

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 21/25 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du treize février deux mille vingt-cinq.

Numéro CAL-2023-00297 du rôle

Composition:

Alain THORN, président de chambre,
Anne-Françoise GREMLING, premier conseiller,
Marc WAGNER, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

**la société à responsabilité limitée SOCIETE1.)
s.à r.l.,** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son
gérant actuellement en fonctions,

e n t

r e :

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luana
COGONI, en remplacement de l'huissier de justice Véronique REYTER
d'Esch-sur-Alzette, du 26 janvier 2023,

intimée sur appel incident,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO s.e.c.s.,
inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de
Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des
Primeurs, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Céline
DEFAY, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse,

et :

PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE2.),

intimé aux fins du susdit exploit COGONI,

appelant par incident,

comparant par Maître Bertrand COHEN-SABBAN, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture du 1^{er} octobre 2024.

Par requête déposée au greffe de la justice de paix de Luxembourg le 16 septembre 2021, PERSONNE1.) a fait convoquer la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) et la société européenne SOCIETE2.) SE devant le tribunal du travail pour voir condamner les parties défenderesses solidairement, sinon *in solidum* à lui payer les montants suivants, outre les intérêts légaux :

- 65.008,87 euros à titre de solde d'indemnité de départ légale,
- 425.235,05 euros à titre de solde d'indemnité de départ conventionnelle,
- 345.542,40 euros net à titre d'assurance perte involontaire d'emploi,
- 1.115.524,32 euros à titre d'indemnité de non-concurrence,
- 350.000 euros à titre de bonus pour l'exercice de juin 2019 à juin 2020,
- 97.246,65 euros à titre de paiement d'une retenue effectuée sur le solde de tout compte,
- 13.500 euros à titre de dépenses répétitives des mois de janvier, février et mars 2021,
- 80.000 euros, sinon 46.250 euros, à titre d'indemnité de déménagement.

PERSONNE1.) est entré au service de la société SOCIETE2.) SE, établie en France, en qualité de « *Directeur administratif et financier* » le 1^{er} juillet 2015.

Suivant un avenant à son contrat de travail du 22 janvier 2019, son temps de travail a été réduit à 20 % d'un temps plein.

Parallèlement à la conclusion de cet avenant, un contrat de travail à durée indéterminée prévoyant une reprise d'ancienneté au 1^{er} juillet 2015, a été conclu entre PERSONNE1.) et la filiale de la société SOCIETE2.) SE au Luxembourg, la société SOCIETE1.).

Le 1^{er} juin 2020, PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) ont conclu un avenant au contrat de travail du 22 janvier 2019, en présence de la société SOCIETE2.) SE. En vertu de cet avenant, il a été mis fin au contrat de travail français entre PERSONNE1.) et la société SOCIETE2.) SE avec effet au 31 mai 2020 et il a été précisé que le requérant prenait les fonctions d'« *Executive Vice President* » au sein de la société SOCIETE1.).

Par courrier du 11 novembre 2020, la société SOCIETE1.) a notifié à PERSONNE1.) son licenciement avec un préavis de 4 mois ayant débuté le 15 novembre 2020 et pris fin le 14 mars 2021.

PERSONNE1.) a affirmé qu'à la suite de sa nomination au poste d'« *Executive Vice President* », un certain PERSONNE2.) a repris le poste de directeur administratif et financier. Comme la relation entre PERSONNE2.) et lui-même n'aurait pas été bonne, le président du groupe SOCIETE2.), PERSONNE3.), aurait approché le requérant pour convenir avec lui des modalités de sa sortie de la société SOCIETE1.). PERSONNE1.) aurait marqué son accord pour quitter la société, à condition que celle-ci honore ses obligations résultant du contrat de travail et lui verse le bonus de l'exercice 2019/20.

En dépit de la promesse de PERSONNE3.) à cet égard, PERSONNE1.) n'aurait pas touché de bonus pour l'exercice 2019/2020.

Par ailleurs, la société SOCIETE1.) serait restée en défaut d'honorer correctement ses obligations découlant du contrat de travail. Elle aurait en outre procédé à une retenue de 97.246,65 euros sur le solde de tout compte du salarié.

PERSONNE1.) a actionné la société SOCIETE2.) SE, à titre principal, en sa qualité de garante des obligations de la société SOCIETE1.) et, à titre subsidiaire, en sa qualité de co-employeur.

La société SOCIETE2.) SE a sollicité sa mise hors cause.

La société SOCIETE1.) a contesté la version des faits du requérant, en soutenant que le contrat de travail n'avait pas été résilié d'un commun accord, mais que PERSONNE1.) avait fait l'objet d'un licenciement pour faute.

Elle a, en outre, contesté les montants réclamés par PERSONNE1.), en critiquant l'interprétation donnée par le requérant des diverses clauses contractuelles auxquelles il se réfère.

Elle a, par ailleurs, soutenu avoir une créance d'un montant de 16.952,04 euros à l'égard de PERSONNE1.).

Par jugement du 12 décembre 2022, le tribunal du travail de Luxembourg, statuant contradictoirement :

- a reçu la requête de PERSONNE1.) en la pure forme,
- s'est déclaré matériellement incompétent pour connaître des demandes en ce qu'elles sont dirigées à l'égard de la société européenne SOCIETE2.) SE,
- a déclaré fondée la demande de PERSONNE1.) en paiement d'un solde d'indemnité de départ légale à concurrence du montant de 34.563,66 euros,
- a déclaré fondée la demande de PERSONNE1.) en paiement d'un solde d'indemnité de départ conventionnelle à concurrence du montant de 59.892,67euros,
- a déclaré fondée la demande de PERSONNE1.) en paiement d'une indemnité de non-concurrence pour le montant de 750.181,90 euros,
- a déclaré fondée la demande de PERSONNE1.) en restitution d'une retenue opérée sur la fiche de salaire non périodique du mois de mars 2021 pour le montant de 97.246,65 euros,
- a condamné la société SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) la somme de 941.884,88 euros, avec les intérêts légaux à compter du 16 septembre 2021, date de la demande en justice, jusqu'à solde,
- a déclaré non fondée la demande de PERSONNE1.) en paiement de dommages et intérêts du chef de la non-souscription d'une assurance perte involontaire d'emploi,
- a déclaré non fondée la demande de PERSONNE1.) en paiement d'un bonus pour l'exercice 2019/20,
- a déclaré non fondée la demande de PERSONNE1.) en paiement d'arriérés de dépenses répétitives pour la période de janvier à mars 2021,
- a déclaré non fondée la demande de PERSONNE1.) en paiement d'une indemnité de déménagement,
- a condamné la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance.

Concernant les indemnités de départ légale et conventionnelle, le tribunal du travail s'est référé à la lettre de licenciement du 11 novembre 2020, qui indique ce qui suit :

Conformément aux dispositions de l'article L. 124-7 du code du travail, vous recevrez une indemnité de départ constituant un (1) mois de salaire qui sera payable à l'expiration de votre préavis légal ensemble avec votre dernier salaire. La base de référence de cette indemnité de départ sera calculée conformément à la définition donnée à l'article 15 § 4 de votre contrat de travail et ce, par dérogation à l'article L. 124-7 (3) du code du travail.

ainsi qu'à l'article 15, alinéas 2 et 3 de l'avenant au contrat de travail du 1^{er} juin 2020, aux termes duquel :

Outre l'indemnité de rupture de son Contrat prévu le cas échéant par la convention collective applicable, le Salarié est éligible à une indemnité de départ égale à 12 mois.

