

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du deux décembre deux mille quatre. Numéro 27497

du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, conseiller, Françoise MANGEOT,
conseiller, Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre:

la société anonyme A S.A., établie et ayant son siège social à x, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg du 13 décembre 2002,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Daniel PHONG, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

B, employé privé, demeurant à x,

intimé aux fins du susdit exploit KREMMER,

appelant par incident,

comparant par Maître Fabienne MONDOT, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction rendue le 19 octobre 2004. Oui le magistrat

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

B a, par requête du 12 décembre 2001, saisi le tribunal du travail de Luxembourg, d'une demande tendant à voir condamner son ancien employeur, la société anonyme A (ci-après désignée par le

sigle A S.A.), à lui payer le montant de 30.898.- francs (765,94.- €) du chef d'arriérés de salaire, le montant de 28.576.- francs (708,38.- €) du chef d'indemnité compensatrice pour congé payé non pris et le montant de 55.560.-francs (8.470.- €) du chef de commissions impayées, toutes ces sommes avec les intérêts au taux légal à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde. Il a, en outre, réclamé l'allocation d'une indemnité de procédure de 500.- €.

A S.A. a, en cours d'instance, présenté une demande reconventionnelle d'un import de 10.806.375.- francs, du chef – selon les indications du jugement de première instance – de préjudice subi du fait de la non- atteinte par le salarié des objectifs fixés, d'indemnité compensatrice pour non-respect du préavis pendant la période du 15 au 31 décembre 2000 et d'indemnité de procédure.

Le tribunal du travail de Luxembourg a, par jugement contradictoire du 4 novembre 2002 :

reçu la demande de B en la forme ;

déclaré fondées la demande de B en paiement du salaire pour la période du 1^{er} au 15 décembre 2000 pour le montant de 765,94.- € et celle en paiement d'une indemnité compensatrice pour congé non pris pour le montant de 708,38.- € ;

condamné A S.A. à payer à B le montant de 1.474,32.- € avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde ;

quant à la demande en paiement sur chiffre d'affaires, avant tout autre progrès en cause, nommé expert Monsieur C, expert-comptable, avec la mission de concilier les parties *si faire se peut* sinon dans un rapport écrit et motivé de *déterminer sur base des bilans mensuels établis par la défenderesse, conformément au mode de calcul retenu dans la motivation du présent jugement, les montants dus à B, à titre de commissions, pour la période de mai 1999 à novembre 2000 ;*

- réservé la demande pour le surplus,

- donné acte à A S.A. de sa demande reconventionnelle ;

déclaré la demande en paiement d'une indemnité compensatrice pour préavis non respecté fondée jusqu'à concurrence du montant de 765,94.- € et condamné B à payer à A S.A. ce montant avec les intérêts à partir du 7 octobre 2002 – jour de la demande – jusqu'à solde ;

résumé la demande en paiement d'une indemnité de procédure ;

déclaré la demande reconventionnelle non fondée pour le surplus ;

ordonné la compensation judiciaire entre les deux condamnations ;

- réservé les frais.

Par décision de la présidente du tribunal du travail du 2 décembre 2002, l'expert D fut nommé en remplacement de l'expert C.

A S.A. a, par exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg, du 13 décembre 2002, régulièrement relevé appel de ces deux décisions.

Par réformation des décisions entreprises, elle demande d'une part le rejet des demandes de B formées du chef d'arriérés de salaire, d'indemnité compensatoire pour congé non pris et de commissions ainsi que d'autre part la condamnation de B à lui payer, sur fondement de la responsabilité contractuelle, sinon des articles 1382 et 1383 du code civil, des dommages et intérêts de 267.883,03.- € et une indemnité de procédure de 1.000.- € pour la première instance.

L'appelant requiert également l'allocation d'un montant de 1.000.- € en vertu de l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel.

B conclut à la confirmation des décisions de première instance, sauf en ce qu'il a été condamné au paiement d'un montant de 765,94.- €.

Il requiert de son côté une indemnité de procédure de 750.- € pour l'instance d'appel.

Quant à la demande principale.

a) Arriérés de salaire.

L'employeur critique le jugement déféré pour avoir admis la demande afférente du salarié pour la période allant du 1^{er} décembre 2000 au 15 décembre 2000.

Il soutient que B n'aurait, quoique présent dans l'entreprise, plus fourni de travail effectif à partir de la date où il a donné sa démission, 1^{er} décembre 2000, jusqu'au moment de son départ, 15 décembre 2000. Ayant reçu la confirmation de son embauche par la société concurrente E S.A. avec effet à partir du 18 décembre 2000, B aurait manqué de motivation.

Il incomberait à B, lié à A S.A par un contrat synallagmatique, de prouver qu'il a presté un travail sérieux pendant la période visée pour pouvoir être rémunéré.

Le tribunal du travail aurait, cependant pour admettre la demande, procédé à un renversement de la charge de la preuve.

L'employeur offre, pour autant que de besoin, de prouver par l'audition des témoins F et G, les faits suivants :

« qu'à partir du 1^{er} décembre 2000, date à laquelle Monsieur B a notifié sa démission à la société A S.A. et jusqu'au jour de son départ intempestif le 15 décembre 2000, Monsieur B n'a plus presté aucun travail effectif, en relation avec son contrat de travail, pour le compte de la société A S.A. ;

que Monsieur F, administrateur délégué de la société A S.A et Madame G, secrétaire au sein du département commercial de la société ont constaté que Monsieur B, présent continuellement sur les lieux de la société A S.A à l'exception d'absences ponctuelles, est resté inactif et a stoppé toutes ses activités pour le compte de la société A S.A, dont sa mission principale est de prospecter la clientèle ;

que postérieurement à cette période durant laquelle Monsieur B s'est rendu ponctuellement auprès de certains clients, il a été constaté dans le chef de la société A S.A que la clientèle prospectée à l'occasion de ces rendez-vous avait été détournée au détriment de la société A S.A en faveur de la société D S.A., établie et ayant son siège social à x ;

que l'activité unique et minimale que B a presté durant cette période n'a pas été réalisée pour le compte de la société A ;

qu'en conséquence, ces prestations ne peuvent donner lieu à rémunération de la part de la société A S.A. ;

que cette situation a pris fin en date du 15 décembre 2000, date à laquelle Monsieur B a, tout en abrégant fautivement et unilatéralement son délai de préavis, quitté la société A S.A. de façon intempestive, causant la désorganisation complète du service commercial ».

