Arrêt N° 51/17 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du six avril deux mille dix-sept.

Numéro 43433 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

la société à responsabilité limitée S1 s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 12 janvier 2016,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

A, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL,

appelant par incident,

comparant par Maître Ludovic MATHIEU, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 7 mars 2017.

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

Exposant avoir été aux services de la société à responsabilité limitée S1 depuis le 3 janvier 2011 en tant qu'agent commercial en immobilier et que le 16 septembre 2013, il fut licencié avec préavis, A a, par requête du 19 décembre 2013, fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, pour l'entendre condamner à lui payer du chef de son licenciement qu'il qualifia d'abusif, la somme totale de 20.000 euros à titre de dommages et intérêts du chef de préjudices matériel et moral subis. A réclama encore le paiement d'un montant de 3.345 euros du chef de commissions lui redues. Il demanda enfin une indemnité de procédure de 1.500 euros.

A l'audience des plaidoiries, il fournit un nouveau décompte et chiffra son dommage matériel subi à 12.053,28 euros. Il diminua sa demande relative aux commissions à 2.752,50 euros.

Il contesta tant le caractère précis que réel et sérieux des motifs de son licenciement.

La société S1 s'opposa à la demande et formula en ordre subsidiaire une offre de preuve par voie testimoniale pour établir les faits motivant le licenciement, à savoir le manque de rendement professionnel du salarié. Elle formula une demande reconventionnelle en remboursement des factures téléphoniques qu'elle a payées pour un montant de 2.266,30 euros, conformément à l'article 5 de l'avenant au contrat de travail signé entre parties.

Par jugement contradictoire du 15 décembre 2015, le tribunal du travail a :

- déclaré le licenciement de A abusif ;
- dit les demandes de A relatives aux dommages et intérêts fondées ;
- partant, condamné la société S1 à lui payer le montant de 6.058,96 euros à titre d'indemnisation du dommage matériel et le montant de 1.000 euros à titre d'indemnisation du dommage moral, ces deux montants avec les intérêts au taux légal à partir du 19 décembre 2013, date de la demande en justice, jusqu'à solde ;
- dit qu'il y a lieu à majoration du taux d'intérêts à l'expiration du troisième mois qui suit la notification du jugement ;
- dit la demande de A relative au paiement de commissions non fondées ;
- dit la demande reconventionnelle de société S1 fondée ;

- partant, condamné A à lui payer le montant de 2.266,30 euros ;
- dit la demande de A sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile non fondée.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal, après avoir constaté que les explications fournies par l'employeur dans la lettre de motivation sont claires et répondent aux critères de précision définis par la loi, a cependant retenu que l'employeur s'est borné à invoquer les mauvais résultats réalisés par le salarié, mais qu'il est resté en défaut de lui reprocher un fait concret prouvant son manque d'aptitude professionnelle requise pour remplir la tâche pour laquelle il avait été engagé. Le tribunal en a conclu qu'il n'est pas en mesure de connaître la raison des mauvais résultats réalisés par le salarié et que la situation financière de la société avant l'engagement du salarié n'est pas davantage connue.

De ce jugement, la société S1 a régulièrement interjeté appel suivant exploit d'huissier du 12 janvier 2016. L'appelante conclut, par réformation, à voir dire le licenciement avec préavis du 12 septembre 2013 fondé et justifié et partant à voir rejeter les demandes de A en indemnisation des préjudices matériel et moral allégués. En ordre subsidiaire, elle demande à s'entendre faire droit à son offre de preuve.

A interjette appel incident du jugement et demande à voir condamner la société S1 à lui payer du chef de préjudice matériel subi la somme de 12.053,28 euros et du chef de préjudice moral subi la somme de 10.000 euros.

Il demande également à voir condamner la société S1 à lui payer la somme de 1.720,17 euros à titre de commissions lui redues.

Il conclut pour le surplus à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 4.000 euros.