La base de référence de cette indemnité comprend la rémunération brute, fixe, variable ainsi que tout autre avantage financier ou en nature, ou indemnités de déplacements, accordé au Salarié sur les douze mois consécutifs les plus élevés des trente-six derniers mois précédant la date de résiliation du Contrat, hors congés payés (ci-après dénommée la « Rémunération Totale »).

En ce qui concerne la détermination de la « *rémunération totale* » servant de base de référence au calcul du montant de ces indemnités de départ légale et conventionnelle, le tribunal a constaté que si le contrat de travail du 22 janvier 2019 prévoit expressément à son article 10.1., la possibilité pour PERSONNE1.) de travailler pour une autre entité du groupe, parallèlement à son engagement au sein de la société SOCIETE1.), ni l'article 15 dudit contrat, ni l'avenant du 1^{er} juin 2020 ne mentionnent la rémunération perçue dans le cadre de la relation de travail parallèle.

Le tribunal en a conclu qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de cette rémunération dans l'évaluation de la « *rémunération totale* » servant de base au calcul des indemnités de départ.

Il a retenu qu'il convient, en revanche, d'inclure les frais en lien avec l'installation et le séjour de PERSONNE1.) au Grand-Duché de Luxembourg, visés par la circulaire du Directeur des contributions L.I.R. n°95/2 du 21 mai 2013 ayant pour objet l'encadrement fiscal des dépenses et charges en relation avec l'embauchage sur le marché international de salariés, eu égard aux termes

très larges de l'article 15, paragraphe 3, du contrat de travail, qui englobe « *tout avantage financier ou en nature* ».

Il a encore considéré que la circonstance que la société SOCIETE1.) estimait a posteriori qu'elle avait indûment payé certaines indemnités était sans pertinence, étant donné qu'il convenait de s'attacher aux montants effectivement versés au requérant et que, par ailleurs, la société défenderesse n'avait formulé aucune demande reconventionnelle en vue d'obtenir le remboursement d'un éventuel trop-payé.

La juridiction du premier degré a constaté que PERSONNE1.) avait perçu tous les mois - outre les montants figurant sur les fiches de salaire, parmi lesquels une indemnité dite « *circulaire* » de 1.500 euros - le montant de 5.500 euros, à titre de remboursement des frais de logement.

La juridiction de première instance a donc retenu que la période de 12 mois consécutifs présentant la rémunération la plus élevée, suivant le tableau figurant en page 7 de la requête, correspondait à la période allant du mois de novembre 2019 au mois d'octobre 2020 et a dit que le calcul de la « *rémunération totale* » visée à l'article 15 de l'avenant au contrat de travail s'établissait comme suit :

octobre 2020 :	29.517,73 + 6.500 euros
septembre 2020 :	29.517,73 + 6.500 euros
août 2020 :	29.517,73 + 6.500 euros
juillet 2020 :	29.517,73 + 6.500 euros
juin 2020 :	29.517,73 + 6.500 euros
mai 2020 :	25.250,65 + 6.500 euros
avril 2020 :	25.250,65 + 6.500 euros
mars 2020 :	25.250,65 + 6.500 euros
février 2020 :	25.250,65 + 6.500 euros
janvier 2020 :	25.250,65 + 6.500 euros
décembre 2019 :	374.170,00 + 6.500 euros
novembre 2019 :	<u>24.170,00 + 6.500 euros</u>
TOTAL :	672.181,90 + 78.000 euros

Le tribunal en a conclu que le requérant pouvait prétendre au paiement d'une indemnité de départ légale d'un montant de $[750.181,90/12=]$ 62.515,15 euros et d'une indemnité de départ conventionnelle de 750.181,90 euros.

Le requérant ayant d'ores et déjà perçu la somme de 27.951,49 euros à titre d'indemnité de départ légale et la somme de 690.289,23 euros à titre

d'indemnité de départ conventionnelle, le tribunal a fait droit à sa demande en paiement d'un solde d'indemnité de départ légale à concurrence du montant de [62.515,15 - 27.951,49 =] 34.563,66 euros et à la demande en paiement d'un solde d'indemnité de départ conventionnelle à concurrence du montant de [750.181,90 - 690.289,23 =] 59.892,67 euros.

Concernant l'assurance « *perte involontaire d'emploi* », prévue à l'article 10.2.8 du contrat de travail, le tribunal a considéré qu'en sa qualité d'administrateur de la catégorie A, le requérant avait le pouvoir d'entreprendre les démarches utiles à son adhésion à une telle assurance et d'obtenir la signature d'un second administrateur.

Constatant qu'il ne résultait d'aucun élément du dossier que le requérant aurait fait le nécessaire en vue de souscrire l'assurance litigieuse ou d'interpeller le conseil d'administration de la société à ce sujet, le tribunal a retenu que PERSONNE1.) ne pouvait prétendre à l'indemnisation de la perte qu'il estimait avoir subie du fait de ce défaut de souscription.

Le tribunal a ensuite dit qu'à défaut de disposition contractuelle prévoyant une telle possibilité, la société SOCIETE1.) ne pouvait unilatéralement renoncer à l'application de l'article 16 du contrat de travail, tel que modifié suivant avenant du 1^{er} juin 2020, prévoyant l'allocation d'une indemnité de non-concurrence au salarié.

Faute de preuve que le requérant ait fait concurrence à la société SOCIETE1.), le tribunal a dit que sa demande en allocation d'une indemnité de non-concurrence était fondée pour le montant de [62.515,15 x 12 =] 750.181,90 euros.

PERSONNE1.) a été débouté de sa demande en paiement d'un bonus pour l'exercice 2019/2020, eu égard à la clause de libéralité contenue à l'article 7.2. du contrat de travail et à défaut de preuve d'un engagement de la société SOCIETE1.) au paiement du bonus litigieux.

Concernant la fiche de salaire non périodique du mois de mars 2021, qui fait apparaître une retenue d'un montant de 97.246,65 euros, le tribunal a constaté que la société SOCIETE1.) ne versait aucune pièce, ni aucun décompte et que ses explications fournies quant à la retenue effectuée manquaient de précision.

Il a partant fait droit à la demande de PERSONNE1.) en paiement du montant de 97.246,65 euros.

Quant à la demande du requérant en remboursement de ses frais de logement pour la période de janvier à mars 2021, la juridiction de première instance a noté que le contrat de travail prévoyait à son article 10.2.7. la prise en charge par la société SOCIETE1.) de certains coûts supportés par PERSONNE1.), en lien avec son déplacement de son pays d'origine vers le Grand-Duché, en l'occurrence les dépenses répétitives et, plus particulièrement, les frais de logement.

L'article 8.2.2. dudit contrat précisant que les dépenses et charges visées à l'article 10.2.7. ne constituaient pas un revenu (avantage en nature) dans le chef du salarié, le tribunal a retenu que la société SOCIETE1.) pouvait demander à PERSONNE1.) de lui fournir des pièces documentant le montant de son loyer et de ses charges.

Faute pour PERSONNE1.) de ce faire, à la suite de la demande qui lui avait été adressée en janvier 2021, le tribunal a considéré que la société SOCIETE1.) était en droit de cesser le versement des indemnités destinées à couvrir les frais concernés à partir du mois de janvier 2021.

PERSONNE1.) a, dès lors, été débouté de sa demande en paiement d'arriérés de dépenses répétitives pour la période de janvier à mars 2021.

