Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du onze mai deux mille six.

Numéro 29646 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, conseiller,
Charles NEU, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A.), employé privé, demeurant à L-(…), (…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Geoffrey GALLE, en remplacement de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg, du 3 août 2004,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société anonyme SOC1.) LUXEMBOURG S.A., établie et ayant son siège social à L-(…)/(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit GALLE,

appelante par incident,

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 16 février 2006.

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

Par requête déposée le 13 juin 2002, **A.)** a fait convoquer devant le tribunal du travail de Luxembourg (section : employés privés) son ancien employeur, la S.A. **SOC1'.)** LUXEMBOURG, pour lui demander, suite à son licenciement qu'il qualifia d'abusif, divers montants d'un total de 84.446,66 €.

A l'appui de sa demande, le requérant exposa qu'il était au service de la défenderesse depuis janvier 1983 en qualité de « sales manager ». Il s'est vu notifier son licenciement avec effet immédiat par lettre du 22 avril 2002. Par courrier du 29 avril 2002, il a protesté contre son licenciement.

A.) conclut en premier lieu à une double irrégularité formelle du licenciement à savoir : il n'aurait pas été convoqué par lettre recommandée à un entretien préalable conformément aux dispositions des articles 27 et 19 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, et le comité mixte d'entreprise n'aurait pas donné son assentiment au licenciement conformément aux dispositions de l'article 21 de la loi du 6 mai 1974.

Le requérant contesta ensuite les griefs produits à son encontre dans la lettre de licenciement du 22 avril 2002.

La défenderesse résista à la demande en faisant plaider tout d'abord que la demande à voir déclarer le licenciement abusif pour cause d'absence d'entretien préalable constituerait une demande nouvelle. Ensuite, tout en ne contestant pas le fait qu'il n'y a pas eu d'entretien préalable, elle fit valoir que cette irrégularité ne saurait être qu'une irrégularité de forme qui donnerait lieu le cas échéant tout au plus à une indemnité ne pouvant être supérieure à un mois de salaire.

Par jugement rendu contradictoirement le 17 octobre 2003, le tribunal du travail a reçu la demande en la forme, donné acte à **A.)** de sa demande en indemnisation pour irrégularité formelle d'un montant de 4.899,20 € et, avant tout autre progrès en cause, admis la société anonyme **SOC1'.)** LUXEMBOURG S.A. à prouver par l'audition de témoins les faits suivants:

« Qu'en date du 3 avril 2002 la direction de la société **SOC1'.)** a été informée par Monsieur **B.)**, délégué commercial de **SOC1'.)** LUXEMBOURG S.A., que