B conteste les allégations de l'employeur et conclut à la confirmation de la décision de première instance.

Il donne à considérer qu'il il eût appartenu à l'employeur, à admettre l'exactitude des faits avancés, de sanctionner le comportement de son salarié au moyen soit d'un licenciement avec effet immédiat, soit d'un avertissement.

Il insiste sur le fait qu'il a non seulement été présent sur le lieu de travail, mais encore accompli son travail pendant la période visée.

Ayant été à la disposition de l'employeur, il aurait d'ailleurs droit à son salaire. Il serait, en effet, présumé avoir accompli son travail conformément aux obligations lui incombant en vertu de la relation de travail. Il appartiendrait à A S.A. de rapporter la preuve contraire pour ne pas devoir payer de salaire.

L'intimé conclut au rejet de l'offre de preuve de l'employeur pour cause d'imprécision. Il la critique, par ailleurs, pour n'être ni pertinente ni concluante. Il relève notamment qu'elle porterait sur des faits contradictoires, qu'elle ne tendrait à établir ni le nombre, ni la durée des absences ponctuelles de B pendant la période visée et qu'elle n'aurait pas davantage pour finalité d'établir une comparaison entre le travail effectué par B avant le 1er décembre 2000 et après cette date, que les témoins indiqués ne pourraient pas indiquer l'objet des rendez-vous pris par B, faute d'y avoir personnellement assisté, que les conditions dans lesquelles s'est opéré le départ de B sont sans intérêt, qu'il en irait de même du prétendu fait que la clientèle se serait tournée vers la société D après son départ. B ne pourrait être privé de salaire de ce chef.

Il excipe, enfin de l'incapacité de témoigner de F, qui en sa qualité de président directeur général, aurait le pouvoir de représenter A S.A.

B présente de son côté l'offre de preuve par voie d'enquête de la teneur suivante :

« Pendant la période du 1er au 15 décembre 2000, Monsieur B a été à l'entière disposition de son employeur, la société A S.A., pour laquelle il a travaillé pendant toute cette période durant.

Il a ainsi effectué son travail de commercial.

Il a prospecté des clients, et à ce titre, il a organisé des réunions de travail. Il s'est donc

déplacé pour rencontrer :

- le 06.12.2000, M X qui travaillait pour le compte de la société X, - le 04.12.2000, Mme. X qui travaillait pour le compte de la société X,
- le 08.12.2000, M X qui travaillait pour le compte de la société X,
- le 01.12.2000, M X qui travaillait pour le compte de la société X,
- le 04.12.2000, M X qui travaillait pour le compte de la société X,
- le 07.12.2000, M X qui travaillait pour le compte de la société X,
- le 04.12.2000, M X qui travaillait pour le compte de la société X, - les 04 et 11.12.2000, M X qui travaillait pour le compte de la société X,

Dans le cadre de son travail, Monsieur B a encore passé de nombreux appels téléphoniques, notamment pour organiser les prédites rencontres. Monsieur B s'est également occupé de la livraison de matériel ».

L'employeur insiste sur le fait que le salarié présent sur un lieu de travail doit prouver qu'il a réalisé un travail effectif dans l'intérêt de son employeur pour percevoir une rémunération.

Il conteste que la jurisprudence, à laquelle B s'est référé pour conclure qu'il y a présomption de prestation de travail, soit applicable en l'espèce. Elle aurait, en effet, été rendue dans le cadre de la loi du 12 juillet 1895 concernant le paiement des salaires des ouvriers, or l'intimé serait employé. Au vu de la fonction particulière de ce dernier - commercial - qui exige de nombreux déplacements, elle ne saurait être admise. La présence au bureau du commercial révélerait même plutôt qu'il n'aurait pas correctement réalisé son travail.

L'employeur mentionne encore que B aurait profité de ses rendez-vous pour détourner la clientèle de sorte qu'il ne saurait être question d'exécution correcte du travail. Le fait que B n'aurait pas été licencié aussitôt ne lui donnerait pas automatiquement droit à une rémunération.

L'offre de preuve du salarié serait à rejeter pour n'être ni pertinente ni concluante.

Il maintient, pour autant que la susdite présomption qu'il qualifie de présomption simple s'appliquerait, son offre de preuve. La partie adverse ferait état du manque de précision, il serait cependant difficile de préciser quelque chose qui ne peut être précisé.

Il conteste enfin qu'il y ait incapacité de témoigner dans le chef de F.

B réplique qu'il a droit à son salaire pour avoir travaillé du 1^{er} au 15 décembre 2000 ; que la jurisprudence par lui invoquée est d'application générale et que l'employeur doit, pour être délié du paiement du salaire, prouver l'absence de prestation de travail par B pendant la période en question ; que son offre de preuve est insuffisante à cet égard ; que l'employeur lui imposerait à tort de prouver qu'il a presté un travail sérieux au cours de la période visée, que s'il est vrai que le salaire constitue la contrepartie d'un travail, il n'en reste pas moins que le salarié qui est resté à la disposition de l'employeur est fondé à réclamer son salaire et que tel a été le cas de B.