Le tribunal a également débouté le requérant de sa demande en paiement d'une indemnité de déménagement, au motif que les conditions d'application du dernier alinéa de l'article 15 de l'avenant n'étaient pas remplies en l'espèce, PERSONNE1.) n'ayant pas déménagé de son appartement au Grand-Duché de Luxembourg à la suite de son licenciement.

De ce jugement, qui lui a été notifié le 19 décembre 2022, la société SOCIETE1.) a relevé appel par acte d'huissier du 26 janvier 2023.

Par ordonnance rendue le 14 décembre 2023 en application de l'article 212 du Nouveau Code de procédure civile, le magistrat de la mise en état a rejeté l'exception du libellé obscur soulevée par l'intimé.

La société SOCIETE1.) demande à la Cour de dire que la « *rémunération totale* », telle que définie à l'article 15 de l'avenant au contrat de travail et servant de base au calcul de différentes indemnités, se chiffre au montant de 497.471,90 euros, sinon de 547.471,90 euros.

Elle fait grief au tribunal d'avoir pris en compte l'indemnité dite « *circulaire* » de 1.500 euros par mois, le montant mensuel versé à titre de dépenses

répétitives et le « *montant restant de 350.000 euros* » en ce qui concerne le mois de décembre 2019, pour le calcul de la « *rémunération totale* ».

Elle demande partant à voir réduire sa condamnation au titre du solde de l'indemnité de départ légale au montant de 13.504,50 euros, sinon de 17.671,17 euros.

Elle demande encore à se voir décharger de la condamnation au paiement du montant de 59.892,67 euros, au titre du solde de l'indemnité de départ conventionnelle, et réclame, à titre reconventionnel, la condamnation de PERSONNE1.) à lui payer le montant de 192.817,33 euros, sinon de 142.817,33 euros, avec les intérêts légaux à compter de la date de la signification l'acte d'appel, jusqu'à solde, à titre de remboursement d'un trop-perçu.

La partie appelante sollicite sa décharge de la condamnation au paiement du montant de 750.181,90 euros, à titre d'indemnité de non-concurrence.

Elle soutient, à titre principal, que la clause de non-concurrence figurant dans le contrat de travail de PERSONNE1.) est nulle.

En effet, la clause litigieuse violerait les conditions posées par l'article L.125-8 du Code du travail et de la jurisprudence, en ce qu'elle serait excessive quant à son objet et quant au secteur géographique fixé.

A titre subsidiaire, la partie appelante fait valoir que sa renonciation à l'application de la clause de non-concurrence aux termes de la lettre de licenciement du 11 novembre 2020 est à déclarer valable, compte tenu de l'absence de contestation émise dans un délai raisonnable par l'intimé et de l'acceptation tacite de la renonciation par ce dernier.

A titre plus subsidiaire, l'appelante estime que l'intimé a violé la clause de non-concurrence, dans la mesure où il aurait posé sa candidature pour le poste de CEO auprès de la société SOCIETE3.), à la suite de son licenciement.

A titre encore plus subsidiaire, la partie appelante demande à voir réduire le champ d'application de la clause de non-concurrence et à voir réduire corrélativement le montant de l'indemnité à 30 % de « *la rémunération totale* ».

Il y aurait partant lieu de retenir que l'indemnité de non-concurrence s'élève au montant de 149.241,57 euros, sinon de 164.241,57 euros.

A titre de dernière subsidiarité, pour le cas où il n'y aurait pas lieu à réduction de l'indemnité à 30 % de « *la rémunération totale* », il conviendrait de dire que l'indemnité de non-concurrence s'élève au montant de 497.471,90 euros, sinon de 547.471,90 euros.

La partie appelante demande, en outre, à voir déclarer la retenue effectuée sur la fiche de salaire du mois de mars 2021 valable pour le montant net de 97.602,34 euros.

A titre subsidiaire, elle sollicite, à titre reconventionnel, la condamnation de l'intimé à lui payer le prédit montant, outre les intérêts légaux à compter de la signification de l'acte d'appel, jusqu'à solde, et demande à voir ordonner la compensation judiciaire.

La société SOCIETE1.) conclut au rejet de l'appel incident de PERSONNE1.) ainsi que de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Elle réclame une indemnité de procédure de 3.000 euros pour l'instance d'appel et la condamnation de l'intimé aux frais et dépens de l'instance d'appel.

PERSONNE1.) demande à la Cour de déclarer non fondé l'appel principal.

Il conclut à l'irrecevabilité des demandes en remboursement de l'indemnité « *circulaire* » et de dépenses répétitives, au motif qu'il s'agit de demandes nouvelles, prohibées en instance d'appel.

Il fait valoir que les demandes ne constituent pas une défense à l'action principale et qu'aucune demande en compensation n'a été formulée dans l'acte d'appel.

Les demandes se heurteraient, par ailleurs, à l'aveu judiciaire contenu dans un courrier du 25 octobre 2022, adressé au tribunal du travail.

Aux termes dudit courrier, la partie SOCIETE1.) aurait reconnu que l'indemnité « *circulaire* » et les dépenses répétitives étaient en principe à prendre en compte pour déterminer le montant de la « *rémunération totale* ».

A titre subsidiaire, PERSONNE1.) soutient que les montants litigieux lui étaient dus.

Il relève appel incident du jugement du 12 décembre 2022 et demande à voir fixer la base de référence au titre de la « *rémunération totale* » au montant de 1.115.524,28 euros.

Il estime que les juges de première instance ont fait une interprétation erronée de l'article 15 de l'avenant au contrat de travail en se limitant aux revenus payés par l'entité luxembourgeoise pour déterminer le montant de la « *rémunération totale* », au lieu de prendre en considération la rémunération qu'il avait perçue au niveau du groupe SOCIETE2.) au cours des 36 derniers mois ayant précédé la rupture du contrat de travail et de constater que la période de 12 mois consécutifs présentant la rémunération la plus élevée, s'étendait du mois de novembre 2018 au mois d'octobre 2019.

Il demande, dès lors, à voir condamner la société SOCIETE1.) à lui payer le montant de 65.008,87 euros, au titre du solde de l'indemnité de départ légale, ainsi que le montant de 425.235,05 euros, au titre du solde de l'indemnité de départ conventionnelle, ces montants avec les intérêts légaux à partir du 15 mars 2021, date du terme du préavis, sinon du 4 mai 2021, date d'une mise en demeure, jusqu'à solde.

Il demande, en outre, à voir condamner la société SOCIETE1.) à lui payer le montant de 1.115.524,32 euros, outre les intérêts légaux à compter des dates d'échéances mensuelles respectives, jusqu'à solde, à titre d'indemnité de non-concurrence.

Il sollicite, par ailleurs, la condamnation de la société SOCIETE1.) à lui payer le montant de 345.542,40 euros, avec les intérêts légaux à partir du 15 mars 2021, date du terme du préavis, sinon du 4 mai 2021, date d'une mise en demeure, jusqu'à solde, au titre de l'assurance perte involontaire d'emploi, le montant de 350.000 euros, avec les intérêts légaux à partir du 30 novembre 2020, date de la confirmation de PERSONNE3.), sinon du 15 mars 2021, date du terme du préavis, sinon du 4 mai 2021, date d'une mise en demeure, jusqu'à solde, à titre de bonus relatif à l'exercice de juin 2019 à juin 2020, ainsi que le montant de 16.500 euros, avec les intérêts légaux à partir du 15 mars 2021, date du terme du préavis, sinon du 4 mai 2021, date d'une mise en demeure, jusqu'à solde, au titre des dépenses répétitives des mois de janvier, février et mars 2021.

PERSONNE1.) réclame une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel et la condamnation de la société SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.

