Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-sept mars deux mille onze.

Numéro 36198 du rôle

Présents:

Charles NEU, premier conseiller, président,
Ria LUTZ, conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à B-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch du 20 mai 2010,

comparant par Maître Pierrot SCHILTZ, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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 susdit exploit RUKAVINA,

comparant par Maître Claude SPEICHER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 11 novembre 2010.

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

Par requête déposée auprès du tribunal du travail de Diekirch le 4 février 2009, A, au service de la société anonyme C S.A., anciennement B, en qualité de Marketing Manager depuis le 1er novembre 2007, critiqua d'abusif le licenciement avec préavis lui notifié le 28 octobre 2008 et réclama les montants indemnitaires plus amplement repris dans la prédite requête.

Il contesta tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs invoqués, motifs ayant essentiellement trait à un manque de rendement dans son chef.

Dans un jugement du 6 novembre 2009, le tribunal du travail a dit que la précision des deux premiers motifs indiqués dans la lettre du 2 décembre 2008 est conforme à la loi, déclaré les deux premiers points de l'offre de preuve pertinents et concluants, partant recevables, par conséquent admis la S.A. B à prouver par l'audition de témoins les faits suivants :

> « 1. Depuis sa date d'engagement, càd. depuis le 1.11.2007, le sieur A n'a apporté aucun nouveau client à son employeur B S.A..
> 2. Depuis sa date d'engagement, càd. depuis le 1.11.2007, le portefeuille des clients dont le sieur A avait la gestion n'a cessé de décroître au fil des mois. En effet, alors que le chiffre d'affaires mensuel desdits clients était de 670.000 € en janvier 2008, celui-ci n'était plus que de 509.000 € en octobre 2008, soit une diminution de 24 %. ».

Il a ensuite déclaré non fondées les demandes relatives à l'indemnité compensatoire de préavis correspondant à un délai prolongé, ainsi qu'à une indemnité de départ, alors qu'il n'y a pas eu transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-3 du code du travail, déclaré les demandes en relation avec une privation de jouissance privée de la voiture de service non fondées et finalement réservé les autres points de la demande.

Suite à l'exécution de la mesure d'instruction, le tribunal a, dans un jugement du 26 mars 2010, déclaré le licenciement avec préavis intervenu entre parties conforme à la loi et déclaré l'ensemble des demandes du salarié non fondées.

A a régulièrement interjeté appel du prédit jugement par acte d'huissier du 20 mai 2010.

Il demande de le réformer et de déclarer abusif le licenciement intervenu à son égard en date du 28 octobre 2008, partant de condamner la partie intimée à lui payer la somme de 128.184,76 € à titre de dommages-intérêts au vœu de l'article L.124-11 du code du travail, dont 80.279,64 € pour dommage matériel et 47.905,12 € pour dommage moral ;
en ordre subsidiaire, il demande de constater que la partie intimée n'a pas convoqué la partie appelante à l'entretien préalable auquel elle était tenue de procéder en vertu de l'article L.124-2 du code du travail, partant condamner la partie intimée à lui payer la somme de 11.976,28 €.

A l'appui de son recours, le salarié conteste que ses fonctions au sein de la société employeuse aient été celles d'un employé commercial ; il prétend s'être occupé des affaires générales et en particulier de la logistique et des finances, ce qui serait confirmé par la déposition des témoins D et E.

Que plusieurs éléments tels son salaire élevé, son horaire de travail fixe et son lieu de travail fixe militeraient en faveur de son argumentation.

Il rappelle avoir été le comptable et l'administrateur de la société anonyme de droit belge F SA établie en Belgique et avoir détenu 50 % des actions de cette société qu'il a cédées à la société de droit belge B SA avec siège en Belgique (maison mère belge de l'intimée) pour un prix de 2.250.000 euros en date du 6.11.2007 ; il en résulterait que suite à cette cession, l'activité de la société F SA est passée dans le giron de la partie intimée, tandis qu'il lui appartenait d'en assurer la transition.

Il conteste encore que l'employeur ait rapporté la preuve des faits invoqués à son encontre, plus précisément son manque de performance par des chiffres concrets et précis, manque de performance qu'il continue de contester.