Monsieur **A.)** gérait depuis des années les sociétés **SOC2.)** s.à r.l. et **SOC3.)** s.à r.l. ;
qu'au courant mars 2002 Monsieur **C.)**, également délégué commercial auprès de **SOC1'.)** LUXEMBOURG S.A., a suggéré à Monsieur **B.)** de changer d'employeur pour rejoindre une nouvelle société que Monsieur **A.)** était en train de créer ;
qu'il l'a informé que Monsieur **A.)** était en train de créer une société de sécurité à son propre compte et que dans la société **SOC1'.)** 4 personnes seraient au courant de ce projet :
Monsieur **A.)**, délégué commercial,
Madame **E.)**, secrétaire de direction du directeur,
Monsieur **F.)**, adjoint du chef du personnel,
Monsieur **C.)**, délégué commercial ;
qu'en date du 3 avril 2002 Monsieur **B.)** a été abordé par Monsieur **A.)** lui-même pour lui proposer un changement d'employeur vers la société qu'il était en train de créer ; que M. **A.)** l'a informé que quant à cette société une demande d'autorisation de faire le commerce aurait déjà été déposée, que des bureaux venaient d'être achetés pour la somme de 34.000.000,- LUF et que le bureau de contrôle pourrait démarrer avec un apport de 150 clients d'une société **SOC4.)** ;
qu'au début du 2e semestre 2001, sans préjudice quant à la date exacte, Monsieur **H.)**, directeur de **SOC1'.)** LUXEMBOURG S.A., a donné mission à Monsieur **A.)** d'approcher la société **SOC4.)** en vue de l'acquisition de la clientèle de celle-ci et en vue de la collaboration avec cette société ;
que Monsieur **A.)** a informé Monsieur **H.)** que la société **SOC4.)** n'était pas intéressée par cette collaboration ;
qu'à la même date du 3 avril 2002, Monsieur **B.)** a informé Monsieur **G.)**, directeur financier auprès de **SOC1'.)**, des faits précités, qui lui en a informé la direction ;
qu'en date du 9 avril 2002, Monsieur **B.)** a suggéré à Monsieur **A.)** de poursuivre leur discussion du 3 avril 2002 relativement au projet de mise en place d'une nouvelle société par Monsieur **A.)**, concurrente à la **SOC1'.)** LUXEMBOURG S.A. ;
que Madame **E.)**, secrétaire de direction de Monsieur **H.)**, était présente à ce moment ;
qu'elle a suggéré immédiatement un rendez-vous entre Monsieur **A.)** et Monsieur **B.)** et a montré qu'elle était au courant du projet de Monsieur **A.)** ;
que lors de l'entrevue ainsi fixée le 9 avril 2002 au soir, Monsieur **A.)** a déclaré à Monsieur **B.)** ce qui suit :

- que le capital de la société de Monsieur **A.)** est d'environ de 54.000.000,- LUF, avec en plus des bâtiments ;
- que Monsieur **A.)** lui-même détient 50 % du capital social ;
- que le projet en question aurait le soutien de 3 députés ;
- que Monsieur **A.)** disposerait rapidement d'une clientèle de base, en précisant que 150 clients seraient apportés par la société **SOC4.)**, 20 clients

seraient membres de la famille de Monsieur **A.)**, ainsi que quelques clients de la **SOC1'.)** qui seraient fidèles et qui le suivraient ;
- que Monsieur **A.)** envisagerait une association momentanée avec une autre entreprise pour réaliser les prestations techniques d'installations d'alarmes ;
- que Monsieur **A.)** a l'intention de commercialiser les mêmes services et produits que **SOC1'.)**, à l'exception des activités de transport de fonds ;
- que la nouvelle société possède un cash-flow important permettant le paiement des salaires pendant les 2 premières années et que Monsieur **A.)** aurait l'intention d'embaucher que du personnel ayant travaillé dans le secteur de la sécurité ;
- que la réalisation d'une compagne publicitaire serait prévue par des professionnels ;
- que deux fournisseurs de **SOC1'.)** seraient d'accord pour travailler avec la nouvelle société de Monsieur **A.)**, à savoir **SOC5.)** et **SOC6.)**, et que Monsieur **A.)** envisagerait également de faire le commerce dans les pays de l'Est, tout en précisant qu'il gère déjà deux entreprises qui font l'import export vers ces pays ;

que lors de cet entretien Monsieur **A.)** a proposé à Monsieur **B.)** d'occuper les mêmes fonctions que celles occupées chez la société **SOC1'.)** LUXEMBOURG S.A. avec une rémunération légèrement supérieure, sans pour autant donner de chiffre ;

que lors de cette même entrevue Monsieur **A.)** a déclaré à Monsieur **B.)** que dès que sa nouvelle société disposerait d'une autorisation de faire le commerce, il démissionnerait auprès de **SOC1'.)** LUXEMBOURG S.A. ;

que suite à la remarque de Monsieur **B.)** lors de cet entretien sur les risques juridiques d'un tel projet, Monsieur **A.)** a déclaré qu'il saurait suffisamment sur **SOC1'.)** pour « exercer certaines pressions », en écrivant notamment auprès de la maison mère à Londres ;

