Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-huit avril deux mille treize.

Numéro 35969 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A (LUXEMBOURG) S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 22 mars 2010,

comparant par Maître Marielle STEVENOT, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1)B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit SCHAAL,

comparant par Maître Bertrand CHRISTMANN, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit SCHAAL,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 4 décembre 2012.

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

B a été engagé par la société anonyme A (Luxembourg) s.a. (ci-après : la société A) suivant contrat de travail à durée indéterminée avec effet au 30 janvier 2006 en qualité de Sales Manager pour un salaire mensuel fixe de 5.000 euros bruts ainsi que des commissions fixées en fonction de divers critères, par avenants annuels au contrat, notamment sous la condition que les objectifs individuels aient été atteints.

Le 25 septembre 2008, B a été licencié moyennant le préavis légal de deux mois expirant le 30 novembre 2008. Il a été dispensé de travail pendant le préavis.

Par requête du 8 avril 2009, il a fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de le voir condamner du chef de licenciement qu'il qualifia d'abusif, les montants indemnitaires suivants :

- 72.838,26 euros à titre de dommage matériel
- 16.091,48 euros, à titre de dommage moral
- 13.320 euros ,à titre de perte de gain subie.

Il demanda en outre la mise en intervention de L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi (ci-après : l'ETAT) pour l'entendre déclarer commun le jugement à intervenir. Il réclama enfin une indemnité de procédure de 2.000 euros.

Par jugement contradictoire du 8 février 2010, le tribunal du travail a donné acte à L'ETAT de son recours sur base de l'article L.521-4 du code du travail, a déclaré le licenciement du 25 septembre 2008 abusif, a dit la demande de B fondée pour le

montant de 31.640,15 euros et celle de l'ETAT fondée pour le montant de 41.680,83 euros. Il a condamné la société A à payer à B la somme de 31.640,15 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde et à l'ETAT la somme de 41.680,83 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde. Il a encore condamné la société A à payer à B une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a retenu que les faits reprochés à B dans la lettre de motivation liés à son incapacité de travailler en équipe, aux avis négatifs des clients ainsi qu'à la rétention d'informations étaient à écarter pour défaut de précision et que ceux liés à la non-réalisation des objectifs de vente et au non-respect de la procédure de validation des offres et des contrats étaient suffisamment précis, mais non établis, à défaut par l'employeur d'avoir prouvé le caractère sérieux du reproche d'insuffisance professionnelle et d'avoir établi que les procédures strictes du Bid-No-Bid aient été appliquées en pratique, le fait isolé du 18 mars 2008, étant en outre resté sans incidence et n'étant dès lors pas suffisamment sérieux pour justifier un licenciement six mois plus tard.
En ce qui concerne la détermination du préjudice matériel, le tribunal a fixé à 12 mois la période de référence et il a également tenu compte de la moyenne mensuelle des commissions touchées par B.

Il a débouté le requérant de sa demande de perte de chances ou de gains manqués.

Par exploit d'huissier du 22 mars 2010, la société A a interjeté appel de ce jugement. Elle conclut, par réformation, à entendre dire justifié le licenciement du 25 septembre 2008, et à s'entendre décharger de toutes les condamnations intervenues en première instance. Elle demande encore une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

L'ETAT interjette appel incident du jugement et demande le règlement, soit par la société A, soit par B, du montant de 60.696,02 euros avancé à titre d'indemnités de chômage de décembre 2008 à mai 2010.

B interjette appel incident du jugement en ce qui concerne l'indemnisation de son préjudice matériel et moral.

Il demande, par réformation, à voir fixer sa perte de salaire à la somme totale de 90.668,73 euros subie pour la période allant du 1er décembre 2008 au 31 mai 2010 et ce en tenant compte de son salaire fixe mensuel, de l'indemnité pour voiture et de la moyenne mensuelle des commissions. En ce qui concerne la réparation de son préjudice moral, il demande la somme de 16.328,56 euros correspondant à deux mois de salaire.

Par ses conclusions du 2 mars 2012, B demande encore la condamnation de la société A à lui payer le montant de 543 euros correspondant au solde des commissions dues pour l'année 2008 et le montant de 13.320 euros au titre de la perte de gain subie, sinon tout autre montant même supérieur à arbitrer par la Cour.

