunal du travail de Diekirch a déclaré fondé le licenciement avec préavis du 9 décembre 2013 de M. A.) par la société SOC1.) et rejeté la demande d'indemnisation du salarié.

Par acte d'huissier de justice du 12 février 2015, le salarié a régulièrement formé appel contre ce jugement.

### 2. Le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement

Par courrier du 9 décembre 2013, l'employeur a procédé au licenciement avec préavis du 15 décembre 2013 au 14 février 2014. Dès le licenciement, le salarié est dispensé de travailler.

Dans la lettre de motivation du 14 janvier 2014, l'employeur indique que le licenciement est justifié par le fait que durant un peu plus de quatre années de services, le salarié n'a pas atteint l'objectif connu et imparti dès avant la signature du contrat, le 21 août 2009, et le début de l'activité, le 1<sup>er</sup> octobre 2009.

Fin novembre 2013, le salarié, engagé avec la mission d'acquérir et de gérer des clients (« *Kundenakquisiteur und -betreuer* ») aurait été en charge d'un volume de 11 millions au titre des clients apportés, tandis que l'objectif fixé aurait été de 25 millions à acquérir dans les six mois du début de l'activité.

L'employeur indique que le délai initial a été prolongé de six mois jusqu'à la fin de la période d'essai. En octobre 2010 et mars 2011, de nouveaux délais de six et douze mois ont été accordés.

Fin mai 2012, le salarié a accepté une diminution de salaire à partir du 1<sup>er</sup> juillet et obtenu une nouvelle prolongation de douze mois.

En août 2013, l'employeur a proposé une résiliation du contrat, qui a été refusée par le salarié. L'employeur a demandé au salarié de convenir d'un nouvel entretien en octobre 2013, après avoir acquis du volume additionnel. Le salarié n'ayant pas sollicité de nouvel entretien, il a été procédé au licenciement en décembre 2013.

Le salarié critique le jugement en ce qu'il a déclaré fondé le licenciement ainsi motivé et rejeté sa demande d'indemnisation.

Il soutient que l'atteinte d'un objectif n'aurait pas été prévue au contrat de travail et qu'il ne se serait jamais engagé à acquérir des clients à hauteur de 25 millions d'euros. Lors des entretiens d'embauche, M. B.) aurait déclaré que l'entreprise ne fixait pas d'objectifs, étant donné qu'ils nuiraient à la coopération entre le conseiller et le client. Il aurait fait l'observation qu'un conseiller ne serait intéressant pour l'entreprise qu'à partir d'un volume de 25 millions. Lui-même aurait répondu « *que le volume cité était très important pour quelqu'un ne pouvant ramener que très peu d'anciens clients* ». M. B.) aurait répliqué qu'il pourrait compter sur son soutien et sur celui de ses collègues.

En août 2010, M. B.) l'aurait informé qu'il n'était pas satisfait du volume acquis et aurait proposé notamment la suppression du forfait de frais de 1.250 euros ou la résiliation avec différentes modalités. La suppression du paiement de 1.250 euros aurait été convenue.

En avril 2012, M. B.) aurait proposé la diminution du salaire à 60% ou une résiliation suivant diverses modalités. La réduction du salaire aurait été convenue.

Après l'entretien de fin janvier 2013, il aurait acquis un volume de 1.400.000 euros.

Le salarié déclare avoir atteint un volume de 11 millions, augmenté du montant de 2 millions (client JMK) que l'employeur refuserait de lui imputer.

Il considère qu'il lui aurait fallu bien plus de temps pour atteindre un volume de 25 millions. Il n'aurait pas pu amener la plupart de ses anciens clients d'une banque universelle vers l'entreprise SOC1.) et ne pourrait pas être comparé à un employé venant d'une entreprise différente en mesure d'en amener des clients. Le marché aurait été difficile, compte tenu de la situation économique et de la réticence de beaucoup de clients allemands à placer leurs avoirs en-dehors de l'Allemagne ou préférant gérer eux-mêmes leur fortune de manière à réduire les frais.

Il critique le tribunal du travail en ce qu'il n'a pas vérifié si les attentes de l'employeur pour la période de 2009 à 2013 étaient réalistes. Le défaut de réalisation des attentes ne justifierait pas ipso facto un licenciement.

Il indique un certain nombre de situations afin de démontrer le manque de soutien de l'entreprise à son activité d'acquisition de clients.

Le salarié relève aussi qu'il aurait su conserver ses clients qu'il accompagnait et conseillait et qu'aucun de ses clients ne serait parti.

Il soutient que la diminution substantielle de sa rémunération initialement convenue « *contrebalance équitablement la non-réalisation des attentes de son employeur* ».

La société SOC1.) conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a déclaré le licenciement justifié.

La Cour retient que le contrat de travail du 21 août 2009 ne contient pas de volume des avoirs de clients que le salarié devrait atteindre dans le délai de six mois ou dans un autre délai.

