

Arrêt N° 156/18 - VIII - Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt décembre deux mille dix-huit

Numéro 45030 du rôle.

Composition:

Lotty PRUSSEN, président de chambre;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Jeanne GUILLAUME, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

A), demeurant à L-(...),

appellant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 26 juin 2017,

comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

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

intimée aux fins du prédit acte KURDYBAN,

comparant par la société MNKS, société à responsabilité limitée, établie et ayant son siège social à L-2453 Luxembourg, 2-4, rue Eugène Ruppert, inscrite sur la liste V des avocats du barreau de Luxembourg, représentée par **Maître Marielle STEVENOT**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 15 juillet 2014, A) a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme SOC1) devant le tribunal du travail de Luxembourg pour voir dire que sa démission est intervenue aux torts exclusifs de l'employeur et entendre ce dernier condamner à lui payer les montants suivants :

- commissions non réglées	334.558,00 EUR
- indemnité pour congés non pris	66.573,52 EUR
- préjudice matériel	44.070,99 EUR
- dommage moral	10.000,00 EUR
- indemnité compensatoire de préavis	88.141,98 EUR
- indemnité de départ	44.070,99 EUR

soit, en tout, la somme de 578.301,64 EUR avec les intérêts légaux à compter de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.500,- EUR.

Par jugement rendu en date du 15 mai 2017, le tribunal du travail a déclaré non justifiée par des fautes graves de l'employeur la démission avec effet immédiat du 29 mars 2014 par A) et dit non fondées les demandes de ce dernier en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, en paiement d'une indemnité de départ, en indemnisation des préjudices matériel et moral et en paiement de commissions.

Par contre, le tribunal a déclaré fondée la demande de A) en paiement d'une indemnité compensatoire pour congé non pris et a condamné la société SOC1) à lui payer le montant de 66.294,99 EUR avec les intérêts légaux à partir du 15 juillet 2014 jusqu'à solde.

En outre, le tribunal a déclaré fondée la demande reconventionnelle de SOC1) en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et a condamné A) à payer à la société SOC1) le montant de 44.070,99 EUR. Il a ensuite débouté les parties de leurs demandes basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Pour décider ainsi, le tribunal a retenu que A) a eu connaissance des fautes graves qu'il invoque pour justifier sa démission avec effet immédiat depuis plus d'un mois avant sa démission intervenue le 29 mars 2014, de sorte qu'en application des dispositions de l'article L.124-10 (6) du Code du travail, il est forclos à les invoquer.

Concernant la demande en paiement de la commission pour le projet BB), le tribunal a retenu que la demande est prescrite et concernant la demande en paiement des commissions pour les projets EE) et GG), le tribunal a retenu que la demande n'est pas fondée, A) n'ayant pas justifié avoir droit aux commissions réclamées.

Concernant la demande en paiement des jours de congé non pris, le tribunal a reconnu un usage constant et un accord tacite de l'employeur de report intégral des heures de congé non encore prises, d'une année à l'autre, depuis 2006.

Par exploit d'huissier du 26 juin 2017, A) a régulièrement relevé appel du jugement du 15 mai 2017. Il demande à la Cour, par réformation dudit jugement, de déclarer justifiée par des fautes graves de l'employeur la démission avec effet immédiat du 29 mars 2014 et de débouter la société SOC1) de sa demande en paiement d'une indemnité de préavis.

En outre, il demande la condamnation de l'intimée au paiement des montants requis en première instance au titre de l'indemnité compensatoire de préavis, de l'indemnité de départ, des dommages et intérêts pour préjudices matériel et moral, de l'indemnité compensatoire pour congés non pris et des commissions rédues, le tout majoré des intérêts légaux.

A) demande encore que le taux d'intérêt soit majoré de trois points à partir du premier jour du troisième mois qui suit la notification de l'arrêt à intervenir et il sollicite une indemnité de procédure de 2.500,- EUR pour la première instance et de 5.000,- EUR pour l'instance d'appel.