Il demande enfin d'ordonner la communication d'une copie des propositions faites aux clients C en 2007 et D Life&Pension en 2008 ainsi qu'une copie des tableaux d'analyse de rentabilité y relatifs. Il se réserve enfin le droit de demander la nomination d'un expert pour calculer la perte de gain subie et du montant des commissions dues pour la période du 1er octobre au 30 novembre 2008.

Il demande également une indemnité de procédure de 2.000 euros.

- **La précision des motifs**

Dans sa lettre de motivation, la société A invoque quatre motifs, l'insuffisance professionnel de B, son comportement négatif envers des clients, le non respect des procédures internes et la rétention d'informations.

L'appelante reproche aux juges de première instance d'avoir à tort écarté pour défaut de précision deux de ces motifs, à savoir celui ayant trait aux avis négatifs des clients et celui lié à la rétention d'informations. Il s'avérerait à la lecture du jugement que le motif lié aux avis négatifs des clients fut en réalité écarté non pas parce qu'il n'était pas précis, mais parce qu'il n'était pas sérieux alors qu'il remontait à plus d'un an du licenciement. Quant au deuxième motif, les indications données auraient permis à B de comprendre et de se défendre sur ce reproche, même si la date exacte n'était pas indiquée.

L'intimé au contraire estime que le tribunal n'a commis aucune erreur en droit et qu'aucun des deux motifs avancés par l'employeur n'était suffisamment précis. Il conteste par ailleurs la précision du motif lié aux résultats obtenus.

Ainsi que l'a rappelé à juste titre le tribunal du travail, en cas de licenciement avec préavis, il appartient à l'employeur d'énoncer, conformément à l'article L.124-5 du code du travail, avec précision le ou les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondés sur les nécessités de l'entreprise, de façon à permettre au salarié d'en rapporter la fausseté et au juge d'apprécier si le congédiement est intervenu pour de motifs valables, ou pour des motifs illégitimes ou s'il consitue un acte économiquement et socialement anormal.

En ce qui concerne le motif lié aux *« avis négatifs des clients »*, il résulte de la lettre de motivation que la société A reproche à B son comportement lors des présentations faites auprès de clients. A titre d'illustration, elle cite l'incident du 14

septembre 2007 lorsque B était chargé de présenter le produit Soliam auprès du client Private Estate Life et que celui-ci aurait été très peu satisfait de la présentation et de la manière dont B s'était comporté à cette occasion, notamment lorsqu'il serait parti avec les mots suivants : *« Je m'en vais, vous me contacterez pour discuter de l'ampleur financière de cette offre »*. Le 24 octobre 2007, E et F auraient parlé avec B de l'incident et lui auraient demandé de changer de comportement. Par la suite, et malgré les remarques de sa direction, aucune amélioration n'aurait pu être notée dans la gestion de ses réunions.

Il se dégage de la formulation de ce motif que la société A reproche à son salarié son comportement auprès de clients, mais qu'à titre d'illustration elle ne cite, à part l'incident du 14 septembre 2007, aucun exemple concret ultérieur tendant à établir son absence d'amélioration.

Il en découle qu'il ne saura être tenu compte de ce motif qu'au titre du fait isolé du 14 septembre 2007.

En ce qui concerne le motif lié à la rétention d'informations, la société A rappelle dans sa lettre de motivation qu'il appartenait à B de rapporter à ses supérieurs F et G l'ensemble des informations utiles en lien avec le développement commercial et les nouvelles opportunités afin d'assurer une gestion cohérente de l'activité commerciale de la société. A titre d'exemple, à la fin du mois d'août 2008 une opportunité se serait présentée auprès de la H et B ne leur aurait pas communiqué cette information essentielle dont ils n'auraient pris connaissance que le 5 septembre par l'intermédiaire de E. Lors de la réunion du 8 septembre, les supérieurs de B l'auraient mis en en garde de ne plus faire de rétention d'information.

S'il se dégage de la description de ce reproche qu'il s'agissait bien d'une opportunité commerciale auprès de la H qui s'est présentée à B à la fin du mois d'août 2008, toujours est-il que le reproche ne fournit aucune précision quant au genre et quant à l'envergure de l'opportunité manquée.

Or, si l'employeur est autorisé à apporter postérieurement à la lettre de motivation du licenciement des précisions complémentaires, il ne saurait cependant suppléer à une absence de précision quant à l'information essentielle en cause, à savoir en quoi aurait consisté l'opportunité commerciale manquée et dans quelle mesure l'absence d'information de ce projet eût été préjudiciable à la société A.