Même si l'objectif n'est pas fixé au contrat de travail, en vertu de son pouvoir de direction le chef d'entreprise a le droit de fixer au salarié un objectif à atteindre.

En cas de licenciement en raison de ce que l'objectif n'est pas atteint, il appartient à la juridiction de vérifier si l'objectif était réaliste et si le défaut de réalisation de l'objectif est imputable au salarié.

Au vu des développements du salarié, il est établi que l'attente de l'employeur d'un volume de 25 millions était communiquée dès les entretiens d'embauche et réitérée sur toute la période d'activité, notamment en août 2010, où le résultat insuffisant aux yeux de l'employeur a conduit à la suppression du paiement du forfait mensuel de frais de 1.250 euros, acceptée par le salarié.

La Cour note que l'atteinte d'un volume de 25 millions dans un délai de six mois signifie que dans un délai de 26 semaines, le salarié amène 25 clients au volume chacun de 1.000.000 euros, ou 50 clients au volume chacun de 500.000 euros, ou plus de clients au volume moins important.

En contrepartie, le salarié touche en début de contrat une rémunération brute mensuelle fixe de 6.425 euros à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2009 (cote d'application de l'échelle mobile : 702,29), une rémunération variable de 20 % des honoraires perçus par l'entreprise (gratification), ainsi qu'un forfait mensuel de frais de 1.250 euros.

Suivant la lettre de licenciement, la période initiale de six mois pour la réalisation du volume de 25 millions a été prolongée de six mois jusqu'au 30 septembre 2010, fin de la période d'essai.

Le 12 août 2010, le forfait mensuel de frais de 1.250 euros est supprimé avec effet au 1<sup>er</sup> septembre 2010.

Par avenant du 12 août avec effet au 1<sup>er</sup> octobre 2010, la rémunération mensuelle est fixée à 6.600 euros (en raison de la législation sur l'indexation des salaires, la rémunération avait été augmentée le 1<sup>er</sup> juillet 2010 de 2,5% à 6.585,63 euros).

Le contrat de travail n'a pas été résilié avant le 1<sup>er</sup> octobre 2010, fin de la période d'essai d'un an.

Une nouvelle augmentation légale du salaire de 2,5% à 6.765 euros intervient le 1<sup>er</sup> octobre 2011 (cote d'application 737,83).

Par avenant du 31 mai 2012, avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2012, la rémunération est réduite au montant de 4.059 euros (6.765 x 0,6).

Dès lors, à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2012, le salarié ne perçoit mensuellement que 50,64256% du montant fixé initialement au titre de la rémunération mensuelle et du forfait de frais (6.765 + 1.250 = 8.015 euros).

En admettant une proportion entre la rémunération fixe et l'objectif à atteindre, le volume qui correspond à la rémunération réduite s'élève à 12.660.640 euros (25.000.000 x 50,64256%).

Au vu de l'attestation testimoniale de GK, versée par l'employeur, le volume des clients de M. A.), pris en compte pour la gratification, est de 6.818.167 euros en 2010, 8.323.174 euros en 2011 et 9.976.344 euros en 2012.

Suivant conclusions du 20 mai 2015 de l'employeur, le volume acquis par M. A.) était au 31 décembre 2013 de 11,3 millions : sept clients domiciliés en Allemagne avec un volume de 4.600.000 et sept clients domiciliés en Belgique avec un volume de 6.700.000 euros.

Le salarié revendique à son compte deux millions additionnels.

L'employeur soutient que le salarié n'aurait eu en moyenne qu'un rendez-vous par semaine avec un client. En effet, en vue d'une entrevue avec un client il aurait demandé une fiche de travail en 2009, 31 fiches en 2010, 48 fiches en 2011, 41 fiches en 2012 et 48 fiches en 2013.

La Cour note qu'au 31 décembre 2010, le salarié avait acquis un volume de 6.818.167 euros (une fiche en 2009 et 31 fiches en 2010). Le volume a progressé à 8.323.174 euros en 2011 (48 fiches), à 9.976.344 euros en 2012 (41 fiches) et à 11.300.000 euros en 2013 (48 fiches).

La progression n'est donc pas corrélative au nombre de ces rendez-vous avec fiche de travail. La progression de loin la plus importante a eu lieu au courant de la première année de service.

Il n'est pas établi que le salarié ait pu et dû avoir plus d'entretiens de ce type et que le volume de 25.000.000 euros ait alors été atteint soit dès les premiers six mois, soit avant la fin de la période d'essai, soit avant le licenciement.

Le nombre usuel ou normal de ces entretiens et le résultat concomitant ne sont pas établis.

Il n'est pas non plus établi que M. A.) se soit limité à ces entretiens et démarchages avec fiche de travail, et qu'il ait acquis son volume d'avares lors de tels entretiens.

