Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du onze novembre deux mille dix.

Numéros 31105 et 31159 du rôle

Présents :

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

I.

E n t r e :

**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,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg du 20 mars 2006,

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

e t :

**1) A**, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit KREMMER,

comparant par Maître Laurence LELEU, avocat à la Cour à Luxembourg,

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

intimée aux fins du susdit exploit KREMMER,

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

II.

Entre :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 30 mars 2006,

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

e t :

**1) A**, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit THILL,

appelant sur incident,

comparant par Maître Laurence LELEU, avocat à la Cour à Luxembourg,

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

intimé aux fins du susdit exploit THILL,

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

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 20 mai 2010.

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

Par requête du 21 septembre 2005, A a fait convoquer son ancien employeur, la société de droit luxembourgeois B S.A., et l'ETAT du Grand-Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, devant le tribunal du travail de Luxembourg, aux fins de voir déclarer abusif son licenciement avec préavis du 10 février 2005 et partant de voir condamner la société défenderesse à lui payer du chef de différentes indemnités la somme totale de 635.083,53 €, outre les intérêts.

Par jugement contradictoire du 6 mars 2006, le tribunal du travail de Luxembourg a condamné la société défenderesse à payer à A les montants suivants :

-331.554,30 € à titre de 42 mois de préavis conventionnel non respecté,

-29.470,56 € à titre de la privation du véhicule de fonction durant la période de préavis non respectée,

-25.787,49 € du chef d'indemnité de départ,

-39.607,62 € à titre de congé non pris durant le préavis non respecté,

-81.550,53 € du chef de privation d'une assurance - groupe,

soit un total de 507.970,50 € avec les intérêts légaux courus depuis le 21 septembre 2005 jusqu'à solde et ordonné l'exécution provisoire du jugement, nonobstant opposition ou appel.

Le tribunal a en outre déclaré abusif le licenciement intervenu, mais a rejeté les demandes de A en réparation des préjudices matériel et moral. Il a réservé sa demande en paiement d'une gratification pour l'année 2004 et condamné la société défenderesse à payer au requérant une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par exploit d'huissier du 20 mars 2006, l'ETAT, agissant ès - qualités, a régulièrement interjeté appel contre ce jugement en intimant tant la société B que A.

Par exploit d'huissier du 30 mars 2006, la société B a régulièrement relevé appel de ce jugement en intimant A et l'ETAT.

Par ordonnance du 2 mai 2006, le magistrat de la mise en état a procédé à la jonction des deux exploits d'huissier aux fins d'y être statué par la Cour par un seul et même arrêt.

Par arrêt du 20 mars 2008, la Cour d'appel, huitième chambre, a annulé l'article 2 du contrat du travail en ce qu'il met à charge de l'employeur l'obligation de résilier le contrat de travail de A moyennant un délai de préavis de 48 mois et dit que l'employeur avait pour seule obligation de résilier le contrat de travail moyennant le préavis légal de six mois.

La Cour a ainsi dit non fondées les demandes de A en allocation d'une indemnité compensatoire pour préavis non respecté, pour jours de congé non pris, pour non- jouissance de la voiture de fonction, pour perte de l'assurance - groupe ainsi qu'en paiement d'une indemnité supplémentaire de départ de trois mois, et partant déchargé la société anonyme B S.A. des condamnations prononcées de ces chefs par le tribunal du travail, et admis, avant tout autre progrès en cause, la société anonyme B S.A. à prouver par témoins les faits destinés à établir la justification du licenciement économique.