Le contrat de travail étant un contrat synallagmatique, il faut en principe, pour que le salaire soit dû, que la prestation de travail qui en est la cause juridique et la mesure, ait été accomplie. Ladite nature synallagmatique du contrat de travail exige de l'employeur de mettre effectivement le salarié en mesure de travailler.

Le salarié qui est resté à la disposition de l'employeur est fondé à lui réclamer son salaire même si

le travail n'a pas été effectivement accompli, ce dernier ayant, comme il a été dit ci-dessus, l'obligation de lui procurer le travail convenu.

L'employeur ne pourrait être dispensé de son obligation de payer le salaire qu'à la condition d'établir que l'absence de travail résulte du fait du préposé ou de la force majeure : ce dernier cas n'est pas invoqué en l'espèce.

Comme il est incontestable en l'occurrence que B s'est pendant la période litigieuse présenté auprès de son employeur, il est à considérer comme ayant été à sa disposition. Cette conclusion ne se trouve pas écartée du seul fait de l'argumentation de l'employeur quant à la nature du travail du salarié. Même un commercial doit s'acquitter d'une certaine quantité de travail administratif et comme il a été dit ci-dessus, il appartient à l'employeur de procurer du travail au salarié présent sur son lieu de travail pour s'acquitter de ses obligations contractuelles.

La version de l'employeur ne résulte pas davantage des éléments du dossier.

L'offre de preuve formulée par l'employeur est trop imprécise pour permettre d'attribuer au fait du salarié une éventuelle absence de travail, voire d'en déterminer les proportions. L'employeur ne décrit d'aucune manière, comme le souligne à raison B, quel travail il aurait normalement dû exécuter pendant la période en question — volume du travail administratif et quantité de clients à démarcher — . Le caractère injustifié de la prétendue présence continuelle au bureau de B ne résulte pas nécessairement du fait du salarié, alors qu'il est notamment inexplicable, pourquoi l'employeur a toléré sans réagir une telle situation dont l'existence ne saurait lui avoir échappé. A S.A. n'indique pas davantage le nombre ou l'identité des clients auxquels B aurait, pendant son temps de travail auprès de A S.A., rendu visite pour les gagner pour son nouvel employeur. De telles circonstances devant nécessairement être connues de l'employeur, il lui eût été facile de préciser son offre de preuve.

L'offre de preuve telle que présentée par l'employeur est à déclarer irrecevable pour n'être ni pertinente ni concluante.

A S.A. n'ayant pas réussi à établir une cause la dispensant de son obligation de payer son salaire à B pendant la période litigieuse, le jugement déféré est à confirmer.

b) Quant à l'indemnité compensatoire pour dix jours de congé non pris.

A S.A. critique la décision entreprise pour avoir considéré qu'elle n'avait ni prouvé ni offert en preuve que B avait bénéficié de tout son congé pour l'année 2000 et par conséquent accueilli la demande afférente du salarié.

Elle fait valoir qu'il résulterait pourtant des livres de congé des années 1998, 1999 et 2000, que B aurait pris tous les jours de congé auxquels il avait droit et qu'il se serait même indûment octroyé 8,5 jours de congé supplémentaires en 2000.

B conteste ces allégations. Il dénie toute force probante à la pièce communiquée en cause, que l'employeur présente comme étant une copie du livre des congés, et ajoute que de toute manière les indications du livre de congé, reflétant les déclarations unilatérales de l'employeur, n'ont de force probante que pour autant qu'elles ne sont ni contredites, ni douteuses.

En l'occurrence, tout porterait à croire que cette pièce a été établie pour les besoins de la cause et elle serait à écarter pour comporter une erreur grossière. B renvoie au fait qu'il n'aurait pas pu prendre 3 jours de congé du 14 au 16 juillet 2000. Le 14 juillet 2000 étant un vendredi, il aurait uniquement pu prendre un jour de congé.

De telles erreurs suffiraient à prouver le caractère fallacieux, voire incertain des décomptes contenus dans les livres de congé et aucune preuve ne serait exigée dans son chef.

La partie appelante soutient que B mettrait à tort en doute la force probante du livre de congés. Elle reproche au tribunal du travail de ne pas avoir tenu compte de cette pièce. Elle ajoute que même s'il y avait — ce qui est contesté — concernant les 15 et 16 juillet 2000 une erreur de comptabilisation, il n'en resterait pas moins que B a épuisé son congé pour l'année 2000. Cette erreur matérielle ne justifierait ensuite pas que les trois livres de congé de B fussent écartés.

B a indiqué dans la requête introductive de première instance qu'il avait droit à 25 jours de congé pour la période allant du 1^{er} janvier 2000 jusqu'à la fin de son contrat de travail et qu'il lui restait pour ladite période un solde de 10 jours de congé non pris.

Il appartient à l'employeur de prouver que le salarié a bénéficié du congé légal qui lui est dû en vertu de la loi modifiée du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé payé annuel des salariés. Cette preuve peut être notamment déduite des mentions du livre des congés que l'employeur est obligé de tenir aux termes de l'article 17 de cette loi. La loi n'exige d'ailleurs pas que les inscriptions portées au livre des congés par l'employeur soient contresignées par le salarié pour pouvoir être prises en considération.

Force est de constater que l'employeur verse en l'espèce pour l'année 2000 une pièce intitulée livre des congés et sur laquelle sont inscrits pour chaque mois de l'année 2000 les jours de congé auquel B a droit et les jours de congé qu'il a pris. En additionnant les chiffres inscrits dans les différentes colonnes, l'employeur arrive à la conclusion que B avait droit à 23 jours de congé, mais qu'il en a pris 31,5. Cette pièce peut être prise en considération comme livre de congé au sens de l'article 17 précité. Comme le salarié ne fait pas état d'un droit à un report de congé résultant de l'année précédente, il suffit de prendre exclusivement en considération cette pièce pour toiser la demande.