que lors de ce même entretien M. **A.)** a confirmé à M. **B.)** qu'il avait l'intention de démissionner de **SOC1'.)** dès l'attribution de l'autorisation de faire le commerce pour sa société ;

que Monsieur **A.)** a utilisé pendant son occupation auprès de **SOC1'.)** les ressources humaines de son employeur, en la personne de Madame **E.)**, secrétaire de Direction du Directeur Monsieur **H.)**, ainsi que des structures techniques, le tout en complicité avec Madame **E.)**, tant pour ses besoins privés que pour la gestion des sociétés dont il est le gérant ; qu'ainsi entre autres les documents suivants ont été trouvés sur le disque dur de l'ordinateur personnel de Madame **E.)** (…) ;

que lors d'un entretien téléphonique du 24 avril 2002 entre Mme **I.)** et M. **A.)**, ce dernier a déclaré que lui-même et Mme **E.)** avaient eu l'intention de démissionner et qu'en les licenciant **SOC1'.)** les aurait devancés. »

Suite à l'accomplissement de cette mesure d'instruction, le tribunal a, par jugement du 9 juillet 2004, déclaré le licenciement avec effet immédiat de **A.)** non abusif quant au fond et déclaré les demandes en paiement de dommages-intérêts pour licenciement abusif non fondées, déclaré la demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement irrégulier en raison de l'inobservation de la formalité prévue par l'article 19 de la loi sur le contrat de travail fondée pour le montant de 4.899,20 € et condamné la S.A. **SOC1'.)** LUXEMBOURG à payer à **A.)** ce montant avec les intérêts au taux légal jusqu'à solde, déclaré la demande en allocation d'une indemnité de procédure non fondée, déclaré la demande en exécution provisoire du jugement non fondée et condamné la S.A. **SOC1'.)** LUXEMBOURG à tous les frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal a admis que le jugement du 17 octobre 2003 avait retenu que le motif principal du licenciement était le reproche que **A.)** avait débauché ou essayé de débaucher certains employés de **SOC1'.)** afin de les engager dans sa nouvelle société, et que ce fait nouveau était établi et suffisamment grave pour justifier à lui seul le licenciement avec effet immédiat.

Par exploit d'huissier du 3 août 2004, **A.)** a régulièrement relevé appel des deux jugements de première instance.

Il demande à la Cour de déclarer le licenciement abusif et de lui allouer les montants déjà réclamés en première instance.

<u>Quant à la violation de la loi du 6 mai 1974 instituant les comités mixtes d'entreprise</u>

A l'appui de son recours, **A.)** fait plaider que c'est à tort que le tribunal du travail a décidé, dans le jugement du 17 octobre 2003, que le licenciement ne devait pas être soumis à l'assentiment préalable du comité mixte, alors que l'article 21.(1) de la loi du 6 mai 1974 instituant les comités mixtes stipule qu'à défaut d'autorisation du comité mixte, aucun de ses membres titulaires ou suppléants ne peut être licencié.

Il affirme que, bien que la loi ne le précise pas expressément, il va de soi que cet accord doit être préalable à la décision de l'employeur de licencier puisqu'on ne saurait expliquer autrement qu'en cas de désaccord du comité mixte, seul le tribunal a le pouvoir de prononcer la résiliation du contrat de travail.

La société intimée demande à la Cour de déclarer irrecevable la demande de l'appelant tendant à voir déclarer abusif le licenciement pour prétendue violation de la loi de 1974 sur les comités mixtes d'entreprise comme étant une demande nouvelle.

Elle affirme ensuite que la protection prévue à l'article 21 de la loi de 1974 ne vise que les représentants des salariés, l'esprit de la loi étant de protéger ceux qui risquent des pressions de l'employeur en raison de leur fonction et de leur permettre d'exercer leur fonction en toute liberté. Un tel risque n'existerait certainement pas pour les représentants de l'employeur dans le comité mixte d'entreprise.