La société SOC1) demande à la Cour de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré non justifiée par des fautes graves de l'employeur la démission avec effet immédiat de A) du 29 mars 2014 et débouté ce dernier de ses demandes afférentes. De même, elle sollicite la confirmation dudit jugement en ce qu'il a déclaré la demande en paiement de commissions non fondée et en ce qu'il a condamné A) à lui payer le montant de 44.070,99 EUR à titre d'indemnité compensatoire de préavis.

En outre, elle relève régulièrement appel incident et demande à la Cour de réformer le jugement entrepris en ce qu'il l'a condamnée à payer à A), au titre de l'indemnité compensatoire pour congés non pris, le montant de 66.294,99 EUR avec les intérêts légaux à compter du 15 juillet 2014 et en ce qu'il l'a déboutée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

Enfin, la société SOC1) sollicite pour l'instance d'appel une indemnité de procédure de 5.000,- EUR.

I) Quant à la démission de A)

Arguments des parties

A) expose qu'il a été engagé par la société SOC1) suivant contrat conclu en date du 2 janvier 2004 avec une reprise d'ancienneté au 1^{er} juillet 2003 en tant que « *Region Sales Manager for Benelux and Scandinavia* ». Plus tard, il a été nommé « *Sales Director North Europe* » et s'est vu confier la gestion des marchés allemand et autrichien.

La société SOC1) serait une société spécialisée dans la fourniture et la mise en œuvre de solutions informatiques aux entreprises et proposerait notamment les logiciels CC), TT), TF) et VV).

Début 2014, il aurait été à la tête d'une équipe de trois personnes, à savoir B), C) et D).

Par courriel adressé aux salariés de l'entreprise le 9 janvier 2014, il aurait été informé d'une réorganisation au sein de l'entreprise et notamment du fait que E) serait désormais responsable de la gestion des activités relatives au logiciel CC), et ce, également pour les clients situés dans son secteur géographique.

En date du 15 février 2014, son employeur l'aurait encore informé du fait que B) serait transféré dans cette unité nouvellement créée et ne relèverait partant plus de sa responsabilité.

Suivant courrier du 12 mars 2014, il aurait mis son employeur en demeure de le réintégrer dans ses fonctions de « *Sales Director North Europe* », lui réclamant également le paiement de trois commissions ainsi que de ses jours de congé non pris.

En date du 21 mars 2014, son employeur aurait confirmé le maintien des changements opérés ainsi que le non-paiement des commissions et des jours de congé.

Par courrier du 29 mars 2014, il aurait alors informé son employeur de sa démission avec effet immédiat pour faute grave dans son chef.

Concernant sa rétrogradation, A) fait plaider que ce serait à tort que les juges de première instance ont retenu que sa démission aurait dû intervenir endéans le délai d'un mois à partir du 9 janvier 2014. En effet, selon lui, cette rétrogradation équivaldrait à une modification substantielle de son contrat de travail en sa défaveur, puisque les changements intervenus lui auraient fait perdre une chance de gagner autant de bonus et de commissions qu'auparavant, limitant ainsi sa rémunération. Des 140 comptes clients qu'il gérait, 114 lui auraient été retirés entraînant une chute de 50% de son chiffre d'affaire. En outre, deux de ses collaborateurs auraient été affectés à un autre service et une autre personne aurait été nommée « *Sales Manager* » pour le secteur des ventes en Europe, au Moyen-Orient, en Afrique et en Inde.

Il en conclut que sa rétrogradation aurait dû lui être notifiée dans les forme et délai de l'article L.121-7 du Code de travail. A défaut, le délai n'aurait pas commencé à courir.

La société SOC1), se référant à la motivation des juges de première instance, fait plaider que la démission de A) ne serait pas justifiée pour être intervenue plus d'un mois après que A) a eu connaissance des faits qu'il lui reproche.