Appréciation de la Cour

Quant à la recevabilité des appels principal et incident

Il est rappelé que, par ordonnance rendue en application de l'article 212 du Nouveau Code de procédure civile, le magistrat de la mise en état a rejeté l'exception du libellé obscur soulevée par l'intimé.

L'appel principal est, par ailleurs, recevable pour avoir été interjeté dans le délai et les formes prévus par la loi.

L'appel incident est également à déclarer recevable.

Quant à la recevabilité des demandes en remboursement formulées par la société SOCIETE1.)

PERSONNE1.) conclut à l'irrecevabilité de la demande en remboursement au titre de l'indemnité « *circulaire* » et de la demande en remboursement de dépenses répétitives, au motif qu'il s'agit de demandes nouvelles, prohibées en instance d'appel.

L'admissibilité d'une demande nouvelle en instance d'appel est régie par l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile qui est de la teneur suivante :

« Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, 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. »

La société SOCIETE1.) soutient que les montants payés au titre de l'indemnité « *circulaire* » et des dépenses répétitives n'étaient pas dus à PERSONNE1.) et en réclame le remboursement, notamment dans le but de ne pas voir prendre en compte les montants y afférents dans le calcul de la rémunération de base.

Les demandes en remboursement relèvent partant de la défense opposée par la société SOCIETE1.) à l'action principale.

Elles tendent, par ailleurs - tout comme les demandes en remboursement d'un trop-perçu au titre de l'indemnité de départ conventionnelle et en paiement du

montant de 97.246,65 euros - à opérer une compensation judiciaire entre créances réciproques.

Il s'ensuit que les demandes en remboursement, formulées à titre reconventionnel par la société SOCIETE1.), ne se heurtent pas au prescrit de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile et sont recevables.

Quant aux indemnités de départ légale et conventionnelle

La lettre de licenciement du 11 novembre 2020 prévoit ce qui suit :

Conformément aux dispositions de l'article L. 124-7 du code du travail, vous recevrez une indemnité de départ constituant un (1) mois de salaire qui sera payable à l'expiration de votre préavis légal ensemble avec votre dernier salaire. La base de référence de cette indemnité de départ sera calculée conformément à la définition donnée à l'article 15 § 4 de votre contrat de travail et ce, par dérogation à l'article L. 124-7 (3) du code du travail.

Aux termes de l'article 15, alinéas 2 et 3, de l'avenant au contrat de travail du 1^{er} juin 2020 :

Outre l'indemnité de rupture de son Contrat prévu le cas échéant par la convention collective applicable, le Salarié est éligible à une indemnité de départ égale à 12 mois.

La base de référence de cette indemnité comprend la rémunération brute, fixe, variable ainsi que tout autre avantage financier ou en nature, ou indemnités de déplacements, accordé au Salarié sur les douze mois consécutifs les plus élevés des trente-six derniers mois précédant la date de résiliation du Contrat, hors congés payés (ci-après dénommée la « Rémunération Totale »).

Il convient de noter que, dans la lettre de licenciement, l'employeur se réfère erronément à « l'article 15 § 4 » du contrat de travail, au lieu de l'article 15, alinéa 3, précité, lequel définit la base de référence de l'indemnité de départ.

C'est à juste titre que le tribunal du travail a souligné que, si le contrat de travail du 22 janvier 2019 prévoit expressément à son article 10.1., la possibilité pour PERSONNE1.) de travailler pour une autre entité du groupe, parallèlement à son engagement au sein de la société SOCIETE1.), et si PERSONNE1.) a été simultanément au service de la société SOCIETE1.) et de la société SOCIETE2.) SE jusqu'au 31 mai 2020, ni l'article 15 du contrat de travail du 22 janvier 2019, ni l'avenant du 1^{er} juin 2020, ne mentionnent la

rémunération perçue dans le cadre de la relation de travail avec la société SOCIETE2.) SE.

A noter encore que l'article 15 du contrat du 22 janvier 2019 et l'article 15 de l'avenant du 1^{er} juin 2020 se réfèrent uniquement à la relation de travail entre PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.) (« *l'indemnité de rupture de son Contrat* », « *la date de résiliation du Contrat* »), à laquelle la société SOCIETE2.) SE était étrangère.

Le tribunal est partant à approuver en ce qu'il n'a pas pris en considération la rémunération perçue par PERSONNE1.) de la part de la société SOCIETE2.) SE jusqu'au 31 mai 2020, pour déterminer le montant de la « *rémunération totale* » servant de base au calcul des indemnités de départ légale et conventionnelle.

La société SOCIETE1.) fait ensuite valoir que seuls le salaire brut de base, l'avantage en nature pour le véhicule de fonction, ainsi que le montant brut de la rémunération variable, réglés à PERSONNE1.), sont à prendre en compte pour la détermination de la « *rémunération totale* ».

L'article 10.2.7. du contrat de travail, intitulé « *Prise en charge de dépenses et charges* » est libellé comme suit :

« Dans le cadre du régime des salariés hautement qualifiés et spécialisés prévu par la Circulaire, l'Employeur s'engage à prendre en charge certains coûts supportés par le Salarié liés au déplacement de ce dernier de son pays d'origine vers le Grand-Duché de Luxembourg. »

Les frais et dépenses de déménagement auxquels le salarié peut demander une participation de l'Employeur sont les suivants, pour autant que les sommes exposées ne dépassent pas un montant raisonnable :

> dépenses et charges non répétitives entraînées par le déménagement :

[...]

> dépenses et charges répétitives entraînées par le déménagement transfrontalier :

- frais de logement de la résidence au Grand-Duché de Luxembourg :*
 - sous réserve que l'ancienne résidence habituelle du Salarié reste maintenue dans son Etat d'origine, les frais de logement admissibles sont le loyer, les frais de chauffage, de gaz,*

d'électricité, d'eau, d'ascenseur, les taxes et impôts connexes. Ne sont pas visés les frais d'entretien et de nettoyage ni de la nouvelle résidence, ni de la résidence maintenue dans l'Etat d'origine ;

- *si le salarié ne maintient pas son ancienne résidence habituelle dans son Etat d'origine, les frais admissibles ne comprennent que le différentiel du coût du logement, à savoir le surcroît desdits frais de logement entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'Etat d'origine.*
- *frais d'un voyage annuel entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'Etat d'origine pour le Salarié lui-même, son conjoint ou partenaire et les enfants de son ménage (les frais admissibles sont les frais de déplacement) ;*
- *égalisation fiscale des impôts indigènes en vue de compenser le différentiel de la charge fiscale entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'Etat d'origine (« tax equalisation ») ;*

Les dépenses et les charges répétitives mentionnées ci-dessus ne peuvent dépasser ni 50.000,- EUR (cinquante mille Euros) par année ou 80.000,- EUR (quatre-vingt mille Euros) lorsque le Salarié partage une résidence commune avec son conjoint/partenaire, ni 30% du total annuel des rémunérations fixes du Salarié.

- *frais supplémentaires de scolarité pour l'enseignement des enfants du Salarié ou de son conjoint ou partenaire [...] ;*
- *indemnité forfaitaire visant à couvrir le différentiel du coût de la vie entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'Etat d'origine. Le montant mensuel de cette indemnité est forfaitairement fixé à 8 % de la rémunération mensuelle fixe du Salarié sans pouvoir dépasser 1.500,- EUR (mille cinq cents euros) (16% et 3.000,- EUR lorsque le Salarié partage une résidence commune avec son conjoint/partenaire si ce dernier n'exerce aucune activité).*

Ces coûts seront remboursés sur bases de factures probantes remises par le Salarié à l'Employeur. »

L'article précité a été inséré au contrat de travail sur base de la circulaire du Directeur des contributions L.I.R. n°95/2 du 21 mai 2013 ayant pour objet l'encadrement fiscal des dépenses et charges en relation avec l'embauchage sur le marché international de salariés (la circulaire LIR 95/2).

