Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du sept février deux mille treize.

Numéro 37411 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Elisabeth WEYRICH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

**A**, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ d'Esch-sur-Alzette du 19 mai 2011,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Anne FERRY, 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 LISÉ,
appelante par incident,

comparant par Maître Louis BERNS, avocat à la Cour à Luxembourg.

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 25 septembre 2012.

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

Saisi d'une demande tendant à voir déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat notifié à A le 28 novembre 2008 par son ancien employeur, la société B, le tribunal du travail, constatant la forclusion du délai d'invocation d'un mois des faits gisants à la base du congédiement, a dans son jugement du 29 octobre 2010, déclaré le licenciement abusif ; par un jugement du 8 avril 2011 il a ensuite analysé le bien fondé des différentes demandes indemnitaires formulées par le salarié.

Tandis que A a, par acte de l'huissier de justice Martine LISE du 19 mai 2011, régulièrement relevé appel dudit jugement dans son intégralité, l'intimée a formé appel incident de la décision relative à l'indemnité allouée pour le préjudice moral et au bonus pour l'année 2008.

La saisine de la Cour s'étend partant actuellement au bien fondé de l'indemnité compensatoire de préavis, de l'indemnité de départ, de la demande en paiement de dommages et intérêts pour les préjudices matériel et moral, de la demande en paiement d'un bonus pour 2008, ainsi que d'une indemnité pour congés non pris et de la valorisation des stock options.

## I) <u>indemnité compensatoire de préavis</u>

Si le délai de 6 mois de l'indemnité compensatoire de préavis ne prête pas à discussion au vu de l'ancienneté de service de plus de 10 ans du salarié, il en va autrement de la composition du salaire devant servir de base au calcul à cette indemnité, laquelle est litigieuse entre parties.

En effet, pour conclure à la réformation du jugement a quo, le salarié considère que la Cour devrait prendre en considération non seulement le salaire de base de 7.882,84 euros mais encore ses frais de séjour de 1.518 euros représentant un forfait payé tous les mois, tandis que l'employeur qui demande la confirmation du jugement entrepris, est d'avis que seul le salaire de base devrait être mis en compte à l'exclusion des frais mensuels versés au salarié.

C'est cependant à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte, que le tribunal du travail a considéré que « *seul le salaire de base devait être pris en compte au motif que les frais mensuels ne figuraient pas sur les fiches de salaire et n'étaient*

*donc pas soumis à la retenue des cotisations sociales et des impôts, et ne correspondaient partant qu'au remboursement par l'employeur des dépenses mises à charge du salarié et non un élément de salaire* ».

Il suit des considérations qui précèdent que le jugement est à confirmer sur ce point

## II) <u>indemnité de départ</u>

Les parties sont encore contraires quant à la composition de l'indemnité de départ de deux mois devant revenir au salarié.

L'appelant estime que le bonus lui versé chaque année par l'employeur ferait partie intégrante de son salaire, dès lors que ce bonus annuel est entré dans le champs contractuel, à savoir serait prévu tant dans l'avenant au contrat de travail pour la Croatie que dans le « leadership team bonus plan », de sorte que les conditions jurisprudentielles retenues en cas de gratification ne trouveraient pas à s'appliquer ; à ce bonus devraient encore venir s'ajouter, d'après le salarié, les frais lui payés mensuellement, tandis l'employeur dénie au bonus ce caractère obligatoire et conclut à la confirmation du jugement a quo sur ce point.

C'est cependant à bon escient que le tribunal a, d'une part appliqué les dispositions de l'article L.124-7(3) du code du travail qui exclut en principe la gratification du calcul de l'indemnité de départ, et d'autre part considéré que ce bonus ne remplissait pas non plus les conditions jurisprudentielles pour constituer un élément du salaire de A, plus précisément que la condition de fixité faisait défaut, pour finalement calculer l'indemnité de départ sur base du salaire moyen touché par A pendant les 12 derniers mois.

Le jugement est partant à confirmer à cet égard, par adoption de ces motifs.

## III) <u>le préjudice matériel</u>

Pour rejeter la demande afférente du salarié comme n'étant pas fondée, le tribunal du travail a constaté que si cette demande était en principe fondée suite au caractère abusif du congédiement, elle n'était cependant pas justifiée faute par A d'avoir établi par des pièces son préjudice, préjudice matériel qui, par ailleurs, devrait être considéré comme couvert par le paiement d'une indemnité de préavis de 6 mois.

L'appelant réclame par réformation la somme de 100.000 euros comme en première instance.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement de première instance sur ce point.

S'il est un fait que le salarié a été abusivement licencié avec effet immédiat en date du 28 novembre 2008, il n'en reste pas moins qu'il a retrouvé un emploi en mars 2009 soit seulement trois mois après la résiliation du contrat de travail, de sorte que son préjudice matériel, à le supposer établi, quod non, doit être considéré comme suffisamment couvert par l'indemnité de préavis de 6 mois lui allouée en première instance, ce d'autant plus que le salarié reste toujours en défaut en instance d'appel, à l'instar de la première instance, de prouver la réalité de ce préjudice matériel.