Il s'ensuit que c'est à juste titre que le tribunal du travail a écarté ce motif pour défaut de précision.

B reprend en instance d'appel son moyen tiré de l'imprécision du motif lié aux résultats obtenus au cours de l'année 2008.

Il fait valoir qu'il aurait appartenu à la société A de démontrer qu'il y a eu réellement un écart entre les objectifs assignés et les résultats obtenus pour l'année 2008 en fournissant des chiffres précis. Or, la lettre de motivation indiquerait seulement : *« En ce qui concerne les ventes notamment, seul un montant de marge brut de 200.000 euros a été réalisé sur les ventes de prestations et services ».*

Cette énonciation serait erronée à la fois quant à la signification et la valeur du chiffre énoncé. Le montant de 200.000 euros ne correspondrait en effet pas au chiffre de marge brut qu'il a réalisé du 1er janvier au 25 septembre 2008, mais au premier seuil prévu dans l'avenant au contrat de travail pour déclencher le paiement d'une partie des commissions pour l'exercice 2008. En outre, il aurait perçu au titre de l'exercice 2008 des commissions à deux reprises, d'un montant net de 1.702,80 euros chacune, de sorte à déduire que la société SBS avait rémunéré le dépassement du seuil de 400.000 euros en contradiction avec le chiffre de 200.000 euros avancé dans la lettre de motivation.

Il s'y ajouterait que le chiffre correspondant aux résultats obtenus pour la période du 1er janvier 2008 au 30 novembre 2008 feraient totalement défaut.

La société A résiste en faisant valoir que si les affirmations de l'intimé quant à la signification du chiffre de 200.000 euros sont exactes, sa conclusion serait néanmoins erronée. Les indications fournies dans la lettre de licenciement permettraient de comprendre qu'à la date du licenciement, l'intimé n'avait pas atteint le second palier prévu dans l'avenant au contrat de travail pour déclencher le paiement d'une partie des commissions pour l'exercice 2008 et qu'il n'avait réalisé qu'une marge brute comprise entre 200.000 euros et 400.000 euros.

La Cour constate qu'il se dégage des conclusions de B que nonobstant le caractère succint des indications fournies par l'employeur quant aux résultats de ses prestations et services obtenus en 2008 jusqu'au jour de son licenciement, il avait compris le sens des chiffres avancés de façon à lui permettre de contester tant leur exactitude que leur caractère complet.

B invoque encore l'absence d'indication des modalités de calcul de la marge réalisée, l'absence d'indication du moment de calcul de la marge brute, voire l'absence de définition de la notion de coûts directs. Il fait encore valoir qu'il ne connaissait pas les modalités de calcul de la marge sur les projets à forfait.
Il soutient que le montant actuellement avancé par l'appelante pour l'année 2008, soit une marge réalisée de 433.970 euros, manquerait toujours de précision en ce sens qu'il faudrait croire l'employeur sur parole, les modalités de calcul de la marge faisant encore toujours défaut.

Les mêmes considérations vaudraient pour l'atteinte des objectifs en 2007, alors qu'aucun mode de calcul, ni aucun chiffre de marge réalisée serait fourni.

La société A en revanche se réfère aux avenants au contrat de travail de 2007 et de 2008 ayant déterminé tant les modalités de calcul des commissions que la marge brute, celle-ci étant entendue *« comme étant le chiffre d'affaire réalisé sur ces prestations et services, diminué des coûts directs du projet concerné ».*

Elle soutient que les modalités de calcul de la marge réalisée ont été les mêmes que celles ayant figuré dans les avenants de 2006 et de 2007, lesquelles avaient servi de base au paiement des commissions de 2006 et de 2007. B n'aurait par ailleurs émis aucune contestation suite au paiement de ses commissions de 2006.

Elle explique que B ne pouvait ignorer les modalités de calcul de la marge dans la mesure où la rédaction d'une offre donnait lieu à chaque fois à l'établissement d'une synthèse commerciale, incluant le calcul de la marge théorique permettant d'obtenir l'accord de la direction sur l'offre. Par la suite et durant tout le projet, la marge brute aurait été calculée en fonction des prestations sur le projet et de son avancement. La marge brute finale réalisée n'aurait été connue qu'à la fin du projet. En ce qui concerne les modalités de calcul de la marge réalisée sur un projet au forfait, elles auraient été indiquées dans les comptes annuels de la société A.