- **<u>Quant à la précision des motifs du licenciement :</u>**

A reprend son moyen tiré de l'imprécision de la lettre de motivation quant aux raisons exactes de son renvoi, notamment la question de savoir en quoi consistaient ses prétendues insuffisances professionnelles ou les éventuels motifs économiques à base du licenciement. L'intimé fait valoir qu'il ignore toujours s'il est question d'un licenciement pour motifs économiques ou pour motifs personnels ; que l'employeur confond objectifs à atteindre et bonne santé financière de l'entreprise et a omis de donner des résultats comparatifs des années précédentes tout en gardant sous silence les revenus engendrés par les mandats de location.

Selon la société S1, au contraire, la cause du licenciement est parfaitement déterminée et déterminable, alors que la lettre de motivation fait état de faits datés et circonstanciés au sujet du manque de rentabilité reproché au salarié et du non-respect par ce dernier de ses obligations contractuelles.

Il y a d'abord lieu de relever que l'absence de rendement peut constituer un motif de licenciement s'il repose sur des éléments objectifs, précis et vérifiables et si des résultats sont attendus du salarié en vertu de son contrat de travail ou de la nature de la fonction exercée par lui.

Il résulte de la lettre de motivation que l'employeur rappelle d'abord la fonction pour laquelle A a été engagé le 3 janvier 2011, à savoir « *en tant que seul et unique agent commercial en immobilier avec la fonction essentielle d'apporteur d'affaires, s'entend des futures ventes immobilières à conclure pour votre employeur* ».

L'employeur indique ensuite la raison pour laquelle il estime que A est resté en dessous de son attente légitime, « *à savoir que votre rendement a été dernièrement loin en deçà de votre coût, votre employeur étant en droit de s'attendre à ce que votre coût de salaire de base de 2.462,63 euros par mois avec commissions et voiture de service (environ 308,00 euros/mois), téléphone portable (102,00 en moyenn/mois) et carte d'essence (214,56 euros/mois), soit tant soit peu couvert par votre apport d'affaires, de sorte que votre en engagement soit par la suite évidemment bénéfique pour la société* ».

Il ajoute encore que *« loin d'être en équation avec cette prémisse, pire, votre rendement est en plus apparu en baisse constante au cours de l'année 2013 par rapport à 2012 ».*

L'employeur fournit ensuite des données chiffrées sur le coût annuel de la rémunération du salarié et sur la baisse significative des commissions personnelles du salarié de près de 42 % de 2012 à 2013, tout en relevant que sur la période de son activité de janvier 2012 à septembre 2013, treize mois l'ont été sans la conclusion d'une seule affaire *« à votre initiative ».*

L'employeur en conclut que face à ce constat, le coût salarial de A n'était *« manifestement »* plus en rapport avec son attente, *« sachant que votre métier est avant toute chose d'apporter des affaires et de mener à leur terme des ventes* » et que cette attente a été « *déterminante* » pour l'engagement du salarié et *« surtout pour le maintien de la relation de travail après 2012, année où la société a fait une perte commerciale nette de 103.934 euros ».*

L'employeur souligne encore qu'il a, à deux reprises, en avril et en juin 2013, interpellé A au sujet de son manque de rendement *« inquiétant »,* étant donné que

« l'absence de remise de rapports d'activités ne pemettait même pas un contrôle de votre travail de prospection ».

L'employeur décrit ensuite l'omission par le salarié de rendre compte de ses activités journalières conformément aux stiuplations du contrat de travail, en relevant qu'*« il est à ce titre plus qu'inquiétant que vous avez parcouru avec la voiture de service Polo immatriculée SP 7680 en tout 49.000 kilomètres durant les 17 mois de votre détention de ladite voiture ...) ».*

Force est de constater que la lettre de motivation indique avec précision la raison à la base du licenciement avec préavis de A, à savoir une baisse significative de son rendement en 2013 ne permettant plus de couvrir son coût salarial, sans qu'il n'eût été possible de connaître les raisons de cette baisse, à défaut par le salarié d'avoir remis des rapports d'activités à son employeur.