Elle donne à considérer que A) aurait été informé de la réorganisation au sein de l'entreprise le 9 janvier 2014. Quant au non-paiement des commissions et des jours de congé non pris, il aurait été informé du refus de son employeur de lui payer les montants réclamés en date du 15 février 2014.

Par ailleurs, la société SOC1) conteste toute rétrogradation dans le chef de A), affirmant que la création au niveau du Groupe d'une équipe de vente dédiée aux produits CC) en vue de coordonner les efforts de vente liés à ce produit, n'empêchait pas A), de même que tous les autres commerciaux qui ne faisaient pas partie de la « CC) Sales Unit », de continuer à proposer ces produits aux clients de la région dont ils avaient la responsabilité. En outre, A) pouvait proposer tous les autres services et produits commercialisés par la société SOC1).

La société SOC1) relève encore que, contrairement aux affirmations de l'appelant, seule une personne de l'équipe de A) aurait été transférée au sein d'une autre équipe et que par courriel du 15 février 2014, l'employeur aurait fait savoir à l'appelant qu'il envisageait une nouvelle embauche pour la région Nord-Europe pour compenser ce départ.

La société SOC1) donne encore à considérer que A) disposait d'un salaire fixe mensuel de 13.500,- EUR par mois ainsi que d'une voiture de fonction pour une valeur d'environ 1000,- EUR par mois et que les dernières années son salaire variable n'aurait pas représenté plus d'un douzième de sa rémunération annuelle.

En tout état de cause aucune clause de son contrat n'aurait été modifiée et toute conséquence en sa défaveur suite à la réorganisation interne resterait contestée, de sorte que l'employeur n'avait pas à suivre la procédure prévue à l'article L.121-7 du Code du travail.

La société SOC1) conteste également redevoir les commissions réclamées, de même que les jours de congé non pris.

Appréciation de la Cour

Tel que l'ont relevé à bon droit les juges de première instance, le ou les faits ou fautes susceptibles de justifier une résiliation pour motifs graves ne peuvent être invoqués selon l'article L.124-10 (6) du Code du travail 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 d'un mois n'étant pas applicable lorsqu'une partie invoque un fait ou une faute antérieure à l'appui d'un nouveau fait ou d'une nouvelle faute.

En l'espèce, A) a par courrier recommandé du 29 mars 2014, mis fin avec effet immédiat à son contrat de travail du 2 janvier 2004, au motif que son employeur ne lui aurait pas payé les commissions pour les marchés BB) (27.642,- EUR), EE) (165.000,- EUR) et GG) (132.802,-EUR), qu'il aurait refusé de lui reconnaître 95,24 jours de congé non pris accumulés au cours des dernières

années et qu'il aurait sans son accord modifié son contrat de travail à son désavantage.

1) Quant à la rétrogradation de A)

Force est de constater, eu égard aux contestations de la société SOC1), qu'il ne résulte pas d'ores et déjà des pièces versées au dossier que la réorganisation interne opérée par l'employeur ait entraîné une modification d'une clause essentielle du contrat de travail en défaveur de A).

Au contraire, l'employeur a, dans ses courriels des 15 février et 21 mars 2014, expressément confirmé que toutes les clauses du contrat de travail de A) restaient inchangées (« *Your role has not changed, your job description remains as it was.....Your salary, car, benefit etc all remains as before. The changes do not affect your underlying role and responsibilities.....As a result of this re-organisation, some changes to the sales structure have been necessary (specially the creation of a CC) Unit) but this does not change your position. Notwithstanding the fact that some reporting lines have been changed, D) in Frankfurt and C) in Luxembourg continue to report to you. B) has been transferred to the CC) team but as stated, I am happy to approve additional headcount in your area, we have already discussed this option of a new hire for the Nordic region* »).