L'indemnité forfaitaire visée à l'avant-dernier alinéa de l'article 10.2.7. du contrat de travail est appelée « *indemnité circulaire* » sur les fiches de salaire.

C'est à bon droit que la juridiction de première instance a retenu qu'eu égard aux termes de l'article 15, paragraphe 3, qui vise notamment « *tout avantage financier ou en nature* », il y a lieu d'inclure l'indemnité « *circulaire* » dans le calcul de la « *rémunération totale* ».

Contrairement aux arguments de l'appelante, le fait que le montant de 1.500 euros, payé au salarié à titre de l'indemnité « *circulaire* », constitue un montant net est indifférent à cet égard.

A noter encore que le dernier alinéa de l'article 10.2.7. du contrat de travail, aux termes duquel « *[c]es coûts seront remboursés sur bases de factures probantes remises par le Salarié à l'Employeur* » ne saurait viser que les autres dépenses et frais énumérés par ledit article et non l'indemnité « *circulaire* » visée à l'avant-dernier alinéa, qui constitue un forfait proportionnel au montant de la rémunération.

Le fait que PERSONNE1.) ait, le cas échéant, omis de verser certaines pièces justificatives concernant ses frais est donc sans incidence sur son droit au paiement de l'indemnité « *circulaire* » et sur la prise en compte de cette indemnité pour déterminer la « *rémunération totale* ».

La juridiction du premier degré a constaté, en outre, que PERSONNE1.) avait perçu tous les mois, en sus du montant figurant sur les fiches de salaire, le montant de 5.500 euros, à titre de frais de logement.

L'intimé relève que, dans son acte d'appel, la société SOCIETE1.) estime que la « *rémunération totale* » à prendre en considération pour calculer les indemnités de départ est « *à titre principal égale au montant brut de 497.471,90 EUR, sinon, à titre plus subsidiaire, au montant brut de 547.471,90 EUR* », alors que, dans un courrier adressé le 25 octobre 2022 au tribunal du travail, elle avait indiqué que « *le salaire total de référence à prendre en considération est fixé comme suit [...] 740.179- EUR* ».

L'intimé fait valoir que ledit courrier (pièce 35 de la partie intimée) vaut aveu judiciaire au sens de l'article 1356 du Code civil et « *fait pleine foi contre l'appelante* ».

L'article 1356 du Code civil définit l'aveu judiciaire comme la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

L'aveu judiciaire consiste pour un plaideur à reconnaître pour vrai, de manière non équivoque, un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques (cf. Cass.fr. civ. 1^{ière}, 4 mai 1976, n° 75-10.452, JurisData n°1976-098182).

Ne saurait être admis comme aveu la déclaration d'une partie ayant porté sur un point de droit et non sur un fait.

Le décompte concernant le « *salaire total de référence pour les indemnités de départ à prendre en considération* », adressé par le précédent mandataire de la société SOCIETE1.) au tribunal du travail, ne contient aucune reconnaissance quant à un fait et ne saurait produire des effets juridiques contre l'appelante.

Le courrier litigieux ne fait partant pas obstacle à ce qu'en instance d'appel, la société SOCIETE1.) produise un nouveau décompte, en expliquant avoir erronément intégré certains montants dans le calcul du salaire de référence, présenté en première instance.

Il est constant en cause que, jusqu'au mois de décembre 2020, la société SOCIETE1.) a versé un montant mensuel d'au moins 5.500 euros à PERSONNE1.), à titre de dépenses répétitives.

La partie appelante verse une fiche intitulée « *dépenses répétitives* », reprenant, à titre de « *frais de logement* », le montant de 6.392,81 euros pour le mois de janvier 2019 et le montant mensuel de 5.500 euros pour les mois de février 2019 à décembre 2019 (pièce 21 de la partie appelante).

Sur lesdites fiches, le nom de PERSONNE1.) est indiqué comme « *demandeur* » et celui de l'administrateur PERSONNE3.), comme « *approbateur* ».

Il faut donc admettre que les notes de frais établies par PERSONNE1.) ont été approuvées par la société SOCIETE1.), de sorte que cette dernière est actuellement malvenue à contester que les montants litigieux étaient dus, au motif que le salarié n'avait pas versé de pièces relatives au paiement effectif d'un loyer au Luxembourg et en France et n'avait pas justifié de sa cohabitation avec son épouse au Luxembourg.

Les montants litigieux sont donc à prendre en considération pour déterminer le montant de la « *rémunération totale* ».

Comme la Cour l'a relevé ci-avant en ce qui concerne les indemnités « *circulaire* », le fait que les sommes remboursées au titre des dépenses répétitives constituaient des montants nets et non des montants bruts, est sans incidence à cet égard.

En ce qui concerne la rémunération variable, la partie appelante fait valoir que c'est à tort que la juridiction de première instance a pris en compte le montant de 350.000 euros, au lieu du montant de 175.290 euros, pour déterminer le montant de la « *rémunération totale* ».

Elle soutient que le montant de 350.000 euros brut résulte d'un document prévoyant un plan de warrant avant opération boursière, intitulé « *Warrant Scheme – SOCIETE1.) – octobre 2019* » (pièce 11 de la partie intimée).

Seul le montant brut finalement octroyé au salarié serait à prendre en compte, soit le montant de 175.290 euros, repris dans la fiche de salaire non périodique du mois de décembre 2019 (pièce 12 de la partie appelante).

Force est de constater que le document intitulé « *Warrant Scheme – SOCIETE1.) – octobre 2019* » (pièce 11 de la partie intimée), porte sur l'allocation à PERSONNE1.) de 5.843 « *warrants* », correspondant à un montant de 350.000 euros, qualifié de « *bonus amount* ».

Le document est signé par PERSONNE3.) et PERSONNE1.) et porte la mention suivante : « *please transfer with value date 07/11/19 the rounded warrant numbers from the account nr [...] to the beneficiary securities accouts (on the basis of the breakdown given above)* ».

L'intimé verse encore un extrait de compte, dont il résulte que les montants respectifs de 84.143,29 euros et 247.880,64 euros ont été versés sur son compte le 13 mai 2020, avec les mentions « *OPERATION DE BOURSE VENTE : 5,843 Hedge ETF iShares [...]* » et « *OPERATION DE BOURSE VENTE : 5,843 Warrant ETF[...]* » (pièce 11 de la partie intimée).

Tant le document relatif à l'allocation des « *warrants* » que l'extrait de compte se réfèrent à un contrat de base n° NUMERO1.).

Au vu desdites pièces, il y a lieu d'admettre que, contrairement aux affirmations de la partie appelante, l'intimé s'est bien vu allouer un bonus d'un montant brut de 350.000 euros à la fin de l'année 2019.

C'est donc à juste titre que le tribunal du travail a pris en considération ledit montant dans la détermination de la « *rémunération totale* » servant de base au calcul des indemnités de départ.