La lettre de motivation fournit encore des détails quant à la nature de la fonction exercée par le salarié, son coût salarial et son rendement depuis 2012, de sorte qu'elle permet aussi de vérifier la réalité et le caractère sérieux du motif avancé par l'employeur. Il devient dès lors sans pertinence de connaître encore le chiffre d'affaires global de l'entreprise, la situation générale du marché immobilier, la « problèmatique » des locations ou encore des faits concrets de nature à prouver une inaptitude professionnelle dans le chef du salarié.

Si l'employeur indique que l'engagement de A avait pour but essentiel d'apporter des affaires et de mener à leur terme des ventes et que cette mission justifiait « surtout » le maintien de la relation d'affaires après 2012, *« année où la société a fait une perte commerciale nette de 103.934,94 euros* », il n'en résulte pas pour autant que l'employeur ait fait une confusion entre un licenciement pour motif économique et un licenciement pour motifs personnels, mais au contraire l'importance qu'il a attaché à la mission confiée à A, surtout après que la société avait fait une perte commerciale en 2012.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu que les explications fournies dans la lettre de motivation sont claires et répondent aus critères de précision définis par la loi et la jurisprudence.

- **<u>Quant au caractère réel et sérieux des motifs du licenciement :</u>**

A l'appui de son appel, la société S1 fait valoir que, contrairement à la motivation du jugement entrepris, il n'y a pas lieu d'apprécier s'il existe un lien entre le comportement du salarié et le fait que les résultats sont apparus comme insuffisants, mais de constater avant tout un manque de rentabilité du salarié lequel, nonobstant

des avertissements reçus en avril et juin 2013, n'apportait plus d'affaires à la société, ce qui ne permettait même plus de couvrir son coût salarial.

Selon l'appelante, étant donné que A était le seul commercial, excepté le gérant lui-même, il n'y avait pas d'objectif précis à réaliser, sauf à ce que l'apport d'affaires devait au moins couvrir le propre salaire d'un commercial. Elle soutient encore que cette appréciation relève du pouvoir de direction de l'employeur lequel n'aurait aucune raison de garder des employés « travaillant » à perte. En outre, A aurait failli à ses obligations contractuelles en omettant de soumettre à son employeur des rapports journaliers sur ses activités ainsi que sur ses déplacements en voiture de fonction.

Pour la société employeuse, le cumul du manque de rentabilité de A et de son comportement désinvolte justifiait dès lors son licenciement avec préavis.

A résiste en faisant valoir que les objectifs, à supposer que de tels objectifs étaient fixés, n'étaient pas réalistes et n'impliquaient pas nécessairement une insuffisance professionnelle ou une quelconque corrélation entre sa méthode de travail et les prétendus mauvais résultats obtenus. Il soutient que la majeure partie de son travail consistait en la location de biens ce qui aurait également engendré une source de revenus et justifié un grand nombre de déplacements professionnels, mis à part les trajets pour se rendre à son lieu de travail et retourner à son domicile. Il aurait par ailleurs rendu compte de ses activités oralement et n'aurait jamais été rappelé à l'ordre à ce sujet, de sorte que l'employeur ne se serait pas inquiété et aurait eu de bonnes raisons à cela, alors que tout était parfaitement normal et tel que convenu entre parties. Si tel n'avait pas été le cas, l'employeur se serait déjà manifesté au bout de deux ou de trois mois, ce à plus forte raison que d'après les propres dires de l'employeur, personne d'autre ne travaillait en tant qu'agent commercial au sein de l'agence. Il conteste enfin les chiffres invoqués par l'employeur au motif qu'ils ne correspondent pas à une quelconque réalité.

Il appartient au chef d'entreprise, étant seul responsable des risques assumés, de prendre les mesures que lui paraissent commander l'intérêt de l'entreprise.

