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

**Audience publique du dix-neuf avril deux mille douze**

Numéro 36799 du rôle.

Composition:

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

**Entre:**

**H.)**, demeurant à F-(…),

**appelant** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 10 août 2010,

**comparant par Maître Agathe SEKROUN,** avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**et:**

**la société anonyme de droit belge SOC.1.),** établie et ayant son siège social à B-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, avec succursale à Luxembourg, SOC.1.), établie à L-(…),

**intimée** aux fins du prédit exploit ENGEL,

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

**----------**

## LA COUR D'APPEL:

Par jugement du 9 juillet 2010, le tribunal du travail de Luxembourg a déclaré régulier le licenciement avec préavis du 25 octobre 2008 du salarié H.) prononcé par son employeur, la société anonyme SOC.1.). Le requérant a partant été débouté de ses demandes en indemnisation du chef de licenciement abusif de même que de celles en arriérés de salaire et indemnité de procédure.

Par exploit d'huissier du 10 août 2010, H.) a régulièrement relevé appel de ce jugement et conclut, par réformation, à se voir allouer du chef de licenciement abusif des dommages- intérêts de l'ordre de 19.386,20 €, de même que la somme de 6.050,18 € du chef d'arriérés de salaire. Il réclame une indemnité de procédure globale de 2.500 € pour les deux instances.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 € pour les deux instances.

I. Le licenciement

Le tribunal du travail a retenu que l'employeur, spécialisé dans la vente de maisons à construire clés en mains, avait affiché de mauvais résultats financiers de 2005 à 2008, dus à une chute des ventes de maisons à construire et qu'il était en droit de procéder à la suppression du poste du salarié qui était l'unique vendeur de la société.

L'appelant qui travaillait en tant que délégué commercial pour la société soutient que les mauvais résultats de la société sont dus non pas à son manque d'efficacité, mais à la mauvaise gestion de l'intimée dès lors que celle-ci n'a pas mis les moyens promotionnels à sa disposition pour mener à bien sa mission. Il fait encore valoir que l'employeur n'a pas invoqué dans la lettre de licenciement la suppression de son poste de travail que le tribunal a tenue pour avérée pour déclarer justifié le licenciement.

L'intimée fait valoir que le salarié, licencié avec préavis le 25 octobre 2008, mais n'ayant demandé les motifs du licenciement que par lettre du 27 février 2009 à laquelle il lui fut répondu par lettre de motivation du 26 mars 2009, n'a pas respecté le délai d' un mois prévu à l'article L.124-5 du Code du travail de sorte qu'il lui appartiendrait d'établir par tous moyens le caractère abusif du licenciement. Elle fait sienne en ordre subsidiaire la motivation du tribunal du travail pour conclure au caractère réel et sérieux du licenciement, la société ayant au vu des résultats financiers insuffisants dus au manque de ventes de maisons décidé de n'exécuter à l'avenir que des travaux en sous-traitance.

Discussion

Le moyen de la société présenté pour la première fois en instance d'appel consiste à soutenir qu'à défaut pour le salarié d'avoir dans le délai légal sollicité la communication des motifs imposerait à celui-ci l'obligation d'établir le caractère abusif du licenciement avec préavis

Les parties s'accordent pour dire que le salarié n'a pas demandé les motifs du licenciement endéans le mois de la réception de la lettre de résiliation avec préavis du contrat de travail. L'appelant fait cependant valoir que l'employeur lui a répondu spontanément à la demande de motifs tardive de sorte qu'il lui appartiendrait d'établir la cause réelle et sérieuse à la base du licenciement.

La question de l'incidence de l'omission pour le salarié de solliciter la communication des motifs dans le délai légal d'un mois est à solutionner différemment selon que l'employeur n'a pas respectivement a spontanément communiqué les motifs dans la lettre de résiliation avec préavis, alors pourtant qu'il n'y était pas obligé, ou selon qu'il les a communiqués au salarié sur sa demande tardive.

Si l'employeur résilie le contrat de travail avec préavis sans indiquer de motifs - il s'agit du cas classique prévu par la loi - et que le salarié ne demande pas les motifs en - déans le délai légal d'un mois, il appartiendra à ce dernier, en application de l'article L.124-5. (3) du Code du travail, d'établir par tous les moyens que le licenciement est abusif. (Cour 18 décembre 2008, 33093)

