Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-et-un janvier deux mille dix.

Numéro 33260 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Charles NEU, premier conseiller,
Ria LUTZ, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, employé de banque, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 31 août 2007,

comparant par Maître Christophe BRAULT, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) la société anonyme BANQUE B S.A., établie et ayant eu son siège social à L-(…), intimée à l'adresse de la S.A. BANQUE C, société absorbante à L-(…),

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

intimées aux fins du susdit exploit ENGEL,

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

3) 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 ENGEL,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 8 octobre 2009.

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

Par contrat de travail du 28 octobre 2002, A a été engagé par la BANQUE B (Luxembourg) S.A. comme administrateur-délégué, responsable des activités commerciales, juridiques et compliance.

Suivant lettre recommandée du 31 octobre 2005, il a été licencié moyennant un préavis de deux mois courant du 1er novembre au 31 décembre 2005 et il a été dispensé de prester le préavis.

Par lettre du 20 décembre 2005, la BANQUE B a fourni les motifs du licenciement qui sont d'ordre économique.

Par requête déposée le 29 décembre 2005 au greffe de la justice de paix de Luxembourg, A a fait convoquer la BANQUE B (Luxembourg) S.A. devant le tribunal du travail (section : employés privés).

Par requête du 7 mars 2006, il a mis en intervention la société BANQUE C S.A., qui a absorbé par fusion la BANQUE B (Luxembourg) S.A. avec effet au 1er janvier 2006.

A entendit voir déclarer le licenciement avec préavis du 31 octobre 2005 irrégulier et abusif.

Il exposa à l'appui de sa demande, que le licenciement serait irrégulier en ce que la BANQUE B (Luxembourg) S.A. ne l'aurait pas convoqué à un entretien préalable, bien qu'elle fasse partie d'un groupe de plus de 150 salariés, dont l'actionnaire principal serait la BANQUE C S.A., employant environ 250 salariés, qu'elle aurait reçu des instructions de la société B Belgique dans le cadre de ses activités et que des administrateurs de cette société-mère auraient été au comité de direction et exécutif de la défenderesse.

Il estima aussi que la lettre de licenciement n'était pas suffisamment précise, dès lors que l'employeur aurait omis d'apporter les éléments précis à l'appui de ses allégations.

Il contesta la pertinence des motifs invoqués, en ce que dans le cadre de la fusion entre la BANQUE B (Luxembourg) S.A. et la BANQUE C S.A. on lui aurait proposé de conserver son emploi, mais avec une réduction de sa rémunération de 30 % et qu'on n'aurait pas attendu sa réponse, mais qu'on l'aurait licencié avant.

Le licenciement serait contraire à l'article 4.(1) de la loi du 19 décembre 2003, concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise ; la prétendue situation défavorable ne serait qu'un prétexte pour se débarrasser de lui dans le cadre de ce transfert.

La BANQUE C S.A. formula une demande reconventionnelle contre Apour demander le remboursement:
- du loyer de la voiture de service du requérant : 1.097,90 €
- de l'assurance de la voiture : 152,10 €
- de la TVA à 15 % sur le loyer : 164,68 €

le tout en raison du fait qu'il aurait gardé la voiture jusqu'au 13 janvier 2006, au lieu la rendre le 31 décembre 2005 à la fin de son préavis.

Par jugement rendu contradictoirement le 19 juillet 2007, le tribunal du travail a :
prononcé la jonction des rôles numéros 2526/2005 et 2605/2006,
donné acte à la BANQUE B (Luxembourg) S.A. de ce qu'elle a été absorbée par fusion par la BANQUE C S.A. avec effet au 1er janvier 2006,
déclaré non fondées les demandes de A en paiement d'un mois de salaire pour irrégularité formelle, en obtention d'une indemnité de préavis pour 15 jours supplémentaires, en obtention d'une indemnité pour perte d'usage du véhicule, de la carte d'essence et du téléphone, en paiement d'une indemnité compensatoire pour 1,54 jours de congé non pris et d'une indemnité pour non-délivrance des chèques repas de janvier 2006,
avant tout autre progrès en cause,
renvoyé le dossier aux parties pour permettre à la BANQUE C S.A. de préciser à quelle catégorie D appartenait (senior management, management et/ou board of

director's) repris sous le point 16.2 du bilan de l'exercice 2005 et de fournir des explications à cet égard,
sursis à statuer pour le surplus des demandes des parties.