L'employeur fait aussi état d'attestations testimoniales d'autres salariés qui auraient atteint les objectifs fixés. Le témoin BP déclare avoir travaillé pour l'entreprise SOC1.) à partir du 15 août 2012. Ayant atteint le volume fixé de 25.000.000 euros au bout de six mois, sa rémunération a été augmentée le 1<sup>er</sup> février 2013. Il a bénéficié d'une deuxième augmentation après avoir réalisé l'objectif de 50.000.000 euros dans l'année.

Le témoin WF déclare avoir convenu d'un objectif de 50.000.000 euros dans les douze mois à compter de son entrée en service le 1<sup>er</sup> juillet 2014. Le témoin SP, engagé comme directeur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2015, avait comme objectif un volume de 50.000.000 euros dans les six premiers mois. Ces deux témoins n'attestent pas la réalisation des objectifs.

Il convient de constater que les objectifs ne sont pas identiques pour chaque personne.

Les rémunérations de ces salariés et leur importance par rapport aux résultats ne sont pas connues.

M. A.) soutient que le témoin BP avait la possibilité d'amener les clients qu'il gérait auprès de l'employeur qu'il quittait, les clients maintenant les polices à long terme auprès de l'ancien employeur, l'entreprise SOC1.) géant les portefeuilles sous-jacents. Cette explication n'est pas contredite par l'employeur.

M. A.) déclare qu'il n'avait pas la possibilité d'emmener un tel nombre de clients d'une banque universelle auprès de son nouvel employeur.

Au vu des développements de la société SOC1.) et des documents versés en cause, il n'est pas établi que l'attente de l'employeur à l'égard de M. A.) ait été réaliste, compte tenu des antécédents professionnels du salarié, de sa situation sociale, de la fidélisation de clients et des possibilités de recrutement de clients qui s'en dégageaient, ainsi que compte tenu de l'évolution du marché, particulièrement au moment de l'entrée en service de M. A.) le 1<sup>er</sup> octobre 2009.

Il n'est pas non plus établi que la non-réalisation des attentes soit due à une inaptitude professionnelle ou une activité professionnelle insuffisante ou inefficace du salarié.

Dès lors, le motif du licenciement tiré de la non-réalisation des attentes de l'employeur ne constitue pas un motif réel et sérieux et le licenciement est abusif.

L'appel du salarié est justifié en ce qu'il concerne la décision ayant déclaré le licenciement fondé.

### 3. Les préjudices matériel et moral

Le salarié critique le jugement en ce qu'il a rejeté ses demandes d'indemnisation.

A titre principal, il conclut à une indemnité de 130.000 euros en indemnisation du préjudice matériel. Ce montant représente un paiement unique sur le volume généré, soit 13 millions x 0,5% (65.000), plus 13 millions x 0,1% par an sur les clients acquis restant auprès de l'entreprise pendant 5 ans (65.000). Cette indemnité correspondrait à l'offre faite par l'employeur en vue d'une résiliation lors d'un entretien relatif aux performances.

En ordre subsidiaire, il conclut à l'allocation d'une indemnité de 81.387,84 euros pour la période du 20 février 2014 au 20 novembre 2015 (21 mois).

Il soutient avoir perdu une rémunération mensuelle de 5.014,78 euros, ainsi qu'une gratification mensualisée de 1.708,28 euros (sur base de la gratification de 20.499,42 euros de l'exercice 2013), soit une perte de revenus de 141.184,26 euros.

Il aurait reçu le montant de 59.796,42 euros au titre des indemnités de chômage.

Au titre du préjudice moral, il conclut à l'allocation d'une indemnité de 15.000 euros.

Etant donné que le licenciement ne serait pas abusif, l'employeur conclut à la confirmation du jugement qui a rejeté les demandes d'indemnisation.

En ordre subsidiaire, il considère que la demande d'une indemnité de 130.000 euros serait sans fondement au regard de la loi et de la convention entre parties.

Compte tenu de l'ancienneté de quatre ans et deux mois au moment du licenciement, l'indemnisation pour une période de 21 mois serait trop longue. Elle devrait de toute manière être réduite des deux mois de préavis avec dispense de travail. Une période supérieure à dix mois à partir de la fin du préavis serait sans lien causal avec le licenciement.

La gratification ne devrait pas être prise en compte, son paiement n'étant pas certain.

Le calcul du salarié serait erroné dans la mesure où il déduirait des indemnités de chômage nettes des rémunérations brutes. Pour la période revendiquée, le salarié aurait touché des indemnités brutes à hauteur de 75.274,98 euros et non seulement le montant de 59.796,42 euros.

Le montant revendiqué au titre du préjudice matériel est contesté.

L'indemnité pour préjudice moral ne serait pas justifiée.