Elle fait plaider encore que si la Cour devait estimer que l'article 21 de la loi de 1974 est également applicable aux membres du comité mixte d'entreprise représentant l'employeur, alors force serait de constater que l'accord du comité a été obtenu en l'espèce.

Plus subsidiairement, même si la Cour devait estimer qu'en l'espèce l'article 21 de la loi de 1974 a été violé, la conséquence ne saurait pas en être que le licenciement est à déclarer abusif. En effet, ni la loi de 1974, ni celle de 1989 sur le contrat de travail ne disposerait qu'un licenciement prononcé en violation des dispositions de l'article 21 serait à considérer comme abusif.

La Cour constate que la requête introductive d'instance expose que le licenciement « est doublement vicié quant à la forme dans la mesure où, **SOC1'.)** employant près de 1.000 salariés, l'article 27 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail et l'article 19 de la même loi n'ont pas été respectés dans la mesure où il n'y a aucun entretien préalable ni convocation à pareil entretien.
Par ailleurs, l'article 21 de la loi du 6 mai 1974 instituant les comités mixtes dans les entreprises du secteur privé et organisant la représentation des salariés dans les sociétés anonymes n'a pas été respecté dans la mesure où l'assentiment du comité mixte d'entreprise n'a pas été sollicité pour ce qui est de cette résiliation du contrat de travail, alors que **A.)** a été membre suppléant du comité mixte de **SOC1'.)** LUXEMBOUR S.A. »

Le dispositif de la requête conclut formellement à voir « dire que le licenciement intervenu est abusif. ».

Il s'ensuit que la demande actuelle de l'appelant ne constitue pas une demande nouvelle et qu'elle est recevable.

L'article 21.(1) de la loi du 6 mai 1974 instituant les comités mixtes est de la teneur suivante :
« Le licenciement d'un membre titulaire ou suppléant du comité mixte est obligatoirement soumis à l'assentiment du comité dont il fait partie.
Le comité statue conformément aux dispositions de l'article 16 paragraphe (1) de la présente loi. En cas de désaccord, le licenciement ne peut intervenir que s'il est autorisé par la juridiction compétente en matière de contrat de louage de service. »

Ni cet article, ni aucune autre disposition de la même loi ne distinguent selon que le membre du comité mixte concerné est un représentant de l'employeur ou du personnel, l'article 2 de la loi se bornant à dire que « le comité mixte est composé paritairement par des représentants de l'employeur et des représentants du personnel. »

En outre, la formulation même du deuxième alinéa de l'article 21.(1), ci-avant cité, « En cas de désaccord, le licenciement ne peut *intervenir* que s'il est autorisé... », implique que l'assentiment requis doit être préalable au licenciement envisagé.

Comme il est constant en cause que l'assentiment du comité mixte n'est intervenu que le 30 mai 2002, il y a eu violation du texte légal en question.

A.) fait plaider que son licenciement aurait dû être déclaré abusif au sens de l'article 28 de la loi du 24 mai 1989 qui qualifie d'abusif et de socialement et économiquement anormal le licenciement qui est contraire à la loi.

Il échet cependant de relever que l'article 29.(3) de la même loi dispose que « la juridiction du travail qui conclut à l'irrégularité formelle du licenciement en raison de la violation d'une formalité qu'elle juge substantielle doit examiner le fond du litige et condamner l'employeur, si elle juge que le licenciement n'est pas abusif quant au fond, à verser au salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ou de traitement. »

Rien dans ce texte n'indique que l'irrégularité formelle visée ici se limiterait à celle prévue expressément à l'article 19 de la même loi qui traite de l'entretien préalable au licenciement.

L'article 29.(3) laisse aux juridictions le soin d'apprécier si une irrégularité constatée concerne la violation d'une formalité substantielle qui comporte la sanction prévue au même article.