Par exploit d'huissier du 31 août 2007, A a interjeté appel contre ce jugement.

1) <u>Quant à la recevabilité de l'appel</u>

La S.A. BANQUE C se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel en la pure forme, notamment en ce qui concerne le fait que l'appel a été dirigée contre BANQUE B (Luxembourg) S.A., société qui, du fait de la fusion-absorption par BANQUE C S.A. avec effet au 1er janvier 2006, se trouve dissoute depuis cette même date.

Le jugement du tribunal du travail du 19 juillet 2007 a donné acte à la BANQUE B (Luxembourg) S.A. de ce qu'elle a été absorbée par fusion par la BANQUE C S.A. avec effet au 1er janvier 2006.

Aucune des parties au litige ne met en doute l'exactitude de cette constatation.

La BANQUE B (Luxembourg) S.A. ayant disparu à la date de l'appel, ce dernier est à déclarer irrecevable pour autant qu'il est dirigé contre BANQUE B (Luxembourg) S.A.

L'appel est recevable pour le surplus.

<u>2) Quant à la régularité formelle du licenciement</u>

A expose que c'est à tort que le tribunal n'a pas fait droit aux moyens développés par l'appelant, lequel s'était vu notifier son licenciement sans avoir été convoqué à un entretien préalable alors même que B S.A. faisait partie d'un groupe employant plus de 150 salariés ; qu'ainsi, avant cession du capital à BANQUE C S.A., la S.A. B de droit luxembourgeois avait pour actionnaire BANQUE B Belgique et E et que la BANQUE B Belgique, par le biais de ses administrateurs membres de son comité exécutif, avait donc la possibilité de donner des directives dans le cadre d'une stratégie commune, complémentaire ou coordonnée.

La société intimée rappelle qu'il n'est pas contesté par A que, au moment du licenciement, B n'employait que 13 personnes ; que B ne pouvait dès lors pas per se

être considéré comme employeur employant plus de 150 personnes et soumis à l'obligation d'un entretien préalable au licenciement ; que, du fait que BANQUE C S.A. a acquis, dès le mois de septembre 2005, l'entièreté du capital social de B, la situation de B Luxembourg comparée à celle de BANQUE B Belgique et telle que cette situation a éventuellement pu exister avant la reprise de l'actionnariat par BANQUE C S.A. est sans pertinence au moment du licenciement de l'appelant intervenu le 31 octobre 2005.

Elle conteste formellement que, au moment du licenciement de A, l'employeur, à savoir la société de droit luxembourgeois BANQUE B (Luxembourg) S.A., société juridiquement distincte de BANQUE C S.A., ait formé avec cette dernière une unité économique et sociale.

Aux termes de l'article L.124-12.(3) du code du travail, « 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 au fond, à verser au salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ».

Il résulte clairement de ce texte que l'indemnisation pour irrégularité formelle n'est à accorder que s'il a été décidé que le licenciement n'est pas abusif au fond.

Rien n'ayant été décidé au fond quant au bien-fondé du licenciement, l'examen de la demande relative à l'irrégularité formelle est à réserver jusqu'après la décision sur le fond.

3) Quant à la période de préavis

L'appelant fait plaider que c'est à tort que le tribunal a décidé que la période de préavis prenait effet au 1er novembre 2005 ; qu'en effet, le courrier de licenciement, daté du 31 octobre, a été reçu par l'appelant le 2 novembre 2005 ; or, que pour déterminer le point de départ du délai de préavis, il y aurait lieu de prendre en compte le jour où le courrier de résiliation a été notifié au salarié, c'est-à-dire le jour où est portée à sa connaissance la décision de l'employeur de le licencier.

A expose que d'autre part, à la date de notification du licenciement, il se trouvait en congé (du 31 octobre au 7 novembre) et que le délai de préavis ne pourrait commencer à courir pendant la période de congé.