Si l'employeur résilie le contrat de travail avec préavis en indiquant spontanément des motifs et que le salarié ne fait pas de demande de communication de motifs dans le délai légal, ce dernier est présumé être suffisamment informé par ceux lui communiqués. C'est partant au regard desdits motifs que sera appréciée la régularité du licenciement. L'omission pour le salarié de demander les motifs dans le délai légal d'un mois privant éventuellement l'employeur d'amplifier les motifs respectivement de les préciser, a amené les juridictions à décider que le salarié ne sera plus en droit de contester la précision des motifs invoqués. (Cour 29338 du 16 juin 2005 ; Cour 29512 du 1er décembre 2005). Il pourra cependant en contester le caractère réel et sérieux et dans ce cas, la charge de la preuve des faits reposera sur l'employeur. (Cassation 15 février 2001, P.32, 4 ; Cour 30416 du 6 juillet 2006)

Si l'employeur répond, sans formuler aucune réserve quant à l'application de l'article L. 124-5. (3) du Code du travail, à une demande de communication des motifs tardive du salarié, tel qu'en l'espèce, et alors même qu'il lui suffirait d'invoquer cette tardiveté pour refuser de répondre, il

renonce, en pleine connaissance de cause, à opposer au salarié lesdites dispositions érigées en sa faveur.

Il en découle que le salarié peut contester tant la précision que la réalité des motifs invoqués, l'employeur ayant la charge de les établir. (Cour 35549, 02.02.2012).

La Cour renvoie à la lettre de motivation du licenciement du 26 mars 2009 entièrement reproduite dans l'exploit d'appel.

C'est tout d'abord à raison que le tribunal du travail a retenu, par une motivation que la Cour adopte, que l'employeur avait satisfait à la condition légale de précision de la lettre de motivation dès lors que la société fait état de difficultés économiques liées aux investissements faits en vue de la vente de biens immobiliers, vente dont les chiffres n'ont cependant pas permis de rentabiliser l'activité concernée. S'il est certes vrai que ce faisant, l'employeur souligne le faible niveau des ventes réalisé par H.), responsable unique de la vente, le motif gisant à la base du licenciement découle d'une constatation économique objective dont la cause principale est à rechercher dans une offre de produits qui n'intéresse plus la clientèle potentielle, le manque de vente n'en étant que la conséquence. C'est dès lors à tort que l'appelant soutient que le licenciement serait motivé par des considérations d'ordre personnel. S'il est encore vrai que l'employeur indique dans la lettre de motivation que le salarié avait pour obligation de vendre un à deux biens immobiliers par mois, objectif non atteint et qu'il a fait preuve à son égard « d'une certaine patience », il n'en reste pas moins que l'employeur indique clairement que la résiliation du contrat de travail est une conséquence du recentrage futur des activités et non pas du manque de résultats imputable au salarié.

La Cour renvoie ensuite à la motivation exhaustive du jugement dont appel, qu'elle adopte, pour retenir que l'employeur fait état de pertes subies durant les exercices 2005 à 2008 s'échelonnant de 31.139 € à 157.358 € dues au manque de projets immobiliers réalisés à tel point que durant la période de juillet 2007 à octobre 2008, uniquement six biens d'habitation ont été vendus par l'intermédiaire du salarié qui était l'unique représentant en vente de la société. Elle fait état de ce que la tendance du marché n'est plus celle dans laquelle elle avait jusque-là était active, à savoir la vente de maisons sur des terrains appartenant à des acheteurs potentiels, ces derniers préférant acheter des maisons sur terrains par l'intermédiaire de promoteurs. Consciente de cette évolution, elle déclare avoir depuis deux ans investi dans l'achat de terrains et la construction de maisons, financées par des fonds propres ou par crédit, mais que ce genre d'activités n'est viable qu'en cas de ventes suffisantes, ce qui n'était plus le cas en l'espèce. Elle estime que le seuil de rentabilité aurait été atteint si le salarié avait réussi à vendre un à deux biens immobiliers par mois. Eu égard à

« l'insuffisance évidente de ventes », la société qui fait état du manque de vente de ses stocks envisage un recentrage total de son activité au Luxembourg.

Le salarié ne conteste pas le manque de résultats concernant la vente, mais soutient que ce résultat serait imputable à la société qui serait mal gérée, n'aurait pas suffisamment investi dans la promotion et ne l'aurait pas suffisamment soutenu pour qu'il puisse réaliser un chiffre d'affaires plus important. Il conteste d'ailleurs avoir eu comme obligation, tel qu'exposé dans la lettre de motivation, de réaliser une à deux ventes de biens immobiliers par mois et fait valoir que la société n'aurait pas non plus invoqué la suppression de son poste de travail à la base de sa décision de le licencier.

S'il est bien vrai que la société fait état d'une obligation pour le seul représentant en vente de réaliser une à deux ventes par mois, cette mention est uniquement indicative en ce sens que cet objectif aurait permis à cette dernière de rester rentable et de ne pas accuser des pertes durant les exercices 2005 à 2008.S'il est encore vrai que la société ne fait pas formellement état de la suppression de l'unique poste de vendeur, elle déclare cependant dans ladite lettre de motivation qu'elle va sous peu devoir procéder à un recentrage total de ses activités au Luxembourg.