Conformément aux avenants de 2007 et de 2008, le calcul des commissions serait généré à la fin du projet, il s'agirait de la marge effectivement réalisée et non de la marge théorique que l'ont peut estimer à la conclusion du projet.

La Cour constate qu'il se dégage des avenants de 2007 et de 2008 que *« le plan de commissionnement relatif à la vente de prestations et services chez un client attitré (...) est basé sur la marge brute dégagée par cette vente. La marge brute est entendue comme étant le chiffre d'affaires réalisé sur ces prestations et services, diminué des coûts directs du projet concerné (...)».*

B ayant marqué son accord à ces avenants par sa signature et n'ayant émis aucune contestation quant au calcul des commissions des années 2006 et 2007, il ne saurait actuellement invoquer l'imprécision du mode de calcul ou du moment de calcul de la marge brute, respectivement de l'imprécision de la notion des coûts directs pris en compte.

Dans la mesure où la lettre de motivation indique encore pour les années 2007 et 2008 des chiffres de marge brute réalisée par B par rapport aux objectifs fixés, il y a lieu d'en déduire que le motif lié aux résultats obtenus est indiqué avec suffisamment de précision pour permettre à B d'en établir la fausseté et aux juges d'en vérifier le caractère réel et sérieux. Il y a partant lieu de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

- **Le caractère sérieux des motifs invoqués**

Il est constant en cause que B a travaillé à partir du 30 janvier 2006 aurpès de la société A en tant que Sales Manager et que son travail consistait à commercialiser les progiciels de société à destination des entreprises du secteur bancaire et des assurances, en vendant des licences et des prestations et services, à la fois auprès des clients existans de l'appelante (vente de nouveau produit ou de nouveau module) et auprès de nouveaux clients qu'il lui appartenait de démarcher. La liste de comptes clients qui lui était ainsi dévolue était définie par avenant annuel à son contrat de travail.

Dans sa lettre de motivation, la société A rappelle à B que le système de sa rémunération variable était lié à la réalisation d'un certain nombre d'objectifs personnels de vente définis de commun accord entre parties dans le cadre des avenants annuels au contrat de travail. Elle a ensuite examiné à partir de l'entrée en service de B, début 2006, jusqu'au jour de son licenciement, le 25 septembre 2008, les objectifs qu'il a réalisés en termes de ventes de licences, respectivement en termes de ventes de prestations et services.

Pour l'année 2006, elle constate une réalisation de 76 % de l'objectif fixé.

Pour l'année 2007, en revanche, elle reproche à B de n'avoir réalisé aucune vente de licences et en ce qui concerne la vente de prestations et services, il n'aurait même pas atteint la première tranche de marge brute de 200.000 euros. En témoignerait le montant de la commission qui lui aurait été attribuée pour l'année 2007. Une mise en garde liée notamment à cette absence de résultats lui aurait aussi été signifiée.

Au cours de l'année 2008 et jusqu'au jour de son licenciement, aucune amélioration quant aux objectifs fixés n'aurait pu être constatée. En ce qui concerne les ventes de prestations et de services notamment, seul un montant de marge brute de 200.000 euros aurait été réalisé.

B conteste qu'il n'eût pas atteint les objectifs fixés pour l'année 2008 telsqu'indiqués dans la lettre de motivation du licenciement. Il soutient que l'appelante reconnaît elle-même dans ses conclusions du 29 décembre 2011 que le montant de la marge réalisée pour l'année 2008 n'était pas 200.000 euros, mais en fait 433.970 euros, soit plus du double du chiffre retenu pour justifier le licenciement. En sa fonction de Senior Sales Manager, il se serait vu retirer plusieurs importants projets en voie de conclusion par F, son managing director et par G, directeur commercial. Ceux-ci n'ayant pas conclu ces affaires, le chiffre d'affaires correspondant à ces projets aurait fait défaut dans ses résultats. De plus,

en mars 2008, il aurait signé un contrat important avec la société La Mondiale Europartner représentant un chiffre d'affaires de 700.000 euros et une marge supérieure à 50 %. Enfin, il aurait eu d'importants projets en voie de conclusion, lors de son licenciement du 25 novembre 2008, notamment I et J qui représentaient 700.000 euros de licence, outre le service.