La société intimée invoque des jurisprudences prenant en considération la date de la remise de la lettre du licenciement à la poste et souligne qu'elles sont dans la lignée exacte de la jurisprudence constante retenant que la résiliation du

contrat d'emploi à durée indéterminée par l'employeur est un acte unilatéral et indépendant de la volonté du destinataire du congé, qu'elle est réalisée et sort ses effets (dont relève certainement aussi le point de départ du délai de préavis accordé par l'employeur) au moment où l'employeur a définitivement et irrévocablement manifesté sa volonté de rompre les relations de travail et que cette manifestation de volonté est donnée définitivement et irrévocablement par la remise à la poste de la lettre de congédiement.

Elle ajoute, quant au problème de la notification du licenciement en période de congé, qu'aucune disposition légale ne prévoit une dérogation à la règle prévue à l'article L.124-3.(3) du code du travail, de sorte que le délai de préavis peut valablement commencer à courir pendant une période de congé de récréation.

Elle en conclut que le délai de préavis a pris cours en l'espèce le 1er novembre 2005 pour prendre fin le 31 décembre 2005.

Aux termes de l'article L.124-3.(3) du code du travail, les délais de préavis visés au paragraphe 2 du même article prennent cours à l'égard du salarié :
le quinzième jour du mois de calendrier au cours duquel la résiliation a été notifiée, lorsque la notification est antérieure à ce jour ; le premier jour du mois de calendrier qui suit celui au cours duquel la résiliation a été notifiée, lorsque la notification est postérieure au quatorzième jour du mois.

S'il est admis que le délai dans le chef du salarié pour demander les motifs du licenciement, ou le délai dans le chef de l'employeur pour fournir la réponse à cette demande, commence seulement à courir contre le destinataire le jour où il a reçu la lettre, il convient cependant de retenir que la forme, la procédure et les conséquences d'un licenciement sont appréciées à la date du licenciement, c'est-à-dire à la date à laquelle l'employeur a remis à la poste la lettre recommandée notifiant le licenciement (Cour 3 mai 2007, n° 30905, Lejeune c/ Luxair).

En outre, aucune disposition légale ne prévoit une dérogation à cette règle, de sorte que le délai de préavis peut valablement commencer à courir pendant une période de congé de récréation.

Etant donné qu'il est constant en cause que la lettre de licenciement, datée au 31 octobre 2005, a été postée le même jour, le jugement attaqué est à confirmer en ce qu'il a décidé que le délai de préavis a valablement commencé à courir le 1er novembre 2005 pour expirer le 31 décembre 2005.

Il l'est par voie de conséquence également dans la mesure où il a rejeté la demande de A en paiement d'une indemnité de préavis pour 15 jours supplémentaires, d'une indemnité pour perte d'usage du véhicule, de la carte d'essence et du téléphone, d'une indemnité pour non-délivrance des chèques repas

de janvier 2006, ainsi que d'une indemnité compensatoire de 1,54 jours du congé non pris.

4) Quant à la précision des motifs du licenciement

L'appelant reproche aux premiers juges de ne pas avoir décidé que l'énoncé des motifs ne répondait pas aux exigences de précision de la loi et de la jurisprudence.

Il soulève notamment un défaut de précision quant à l'évolution défavorable de la situation économique, au volume d'activité, à la diminution du bilan et des effectifs de la banque.

La S.A. BANQUE C réplique que la lettre de motivation indique pour chaque année, le total du bilan, le résultat net et le résultat d'exploitation ; que ces chiffres très précis permettent de retracer la situation économique de la banque qui est devenue de plus en plus difficile au fil des années ; qu'elle a donc clairement explicité les motifs du licenciement ; que la lettre de motivation explique aussi la mesure de restructuration prise, la façon dont elle a été mise en œuvre et pourquoi le choix de la personne à licencier est tombé sur l'appelant plutôt que sur l'un des autres administrateurs.