Ce recentrage s'est réalisé en ce sens que la société a abandonné l'activité liée à la promotion et la vente de biens immobiliers et qu'elle a décidé à l'avenir de travailler uniquement en sous-traitance pour le compte d'entreprises voire de promoteurs.

Il est oiseux de vouloir, ainsi que le fait l'appelant, rechercher les causes ayant mené à la mauvaise situation financière de la société dès lors que cette dernière est établie au regard des pièces et qu'il appartenait à la société de tenter de redresser cette situation en se réorientant respectivement en abandonnant un domaine d'activités qui n'était plus performant. Il n'est d'ailleurs pas non plus établi ni même soutenu que l'employeur ait invoqué cette réorientation de la société pour se défaire de l'appelant, la société ayant effectivement abandonné une stratégie commerciale qui ne trouvait plus preneur au Luxembourg. Son abandon a nécessairement conduit à la suppression du seul poste de « commercial » occupé jusque là par l'appelant.

La société ayant établi la nécessité de réorganiser son entreprise par la suppression d'une branche d'activités à laquelle était affecté l'appelant en sa qualité de commercial, elle a justifié d'une cause réelle et sérieuse du licenciement tenant aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

Le jugement du tribunal du travail est partant à confirmer en ce que le licenciement a été déclaré régulier et l'appel est à rejeter de ce chef.

II. Les arriérés de salaire

La demande de H.) a été déclarée prescrite pour celles de ses revendications se situant plus de trois ans avant la demande. Cette dernière était basée sur l'article L.222-4. du Code du travail réglementant le niveau du salaire social minimum. L'appelant revendiquait le versement du salaire social minimum majoré de 20 % eu égard à sa qualification de commercial, fonction exercée depuis plus de dix ans au moment de son entrée en fonctions pour la société. Le tribunal a retenu que le salarié n'avait pas établi avoir travaillé en qualité de délégué commercial dans la branche immobilière.

L'intimée demande la confirmation du jugement en ce que la demande a été déclarée prescrite pour la période antérieure à juillet 2006 et conclut à son débouté pour le surplus. Elle fait encore valoir que le salarié a durant la période concernée touché plus que le salaire social minimum majoré dès lors qu'il conviendrait d'ajouter au salaire de base les commissions sur vente qu'il a touchées et qui forment une partie du salaire.

H.) réclame actuellement pour la période d'avril 2006 à novembre 2007 le paiement de la somme de 6.050,18 €. La requête introductive ayant été déposée au mois de juillet 2009, la période à considérer se situe, en raison de la prescription triennale édictée à l'article 2277 du Code civil, de juillet 2006 à novembre 2007.

Le titre II du Livre II du Code du travail traite des salaires. Le chapitre premier traite de la détermination et du paiement des salaires tandis que le chapitre deux réglemente le salaire social minimum. Si le législateur a introduit des règles impératives, déclarées d'ordre public par l'article L-010-1. du Code du travail, relatives au salaire social minimum qui est fixé par la loi et à la majoration de ce dernier eu égard à la qualification professionnelle du salarié, il n'a pas pour autant entendu déroger aux règles inscrites au chapitre premier du titre II et notamment à celles relatives à la détermination du salaire. En instituant un seuil minimal de rémunération, la loi entend garantir un salaire plancher au salarié, la composition respectivement définition dudit salaire se faisant cependant d'après les règles inscrites au chapitre premier.

Aux termes de l'article L.221-1. du Code du travail (figurant au chapitre premier) le salaire se définit comme la rétribution globale du salarié, comprenant, en dehors du taux en numéraire, les autres avantages et rétributions accessoires éventuels, tels que notamment les gratifications,

tantièmes, remises, primes, logements gratuits et autres valeurs quelconques de même nature.

L'article 4 du contrat de travail du 30 octobre 1997 dispose que la rémunération brute de l'employé se compose d'une partie fixe et d'une partie variable.

Les parties s'accordent pour dire que la partie fixe était égale au salaire social minimum que H.) entend voir majorer de 20 % en raison de son ancienneté dans la branche d'activités depuis plus de dix ans. C'est l'objet de son appel.

La rémunération variable comporte une commission brute et unique dont le taux est fixé à 2% du prix de vente figurant au contrat d'entreprise ou à l'acte en état futur d'achèvement. Le paiement est mensuel et l'état de paiement est clôturé le 24 du mois.

Les fiches de salaire versées attestent du versement de telles commissions qui sont venues s'ajouter à la partie fixe de la rémunération.