La société A de son côté fait valoir que le montant de 200.000 euros avancé dans la lettre de licenciement correspondait à la marge brute réalisée au moment de son licenciement, tandis que celui avéré de 433.970 euros correspondait à la marge brute réalisée au 31 décembre 2012. Elle explique que jusqu'à la fin de l'année, les contrats antérieurement conclus par B et qui étaient encore actifs auraient continué à générer des marges même sans l'intervention de ce dernier.

Les résultats connus au moment du licenciement de B auraient cependant été suffisamment alarmants pour justifier une rupture du contrat de travail à cette date, d'autant plus qu'ils se seraient ajoutés aux faibles résultats de l'année 2007. En particulier, B n'aurait pas vendu de licences ni en 2007 ni en 2008. Les projets D life & Pension et J n'auraient été signés qu'en juin 2009 et le projet banque D n'aurait jamais été signé. Ces dossiers n'auraient donc pas eu d'impact sur la marge brute réalisée par B en 2008.

Au vu des conclusions respectives des parties, force est de constater qu'au moment de son licenciement le 25 septembre 2008 et à admettre qu'à cette date la marge brute de B ait dépassé le premier palier, ses résultats restaient cependant en dessous des objectifs fixés pour l'année 2008 à 700.000 euros de marge brute, même ramenés à un prorata à la date du licenciement, voire en tenant compte d'un contrat conclu avec la Mondiale. Il en est ainsi à fortiori de l'absence de ventes de licences en 2008.

L'appelante de son côté critique le jugement entrepris en ce qu'il a retenu que l'employeur doit prouver que la non-réalisation des objectifs assignés est imputable à un manquement aux obligations de diligence et de soins du salarié.

Elle fait valoir que cette exigence posée par le tribunal est sans fondement dès lors qu'il est de jurisprudence que la *« non rentabilité »* constitue un motif légitime de licenciement et que le patron d'une entreprise qui supporte les risques financiers de celle-ci est en droit, pour veiller à la bonne marche et à l'organisation de la société, d'exiger que ses employés travaillent efficacement. S'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié n'a pas atteint ses objectifs, en contrepartie, il incomberait à ce dernier d'établir pourquoi il n'a pas atteint lesdits objectifs.

Elle rappelle encore que la réalisation d'objectifs de vente était de l'essence même de la profession de *« commercial »* de B, que le montant des commissions liées à la réalisation des objectifs personnels de vente représentait un pourcentage important

de sa rémunération, que la vente de licences et de prestations de services pour lesquelles il était responsable représentait près de 40 % des résultats de la société, que les objectifs avaient été définis en accord avec lui et que son licenciement se basait sur la non réalisation des objectifs fixés tant en 2007 que sur les 8 premiers mois de l'année 2008, soit avant que la crise fnancière ne se déclenche.

L'insuffisance professionnelle de B résulterait encore à suffisance des pièces versées et aurait justifié à elle seule le licenciement, nonobstant l'existence d'augmentations de salaire automatiques.

B en revanche soutient que la non réalisation de l'objectif n'implique pas la preuve d'une quelconque insuffisance professionnelle. Conformément à la motivation du jugement entrepris, il appartiendrait à l'employeur de prouver que la non réalisation de l'objectif assigné est imputable à un manquement aux obligations de diligence et de soin du salarié.

En ordre subsidiaire, il y aurait lieu de rechercher si les objectifs fixés étaient réalistes et si l'employeur avait fourni les moyens nécessaires pour atteindre les objectifs, ce qui n'aurait pas été le cas en l'espèce, au vu de l'indisponibilité de consultants avant-vente pour réaliser des présentations en clientèle et l'absence de collaborateurs pour réaliser les prestations vendues.

Il y a lieu d'abord de relever que l'insuffisance de résultats ne peut être invoquée à l'appui d'un licenciement que si des résultats sont attendus d'après des termes du contrat ou de la nature même des fonctions du salarié. En aucune manière une clause d'objectif ne peut prévoir que sa non-réalisation sera considérée comme un motif de rupture. Ce serait dénier au juge son pouvoir de contrôle en matière de bien-fondé du licenciement. A ce titre, le juge doit vérifier si les objectifs sont réalistes et si leur non-réalisation résulte d'une insuffisance professionnelle ou d'une faute (cf. Jurisclasseur, Travail , fasc.18-1 no 139).