Il est évident que cette pièce n'a de force probante que pour autant que la véracité des inscriptions qu'elle contient ne se trouve pas contredite.

B souligne à juste titre que l'employeur lui a, à tort, mis en compte deux jours de congé pour les samedi 15 et dimanche 16 juillet 2000. Cette circonstance à elle seule ne suffit cependant à priver de toute force probante la pièce visée et B n'émet pas de critique précise concernant les autres jours de congé par lui pris tels qu'inscrits au livre de congé.

Il faut donc admettre qu'il a pour l'année 2000 pris 29,5 jours de congé. Ce nombre de jours de congé excédant de toute manière celui auquel il peut prétendre, il s'avère oiseux d'examiner s'il s'agit de 25 jours, comme le demande B, ou de 23 jours, comme le soutient l'employeur, et la demande du salarié est, par réformation de la décision entreprise, à rejeter.

c) Commissions sur chiffres d'affaires.

A S.A. conclut, par réformation du jugement entrepris, au rejet de la demande en question de B. Elle fait valoir que le salarié n'aurait eu droit à une commission pour la période visée – mai 1999 à

novembre 2000 – qu'à condition de réaliser un chiffre d'affaires mensuel de 250.000.- FF. Un tel chiffre d'affaires n'ayant jamais été atteint, l'employeur n'aurait pas eu à régler de commission au salarié.

La partie appelante fait grief au tribunal du travail de ne pas avoir tenu compte des pièces versées en cause et notamment de celle que B a rédigée le 20 avril 1999 de sa propre main et dans laquelle il s'est engagé de sa propre initiative et de son plein gré envers A S.A. à réaliser, dès le mois de mai 1999, un chiffre d'affaires mensuel hors taxes de 250.000.- francs français. Il aurait, en signant ce document, délibérément choisi de conditionner l'ouverture de son droit à commission à la réalisation de cet objectif mensuel et de préciser ses propres modalités de calcul des commissions. Le texte en question aurait été accepté par l'employeur et serait à considérer comme étant un avenant au contrat du travail.

B n'ayant jamais atteint le chiffre d'affaires contractuellement fixé, sa demande serait à rejeter. L'employeur relève encore d'une part que le mode de calcul des commissions ainsi déterminé dans ledit avenant a été appliqué pendant un an sans donner lieu à des protestations de la part du salarié. A S.A. et mentionne d'autre part que les commissions éventuellement rédues au salarié étaient calculées mensuellement par le service commercial de la partie appelante, intitulé X, composé de Madame G, secrétaire de B, et de B lui-même. La procédure était la suivante : G, qui était sous les ordres de l'intimé, calculait sur base de l'avenant au contrat de travail du 20 avril 1999, signé par B et accepté par l'employeur, les commissions dues par rapport aux objectifs que B avait lui-même fixés. Ce calcul était soumis à B pour acceptation et ratification. Les fiches de commission devaient ensuite être remises par la secrétaire ou par B à l'employeur. Sur base de ces fiches, A S.A. payait automatiquement les salaires fixes et les commissions indiquées par les salariés eux-mêmes et qui ressortaient de leurs propres calculs. L'employeur aurait toujours payé les commissions rédues aux salariés. La raison pour laquelle B n'a pas reçu de commission consisterait dans l'absence de dette afférente dans le chef de A S.A..

B conclut à la confirmation de la décision de première instance. Il fait valoir que l'avenant au dernier contrat de travail, signé le 16 avril 1999, prévoit expressément le versement d'un intéressement au résultat et en détermine, selon le mode de calcul y détaillé, le montant, que, comme l'a relevé le tribunal du travail, « il ne ressort ni des tenues du contrat de travail, ni de ceux de l'avenant que le salarié devait atteindre des objectifs précisés entre parties », que les termes du contrat de travail, y compris l'avenant, sont suffisamment clairs et précis pour être appliqués purement et simplement, sans qu'il soit nécessaire de recourir à un autre écrit.

La susdite note manuscrite de, l'intimé, invoquée par A. S.A., ne saurait être analysée comme constituant un engagement pris par B de réaliser un chiffre d'affaires minimum. Selon l'intimé, la date aurait été rajoutée par un tiers et il s'agirait en réalité d'un document que l'employeur l'aurait contraint d'écrire sous la menace d'un licenciement. Le texte, rédigé au mois de décembre 1999, ne renfermerait aucun engagement de B. Il s'agirait de notes réservées à l'usage exclusif de l'intimé. A supposer même qu'il y ait indiqué devoir réaliser un objectif déterminé – d'après B il serait fait référence à un objectif parmi d'autres – , d'ailleurs largement surfait, encore cela ne signifierait-t-il pas qu'il ait été d'accord à voir réduire son salaire en conséquence.

A S.A. insiste sur le fait que B a lui-même choisi de subordonner l'ouverture de son droit à commission à la réalisation d'un montant mensuel minimum de chiffre d'affaires et que l'on ne comprend pourquoi la note visée aurait été rédigée, si tel ne devait pas être le cas. L'adjonction alléguée de la date par un tiers est contestée.