Ces commissions constituent une partie du salaire. Etant donné qu'elles sont variables et non régulières dès lors qu'elles sont fonction des ventes réalisées par le salarié, se pose la question du montant de la rémunération versée à H.) étant donné que ce dernier soutient avoir eu droit au salaire social minimum majoré, mais n'a été payé jusqu'au mois de novembre 2007 qu'au niveau du salaire social minimum non majoré. La question n'est cependant pertinente que dans la mesure où il devait s'avérer que l'appelant n'aurait pas touché au moins le salaire social minimum majoré, la rémunération à prendre en considération étant composée tant de la partie fixe que de la partie variable.

La période à considérer se limite, ainsi que retenu ci-dessus, à celle de juillet 2006 à novembre 2007.

Il convient de rechercher si H.) remplissait durant ce laps de temps les conditions légales donnant droit au versement du salaire social minimum majoré de vingt pourcent, à savoir s'il pouvait justifier d'une pratique professionnelle d'au moins dix ans dans ladite profession pour être reconnu comme salarié qualifié.

Eu égard au fait qu'il a travaillé auprès de la société intimée depuis le mois de novembre 1997 en tant que délégué commercial, H.) doit justifier d'une pratique professionnelle antérieure à novembre 1997 identique de quelque 18 mois pour remplir dès le mois de juillet 2006 la condition légale de dix années ouvrant droit au versement du salaire social minimum majoré.

Cette preuve est rapportée en l'espèce eu égard notamment aux contrats de travail conclus avec l'employeur français P.) portant sur les périodes respectives du 13 janvier au 11 juillet 1987 ( farde II, pièce 4) et 13 juin 1988 au 17 mars 1989 (pièce 7). L'employeur était actif dans le secteur immobilier (Les Maisons P.) Nord-Est) et l'appelant y était engagé en qualité d'attaché commercial VRP, cette fonction étant identique à celle exercée auprès de SOC.1.).

H.) a encore travaillé pour l'employeur français SOC.2.) du 15 juillet 1987 au 6 juin 1988 en qualité d'agent technico-commercial. Sa rémunération se composait d'une part fixe et d'une prime trimestrielle d'objectif dépendant des ventes immobilières réalisées au cours du trimestre. L'appelant touchait en sus en sa qualité de chef d'agence une prime sur chaque vente réalisée par les agents commerciaux relevant de son secteur. (pièces 5 et 6)

L'appelant bénéficiait partant avant d'être engagé par SOC.1.) d'une expérience pratique dans le même domaine d'activité que celui pour lequel il a été engagé de plus de deux années (janvier 2007 à mars 1989).Cette expérience était à la connaissance du nouvel employeur qui s'était vu remettre le curriculum vitae reprenant entre autres le nom de ces deux employeurs antérieurs ( pièce 1)

Il ressort du tableau dressé par l'appelant (pièce 1 de la farde III de l'intimée) qu'il a touché de juillet 2006 à novembre 2007 durant certains mois uniquement le salaire social minimum non majoré de 1.503,44 respectivement de 1.582,11 €, le salaire social minimum majoré étant à l'époque de 1.804,11 € respectivement 1.884,34 €. La Cour ne tient pas compte des mois où il a touché, commissions comprises, un salaire largement supérieur au salaire social minimum, ce salaire ayant par ailleurs également dépassé le salaire social minimum majoré.

Elle ne tient pas compte non plus du moyen de l'intimée qui soutient qu'il y aurait lieu de considérer le salaire annuel touché par le salarié aux fins de rechercher si ce dernier a été ou non supérieur à celui qu'il aurait dû toucher en tenant compte du salaire social minimum majoré - il ressort effectivement de ce décompte que H.) a touché tant en 2007 qu'en 2008 un salaire annuel global supérieur à douze salaires sociaux minima majorés - dès lors qu'il ressort du contrat de travail que les parties ont conventionnellement retenu *que la rémunération variable comporte une commission brute et unique dont le taux est fixé à 2% du prix de vente figurant au contrat d'entreprise ou à l'acte en état futur d'achèvement. Le paiement est mensuel et l'état de paiement est clôturé le 24 du mois.*

H.) a partant droit aux différences de salaire des mois d'août à novembre 2006, de mai, juillet, août et novembre 2007, soir un total de 2.394 €. Son appel est partiellement fondé.

Aucune des parties n'a droit à une indemnité de procédure étant donné qu'aucune d'elles ne justifie de l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

**PAR CES MOTIFS:**

reçoit l'appel ;

le dit partiellement fondé ;

**réformant:**

condamne la société anonyme SOC.1.) à payer à H.) du chef d'arriérés de salaire la somme de 2.394 € avec les intérêts légaux du jour de la demande en justice jusqu'à solde ;

**confirme** le jugement pour le surplus ;

rejette les demandes des parties basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à charge de chaque partie avec distraction de ceux exposés en instance d'appel au profit des avocats concluants sur leurs affirmations qu'ils en ont fait l'avance.