Eu égard aux considérations qui précèdent, le tribunal du travail est à approuver en ce qu'il a dit que la période de 12 mois consécutifs présentant la rémunération la plus élevée, correspond à la période allant du mois de novembre 2019 au mois d'octobre 2020 et que le calcul de la « *rémunération totale* » visée à l'article 15 de l'avenant du contrat de travail s'élevait au montant de 750.181,90 euros, conformément au calcul suivant :

octobre 2020 :	29.517,73 + 6.500 euros
septembre 2020 :	29.517,73 + 6.500 euros
août 2020 :	29.517,73 + 6.500 euros
juillet 2020 :	29.517,73 + 6.500 euros
juin 2020 :	29.517,73 + 6.500 euros
mai 2020 :	25.250,65 + 6.500 euros
avril 2020 :	25.250,65 + 6.500 euros
mars 2020 :	25.250,65 + 6.500 euros
février 2020 :	25.250,65 + 6.500 euros
janvier 2020 :	25.250,65 + 6.500 euros
décembre 2019 :	374.170,00 + 6.500 euros
novembre 2019 :	<u>24.170,00 + 6.500 euros</u>
TOTAL :	672.181,90 + 78.000 euros

Le montant de l'indemnité de départ légale devant revenir à PERSONNE1.) s'élève partant au montant de $[750.181,90 : 12 =]$ 62.515,15 euros et celui de l'indemnité de départ conventionnelle au montant de 750.181,90 euros.

Le jugement entrepris est, par conséquent, à confirmer en ce qu'il a dit fondée la demande de PERSONNE1.) en paiement des montants respectifs de $[62.515,15 - 27.951,49 =]$ 34.563,66 euros et de $[750.181,90 - 690.289,23 =]$ 59.892,67 euros, à titre de solde des indemnités de départ légale et conventionnelle.

Quant à la demande de PERSONNE1.) en paiement d'arriérés de dépenses répétitives pour les mois de janvier à mars 2021

Concernant les mois de janvier à mars 2021, PERSONNE1.) verse actuellement des extraits de compte documentant le paiement d'un montant de 5.500 euros à une société SOCIETE4.) (pièce 40 de la partie intimée), un document intitulé « *quittance de loyer* » pour la période du 1^{er} janvier au 31

mars 2021, indiquant comme émetteur une entité dénommée « *Indivision LE ROY* » (pièce 53 de la partie intimée), ainsi que des extraits de compte y afférents (pièce 52 de la partie intimée).

Il verse également le contrat de bail concernant son logement au Grand-Duché de Luxembourg, dans lequel lui-même et son épouse figurent comme locataires et une société SOCIETE4.) comme bailleresse (pièce 40 de la partie intimée).

La Cour considère que les pièces prémentionnées documentent à suffisance que PERSONNE1.) payait un loyer au Luxembourg aussi bien qu'en France, jusqu'à la fin des relations de travail entre parties, en date du 15 mars 2021.

Dans la mesure où l'échange de courriels des 18 et 21 janvier 2021 entre mandataires des parties, auquel s'est référé le tribunal du travail, ne figure pas au dossier soumis à la Cour, le refus de PERSONNE1.) de soumettre à la société SOCIETE1.) les pièces justificatives quant au paiement des prédits loyers laisse d'être établi.

La société SOCIETE1.), qui avait versé le montant mensuel de 5.500 euros à titre de remboursement de dépenses répétitives à PERSONNE1.) jusqu'en décembre 2020, ne fournit, par ailleurs, pas d'éléments dont il résulterait qu'au cours des mois de janvier à mars 2021, l'épouse du salarié, figurant comme colocataire sur le contrat de bail, n'aurait pas cohabité avec lui.

Il n'y a partant pas lieu de plafonner la mensualité à verser pour la période litigieuse au montant de $[50.000/12 =] 4.166,67$ euros, applicable lorsque le salarié ne partage pas une résidence commune avec son conjoint/partenaire, en application de l'article 10.2.7., précité, du contrat de travail.

Il s'ensuit que la demande de PERSONNE1.) en paiement d'arriérés de dépenses répétitives est fondée pour le montant de $[2 \times 5.500 + 14/31 \times 5.500 =] 13.484,87$ euros, couvrant la période du 1^{er} janvier au 14 mars 2021, date de la fin des relations de travail, par réformation de la décision déferée.

Quant à la retenue effectuée sur la fiche de salaire non périodique du mois de mars 2021

La société SOCIETE1.) explique qu'elle a retenu le montant net de 97.246,65 euros sur la fiche de salaire non périodique du mois de mars 2021 (pièce 10 de la partie appelante).

Ledit montant correspondrait à la somme à rembourser par PERSONNE1.), constitué par le montant résultant de la régularisation des cotisations sociales sur le montant brut de 175.290 euros, octroyé à titre de « *warrants* », documenté par la fiche de salaire non périodique du mois de décembre 2019 (pièce 11 de la partie appelante), soit le montant de 81.402,49 euros, ainsi que par une partie du trop-payé au titre des dépenses répétitives, soit le montant de 16.000 euros.

Le montant de 16.000 euros correspondrait à la différence entre le montant des dépenses répétitives effectivement versées au salarié pour une année entière (66.000 euros) et le montant maximum (50.000 euros) pouvant être payé à titre de « *dépenses répétitives* », aux termes de l'article 10.2.7. du contrat de travail.

Il convient de constater que la fiche de salaire non périodique du mois de mars 2021 ne contenait aucune précision quant à la retenue du montant de 97.246,65 euros et que ledit montant ne correspond ni exactement au montant de 97.602,34 euros, résultant des décomptes figurant aux pages 35 et 36 des conclusions de synthèse du 23 juillet 2024 de la partie appelante, ni au montant de $[81.402,49 + 16.000 =]$ 97.402,49 euros, résultant du calcul effectué sur base des affirmations de la partie appelante aux pages 34 et 35 des mêmes conclusions.

La Cour constate, dès lors, que les explications fournies par la partie appelante quant à un trop-payé pour justifier la retenue effectuée manquent de cohérence et de précision.

Il s'y ajoute que ni la fiche non-périodique du mois de décembre 2019, ni aucune autre pièce ne sont de nature à établir que PERSONNE1.) aurait effectivement perçu un trop-payé au titre de « *warrants* », à la suite d'une confusion entre montants bruts et nets.

Tel qu'il résulte des développements ci-avant, la partie appelante reste, en outre, en défaut d'établir un trop-payé au titre des dépenses répétitives.

Il s'ensuit que le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a dit fondée la demande de PERSONNE1.) en paiement du montant de 97.246,65 euros, sans qu'il soit nécessaire d'analyser si la retenue a été effectuée en violation de l'article L.224-3 du Code du travail.

Quant à l'assurance « *perte involontaire d'emploi* »

L'article 10.2.8. du contrat de travail à durée indéterminée du 22 janvier 2019, lequel est intitulé « *Complémentaire santé et police d'assurance* », prévoit ce qui suit :

« Une complémentaire santé ainsi qu'une police d'assurance contre la perte involontaire de son emploi seront attribuées au Salarié et constitutives d'un avantage en nature pour le Salarié. »

La police d'assurance contre la perte involontaire de son emploi correspondra à ce qui aurait été obtenu par le Salarié au titre de la Garantie Sociale des Chefs et dirigeants d'entreprise en France sur une période de 18 (dix-huit) mois.

Dans le cas où la police d'assurance contre la perte involontaire de son emploi ne serait pas activable, la Société compensera les indemnités dues. »

Il convient d'emblée de noter qu'il ne saurait être déduit de son omission d'agir en réparation pour licenciement abusif, que le salarié, congédié avec préavis, n'aurait pas perdu son emploi « *involontairement* ».