A S.A. formule, pour autant que de besoin l'offre de preuve par voie d'enquête de la teneur suivante :

« Qu'en date du 20 avril 1999, Monsieur B s'est engagé par écrit envers la société A S.A. à conditionner l'ouverture de son droit à commissions, prévu au contrat de travail, à la réalisation d'un chiffre d'affaires mensuel minimum hors taxes de FRF 250.000. ;

que la société A S.A. a informé Monsieur B qu'elle acceptait cet engagement en date du 6 janvier 2000 ;

qu'il s'agit d'un avenant au contrat de travail de Monsieur B, déterminant les conditions d'ouverture du droit à commissions prévues au contrat de travail, qui implique qu'aucune commission n'est due à Monsieur B si le chiffre d'affaires minimal mensuel hors taxes de FRF 250.000 n'est pas atteint par le salarié ;

qu'en conséquence de cet engagement, la société A S.A. a consenti à prolonger le contrat de travail de Monsieur B de six mois jusqu'au 30 juin 2000;

que cet accord concernant l'intéressement aux résultats de la société s'est appliqué dès le 6 janvier 2000 ;

que comme les résultats obtenus par Monsieur B ont toujours été inférieurs au montant mensuel de chiffre d'affaires convenu, aucune commission n'a jamais été due à Monsieur B ;

que les rémunérations (fixes et commissions) des salariés du service commercial « X » de la société A S.A., dans lequel Monsieur B était employé en qualité de responsable avec Madame G en qualité de secrétaire, étaient calculées mensuellement par Madame G;

que les commissions éventuellement dues étaient calculées par la secrétaire de Monsieur B par rapport aux objectifs que Monsieur B avait lui-même fixés dans la note écrite du 20 avril 1999 ;

que les calculs des salaires fixes et des commissions réalisés par Madame G étaient ensuite soumis à Monsieur B pour acceptation et ratification, puis remises à l'employeur, par Madame G ou Monsieur B lui-même pour paiement ;

que depuis le mois de mai 1999 jusqu'au mois de décembre 2000, Monsieur B a toujours ratifié le calcul de son salaire et de ses commissions qui lui auraient été dues le cas échéant, quod non, sans jamais avoir formulé la moindre contestation, auprès de son employeur ».

L'employeur présente en ordre subsidiaire une offre de preuve par production de documents comptables de A S.A. quant aux faits suivants :

« que depuis le mois de mai 1999, jusqu'à la date de son départ intempestif le 15 décembre 2000, Monsieur B n'a jamais réalisé le chiffre d'affaires mensuel minimum qu'il s'était obligé d'atteindre, en date du 20 avril 1999, à savoir FRF 250.000.-par mois ».

Il formule en ordre plus subsidiaire encore une offre de preuve avec le même objet par expertise des documents comptables de A S.A. et conclut à la nomination d'un expert ayant pour mission de déterminer, dans un rapport écrit, détaillé et circonstancié, par consultation des documents comptables de A S.A., si entre le mois de mai 1999 et le 15 décembre 2000, Monsieur B a réalisé le chiffre d'affaires mensuel minimum de FRF 250.000.- par mois qu'il s'était engagé à atteindre le 20 avril 1999 et à quelle(s) date(s) il l'a atteint.

B précise que le contrat de travail du 16 avril 1999, y compris l'avenant annexé, a été résilié le 28 octobre 1999 avec effet au 31 décembre 1999, que B a cependant continué à travailler pour A S.A. après cette date, sans qu'un nouveau contrat de travail ne fût signé, que les relations de

travail restaient régies par les stipulations du contrat de travail du 16 avril 1999 et de son avenant.

Il maintient ses contestations concernant l'écrit invoqué par A S.A. et conclut au rejet des prétentions de A S.A. concernant une acceptation par lui de la rémunération. Une renonciation à ses droits ne serait ni présumée ni prouvée. Il conclut, en outre, à l'irrecevabilité de l'offre de preuve par voie d'enquête de l'employeur, pour autant qu'elle concerne une modification du contrat de travail. B se prévaut à cet effet de l'article 1341 du code civil. Elle serait sans intérêt pour le surplus, alors que l'acceptation par B de son salaire ne vaudrait pas renonciation à sa commission trimestrielle.

L'employeur reconnaît que le contrat de travail du 16 avril 1999 a continué à régir les relations contractuelles entre parties après la résiliation du 28 octobre 1999. Il relève qu'un avenant au contrat est cependant intervenu suite à l'écrit de B du 20 avril 1999, que la lettre de A S.A. du 6 janvier 2000 ne fait pas présumer, comme le relève B, que la partie appelante n'en aurait eu connaissance qu'à cette date, que cette lettre démontre uniquement que les objectifs que B s'est fixés le 20 avril 1999, sont toujours d'actualité pour l'année 2000.

L'employeur souligne encore qu'il n'a jamais prétendu que B aurait renoncé aux commissions actuellement réclamées, qu'il ferait seulement valoir, en renvoyant aux fonctions du salarié, que si B n'a jamais émis de contestations à ce sujet, c'est parce qu'il savait qu'il n'avait aucun droit à des commissions.

B devait, suivant contrat à durée indéterminée signé le 30 avril 1998 par l'employeur et le 12 mai 1998 par le salarié, être engagé à partir du 2 juin 1998, en tant que technico commercial par A S.A. Aux termes de ce contrat B percevait un salaire mensuel brut de 89.900.- francs et il avait, en outre, si les affaires facturées conclues par ses soins atteignaient un certain seuil, droit à un intéressement sur résultat (commissions). Ce contrat fut, comme le relève B d'un commun accord des parties remplacé en date du 2 juin 1998 par un contrat à durée déterminée conclu pour la période du 2 juin 1998 au 30 novembre 1998, le salaire convenu étant de 89.900.- francs par mois. En date du 30 novembre 1998, B et A S.A. ont signé un contrat de travail à durée indéterminée. La rémunération du salarié consistait dans un montant fixe de 89.900.- francs par mois et dans une commission due en cas d'atteinte par le salarié d'une certaine marge. L'employeur a, par courrier du 15 février 1999, licencié Michel ANDRE avec un préavis deux mois – débutant le 16 février 1999 et se terminant le 16 avril 1999 -.