Si le manque de rentabilité d'un salarié constitue un motif légitime de licenciement, la charge de la preuve de la réalité et du sérieux du motif invoqué incombe à l'employeur et celle du caractère fallacieux appartient au salarié.

Le contrat de travail prévoit que « *l'activité d'Agent commercial en Immobilier »* de A *« se condense en la représentation, la négociation, la vente et l'apport d'affaires».*

L'avenant au contrat de bail prévoit encore sous l'intitulé *« Commissions »* le paiement par l'employeur d'une commission s'élevant à :
« *- 25% de la commission pour chaque vente apportée par lui et menée à son terme,*
- 10% de la commission pour chaque vente menée par lui à son terme et faisant partie du portefeuille clients de la société S1,
- 50% du bénéfice réalisé pour les projets construits et menés à leur terme. »

Il est expressément convenu entre les parties que « le salarié ne percevra aucune commission pour tous les biens locatifs (appartements, maisons, bureaux…) dont il aura la charge et qu'il mènera à leurs termes.

Il se dégage de ces dispositions contractuelles que la fonction d'apporteur d'affaires constituait une mission essentielle pour A, raison pour laquelle l'employeur s'était engagé en contrepartie à lui payer des commissions, en sus de son traitement mensuel fixe.

Dans la mesure où les parties ont exclu expressément les mandats de location du paiement des commissions, c'est à tort que A entend les inclure pour apprécier son rendement professionnel.

La Cour constate encore qu'une analyse comparative des résultats obtenus avec d'autres agents commerciaux s'avère impossible, étant donné qu'il est constant en cause que A avait été engagé en tant que seul commercial de l'agence immobilière, mise à part le gérant de la société.

La Cour relève ensuite que les premiers juges n'ont pas pu, sans se contredire, d'une part, retenir que les griefs étaient suffisamment précis et, d'autre part, décider qu'en l'absence de reproches concrets avancés par l'employeur à l'encontre du salarié et de chiffres concrets fournis quant à la situation générale dans laquelle se trouve le marché de l'immobilier et à défaut par l'employeur d'avoir élucidé autrement les principes et méthodes de travail de la société et encore les conditions de travail du salarié, il s'avérait impossible d'apprécier l'existence d'un lien entre le comportement du salarié et le fait que les résultats sont apparus comme insuffisants.

L'absence de ces éléments d'appréciation ne saurait en effet influer sur le sort du litige.

Il résulte, au contraire, des pièces versées par la société S1 et notamment de la comparaison des commissions touchées par A en 2012 et 2013 que celles-ci avaient fortement diminué en 2013, en passant d'un montant total de 13.317,50 euros en 2012 à un montant total de 6.641,59 euros en 2013. Ces chiffres sont corroborés par les propres relevés versés par A pour les mois de janvier et août 2013 lesquels ne

font état que de trois commissions sous la rubrique « *Commission à percevoir de S1* ».

Dans la mesure où l'engagement de A a tablé essentiellement sur ses apports d'affaires vérifiables par le biais des commissions touchées, il est sans pertinence d'examiner l'importance du chiffre d'affaires réalisé par la société S1 en 2012.

Il résulte encore des relevés versés par la société S1 pour les années 2012 et 2013 que le coût salarial de A, y compris les frais de téléphone, de carburant, de leasing et d'assurance était devenu hors proportion par rapport à son rendement en tant qu'apporteur d'affaires.

La Cour constate enfin que A est resté en défaut de justifier qu'il a satisfait à ses obligations découlant de l'article 7 du contrat de travail, prévoyant non seulement qu'il devra rendre compte de ses visites de la clientèle sous forme orale ou écrite à l'employeur, mais encore que *« le salarié s'oblige à rédiger un rapport journalier d'activité ».*

En effet, il appartenait au salarié de procéder spontanément à la rédaction d'un rapport journalier d'activité et non pas d'attendre qu'il reçoive un rappel de l'employeur à ce sujet.