Contrairement au tribunal du travail, la Cour considère ensuite que la qualité d'administrateur de la catégorie A de la société SOCIETE1.) n'implique pas qu'il lui ait appartenu de veiller personnellement à ce que l'assurance litigieuse soit souscrite pour son compte par la société.

Il ne résulte pas non plus du dossier qu'aucune des parties n'aurait eu « *la volonté de permettre à cette clause d'être appliquée* », tel que le soutient la société SOCIETE1.).

Il aurait partant appartenu à l'employeur de contracter une assurance contre la perte involontaire d'emploi, pour compte de PERSONNE1.).

L'omission de l'employeur de ce faire a impliqué qu'aucune police d'assurance n'était « *activable* », au sens de l'alinéa 3 de l'article 10.2.8. du contrat de travail, de sorte que PERSONNE1.) peut, en principe, prétendre à une compensation correspondant au montant des allocations qu'il aurait pu obtenir « *au titre de la Garantie Sociale des Chefs et dirigeants d'entreprise en France* ».

Il y a, par conséquent, lieu d'analyser si l'intimé remplissait les conditions pour toucher des allocations « *au titre de la Garantie Sociale des Chefs et dirigeants d'entreprise en France* » (ci-après « *le régime GSC* »).

Au point 23 de l'article issu de la base de données française Lexis360, D.O. Social > Travailleurs indépendants > Régimes facultatifs, intitulé « S-7790 : *Travailleurs indépendants – Régimes facultatifs des dirigeants en cas de perte d'emploi subie* » (pièce 32 de la partie intimée), il est indiqué ce qui suit :

« Situation du participant pouvant prétendre aux avantages de Pôle emploi – Le participant peut, dans certains cas, cumuler le bénéfice des allocations d'assurance chômage versées par Pôle emploi et de celles prévues par le régime GSC :

>> les allocations d'assurance chômage et celles prévues par le régime GSC peuvent se cumuler si les avantages de Pôle emploi résultent d'une fonction ou activité exercée simultanément à celle couverte par le régime GSC ;

>> les indemnités prévues par la convention GSC sont versées sous déduction des allocations d'assurance chômage de Pôle emploi si :

- les avantages de Pôle emploi résultent de la réouverture de droits ouverts au titre d'une situation de chômage antérieure ;*
- le bénéfice de l'indemnisation de Pôle emploi résulte d'une prise en considération d'une démission antérieure pour créer ou reprendre une entreprise. »*

Au vu de l'article précité, versé par la partie intimée, il faut admettre que le cumul entre indemnités de chômage - que celles-ci soient versées par Pôle emploi ou par un organisme étranger, tel le Fonds pour l'emploi luxembourgeois - et allocations relevant du régime GSC est exclu, sauf dans les cas exceptionnels, énumérés ci-avant.

C'est donc à tort que l'intimé soutient que les montants litigieux *« sont dus indépendamment de la perception ou non des indemnités de chômage lesquelles ne se défalquent pas de l'assurance. »*

L'intimé ne renseigne pas la Cour sur sa situation financière à la suite de son licenciement avec préavis et n'établit, ni même n'allègue, ne pas avoir perçu des indemnités de chômage.

Comme il ne justifie, par ailleurs, pas qu'il remplirait les conditions pour cumuler les indemnités de chômage perçues et les allocations prévues par le régime GSC ou pour toucher les allocations prévues par le régime GSC sous déduction des indemnités de chômage, sa demande du chef de la non-souscription d'une assurance perte involontaire d'emploi est à rejeter.

Il devient partant superfétatoire d'analyser la question de savoir si le statut de salarié est compatible avec l'allocation d'indemnités au titre du régime GSC, soulevée par la partie appelante.

Le jugement entrepris est, dès lors, à confirmer, quoique pour d'autres motifs, quant au volet de la non-souscription d'une assurance perte involontaire d'emploi.

Quant à l'indemnité de non-concurrence

En instance d'appel, la société SOCIETE1.) soutient, à titre principal, que la clause de non-concurrence figurant dans le contrat de travail de PERSONNE1.) est nulle.

En effet, la clause litigieuse violerait les conditions posées par l'article L.125-8 du Code du travail et de la jurisprudence, en ce qu'elle serait excessive quant à son objet et quant au secteur géographique fixé.

L'article 16 du contrat de travail, tel que modifié suivant avenant du 1^{er} juin 2020, se lit comme suit :

ARTICLE 16 : NON-CONCURRENCE

Pendant la durée de sa collaboration avec la Société, ainsi que pendant une période de douze (12) mois suivant la cessation du Contrat, le Salarié s'interdit d'accepter un emploi ou une activité, sous quelque forme que ce soit, susceptible de faire concurrence aux activités de la Société, et ce à quelque titre que ce soit.

Seront, en particulier, susceptibles de concurrencer la Société, les entreprises dont l'activité principale est le développement et l'édition d'applications logicielles de sécurité, PDF, de paiement ou d'édition graphique sur PC, tablettes, smartphones et, le cas échéant, des services qui y sont associés ainsi que les activités d'impression et de personnalisation de cadeaux.

Les activités ci-dessus interdites ne pourront être exercées sur les territoires de l'Amérique du Nord, du Royaume-Uni, de la France, de l'Allemagne et du Grand-Duché de Luxembourg.

En contrepartie, le Salarié percevra, après la fin du Contrat et à échéance mensuelle pendant la durée d'application de l'engagement de non-concurrence, une indemnité mensuelle d'un douzième du montant correspondant à la Rémunération Totale.

Par dérogation à la présente clause, le Salarié pourra réaliser tout investissement en capital dans des sociétés dont les actions sont négociées sur un marché réglementé ou organisé et exerçant une activité concurrente de celle de la Société, dans la limite maximum de cinq pour-cent (5%) du capital et des droits de vote et pour autant que la détention de cette participation ne lui confère aucune influence, de droit ou de fait, sur la gestion de ladite société.

A admettre que la clause de non-concurrence, citée ci-dessus, déroge aux dispositions de l'article L.125-8 du Code du travail dans un sens défavorable au salarié - ce qui est contesté par ce dernier - l'employeur n'est pas en droit de demander la nullité de ladite clause, les dispositions de l'article L.125-8 du Code du travail ayant exclusivement pour but de protéger le salarié (cf. en ce sens : Cour d'appel, 2 octobre 2003, n° 27328 du rôle ; 7 janvier 2016, n° 41659 du rôle).

La demande de l'employeur tendant à voir annuler la clause de non-concurrence, sinon à en voir réduire le champ d'application, en raison du caractère excessif de l'obligation de non-concurrence imposée au salarié, est donc à rejeter, l'employeur ne pouvant invoquer les principes relevant du domaine de la protection du salarié pour échapper à ses propres engagements.

C'est ensuite à juste titre que le tribunal du travail a dit qu'à défaut de disposition contractuelle prévoyant une telle possibilité, la société SOCIETE1.) ne pouvait unilatéralement renoncer à l'application de l'article 16 du contrat de travail, prévoyant l'obligation de non-concurrence dans le chef du salarié et l'allocation d'une indemnité de non-concurrence à ce dernier

(cf. en ce sens : Cour d'appel, 2 octobre 2003, n° 27328 du rôle ; 16 juin 2005, n° 26043 du rôle).

Contrairement aux arguments de l'appelante, le fait que l'intimé n'ait pas protesté « *dans un délai raisonnable* » contre la renonciation à la clause de non-concurrence, exprimée par l'employeur dans la lettre de licenciement, ne permet pas, par ailleurs, de conclure à une acceptation tacite de cette renonciation dans son chef.