Les pièces versées au dossier, y compris les pièces 8 à 11 de la farde de pièces de Maître DI STEFANO, n'établissent pas, à elles seules, la réalité et surtout l'impact exact de la réorganisation interne sur les revenus et les responsabilités de A), de sorte qu'en l'absence de toute offre de preuve afférente, les affirmations de l'appelant quant à la rétrogradation qui lui aurait été imposée laissent d'être établies. Une modification substantielle de son contrat de travail en sa défaveur n'étant pas établie, l'employeur n'avait pas à suivre la procédure prévue par l'article L.121-7 précité.

L'argumentation de l'appelant, selon laquelle le délai d'un mois n'aurait pas commencé à courir, l'employeur n'ayant pas notifié les modifications du contrat de travail dans les formes et délais visés aux articles L.124-2 et L.124-3 du Code du travail, n'est dès lors pas pertinente.

A titre subsidiaire, A) fait plaider qu'il aurait démissionné endéans le délai d'un mois à compter du jour où il a eu connaissance des fautes reprochées à son employeur.

Il n'est pas contesté que A) a eu connaissance de la réorganisation au sein de l'entreprise par courriel du 9 janvier 2014 (pièce 5 de la farde de pièces de Maître DI STEFANO).

Par courriel du 15 février 2014, son employeur, en réponse à ses questions, l'informe que son rôle n'a pas changé, que sa « *job description* » reste la même, de même que ses conditions de salaire, ses responsabilités, sa voiture de fonction etc...(pièce 44 de la farde de pièces de Maître DI STEFANO).

Par courriel du 21 mars 2014, suite à une lettre lui adressée en date du 12 mars 2014 par l'appelant, l'employeur lui confirme encore une fois les changements opérés au sein de l'entreprise, lui notifiés en date du 9 janvier 2014 et réitère sa prise de position exposée sans équivoque dans son courriel du 15 février 2014.

Contrairement aux affirmations de A), il y a partant lieu de prendre en considération pour la computation du délai d'un mois, le courriel du 9 janvier 2014, dans lequel l'employeur l'informe de la réorganisation interne et non le courriel du 21 mars 2014, dans lequel, suite à la demande de son salarié, il confirme encore celle-ci.

Admettre le contraire, permettrait de contourner les dispositions de l'article L.124-10 (6) du Code du travail, puisqu'il suffirait au salarié de redemander à son employeur de prendre position quant au manquement invoqué par lui, pour faire à nouveau courir le délai d'un mois.

C'est partant à bon droit et pour des motifs que la Cour fait siens, que les juges de première instance ont retenu que la décision de réorganisation au sein de l'entreprise a été portée à la connaissance de l'appelant en date du 9 janvier 2014, soit plus d'un mois avant la démission de ce dernier.

2) Quant au non-paiement des commissions et des jours de congé non pris depuis 2006

C'est par courriel du 15 février 2014 que l'employeur a informé A) de manière claire et non équivoque de son refus de lui payer les commissions réclamées ((BB) et (EE)), ainsi que les jours de congé non pris depuis 2006. Il n'est, par ailleurs, pas contesté que les commissions relatives au marché GG et EE auraient, le cas échéant, été payables le 1^{er} novembre 2011 et le 1^{er} novembre 2012.

C'est partant à bon droit et pour des motifs que la Cour fait siens, que les juges de première instance ont retenu que la décision relative à la commission BB) a été portée à la connaissance de A) en date du 15 février 2014 et que les commissions réclamées pour les projets GG) et EE) étaient exigibles depuis, respectivement, le 1^{er} novembre 2011 et le 1^{er} novembre 2012, ce qui n'a pas été contesté par l'appelant, de sorte qu'en l'absence de faits récents invoqués endéans le délai légal, ces trois faits ne peuvent pas non plus être invoqués à l'appui de la démission du 29 mars 2014.