Il découle de l'ensemble de ces éléments, que le maintien de A dans sa fonction essentielle d'apporteur d'affaires en immobilier pour laquelle il avait été embauché ne se justifiait plus, égard notamment à l'importance des frais liés à son engagement.

Il en suit, et sans qu'il n'y ait lieu de procéder encore à une mesure d'instruction complémentaire, qu'il y a lieu de déclarer le licenciement avec préavis de A justifié et non fondées ses demandes en indemnisation de ses dommages matériel et moral y relatives.

L'appel principal est partant fondé et il y a lieu de réformer en ce sens le jugement entrepris.

L'appel incident pour autant qu'il porte sur le montant des dommages et intérêts alloués par le tribunal de première instance n'est dès lors pas fondé.

- **<u>Quant aux commissions :</u>**

A réitère ses demandes tendant à la condamnation de son ancien employeur à lui payer :

- un montant net de 317,67 euros pour le mois de septembre 2013 et correspondant à la commission B,
- un montant brut de 592,50 euros pour le mois de novembre 2013 correspondant au solde de la commission C et,
- un montant brut de 810,00 euros correspondant à la commission D.

La société S1 conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs.

- la commission B :

Il résulte de la facture de vente B du 3 septembre 2013 que la commission d'agence facturée au client a été de 1,5 % et non de 3% comme calculé par A, de sorte que la commission de 10 % lui redue s'élève à 592,50 euros et non pas à 1.185 euros, montant ajusté dont il résulte des pièces qu'il lui a été réglé par la société S1.

- la commission C :

Il résulte également des pièces que la demande de A en relation avec la vente C n'est pas fondée, alors que la commission de 25% lui redue de 1.350 euros a été virée avec le salaire du mois de novembre 2013.

- la commission D :

Il résulte des pièces que cette vente a été en définitive réalisée non pas par les clients apportés par A alors que le compromis de vente du 28 mars 2012 n'avait pas abouti, mais par d'autres clients et qu'un nouveau compromis de vente avait été signé le 8 juillet 2013 suivi d'un acte de vente notarié du 1 octobre 2013. Il en découle que les prétentions de A sont encore à rejeter.

- **<u>Quant aux factures de télécommunications.</u>**

A conclut encore à la réformation du jugement entrepris en ce que les premiers juges ont fait droit à la demande reconventionnelle de la société S1 en se basant sur les seules dispositions contractuelles et factures versées, sans vérifier les destinataires des appels, pour savoir s'il s'agissait d'appels privés ou professionnels.

A soutient encore qu'étant donné qu'il vit en France et que son employeur l'appelait régulièrement en dehors des heures de travail, engendrant ainsi des frais roaming, il aurait été utile de vérifier les relevés détaillés afin de s'en convaincre.

Il résulte de l'article 5 de l'avenant au contrat de travail que l'employeur a mis à disposition du salarié un téléphone portable et a pris en charge un montant mensuel forfaitaire de 45 euros, mais que *« tout dépassement au-delà du forfait précité sera facturé au salarié ».*

Au vu de ces dispositions contractuelles claires du contrat de travail, l'argumentation de A manque de pertinence.

C'est partant à bon droit que le tribunal de première instance a fait droit à cette demande sur base des décomptes et pièces versés.

Il suit des considérations qui précèdent que l'appel incident n'est pas fondé et qu'il y a lieu de confirmer sur ces points le jugement entrepris.

A n'obtenant pas gain de cause, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 4.000 euros n'est pas fondée.

La société S1 ne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

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,

reçoit les appels principal et incident ;

dit l'appel incident non fondé ;

partant, en déboute ;

dit l'appel principal fondé ;

partant, **par réformation** :

dit le licenciement avec préavis du 12 septembre 2013 justifié ;

partant, dit non fondées les demandes de A en indemnisation de ses préjudice matériel et moral ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

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

condamne A à tous les frais et dépens des deux instances et en ordonne la distraction au profit de Maître Alain GROSS qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.