Il soutient finalement que ses préjudices moral et matériel subis seraient considérables alors qu'une clause de non-concurrence figurait à l'article 6 du contrat de cession d'actions lui interdisant l'exercice d'une activité concurrente pour une durée de 5 ans.

En ordre subsidiaire et si par impossible la Cour venait à confirmer le jugement a quo, il soutient que les juges de première instance ont fait une mauvaise appréciation quant à l'application de l'article L.124-2 du code du travail.

L'appelant affirme que la société employeuse fait partie d'un groupe de sociétés employant 400 personnes en Europe, groupe constituant une unité économique et sociale, de sorte qu'il réitère sa demande basée sur le prédit article et réclame une indemnité d'un mois de salaire à savoir 11.976,28 euros.

L'intimée conclut à la confirmation pure et simple du jugement entrepris par adoption des motifs des juges de premier degré.

Elle conclut au rejet des nouvelles attestations testimoniales versées par l'appelant seulement en instance d'appel, témoins qui auraient dû être entendus en première instance.

Elle conteste les montants réclamés au titre des préjudices moral et matériel subis par le salarié tant dans leur principe que dans leur montant.

A titre subsidiaire, l'intimée offre de prouver par expertise le fait no. 2 reproché au salarié.

Quant à l'irrégularité formelle, elle précise avoir employé au jour du licenciement 59 salariés, que les sociétés dont fait état le salarié seraient des sociétés juridiquement distinctes qui ne constitueraient pas une unité économique et sociale, de sorte qu'elle n'était pas tenue de procéder à un entretien préalable au licenciement et que le jugement devrait être confirmé sur ce point.

La Cour renvoie concernant les faits et circonstances de l'affaire et ses rétroactes procéduraux à la relation exhaustive et correcte faite par le tribunal du travail.

Pour contester le bien-fondé de son licenciement, l'appelant soutient en premier lieu que sa fonction au sein de la société intimée n'était pas celle d'un commercial, mais plutôt celle d'un agent d'affaires, financier, de sorte que les motifs indiqués à l'appui du licenciement ne pourrait lui être imputés.

Il verse à l'appui de son argumentation deux attestions testimoniales qu'il n'a pas versées en première instance, raison pour laquelle l'intimée conclut au rejet de ces dernières.

Indépendamment du fait de savoir si ces attestations doivent ou non être rejetées, la Cour constate d'ores et déjà que, les allégations faites par A relativement à sa fonction exercée au sein de la société employeuse sont contredites par le contenu du contrat de travail signé par les parties en connaissance de cause, contrat qui fait la loi entre ces mêmes parties.

En effet, le contrat de travail de A du 31 octobre 2007 indique clairement en son point 1) qu'il est engagé « comme employé au sein du service commercial pour la prospection et l'entretien de la clientèle existante en France, en Espagne, au GDL, et en Allemagne ».

Cette fonction de commercial est encore confirmée par l'organigramme de la société employeuse et par la déposition des témoins G et H, tous deux au service de la société C SA, entendus en première instance lors de l'enquête, confirmation intervenue certes d'une façon indirecte en ce sens que les deux témoins entendus n'ont, par rapport aux faits reprochés au salarié en sa qualité de commercial, jamais contesté cette qualité et finalement, par les divers courriels envoyés par une employée de l'intimée, I, à l'adresse de A lui demandant « de compléter les documents « commerciaux » ainsi que ses RDV « commerciaux » et de faire des rapport de visite..etc ».

Les éléments avancés par le salarié en faveur de son allégation selon laquelle il aurait été plutôt un chargé d'affaire, un agent financier, qu'un commercial, tel que son salaire élevé, ne sont pas de nature à énerver les éléments déterminants indiqués ci-avant au support de sa fonction de commercial, alors qu'un commercial peut très bien, s'il est compétent et selon la société qui l'engage, percevoir un salaire conséquent.

Le premier moyen est partant à rejeter pour ne pas être fondé et le jugement de première instance est à confirmer à cet égard.