Le 16 avril 1999 les parties signèrent un nouveau contrat de travail à durée indéterminée. Le salarié, toujours occupé en qualité de technico commercial, avait droit à un salaire brut initial de 58.820.- francs, indice 548,67 ainsi qu'à un intéressement au résultat. Il était pour le calcul de cette commission renvoyé à l'avenant.

Dans cet avenant il était précisé que « Les commissions seront calculées sur la base de la moitié du bénéfice net.

C'est-à-dire :

Chiffre d'affaires

-Achats

-Frais fixes (téléphone, salaires ...)

-Frais d'agence (11 %)

= Bénéfice Net / 2 = Commissions du représentant.

Le versement de l'intéressement se fera trimestriellement, le mois suivant la fin du trimestre.

Si un trimestre aucun bénéfice n'a été dégagé, les pertes seront soustraites au trimestre suivant.

Exceptionnellement, les commissions du premier mois (à savoir le mois de Mai) seront payées à la fin de ce dernier).... ».

B a dans une note manuscrite portant la date du 20 avril 1999, signé par lui et destinée à A S.A., vu qu'elle porte la mention « à l'attention de Mr F », indiqué sub 1 « Objectif mensuel à moyen terme HT 400 KF, min 250 KF

Marge moyenne = 27 % ».

L'employeur a, après avoir résilié le contrat de travail du 16 avril 1999 avec effet au 31 décembre 1999, envoyé le 6 janvier 2000 une lettre de la teneur suivante à B : « Suite à notre entrevue du 24 décembre 1999, nous avons pris connaissance de votre rapport concernant les objectifs 2000 à respecter pour l'activité X.

Vous vous êtes engagé à respecter un chiffre d'affaires minimum de 250.000.- FF/ MENSUEL.

De ce fait, nous vous confirmons que votre contrat de travail sera prolongé de six mois soit jusqu'au 30 JUIN 2000.... ».

Le contrat resté en vigueur au-delà de cette date a pris fin par la démission de B. Ce dernier a, après avoir envoyé une lettre de démission en date du 1^{er} décembre 2000, quitté, suivant courrier du 15 décembre 2000, avec effet immédiat l'entreprise.

Le susdit écrit du 20 avril 1999 était destiné à l'employeur et il est, selon toute évidence, régulièrement parvenu entre ses mains, B ayant été d'accord avec sa transmission à A S.A. Ce courrier ne saurait, dans la mesure où il contient des dispositions additionnelles émanant du salarié, mais que l'employeur dit avoir acceptées, être considéré comme note unilatérale ou mémoire, dépourvu de toute valeur, car établi pour le seul usage personnel du salarié.

Les arguments de B selon lesquels l'écrit litigieux aurait, en réalité, été établi sous la menace de l'employeur au mois de décembre 1999 et que la date du 20 avril 1999 aurait été rajoutée par un tiers sont restés à l'état de pure allégation. Il résulte clairement du courrier de l'employeur du 6 janvier 2000 qu'il y a eu engagement de B envers son employeur à réaliser le susdit chiffre d'affaire minimum par mois. Ce courrier ne se réfère cependant pas spécialement à la note du 20 avril 1999 et il ne contient pas de renseignement suffisamment clair et précis pour étayer la version des faits du salarié. La lettre ne renferme aucune indication quant à la prise d'effet de l'écrit du 20 avril 1999. La prise d'effet immédiate, dont se prévaut notamment

l'employeur dans la mesure où il conclut au rejet de la demande de B en totalité, et qui constitue l'hypothèse normale ne se trouve pas exclue par la lettre du 6 janvier 2000. Le seul fait que ladite note ait été dressée quelques jours après la conclusion du contrat de travail ne prête pas davantage à conséquence. Rien n'empêche, en effet, les parties contractantes de modifier ou de préciser, dans de telles circonstances de temps, par adoption de dispositions complémentaires le texte initial du contrat de travail. S'agissant d'adjonctions proposées par le salarié, ce dernier ne saurait se plaindre de leur mise en vigueur en cas d'acceptation par l'employeur.

Force est ensuite de constater que l'interprétation donnée par l'employeur de cette disposition est exacte, alors qu'elle est la seule à lui conférer un sens. L'explication avancée par le salarié en est, au contraire, dépourvue. On ne voit guère, en effet, pour quelle raison un employé se ferait la peine de remettre à son employeur, quelques jours après la conclusion du contrat de travail, une note contenant des précisions de nature purement indicative concernant les objectifs qu'il se propose d'atteindre.

Il est clair que B a voulu atteindre un chiffre d'affaires mensuel minimum de 250.000.- FRF et que son droit à l'obtention d'une commission, qui en est le corollaire, en dépend. Cette interprétation se trouve confortée par l'absence de contestation de B en cours de contrat et même encore après la réception de la susdite lettre du 6 janvier 2000. Il convient d'ailleurs de relever que déjà dans le passé, le droit à commission dépendait d'un certain seuil à atteindre en matière de chiffre d'affaires.

Il appert des considérations précédentes que le salarié a formulé une disposition additionnelle au contrat de travail dans sa note du 20 avril 1999, que cette note était destinée à l'employeur qui déclare en avoir accepté le contenu. Comme aucun élément du dossier ne permet de conclure que cette acceptation ait, contrairement à l'hypothèse normale, dont se prévaut l'employeur, eu lieu à une date très éloignée de la date de la rédaction et qu'il n'existe même pas de raison rendant plausible une telle situation, il faut admettre que ladite disposition était immédiatement applicable.

Cette conclusion s'imposant au regard des seules pièces versées en cause, il s'avère oiseux de s'étendre sur la valeur de l'offre de preuve par voie d'enquête présentée par l'employeur.

Le jugement est à réformer en ce qu'il a admis que le salarié avait droit à une commission sur toutes les affaires traitées.