La Cour estime que le défaut d'assentiment préalable du comité mixte d'entreprise constitue la violation d'une formalité substantielle dans le sens de l'article 21.(3) précité.

En effet, toute violation de la loi n'entraîne pas nécessairement le caractère abusif du licenciement et il convient de ranger le défaut d'assentiment préalable du comité mixte d'entreprise dans la même catégorie d'irrégularités formelles que le défaut d'entretien préalable.

Comme la sanction prévue ne peut cependant être appliquée que dans le cas où le licenciement n'est pas abusif au fond, il convient d'abord d'examiner si tel est le cas pour le licenciement du 22 avril 2002.

Quant au bien-fondé du licenciement

L'appelant soutient que ce serait à tort que les juges de première instance ont considéré que l'employeur pouvait encore reprocher au moment du licenciement à son salarié de vouloir constituer une entreprise concurrente ; qu'il serait établi que **SOC1'.)** était parfaitement au courant depuis de nombreux mois des projets de l'appelant en vue de constituer une nouvelle société et que partant aux termes de l'article 27.(6) de la loi sur le contrat de travail, l'employeur ne pouvait plus invoquer ce motif à la base d'un licenciement avec effet immédiat ; par ailleurs, le seul fait antérieur au licenciement de moins d'un mois, à savoir une discussion avec le dénommé **B.)**, au cours de laquelle les projets de l'appelant ont été exposés ouvertement à ce dernier, ne saurait constituer une faute grave dans le chef de l'appelant.

La société intimée conteste avoir été au courant du projet de l'appelant avant d'en avoir été informée par M. **B.)** peu avant le licenciement ; elle estime en tout état de cause pouvoir invoquer les faits en question à l'appui du licenciement puisqu'aux termes de l'article 27.(6) de la loi sur le contrat de travail les faits antérieurs peuvent être pris en considération ensemble avec les faits plus récents.

Elle affirme encore que les enquêtes ont établi la réalité des différents reproches formulés à l'égard de l'appelant.

Elle déclare interjeter « appel incident contre les deux jugements attaqués, a) en ce que les deux juges ont accepté pour acquis que **SOC1'.)** aurait eu connaissance du projet de Monsieur **A.)** avant avril 2004, sans regard à l'intégralité des motifs invoqués et b) en ce que dans le jugement du 9 juillet 2004 le tribunal s'est penché exclusivement sur la tentative de débauchage de Monsieur **B.)** par Monsieur **A.)**, alors que le tribunal aurait dû analyser l'intégralité des reproches formulés, même s'il est vrai que la tentative de débauchage à elle seule est déjà suffisamment grave pour justifier le licenciement. »

Le jugement du 9 juillet 2004 est motivé essentiellement comme suit :

« Il est de jurisprudence constante que le salarié, même en l'absence de clause expresse, est tenu par une obligation de non-concurrence vis-à-vis de son employeur jusqu'à l'expiration de son contrat. Le salarié peut en cours de contrat de travail préparer une activité future. Mais il ne doit s'agir que de pourparlers. Le salarié engage sa responsabilité pour violation de son obligation de fidélité, s'il se

livre à ces actes de débauchage de salariés encore en fonction dans l'entreprise victime. La simple tentative de débauchage ou l'entrée en pourparlers pour inciter des salariés à quitter leur entreprise et rejoindre la société nouvellement créée est condamnable sur le terrain de la concurrence déloyale et elle peut justifier un licenciement du salarié pour faute grave (Jurisclasseur, travail, fasc. 223, n° 18 ; Cour 18.06.1998 n° 21163 du rôle).