Conformément à l'article L.124-5 du code du travail, il appartient en effet à l'employeur d'énoncer et d'établir en cas de licenciement avec préavis de son salarié le ou les motifs liés à l'aptitude ou à la conduite de celui-ci ou fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise qui doivent être réels et sérieux.

En l'espèce, il résulte des avenants au contrat de travail versés en cause et signés entre parties que l'attribution d'un bonus individuel était lié à la réalisation d'objectifs personnels avec fixation d'objectifs cibles précis pour les ventes de licences et pour les ventes de prestations et de services. Comme ces objectifs avaient été convenus et fixés de commun accord des deux parties, il y a lieu d'en déduire qu'ils n'étaient non seulement connus par B mais encore réalistes, sans quoi celui-ci ne les aurait certainement pas acceptés.

Il y a dès lors lieu d'analyser encore si l'insuffisance de résultats était liée à une insuffisance professionnelle de B.

L'insuffisance professionnelle se caractérise par une mauvaise qualité du travail due à une incompétence professionnelle ou à une inadaptation à l'emploi.

La société A soutient à cet égard que la non réalisation par B de ses objectifs de vente résultait de divers manquements, à savoir, un manque d'organisation de la démarche pre-sales et de coaching, un manque de maîtrise du métier de la société A et des métiers des clients (en particulier au niveau des connaissances des produits Soliam, Solife et BS), une difficulté à travailler en équipe (ce point étant pourtant essentiel pour concrétiser le démarchage auprès des clients et des prospects), une qualité insuffisante des offres aux clients (notamment lors d'une mission de prospection d'un prospect slovène-K).

Ces divers manquements auraient été relevés par F, directeur de la société A, lors d'un entretien d'évaluation qui a eu lieu le 8 janvier 2008.

B conteste toute prétendue insuffisance professionnelle dans son chef et fait valoir qu'elle est contredite tant par les augmentations de salaires de 400 euros, respectivement de 140 euros pour les années 2006 et 2007 ainsi que par la prime liée à l'appréciation de son travail au titre de l'année 2007, soit 2.500 euros, attribuée par le Comex, c'est-à-dire le comité exécutif rassemblant les principaux dirigeants de A.

En effet, et nonobstant la question de savoir si la prime de 2.500 euros consituait en réalité un bonus inviduel discrétionnaire, non lié à la réalisation des objectifs personnels comme le soutient la société A et si la principale augmentation de salaire de 400 euros accordée à B le 16 février 2007 provenait en partie de sa nomination comme Senior Sales Manager, toujours est-il que l'existence même de ces primes et augmentations de salaires démentent l'insatisfaction générale alléguée de l'employeur quant aux qualités personnelles de B pour mener à bien ses fonctions d'agent commercial.

Ces manquements sont encore contredits, du moins en partie, par l'évaluation annuelle 2007 concernant B qui mentionne pour le produit « Soliam » *« pas de démarche systématique, pas d'accompagnement des pre-sales »* mais qui constate également *« marché peu propice »*. Ce même rapport constate encore sous la rubrique « Service » « *2 clients et 5 collaborateurs en plus* ».

Au vu de ces éléments, il n'est dès lors pas établi que la non atteinte des objectifs personnels visés pour 2007 et 2008 était imputable sinon exclusivement, du moins en majeure partie, à une insuffisance professionnelle ou à une inaptitude de B d'exercer sa fonction. L'avis négatif émis par le client Private Estate Life après la

réunion du 14 septembre 2007, ne saurait pas non plus suffire pour établir cette inaptitude, à le supposer même établi.

C'est encore à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal a retenu que si le fait du 19 mars 2008 en relation avec l'envoi d'un contrat à La Mondiale, sans qu'il n'eût été préalablement discuté par les personnes impliquées dans le projet et validé par un membre du comité exécutif, démontre que B avait excédé ses compétences, il ne s'agit là encore que d'un fait unique.

Enfin, et si la personne recrutée en remplacement de B avait déjà en octobre 2008 conclu deux dossiers Soliam et deux extensions de contrat, ces éléments ne sauraient constituer en soi la preuve de l'insuffisance professionnelle de B alors qu'ils peuvent s'expliquer par tout autre élément survenu après son départ.

Il suit des considérations qui précèdent que c'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu que le licenciement avec préavis du 25 septembre 2008 de B était abusif.