Il ne peut, néanmoins, être nécessairement exclu au regard des éléments du dossier que la demande de B soit à rejeter dans son intégralité.

Une solution définitive ne peut résulter ni de la seule production de pièces comptables ni de l'examen par un expert de telles ces pièces, alors qu'il faut, en cas de réponse affirmative, encore calculer le montant redû à B. Les susdites offres de preuve présentées en instance d'appel par l'employeur sont, dans ce sens, incomplètes. Eu égard encore au fait qu'il incombe au salarié d'établir le bien-fondé de ses prétentions et qu'il a présenté une telle offre de preuve, par ailleurs à raison admise en première instance dans la mesure où le montant des commissions ne résulte pas des pièces versées en cause - l'objet de cette offre de preuve n'étant, sauf en ce qui concerne le chiffre d'affaires minimal à réaliser par B, pas contesté -, la solution la plus opportune consiste à renvoyer l'affaire en prosécution de cause devant le tribunal du travail, la mission à confier à l'expert étant modifiée, compte tenu de la solution à intervenir en instance d'appel. Ladite mission sera précisée au dispositif du présent arrêt.

Quant à la demande reconventionnelle.

a) quant à la demande de A S.A. en obtention de dommages et intérêts.

A S.A. reproche au tribunal du travail d'avoir rejeté la demande reconventionnelle qu'elle avait formulée de ce chef contre le salarié. Elle donne à considérer que le dommage par elle subi ne procéderait pas des risques engendrés par l'activité de l'entreprise, comme l'aurait à tort retenu le tribunal du travail, mais de la faute du salarié.

B aurait commis une faute en abrégant unilatéralement la « prestation » de son préavis et en quittant « soudainement et intempestivement » en date du 15 décembre 2002 A S.A. pour une société concurrente, directement provoqué la désorganisation complète du service commercial de l'appelante, qui aurait également été victime d'un détournement de clientèle.

Le préjudice en question s'élèverait, conformément à une pièce communiquée en cause par l'employeur (cf. pièce n° 23 de Maître Daniel PHONG) à 267.883,04.-

L'employeur présente, à titre subsidiaire et pour autant que de besoin, « si la Cour devait estimer qu'au vu des circonstances, il n'est pas prouvé à suffisance que la désorganisation du service commercial, le détournement de clientèle et la perte de chiffre d'affaire résultent directement de la faute de B » une offre de preuve par voie d'expertise aux fins de déterminer :

« 1. le préjudice moral et matériel consistant en la désorganisation complète du service commercial, que la société A S.A. a subi directement, suite au départ inattendu et intempestif de Monsieur B en date du 15 décembre 2000 ;

2. la perte de clientèle, postérieure au 15 décembre 2000, subi par A S.A., résultant directement du détournement de clientèle commis par Monsieur B, au bénéfice de la société D S.A., établie et ayant son siège social à x;

3. le préjudice commercial (perte de chiffre d'affaire) résultant directement de ce détournement de clientèle commis par Monsieur B du 1er au 15 décembre 2000 et subi par la société A SA. à partir du 15 décembre 2000. »

La demande reconventionnelle est, selon le dernier état de la procédure (cf. conclusions de Maître Daniel PHONG du 19 mars 2004), exercée sur fondement, en ordre principal, de l'article 47 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, en ordre subsidiaire de la responsabilité contractuelle de droit commun, articles 1147 et suivants du code civil, et en ordre très subsidiaire des règles de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle (articles 1382 et 1383 du code civil).

B souligne que A S.A. lui demande actuellement réparation du préjudice, évalué à 267.883,04.- €, prétendument subi du fait du comportement fautif du salarié et qu'elle lui reproche d'être à l'origine de la désorganisation complète du service commercial de la société, ainsi que d'avoir détourné de la clientèle.

L'employeur ayant, en première instance, réclamé paiement du même montant pour non-atteinte des objectifs fixés par B, il s'agirait d'une demande nouvelle, irrecevable en instance d'appel.

B conteste les faits avancés par l'employeur et le dommage invoqué. Les conditions d'application de l'article 47 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail n'étant pas réunies, la demande principale serait à rejeter. Il fait ensuite observer que l'article 47 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail constitue un régime dérogatoire au droit commun, de sorte que A S.A. ne saurait à titre subsidiaire, se prévaloir ni de la responsabilité contractuelle de droit commun ni de la responsabilité délictuelle.

L'intimé se prévaut enfin de ce que l'offre de preuve de A S.A. serait irrecevable dans la mesure où elle tendrait à établir un fait sans relation causale avec la demande (désorganisation du service commercial). Elle serait sans pertinence en ce qu'elle aurait d'autre part pour objet de prouver une perte de clientèle et de chiffre d'affaires après le 15 décembre 2000.

A S.A. conclut au rejet du moyen tiré de l'irrecevabilité de sa demande, soulevé en ordre principal par B.

Elle prétend avoir formé la demande en dommages et intérêts « comme telle en première instance, à titre de la demande reconventionnelle à l'audience du 7 octobre 2002 et à nouveaudans un courrier du 14 octobre 2002 de Me PHONG, adressé à Madame le Juge de Paix » et que ce n'est pas parce la juridiction de première instance a omis de statuer sur ce point, qu'il s'agit d'une demande nouvelle.

B rétorque que l'employeur avait présenté à l'audience du tribunal du travail du 7 octobre 2002 une demande reconventionnelle dans laquelle il revendiquait le susdit montant à titre de dommages et intérêts pour non-réalisation d'un chiffre d'affaires mensuel de 250.000.- FF. Il aurait dans un courrier envoyé le 14 octobre 2002, soit en cours de délibéré, par Maître Daniel PHONG au tribunal du travail, modifié cette demande. Cette demande écrite différant totalement de celle antérieurement développée à l'audience, il se serait agi d'une demande nouvelle, dont le salarié aurait critiqué la recevabilité (cf. courrier de Maître Fabienne MONDOT du 17 octobre 2002). Le tribunal du travail aurait, à raison, comme il le précise dans son jugement, refusé de la prendre en considération. Dans ces circonstances, A S.A. se prévaudrait à tort d'une omission de statuer de la juridiction de première instance. Les prétentions actuelles de A S.A. seraient constitutives d'une demande nouvelle en instance d'appel.