Elle ajoute que la décision de procéder au licenciement de l'appelant afin de réduire les coûts de la société était notamment motivée par le fait que, vu la taille dégressive de la banque et le pourcentage disproportionné des charges salariales par rapport aux frais généraux, il devenait inadéquat d'occuper 3 dirigeants, d'autant plus qu'un autre administrateur, M. D, pouvait s'occuper des tâches de A, pour un coût réduit, vu que ce dernier n'était pas rémunéré par B mais que son mandat d'administrateur était pris en charge par l'actionnaire de la banque ; que ces motifs économiques, d'ailleurs clairement repris dans la lettre de motivation, ressortent expressément des différents postes des bilans de la société, notamment du total du bilan, du résultat net, du résultat d'exploitation, des actifs confiés à la banque et des effectifs de la banque.

Le jugement entrepris fait une analyse correcte du contenu de la lettre de motivation du licenciement et la Cour fait sienne la motivation aux termes de laquelle il est arrivé à la conclusion que les motifs du licenciement ont été indiqués avec suffisamment de précision.

5) Quant au transfert d'entreprise et quant à la réalité des motifs du licenciement

L'appelant fait plaider que la décision de licencier trouve son origine dans la décision de fusion. D'ailleurs, le courrier du 20 décembre 2005 ferait état du fait « que le nouvel actionnaire (BANQUE C S.A.) a fait nommer un administrateur délégué, provenant de ses effectifs en la personne de Monsieur D ».

La société intimée relève qu'au moment du licenciement de A, B et BANQUE C S.A. n'avaient pas encore fusionné ; que le licenciement est même intervenu avant le projet de fusion ; qu'en effet, le projet de fusion n'a été dressé que le 23 novembre 2005 et la fusion des deux sociétés n'a pris effet qu'au 1er janvier 2006, soit plus de deux mois après le licenciement de A.

Il échet de constater que sur la question de la réalité des motifs du licenciement, qui se confond avec celle du bien-fondé du licenciement, rien n'a été décidé par le jugement entrepris.

De même, la question du transfert d'entreprise, à laquelle l'appelant lie expressément la cause du licenciement, doit également faire partie de l'examen du bien-fondé du licenciement.

Dans le but de sauvegarder le double degré de juridiction, il échet de renvoyer l'affaire en prosécution de cause devant le tribunal du travail.

6) Quant à la demande reconventionnelle

La S.A. BANQUE C réitère sa demande reconventionnelle et demande la condamnation de A à lui payer le montant de 1.414,68 € du chef de frais de location liés à la voiture de service ainsi que de 68,92 € du chef de frais d'essence.

Ce volet de l'affaire, non toisé en première instance, est également à renvoyer devant le tribunal du travail pour être vidé après la décision sur le bien-fondé du licenciement.

7) Quant à la demande de l'ETAT

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, conclut comme suit :
« Qu'au cas où la Cour en viendrait à déclarer le licenciement abusif, et qu'une demande en dommages-intérêts serait accueillie, il échet de condamner en ordre principal l'employeur fautif au règlement du montant de 1.818,65 € avancé par

l'ETAT au titre d'indemnités de chômage, avec les intérêts légaux tels que de droit ;
en ordre subsidiaire, condamner la partie appelante au montant préindiqué, avec les intérêts tels que de droit, alors qu'elle a touché une indemnité de résiliation de 12 mois de salaire sur sa fiche de rémunération de décembre 2005 et que, de ce fait, sa situation ne justifiait pas l'intervention et le soutien de la collectivité nationale. »

Cette demande est également à renvoyer devant le tribunal de première instance, la solution dépendant du caractère justifié du licenciement.

A et la S.A. BANQUE C sollicitent des indemnités de procédure de respectivement 5.000 € et 6.000 €.

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,

déclare l'appel de A irrecevable pour autant qu'il est dirigé contre la BANQUE B (Luxembourg) S.A.,

le déclare recevable pour le surplus,

le dit partiellement fondé,

réformant :

dit que la demande basée sur l'irrégularité formelle du licenciement est à réserver jusqu'après la décision sur le bien-fondé du licenciement,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

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

renvoie l'affaire en prosécution de cause devant le tribunal du travail de Luxembourg,

condamne A aux frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Louis BERNS et Maître Georges PIERRET, avocats constitués qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.