- **<u>Les montants réclamés</u>**

B demande à voir évaluer son préjudice matériel à 87.649,26 euros sur base d'une période de référence allant du 1er décembre 2008 au 31 mai 2010, date de la reprise d'une activité professionnelle, soit pendant une période de 16 mois, au lieu d'une période de 12 mois allant du 1er octobre 2008 au 31 août 2009 prise en compte par le tribunal. Il fait valoir que conscient des difficultés qu'il aurait à retrouver un emploi, il avait élargi ses recherches au-delà du secteur des éditeurs et aurait également postulé à des emplois à l'étranger. Parallèlement à ses recherches dans le domaine commercial, il aurait suivi une formation en droit afin de pouvoir élargir encore ses recherches à d'autres métiers. Grâce à cette formation, il aurait retrouvé un emploi en juin 2010 en acceptant une baisse de revenu considérable.

Ce serait encore à tort que le tribunal aurait fixé le point de départ de la période de référence au 1er décembre 2008, au motif que le concluant avait bénéficié d'une indemnité compensatoire de préavis pour la période du 1er octobre 2008 au 31 novembre 2008.

La société A s'oppose à tout allongement de la période de référence au motif que durant la période d'octobre 2008 à janvier 2010, B n'a procédé qu'à 6 démarches actives par mois en moyenne. Elle conclut pour le surplus à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a fixé le point de départ de la préiode de référence au 1er octobre 2008.

Si l'indemnisation du dommage matériel du salarié doit être aussi complète que possible, il y a lieu en statuant sur l'allocation des dommages et intérêts pour sanctionner l'usage abusif du droit de résilier le contrat de travail, de ne prendre en considération que le préjudice se trouvant en relation causale directe avec le congédiement. A cet égard, les pertes subies ne sont à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une période qui aurait dû raisonnablement suffire pour permettre au salarié licencié de trouver un nouvel emploi, le salarié étant obligé de faire tous les efforts pour trouver un nouvel emploi de remplacement.

Il résulte des pièces versées que B a fait un certain nombre de démarches après son licenciement et même dans d'autres secteurs d'activités.

Compte tenu de ces démarches, de l'âge de B, à savoir 51 ans au moment du licienciement et de la difficulté de trouver un nouvel emploi compte tenu de la crise financière et de la situation sur le marché de l'emploi, le tribunal a, à bon droit, fixé à 12 mois la période qui aurait raisonnablement dû suffire à B pour lui permettre de trouver un nouvel emploi.

C'est encore à juste titre qu'il a réduit la période de référence à 10 mois et a fixé le début de la période de référence au 1er décembre 2008, étant donné B a bénéficié d'une période de préavis de deux mois avec dispense de travail.

En ce qui concerne la calcul de son salaire de référence, B fait encore grief au tribunal du travail d'avoir estimé qu'il n'avait pas justifié de son droit à une indemnité journalière de 11,20 euros. Or, cette indemnité lui aurait été bien versée par son employeur.

La société A conteste le montant réclamé au motif que B reste en défaut de prouver que son employeur lui versait une telle indemnité journalière et qu'elle aurait été versée au titre de rémunération et non au titre de remboursement des frais.

Il résulte de l'article 8 du contrat de travail que tout avantage payé par l'employeur ne fait pas partie de la rémunération de l'employé et ne crée pas dans le chef de ce dernier ni usage ni droit quelconque à son paiement.

Il y a lieu partant de confirmer le jugement entrepris, en ce qu'il a fixé le salaire de référence, sans tenir compte d'une indemnité journalière de 11,20 euros.

C'est encore à bon droit que le tribunal du travail a limité l'application de l'indice à la consommation au salaire brut de base, à l'exclusion des autres éléments qui composent la rémunération (voiture, moyenne mensuelle des commissions).

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a fixé pour la période de décembre 2008 à août 2009 le préjudice matériel subi par B à un montant total de 71.320,98 euros, sous réserve du recours de l'ETAT.

B conclut encore à l'augmentation de son préjudice moral à 16.091,48 euros représentant deux mois de salaire, au motif qu'il a rencontré de grandes difficultés pour retrouver une situation professionnelle. Il y serait finalement parvenu après un an et demi après son licenciement et au prix d'une reconversion et d'une diminution de son revenu.

La société A s'y oppose au motif qu'il existe à charge du salarié congédié abusivement une obligation de modérer son dommage.