Le jugement de première instance indique que : *«A l'audience du 7 octobre 2002, la partie A a demandé à titre reconventionnel la condamnation de B à lui payer les montants de 10.806.375.- LUF du chef de préjudice subi du fait de la non- atteinte par le salarié B des objectifs fixés, d'un demi salaire mensuel à titre d'indemnité compensatrice pour non-respect du préavis du 15 au 31 décembre 2000 et de 1.000.- € à titre d'indemnité de procédure. Le tribunal ne tiendra pas compte de l'augmentation de la demande concernant l'indemnité compensatrice de préavis intervenue en cours de délibéré (courrier de Me Phong du 14 octobre 2002, dans lequel la demanderesse sur reconvention réclame une indemnité égale à un mois) ».*

A S.A. reste en défaut de prouver ses allégations selon lesquelles le tribunal du travail aurait été régulièrement saisi d'une demande indemnitaire de l'employeur correspondant à celle décrite dans l'acte d'appel et qu'il aurait omis de se prononcer à ce sujet. Cette conclusion s'impose indépendamment de la considération que les courriers de Maître Daniel PHONG et de Maître Fabienne MONDOT intervenus en cours de délibéré de première instance n'ont pas été versés.

Le tribunal du travail de Luxembourg a toisé une demande présentée par A S.A. du chef de

dommage subi en raison du défaut de réalisation par B d'un certain chiffre d'affaires et l'appelant requiert actuellement des dommages et intérêts pour le préjudice causé à l'employeur par la faute de son ancien employé (désorganisation du service résultant du départ intempestif de ce dernier, perte de clientèle détournée).

La demande présentée en instance d'appel diffère totalement de celle exposée et contradictoirement débattue en première instance.

Elle est donc à qualifier de demande nouvelle au sens de l'article de l'article 592 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile qui dispose : " Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune demande nouvelle, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.

Pourront aussi les parties demander des intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance, et les dommages et intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement ".

Ladite demande est irrecevable.

b) Quant à la demande de A S.A. en obtention d'une indemnité compensatoire de préavis non respecté.

Force est de constater que B a, en déclarant qu'il concluait à la confirmation des décisions entreprises, sauf en ce qu'il a été condamné au paiement du montant de 765,94.- €, implicitement, mais nécessairement relevé appel incident du jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 4 novembre 2002.

Cet appel incident est recevable, mais non fondé. L'appelant par incident reste, en effet, en défaut de développer des moyens précis de nature à établir le caractère erroné de la décision de première instance.

e) Quant à la demande de A S.A. en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance.

A S.A. reproche au tribunal du travail d'avoir réservé sa demande afférente d'un montant de 1.000.- € en attendant le résultat de l'expertise ordonnée au sujet de la demande principale de B en paiement de commissions sur chiffre d'affaires. Elle fait valoir, en renvoyant aux développements ci-dessus concernant ce volet de la demande de B, que cette mesure d'instruction aurait été instituée à tort et que la demande aurait dû être rejetée immédiatement.

Le litige restant pendant en première instance, le tribunal du travail n'a pas pu se prononcer quant aux frais de justice et il a, à raison, réservé la demande y étroitement liée, basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Il s'ensuit que l'appel principal n'est pas fondé de ce chef.

Quant aux demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel

Les demandes respectives de A S.A. et de B sont à rejeter.

Compte tenu du sort à réserver en appel aux diverses prétentions des parties, aucune d'entre elles ne démontre, en effet, le caractère inéquitable du maintien à sa charge de frais irrépétibles engagés à l'occasion de la présente instance.

P A R C E S M O T I F S :

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 les appels principal de la société anonyme A et par incident de B recevables ;

déclare irrecevable pour être nouvelle en instance d'appel la demande reconventionnelle en obtention de dommages et intérêts présentée par la société anonyme A;

dit l'appel incident non fondé ;

dit l'appel principal partiellement fondé ;

réformant :

déclare non fondée la demande de B en paiement d'un montant de 708,38.- € du chef d'indemnité compensatrice pour congé non pris et décharge, pour autant que de besoin, la société anonyme A de la condamnation prononcée à son encontre de ce chef en première instance ;

dit que B n'a droit à l'obtention d'une commission qu'à condition d'avoir atteint un chiffre d'affaires mensuel de 250.000.- FF, hors TVA ;

renvoie l'affaire l'affaire en prosécution de cause devant le tribunal du travail aux fins d'exécution de la mise d'instruction ordonnée dans le jugement du 4 novembre 2002, complété par la décision du 2 décembre 2002 ayant procédé au remplacement de l'expert initialement désigné, sauf à préciser que la mission de l'expert est la suivante « *de vérifier si B a pendant la période de mai 1999 à novembre 2000 atteint un chiffre d'affaires mensuel de 250.000.- FF et en cas de réponse affirmative de déterminer sur base des bilans mensuels établis par la défenderesse, conformément au mode de calcul retenu dans l'avenant annexé au contrat de travail du 16 novembre 2000, les montants redus à B, à titre de commissions, pour la période de mai 1999 à novembre 2000 ;*

confirme pour le surplus les décisions déferées ;

déboute A S.A. et B de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à A S.A. et pour moitié à B ;

ordonne la distraction desdits frais au profit de Maître Fabienne MONDOT, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.