Il suit de tout ce qui précède, qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré non justifiée par des fautes graves de l'employeur la démission avec effet immédiat de A) du 29 mars 2014 et en ce qu'il a débouté ce dernier de sa demande en indemnisation de ses dommages matériel et moral, de sa demande en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et de sa demande en paiement d'une indemnité de départ.

De même, A) n'ayant pas respecté son préavis, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné ce dernier à payer à la société SOC1) le montant de 44.070,99 EUR correspondant à l'indemnité compensatoire de préavis.

II) Quant à la demande en paiement des commissions

La Cour fait siens les motifs des juges de première instance relatifs à la prescription de la demande en paiement de la commission BB), le marché ayant été conclu le 28 août 2007 et la commission payable le 1^{er} septembre 2009.

Contrairement aux affirmations de l'appelant, le fait que l'employeur accepte de lui verser au titre de cette commission le montant de 15.086,00 EUR avec son salaire de février 2014 n'équivaut pas à une renonciation à la prescription extinctive pour l'entier montant réclamé, l'employeur ayant clairement précisé dans son courriel du 15 février 2014 qu'aucun montant supplémentaire ne serait payé au titre de cette commission.

Concernant le marché EE), la société SOC1) fait plaider qu'il ne s'agissait pas d'une vente mais d'un contrat de coopération qui ne donnait pas droit au paiement d'une commission. Par ailleurs, ledit contrat n'aurait jamais généré de revenus et aurait finalement été résilié.

A) fait valoir que l'employeur lui aurait promis de lui payer le montant de 165.000,- EUR de ce chef.

L'attestation de F) (pièce 20 de la farde de pièces de Maître DI STEFANO) n'est pas de nature à établir que la société se serait engagée à lui payer ladite commission, l'auteur de l'attestation ne faisant que rapporter les propos que lui a tenus l'appelant.

Il en est de même de l'attestation de C) qui relate que dans le secteur « *Finance Technology* » les commerciaux reçoivent des commissions pour les ventes traitées, le montant étant défini dans le « *commission plan* », ladite attestation n'étant pas suffisamment précise pour être pertinente.

Concernant le marché GG), la société SOC1) fait valoir que non seulement ce marché aurait été traité par G) et non par l'appelant, mais qu'en outre, les revenus générés par ledit marché n'auraient pas atteint le seuil nécessaire pour justifier le paiement d'une commission.

S'il résulte des pièces versées au dossier que l'appelant était l'un des interlocuteurs de la SOC2) et de son supérieur hiérarchique pendant les négociations du marché GG), il apparaît également que d'autres personnes ont travaillé sur le projet, dont notamment G) qui a, par courriel du 21 octobre 2011, demandé à A) de lui confirmer le montant de la commission qu'elle est en droit d'encaisser sur ce projet. Or, il ne résulte d'aucune pièce que ce dernier aurait contesté le droit de G) au paiement de la commission (cf. pièces 31 à 35 de la farde de pièces de Maître DI STEFANO). S'il résulte de l'échange de courriels

du 2 décembre 2011 (pièce 26 de la farde de pièces de Maître DI STEFANO) que l'appelant estimait avoir droit à une commission et que E) ne s'y est pas opposé, ladite commission était d'après A) de 0,00 EUR selon le dernier plan de commission fourni.

Le droit à une commission en relation avec le marché GG) de même que, le cas échéant, le montant de ladite commission, ne résultant dès lors pas des pièces versées et n'étant pas autrement explicité ni offert en preuve, il y a lieu de dire que les affirmations de l'appelant y relatives ne sont pas établies.

Il convient partant également de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

III) Quant à la demande en paiement de l'indemnité pour congé non pris

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour fait siens, que les juges de première instance ont retenu que bien que l'article L.233-10 du Code du travail dispose que le report, jusqu'au 31 mars de l'année suivante, du congé non encore pris à la fin de l'année est exceptionnel, un usage constant ou encore un accord tacite de l'employeur est créateur de droits dans le chef du salarié, droits exorbitants au droit commun, licite au regard de l'article L.121-3 du Code du travail (Cour d'appel, 10 mai 2012, rôle n° 37068).