La Cour retient que l'employeur qui a procédé à un licenciement abusif est tenu de réparer l'intégralité du préjudice en lien causal avec le licenciement fautif.

La demande principale tendant au paiement d'une indemnité de 130.000 euros n'est pas justifiée. En effet, le montant proposé par l'employeur dans le cadre d'une résiliation consensuelle ne constitue pas le montant du préjudice matériel causé par un licenciement ultérieur.

Le salarié, âgé de 52 ans, a été licencié le 9 décembre 2013 avec préavis du 15 décembre 2013 au 14 février 2014 par son employeur au service duquel il était depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2009 (4 ans et 2 mois). Il a été dispensé de prêter le préavis.

Il a touché des indemnités de chômage en Allemagne à partir du 20 février 2014 jusqu'au 21 mai 2015.

Il est dès lors établi que dans cette période, le salarié a satisfait aux obligations de recherche d'emploi prescrites en vue de l'obtention de ces indemnités.

Le Bemessungsentgelt par jour était de 198,33 euros, et après déduction des cotisations de sécurité sociale et des retenues d'impôts, le Leistungsentgelt journalier était de 122 euros, soit une prestation de 81,74 euros (67% de 122). L'indemnité est payée 30 jours par mois entier.

La Cour évalue l'indemnité brute journalière à 132,88 euros (198,33 x 67%), ainsi que l'a fait le salarié dans ses conclusions du 10 décembre 2015.

Suivant une liste dressée par le salarié, il a eu dans la période du 10 décembre 2013 jusqu'au 4 novembre 2014 de nombreux entretiens avec les personnes y nommées qui ont conduit à la communication de son intérêt et de sa recherche d'emploi à des connaissances auprès d'une trentaine d'entreprises. Le salarié déclare que cette liste ne ferait mention que d'une partie des entretiens.

Suivant une deuxième liste relative à une partie des candidatures écrites, il a soumis, dans la même période, des candidatures à la demande de la Agentur für Arbeit ainsi que quatre candidatures à son initiative.

Compte tenu des éléments soumis à l'appréciation de la Cour, la période d'inactivité en lien causal avec le licenciement fautif a duré du 15 décembre 2013 au 31 décembre 2014 (12,5 mois).

Durant la période du préavis, jusqu'au 14 février 2014, le salarié a été rémunéré, et sa demande tend à une indemnisation à partir du 20 février 2014.

Au moment du licenciement, la rémunération mensuelle brute était de 5.014,78 euros (fiches de rémunération d'octobre à décembre 2013).

Pour l'exercice 2013, le salarié a touché une gratification de 20.499,42 euros. Etant donné que la gratification correspond à 20% des honoraires perçus par l'entreprise sur les avoirs des clients acquis par le salarié et que ces honoraires ont évolué de manière positive au cours des années précédentes, cette rémunération est suffisamment certaine pour être prise en considération sur base du montant de 2013 dans la détermination de la perte de revenus. La perte mensuelle s'élève à 1.708,28 euros.

Durant la période du 20 février au 31 décembre 2014, la perte mensuelle était donc de 6.723,06 euros (5.014,78 + 1.708,28) et la perte totale s'élève à 69.449,21 euros (10,33 x 6.723,06)

Durant cette période, des indemnités de chômage ont été réglées pour 309 jours (9 jours en février, plus 10 mois à 30 jours), soit le montant brut de 41.059,92 euros.

Le préjudice matériel imputable au licenciement fautif est dès lors de 28.389,29 euros (69.449,21 moins 41.059,92).

Compte tenu de l'âge du salarié et des difficultés à retrouver un emploi, la Cour fixe à 6.000 euros le préjudice moral causé par le licenciement.

L'appel du salarié est justifié à hauteur de ces montants.

#### 4. Les indemnités de procédure

Au titre de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, le salarié conclut à l'allocation d'une indemnité de 1.500 euros pour la première instance et de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

Il serait inéquitable de laisser à charge du salarié l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'il a exposés.

Il y a lieu de fixer à 1.500 euros l'indemnité pour la première instance et à 2.500 euros celle pour l'instance d'appel.

L'appel et la demande afférents du salarié sont donc fondés.

#### **PAR CES MOTIFS:**

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport de M. Étienne SCHMIT, président de chambre,

déclare l'appel de M. A.) recevable et partiellement justifié,

réformant,

déclare abusif le licenciement avec préavis du 9 décembre 2013,

condamne la société SOC1.) S.A. à payer à M. A.) les montants de 28.389,29 euros et 6.000 euros à titre d'indemnisation,

condamne la société SOC1.), S.A. à payer à M. A.) les montants de 1.500 euros et 2.500 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne la société SOC1.), S.A. aux dépens des deux instances et ordonne la distraction des dépens de l'instance d'appel au profit de Maître François TURK.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par M. Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence de M. Alain BERNARD, greffier.