A persiste ensuite à contester tant la réalité que le sérieux des motifs gisant à la base du congédiement.

Or, la réalité des motifs du licenciement de A résulte clairement des dépositions des témoins G et H entendus en première instance, dépositions qui n'ont pas jusqu'à ce jour été contredites, de sorte que c'est à bon droit que le tribunal du travail a décidé « qu'il est évident que dans ces conditions l'employeur attend de son employé des « résultats concrets.
« Que l'apport d'aucun nouveau client et la baisse de 24 % du chiffre d'affaire des clients confiés au sieur A sont des motifs justifiant un licenciement avec préavis, alors que l'employeur a perdu toute confiance quant aux capacité professionnelles de son employé, de sorte que le licenciement avec préavis est conforme à la loi ».

Le jugement a quo est partant également à confirmer sur ce point et l'offre de preuve formulée par l'employeur est à rejeter pour être superflue.

Le jugement entrepris est encore à confirmer au vu du caractère régulier du licenciement, en ce qu'il a débouté le salarié de l'ensemble des ses demandes indemnitaires.

Quant à la régularité formelle du licenciement, l'appelant maintient son moyen de première instance selon lequel l'employeur, qui fait partie d'un groupe de sociétés occupant plus de 150 salariés, aurait dû le convoquer, d'après l'article L.124-2 du

code du travail, à un entretien préalable au licenciement; que ne l'ayant pas fait il lui resterait redevable d'un mois de salaire.

L'article L.124-2 du code du travail rend obligatoire l'entretien préalable au licenciement à l'égard de tout employeur qui occupe 150 salariés au moins et qui envisage de licencier un salarié avec ou sans préavis.

S'agissant de la computation des salariés pour la détermination des entreprises soumises à l'obligation d'un entretien préalable au licenciement, il a été, à d'itératives reprises, jugé qu'il y avait lieu de tenir compte de la totalité des personnes occupées dans les diverses sociétés d'un groupe pour déterminer l'effectif du personnel qui rend l'entretien obligatoire.

Il doit encore être relevé que des sociétés juridiquement distinctes peuvent constituer en matière de droit du travail une unité économique et sociale, considérée comme une seule entreprise notamment au regard de l'obligation de l'entretien préalable qui incombe aux entreprises occupant 150 salariés, du moins si elles remplissent les critères au plan économique, d' une concentration des pouvoirs de direction et des activité identiques et complémentaires et au plan social, une communauté de travailleurs liés par les mêmes intérêts.

Il résulte des pièces versées, plus précisément des courriels de I ainsi que de l'adresse email de la société employeuse, qu'elle fait partie du Groupe « Jost group »

Il appert finalement d'un extrait du site internet de ce Groupe, qu'il occupe plus de 400 salariés, de sorte que la société employeuse est malvenue de se baser uniquement sur le nombre des salariés affiliés au Grand-Duché de Luxembourg pour dénier l'application de l'article L.124-2 du code du travail.

N'ayant pas procédé à l'entretien préalable comme elle y était légalement tenue, le licenciement prononcé par l'intimée est par application de l'article L.124-2 paragraphe(4) du code du travail irrégulier pour vice de forme et l'employeur est dans ce cas, conformément à l'article L.124-12.(4) du code du travail, tenu de payer à son ancien salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ou de traitement.

La demande de A est partant, par réformation, à déclarer fondée en principe et justifiée pour le montant de 11. 976,28 euros réclamé.

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

N’ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais avancés par elles non compris dans les dépens, la demande respective des parties est 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 l’appel recevable,

Le déclare partiellement fondé,

Réformant :

Dit que la société B S.A. aurait dû procéder à l’entretien préalable au licenciement,

Condamne la société B S.A. à payer à A l’indemnité de l’article L.124-12.(4) du code du travail d’un montant de 11.976,28 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande jusqu’à solde,

Confirme le jugement pour le surplus,

Rejette les demandes respectives des parties basées sur l’article 240 du nouveau code de procédure civile,

Impose un partage des frais et dépens de l’instance d’appel à concurrence d’un tiers pour la société B S.A. et deux tiers pour A.