Le tribunal constate que le témoin **B.)** entendu lors de l'enquête est formel pour affirmer qu'en date du 3 avril 2003 **A.)** l'a abordé pour lui proposer un changement d'employeur vers la société qu'il était en train de créer et que lors d'un entretien à l'extérieur des bureaux de la société **SOC1'.)** en date du 9 avril 2003 le projet fut rediscuté entre eux et **A.)** lui a proposé d'occuper au sein de la nouvelle société concurrente les mêmes fonctions que celles occupées auprès de **SOC1'.)**, mais contre une rémunération légèrement supérieure.
Le fait nouveau invoqué par la défenderesse, à savoir la tentative de débauchage au début du mois d'avril 2003 par **A.)** est dès lors établi en cause et il est suffisamment grave pour justifier à lui seul le licenciement avec effet immédiat de **A.)**. »

La Cour se rallie à cette motivation tout en relevant que certains autres faits établis par les enquêtes de première instance, tel le mensonge de l'appelant en ce qui concerne le prétendu défaut d'intérêt de la société **SOC4.)** en vue d'une collaboration avec **SOC1'.)** LUX S.A., de même que les menaces de l'appelant qu'il en « savait suffisamment sur **SOC1'.)** pour exercer certaines pressions », rapportés par les témoins **B.)** et **D.)**, sont révélateurs d'un comportement déloyal rendant impossible la relation de confiance qui conditionne l'existence de tout contrat de travail.

Il s'ensuit que le jugement attaqué est à confirmer, quoique pour des motifs légèrement différents, en ce qu'il a déclaré le licenciement justifié et débouté **A.)** de « sa demande corrélative en dommages intérêts. »

Par cette formule, le tribunal du travail a implicitement mais nécessairement rejeté les demandes en indemnité compensatoire de préavis et en indemnité de départ, à côté de celle en dommages-intérêts pour préjudice moral.

L'appel incident de la S.A. **SOC1'.)** LUXEMBOURG est à rejeter pour défaut d'objet.

<u>Quant aux demandes visant le treizième mois, le congé non pris et la prime de fin d'année 2001</u>

Ces demandes n'ont pas été toisées en première instance.

L'appelant les reprend uniquement au dispositif de son acte d'appel.

La société intimée les conteste et affirme avoir réglé tout ce qu'elle devait à son ancien salarié.

A défaut de toute explication ou précision quant au bien-fondé de ces demandes, elles sont à rejeter, et ce par évocation.

Quant à l'indemnité pour irrégularité formelle du licenciement

Dans son jugement du 17 octobre 2003, le tribunal du travail avait conclu à juste titre que le licenciement est irrégulier pour vice de forme du fait du défaut d'entretien préalable.

Ainsi qu'il a été développé plus haut, le licenciement est cependant également irrégulier pour vice de forme pour violation de la loi instituant les comités mixtes d'entreprises.

Le jugement attaqué est à émender en ce que le licenciement n'est pas seulement irrégulier en raison de l'inobservation de la formalité prévue à l'article 19 de la loi sur le contrat de travail, mais également de celle prévue par l'article 21 de la loi du 6 mai 1974.

Comme le licenciement n'est pas abusif au fond, il échet d'appliquer la sanction prévue à l'article 28.(3) de la loi sur le contrat de travail et de dire, par confirmation du jugement attaqué, que le salarié a droit à une indemnité égale à un mois de salaire, soit 4.899,20 €.

Les parties appelante et intimée sollicitent chacune l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Ces demandes sont à rejeter, aucune des parties n'établissant en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens.

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 appels principal et incident,

les déclare non fondés,

émendant et évoquant :

rejette les demandes de **A.)** visant les indemnités du chef du treizième mois, de congé non pris et de prime de fin d'année 2001,

déclare le licenciement irrégulier en raison de l'inobservation des formalités prévues à l'article 19 de la loi sur le contrat de travail et à l'article 21.(1) de la loi du 6 mai 1974,

confirme les jugements attaqués pour le surplus,

rejette les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

fait masse des dépens de l'instance, les impose pour deux tiers à **A.)** et pour un tiers à la S.A. **SOC1.)** S.L. et en ordonne la distraction au profit de Maître Fernand ENTRINGER, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.