La partie appelante soutient enfin que PERSONNE1.) a violé la clause de non-concurrence en posant sa candidature pour le poste de CEO de la société SOCIETE3.) à la fin de l'année 2020.

L'appelante n'établit, ni même n'allègue que l'intimé aurait effectivement été au service de la société SOCIETE3.) à la suite de son licenciement et ne justifie pas que le seul fait de poser sa candidature pour un poste auprès d'une société concurrente constitue un acte de concurrence au sens de l'article 16, précité, du contrat de travail.

C'est également à juste titre que la juridiction de première instance a souligné qu'il ne résultait aucunement des attestations testimoniales de PERSONNE2.) et de PERSONNE3.) que PERSONNE1.) aurait été à l'origine des pourparlers avec la société SOCIETE3.), PERSONNE2.) se limitant à affirmer que le salarié avait été « *approché* » par la société SOCIETE3.) et PERSONNE3.) déclarant que le concerné était « *considéré pour prendre le poste de DG* » de cette société.

Le tribunal du travail doit donc être approuvé en ce qu'il a dit qu'une violation de la clause de non-concurrence par PERSONNE1.) laissait d'être établie.

Il devient, dès lors, superfétatoire d'analyser la capacité de témoigner des auteurs des attestations testimoniales et de se prononcer sur la question si les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE3.) étaient effectivement des sociétés concurrentes.

A défaut de preuve de l'exercice d'actes de concurrence au sens de l'article 16 du contrat de travail par PERSONNE1.), le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a déclaré fondée la demande de ce dernier en allocation d'une indemnité de non-concurrence pour le montant de [62.515,15 x 12 =] 750.181,90 euros, en se basant sur le montant retenu ci-avant, à titre de « *rémunération totale* ».

Il convient de préciser que, dans la mesure où, au vu des développements qui précèdent, il n'y a pas lieu à réduction du champ d'application de la clause de non-concurrence, la question d'une réduction corrélative de l'indemnité de non-concurrence ne se pose pas, en l'espèce.

Quant à la clause de libéralité

L'article 7.2. du contrat de travail prévoit ce qui suit :

7.2 Rémunération variable

À la rémunération fixe pourra s'ajouter une rémunération variable annuelle. Le montant de cette rémunération variable sera déterminé annuellement en fonction de la réalisation d'objectifs opérationnels et de résultat, qui sont fixés chaque année par le Conseil d'administration de la Société en prenant notamment en considération les objectifs globaux de la Société et l'évolution de la conjoncture économique dans le secteur d'activité. La Société s'engage à mettre à disposition du Salarié, dans les limites de ses ressources, les moyens adéquats pour lui permettre de réaliser ses objectifs.

Le montant maximum brut de la rémunération variable annuelle est plafonné à hauteur de trois cent cinquante mille Euros (350.000,- EUR). Cette rémunération variable pourra être versée sous forme de numéraire ou toute autre forme d'instrument financier en accord entre les parties.

L'attention du Salarié est attirée sur le fait que la rémunération variable annuelle constitue une libéralité qui ne fait pas partie du traitement et dont le paiement, même répété, ne donne pas lieu à un droit acquis.

Les parties ayant convenu du caractère discrétionnaire de la gratification éventuellement versée au salarié, laquelle présente le caractère de pure libéralité, l'intimé ne saurait se prévaloir d'un droit acquis au paiement d'un bonus annuel.

PERSONNE1.) reste, en outre, en défaut de prouver que la société SOCIETE1.) se serait engagée à lui payer un bonus pour l'exercice 2019/2020.

Un tel engagement ne saurait, en effet, pas être déduit d'un courriel du 30 novembre 2020, dans lequel PERSONNE3.) écrit à PERSONNE1.) ce qui suit : « *on m'indique que le virement des bonus part aujourd'hui, je te tiens au courant dès que c'est arrivé à la banque* », sans préciser de quels bonus il s'agit, ni mentionner un paiement au bénéficiaire du concerné.

C'est, par conséquent, à juste titre que le tribunal du travail a retenu qu'en présence d'une clause de libéralité et faute de preuve d'un engagement de la société SOCIETE1.) au paiement du bonus litigieux, PERSONNE1.) était à

débouter de sa demande en paiement d'une gratification pour l'exercice 2019/2020.

Récapitulatif

Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de condamner la société SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) le montant total de [34.563,66 + 59.892,67 + 750.181,90 + 97.246,65 + 13.484,87 =] 955.369,75 euros.

A l'instar du tribunal du travail, la Cour considère que la mise en demeure du 4 mai 2021 (pièce 30 de la partie intimée), adressée par le mandataire de PERSONNE1.) à la société SOCIETE2.) SE et non à la société SOCIETE1.), n'a pas fait courir les intérêts légaux.

Les intérêts légaux sur le prédit montant courent, dès lors, à partir du 16 septembre 2021, date de la demande en justice - valant sommation au sens de l'article 1153, alinéa 3, du Code civil - jusqu'à solde.

Quant aux demandes en remboursement, formulées à titre reconventionnel par la société SOCIETE1.)

Il est rappelé que la société SOCIETE1.) réclame, à titre reconventionnel, la condamnation de PERSONNE1.) à lui rembourser le montant net de 40.010 euros, sinon de 18.000 euros, du chef d'un trop-payé d'indemnités « *circulaire* », le montant net de 116.000 euros, sinon de 50.000 euros, du chef d'un trop-payé de dépenses répétitives, ainsi que le montant de 192.817,33 euros, sinon de 142.817,33 euros, du chef d'un trop-payé au titre de l'indemnité de départ conventionnelle.

Elle réclame, en outre, la condamnation de PERSONNE1.) à lui rembourser le montant net de 97.602,34 euros, ce à titre subsidiaire, pour le cas où elle serait condamnée à payer ledit montant, retenu sur la fiche de salaire non périodique du mois de mars 2021, à l'intimé.

Comme il résulte des développements qui précèdent que la société SOCIETE1.) n'établit avoir effectué un trop-payé en faveur de PERSONNE1.), ni au titre des indemnités « *circulaire* », ni au titre des dépenses répétitives, ni au titre de l'indemnité de départ conventionnelle, ni au titre des « *warrants* », il y a lieu de la débouter de l'ensemble de ses demandes reconventionnelles en remboursement.

Quant aux indemnités de procédure

Eu égard au sort réservé à son appel, la société SOCIETE1.) est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Comme il serait inéquitable de laisser à charge de PERSONNE1.) l'entière des frais non compris dans les dépens, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à déclarer fondée à concurrence du montant de 1.500 euros.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

dit non fondé l'appel principal,

dit partiellement fondé l'appel incident, réformant,

dit fondée la demande de PERSONNE1.) en paiement d'arriérés de dépenses répétitives pour la période de janvier à mars 2021, à concurrence du montant de 13.484,87 euros,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) le montant total de 955.369,75 euros, avec les intérêts légaux à partir du 16 septembre 2021, jusqu'à solde,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

dit recevables les demandes en remboursement d'un trop-payé au titre d'indemnités « *circulaire* », de dépenses répétitives et de l'indemnité de départ conventionnelle, ainsi qu'en paiement du montant retenu sur la fiche de salaire non périodique du mois de mars 2021, formulées à titre reconventionnel par la société SOCIETE1.),

les dit non fondées et en déboute,

dit non fondée la demande de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel et en déboute,

dit fondée la demande de PERSONNE1.) en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel à concurrence du montant de 1.500 euros,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Bertrand COHEN-SABBAN, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président de chambre Alain THORN, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.