Le jugement est également à confirmer sur ce point.

## IV) préjudice moral

Le tribunal a décidé, en tenant compte du fait que A a retrouvé rapidement un emploi, que le préjudice moral pouvait être fixé à 2.500 euros, montant que le salarié considère comme étant dérisoire, au vu des circonstances de la cause et qu'il augmente à la somme de 100.000 euros.

L'intimé relève appel incident de ce chef de la demande et conteste tout préjudice dans le chef de son ancien salarié.

Le tribunal du travail a sainement apprécié la situation tant matérielle que morale du salarié suite à son licenciement abusif et a, compte tenu des circonstances de l'espèce, à juste titre, évalué le préjudice moral à 2.500 euros, de sorte que, par adoption de ses motifs, le jugement est à confirmer.

## V) l'indemnité compensatoire pour congé non pris

L'appelant réitère en instance d'appel sa demande relative aux 84 jours de congés reportés et non pris en 2008, et demande à la Cour de calculer l'indemnité correspondante, par réformation, en tenant compte de son salaire de base mensuel de 9.400 euros, soit une somme de 36.516,48 euros ; il maintient également sa demande de congés pour les 6 mois de préavis soit pour 13,5 jours de congé, dès lors un montant de 5.868,72 euros.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement sur ce point.

C'est à bon escient que le tribunal du travail a retenu que la demande pour 84 jours de congé reportés et non pris en 2008 était fondée sur base des pièces versées en

cause, non contestée par l'employeur et l'a fixée, en fonction du salaire de base de 7.882,84 euros, à 30.620,08 euros;

C'est encore à bon droit que le tribunal du travail a décidé que, comme le congé de récréation est en principe la contre-partie de la prestation de travail et comme les relations de travail se sont terminées le 28 novembre 2008, date du licenciement avec effet immédiat, le salarié ne saurait prétendre à un congé pour la période couverte par l'indemnité de préavis.

Le jugement est partant à confirmer par adoption de ses motifs.

## VI) bonus pour l'année 2008

Se basant sur un écrit du 12 décembre 2007 précisant que A participait au « leadership team bonus plan » 2007/2008, constatant que le bonus de l'année 2008 était déjà accordé sous conditions au salarié et que le licenciement n'entraînait pas la perte desdits droits , constatant encore que B avait atteint les objectifs tels que précisés dans l'écrit du 12 décembre 2007, le tribunal a considéré la demande de A fondée pour un montant correspondant à 60% de son salaire annuel de base mais non pour le surplus, soit pour un montant de 51.815,25 euros.

L'appelant conclut à la confirmation du jugement quant au principe retenu mais fait grief à la décision concernant le quantum retenu et plus précisément sur les 20 % correspondant aux objectifs personnels réussis par l'appelant, alors que les performances de A ont donné entière satisfaction et sont corroborés par des pièces objectives ; le décompte devant se faire encore par réformation sur l'ensemble de l'année et non jusqu'au jour du licenciement en novembre 2008.

L'intimée relève appel incident de ce chef de la demande ; elle conteste tout droit acquis du salarié au paiement d'un bonus résultant de l'écrit du 12 décembre 2007 ; pour elle, il s'agissait tout au plus d'une libéralité soumise à des conditions telles qu'être au service de l'employeur au moment de son paiement, ce qui ne fut pas le cas du salarié ; que du point de vue des critères jurisprudentiels éventuellement applicables, le caractère de fixité ferait totalement défaut et finalement, a supposer que le bonus soit dû, elle conteste le montant alloué.

La Cour constate que le tribunal du travail a fait une correcte application du texte litigieux entre les parties, texte qui est clair et précis quant aux conditions posées et ne nécessite partant aucune interprétation. Plus précisément il ne résulte pas du texte précité comme le soutient la société employeuse que pour pouvoir bénéficier d'un bonus, le salarié devrait être au service de B au moment où le bonus est payé.

C’est encore à bon droit que le tribunal du travail a retenu que le bonus n’avait pas un caractère facultatif mais constituait un droit acquis pour le salarié et lui a accordé à ce titre 60% de son salaire annuel de base dès lors que la société employeuse a reconnu avoir atteint les objectifs relatif au PBIT.

C’est finalement à bon escient que le tribunal du travail n’a pas alloué à A les 20% supplémentaires, faute par lui d’avoir prouvé la concrétisation ou la réalisation de ses objectifs personnels, ce d’autant plus qu’il se trouvait, en sa qualité de directeur administratif et financier, à la source et aurait pu respectivement du apporter les éléments de preuve nécessaires pour apprécier si ces objectifs personnels ont été atteints par lui.

Le jugement est partant à confirmer sur ce point.