La Cour admet que B a dû se faire des soucis quant à son avenir professionnel au moment de son licenciement. Il n'a pas fait preuve d'indifférence vis-à-vis de son avenir dès lors qu'il a fait des démarches pour retrouver un nouvel emploi et fait des études pour se reconvertir.

Compte tenu de son âge et des soucis que B a dû se faire quant à son avenir professionnel, c'est à juste titre que les juges de première instance ont valué le dommage moral de B à 2.000 euros.

B demande encore la condamnation de la socité A de lui payer la somme de 13.320 euros au titre de gain manqué du fait que son employeur lui avait retiré deux importants projets en voie de conclusion, à savoir C en 2007 et D Life &Pension en 2008.

La société A conteste cette demande au motif que l'offre faite pour le projet D Life & Pension n'a finalement pas été sélectionnée par le client suite à des changements internes de celui-ci et que pour le projet C, l'offre n'avait tout simplement pas été acceptée par le client.

B n'établissant pas que les deux projets ont été définitivement conclus, sa demande au paiement d'éventuelles commissions n'est pas fondée.

Il n'y a dès lors pas lieu d'ordonner la communication d'une copie des propositions faites aux clients C en 2007 et D Life & Pension en 2008 ainsi qu'une copie des tableaux d'analyse de rentabilité, voire de nommer un expert pour le calcul de la perte de gain subie et du montant des commissions dues pour la période du 1er octobre au 30 novembre 2008.

Il y a partant lieu de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

B demande enfin la condamnation de la société A à lui payer la somme de 543 euros correspondant au solde des commissions dues au titre de l'année 2008 et calculées sur une marge brute réellement réalisée de 433.970 euros.

La société A ne conteste pas ce point, de sorte qu'il y a lieu de faire droit à cette demande.

- **Le recours de l'ETAT, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi**

L'ETAT conclut par réformation à la condamnation principalement de la société A, et subsidiairement de B, à lui payer la somme de 60.191,19 euros avancée à titre d'indemnités de chômage pour la période de décembre 2008 à mai 2010.

Par ses conclusions subséquentes elle redresse le montant réclamé à la somme de 60.696,02 euros.

C'est à juste titre que le tribunal a déclaré fondé ce recours pour autant que dirigé contre la socité A à la somme de 41.680,83 euros compte tenu de la période de référence retenue et aux pièces versées au dossier.

Il y a partant lieu de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

Finalement c'est à juste titre que le tribunal a dit fondée la demande de B pour le montant total de 71.320,968 + 2000 – 41.680,63 euros, soit la somme de 31.640,15 euros.

Les appels principal et incident ne sont dès lors pas fondés et il y a lieu de confirmer le jugement entrepris dans toute sa forme et teneur.

B conclut encore à la condamnation de la société A à lui payer le montant de 2.000 euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

Cette demande n'est pas fondée, à défaut par B d'établir que la société A aurait interjeté appel avec une légèreté blamâble.

Eu égard à l'issue du litige, c'est à juste titre que le tribunal du travail a condamné la société A à payer à B une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Eu égard encore à l'issue de l'instance d'appel, la demande de B en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est fondée pour le montant de 1.500 euros.

La société A succombant dans son appel, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure 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 appel principal et les appels incidents ;

Les dit non fondés, partant **confirme** le jugement entrepris ;

Dit fondée la demande de B en paiement du montant de 543,42 euros du chef de solde commission pour l'année 2008 ;

Partant condamne la société anonyme A (Luxembourg) s.a. à payer à B la somme de 543,42 euros avec les intérêts légaux à partir du 2 mars 2012, jour de la demande en justice jusqu'à solde ;

Dit que le taux d'intérêt sera automatiquement augmenté de trois points à partir du troisième mois qui suit la signification de l'arrêt à intervenir ;

Dit non fondée la demande de B en dommages et intérêts du chef de procédure abusive et vexatoire ;

Dit non fondée la demande de la société anonyme A (Luxembourg) s.a.sur base de l'article 240 du NCPC ;

Dit fondée la demande de B sur base de l'article 240 du NCPC ;

Partant condamne la société anonyme A (Luxembourg) s.a. à payer à B une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel ;

Condamne la société anonyme A (Luxembourg) s.a. à tous les frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Bertrand CHRISTMAN et

au profit de Maître Georges Pierret qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.