La Cour constate que le nombre de jours de congé ne figure pas sur les fiches de salaire versées au dossier.

Il ne résulte par ailleurs d'aucun élément du dossier que l'employeur aurait demandé à A) de prendre ses congés en temps utile.

L'appelant se réfère pour étayer ses dires quant au report des jours de congé à un échange de courriels interne à son employeur et à une liste reprenant les jours de congé non pris des salariés, selon laquelle il avait au 1^{er} décembre 2013 un solde de 85 jours de congé non pris, ainsi qu'à un relevé établi par lui-même.

Si le relevé émanant de l'appelant n'a aucune valeur probante, nul ne pouvant se ménager sa propre preuve, la Cour est d'avis, concernant la liste à laquelle il est fait référence dans l'échange de courriels, que même s'il n'est pas établi qu'elle a été dressée par une personne ayant qualité pour engager l'intimée, elle constitue un indice du report des congés non pris effectué par cette dernière. Cet indice est étayé par les propos de H) dans son courriel du 21 mars 2014 (pièce 45 de la farde de pièces de Maître DI STEFANO), dans lequel il affirme « *A customary practice may have developed as regards the postponement of holidays, however SOC1) never waived the principle of the loss of holidays after the 31 of March* ».

A partir du moment où l'employeur tolère pendant plusieurs années que le salarié reporte son congé d'une année à l'autre, le salarié peut légitimement s'attendre à ce que cet usage soit continué. Confiant, il peut ainsi être incité à renoncer à prendre son congé en temps utile dans l'intérêt de son employeur. Aussi, le principe de bonne foi qui doit régir l'exécution des contrats implique

que l'employeur ne peut, dans ce cas, après plusieurs années se prévaloir d'une absence de renonciation expresse.

Cette approche est conforme à l'esprit de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, transposée en droit luxembourgeois par la loi du 19 mai 2006.

En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a dans deux arrêts du 6 novembre 2018 (affaires C-619/16 Sebastian W.Kreuzinger/Land Berlin et C-684/16 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaft eV/Tetuji Shimizu) jugé que le droit de l'Union s'oppose à ce qu'un travailleur perde automatiquement les jours de congé annuel payé auxquels il avait droit en vertu du Droit de l'Union ainsi que, corrélativement, son droit à une indemnité financière au titre de ces congés non pris, du seul fait qu'il n'a pas demandé de congé avant la cessation de la relation de travail. Ces droits ne peuvent s'éteindre que si le travailleur a été effectivement mis en mesure par l'employeur, notamment par une information adéquate de la part de ce dernier, de prendre les jours de congé en question en temps utile, ce que l'employeur doit prouver.

Le nombre d'heures reportées n'étant pas autrement contesté, il convient partant de confirmer le jugement entrepris.

Vu la demande afférente de l'appelant, il y a lieu de dire que le taux d'intérêt sera majoré de trois points à partir du premier jour du troisième mois qui suit la signification du présent arrêt

IV) Quant aux indemnités de procédure

Les parties n'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge l'intégralité des frais exposés et non compris dans les dépens, leurs demandes basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile sont à déclarer non fondées, tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident en la forme,

les dit non fondés,

confirme le jugement entrepris, sauf qu'il y a lieu de dire que le taux d'intérêt sur le montant de 66.294,99 EUR que la société anonyme SOC1) doit à A) sera majoré de trois points à partir du premier jour du troisième mois qui suit la signification du présent arrêt,

déboute les parties de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

fait masse des dépens de l'instance d'appel et les impose aux parties par moitié, avec distraction au profit de Maître Mario DI STEFANO et de la société à responsabilité limitée MNKS, qui la demandent affirmant en avoir fait l'avance.

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