## VII) STOCK OPTIONS

Le tribunal du travail a constaté que le salarié s’est vu accorder durant les années 1999 à 2005 par C PLC des droits d’option sur actions du groupe (37.464 options), que les différentes « letters of grant » précisaient la date à partir de laquelle l’option pouvait être exercée, ainsi que la date d’expiration de l’option et que sur base du « share option plan » au point 6.1 il est prévu que le détenteur perd ses droits à lever ses options si la relation de travail prend fin comme en l’espèce.

Il a ensuite considéré pour débouter A de sa demande, que ce droit était perdu pour le salarié par la faute de l’employeur qui l’a abusivement licencié, de sorte que son préjudice est en relation causale directe, mais que ce préjudice reste incertain faute de savoir combien d’actions il aurait vendu, à quel moment il l’aurait fait ainsi que le cours exact des actions au moment des cessions, et qu’il n’y avait pas non plus perte d’une chance certaine.

L’appelant critique uniquement la décision en ce qu’elle a déclaré son préjudice incertain ; il précise que suite au licenciement il a exercé son droit d’option en date du 12 mai 2011 et le 16 mai 20011et il fixe sur base du cours du marché ayant existé au moment de ces deux dates la somme lui revenant à 134.956 euros; il demande encore l’institution d’une expertise comptable aux fins de déterminer le montant lui redû de ce chef.

L’intimée conteste que le salarié ait pu exercer son droit d’option au moment de son licenciement, droit qui était perdu après son licenciement, de sorte qu’il conclut au rejet de cette demande.

La Cour constate qu’il est constant qu’au moment où le contrat de travail a pris fin, le salarié a perdu le droit d’exercer les options non encore exerçables.

Mais comme le licenciement a été déclaré abusif, il convient de retenir qu'il existe un lien causal entre la faute de l'employeur et la perte du droit d'option dans le chef du salarié.

Il n'est cependant pas certain à quel moment le requérant aurait exercé les options litigieuses s'il n'avait pas été licencié le salarié reste encore en défaut de justifier qu'aux différentes échéances convenues, il aurait pu lever l'option à des conditions favorables.

Le préjudice invoqué par le salarié revêt dès lors un caractère hypothétique et n'est par ailleurs pas déterminable.

S'il est de principe que pour être réparable le dommage allégué doit être certain, un aménagement jurisprudentiel consiste dans la perte d'une chance. La chance est la probabilité que survienne un événement favorable. Seule la perte d'une chance réelle et sérieuse que l'événement favorable se réalise est indemnisable.

Le salarié fait valoir que s'il n'avait pas été licencié, il aurait continué à disposer des droits d'option que l'employeur lui avait accordés et il aurait pu les exercer par la suite.

Toutefois, la probabilité qu'il aurait réalisé des bénéfices ne résulte pas des éléments au dossier. La preuve que suite à son licenciement abusif le salarié n'a pas pu profiter d'une situation intrinsèquement favorable n'est ainsi pas rapportée.

C'est partant à bon droit que le tribunal du travail l'a débouté de sa demande relative à la valorisation des stock-options.

Il n'y a finalement pas lieu d'ordonner une expertise, comme le sollicite le salarié, cette mesure n'étant pas destinée à suppléer à l'absence totale de preuve à cet égard.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le jugement est à confirmer sur ces points.

### VIII) <u>le salaire relatif au travail en CROATIE de septembre 2005 à septembre 2008</u>

Il résulte d'un avenant au contrat de travail que A a été nommé au poste de directeur général C Croatie sur base d'un temps partiel en complément de sa fonction de directeur administratif et financier pour le Luxembourg pour une rémunération brute mensuelle de 7.320 euros et pour un horaire de travail de 40

heures par semaine sur 5 jours, soit 3 jours en Croatie et 2 jours pour le Luxembourg.

A maintient que ce salaire prévu à l'avenant au contrat de travail devrait s'ajouter à celui qu'il percevait à Luxembourg pour sa fonction de directeur administratif et financier, de sorte qu'il réitère sa demande tendant à obtenir par réformation un montant de 36 x 7.320 euros soit 263.520 euros.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement sur ce point.

Par adoption des motifs retenus par le tribunal du travail qui a correctement considéré qu'il ne résultait pas des pièces soumises à son appréciation que l'employeur avait entendu doubler son salaire pendant cette période de 3 années passées à travailler entre le Luxembourg et la Croatie et constaté que le salarié n'a d'ailleurs pendant ces trois ans jamais réclamé un supplément de salaire, le jugement est à confirmer en ce qu'il a dit cette demande non fondée.

Faute d'avoir établi en quoi il serait inéquitable de laisser une partie des frais non compris dans les dépens à leur charge, les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du NCPC sont 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 les appels principal et incident recevables,

Les dit non fondés et en déboute,

Confirme le jugement du 8 avril 2011 dans son intégralité,

Rejette les demandes basées sur l'article 240 du NCPC,

Condamne la société B SA aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Anne FERRY qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.