Suite au pourvoi en cassation de A, la Cour de Cassation a, par arrêt du 28 mai 2009, cassé le susdit arrêt de la Cour d'appel du 20 mars 2008 en adoptant la motivation suivante :
« Vu l'article 1134 du code civil :
Attendu que l'article L.121-3 du code du travail autorise les parties à un contrat de travail à déroger aux dispositions du Livre 1er, Titre II du Code du travail (anciennement article 3 de la loi modifiée du 24 mai 1989 sur le contrat de travail) dans un sens plus favorable au salarié ;
que la stipulation conventionnelle en faveur du salarié d'un délai de préavis plus long que celui issu de la loi n'enlève pas à l'employeur la faculté de résilier le contrat de travail à durée indéterminée ;
que les juges du fond, en annulant la clause de préavis conventionnel, ont violé le texte légal visé au moyen. »

**<u>Quant à l'étendue de la saisine actuelle de la Cour d'appel, 3e chambre</u>**

La S.A. B fait tout d'abord exposer que la Cour d'appel, 8e chambre, reste saisie de la demande de A tendant à voir déclarer son licenciement abusif et à se voir allouer des indemnités pour dommages matériel et moral allégué ; que seul le volet « préavis conventionnel » a été renvoyé par l'arrêt de la Cour de cassation

devant la Cour d'appel autrement composée ; que les deux volets « préavis conventionnel » et « licenciement abusif /justifié », du fait qu'ils sont étroitement liés, ne peuvent pas, dans l'optique d'une bonne administration de la justice, être traités en parallèle et indépendamment l'un de l'autre.

Elle demande dès lors principalement, de dire qu'il y a lieu de surseoir à statuer sur le volet « licenciement abusif/justifié » en attendant une décision définitive sur le volet « préavis conventionnel » à prononcer par la Cour d'appel autrement composée ; subsidiairement, de dire qu'il y a lieu de renvoyer le volet « licenciement abusif/justifié » actuellement pendant à la 8e chambre de la Cour d'appel devant la Cour d'appel autrement composée afin que les deux volets « préavis conventionnel » et « licenciement abusif/justifié » soient joints et qu'il y soit statué par un seul et même arrêt.

A demande de renvoyer dans sa globalité l'affaire devant la Cour d'appel, autrement composée pour que celle-ci puisse statuer par un seul et même arrêt sur les deux volets, celui du préavis conventionnel et celui du licenciement abusif.

Dans le dernier état de leurs conclusions, toutes les parties au litige s'accordent à voir toiser l'entièreté du litige par la troisième chambre de la Cour, actuellement saisie.

Au vu de la connexité existant entre les divers volets de l'affaire, il échet de la retenir en entier et de la vider par un seul et même arrêt.

**<u>Quant au volet du préavis conventionnel</u>**

La S.A. B expose que même si la Cour de cassation a estimé que la clause litigieuse ne devait pas être annulée purement et simplement (et a cassé l'arrêt qui avait jugé dans ce sens), toujours est-il que la clause litigieuse, en imposant à l'employeur qui veut licencier son salarié, une sanction financière considérable représentant, au moment où elle fut conclue, 24 fois le délai de préavis légal et au moment où le licenciement fut prononcé 8 fois ce délai de préavis légal, est à qualifier de clause pénale ; que cette clause avait clairement comme finalité de faire perdurer le contrat en obligeant B à maintenir le contrat de travail à l'infini et à prévoir, au cas où elle n'exécuterait pas cette obligation, une indemnisation conséquente pour le salarié ; que cette clause doit partant s'analyser comme une clause pénale au sens de l'article 1152 du code civil ; qu'aux termes de l'article 1152, 2e alinéa du code civile « Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire » ; que cet article précise que « Toute stipulation contraire est réputée non écrite », ce qui prouve que cette possibilité accordée au juge est d'ordre public.

Quant à la proportion dans laquelle la clause pénale doit être réduite, la S.A. B considère qu'il y a lieu de diminuer la durée du préavis sinon à la durée légale de préavis, soit 6 mois, du moins à une durée de 12 mois maximum à compter du licenciement ; qu'il s'agirait donc déjà d'un doublement du préavis légal ; que cette durée de la période de préavis de 12 mois correspondrait également à une période de référence normale, soit une période amplement suffisante pour permettre au salarié de se reclasser, ce qui est justement le but d'un délai de préavis.

A s'oppose à la requalification du préavis conventionnel en clause pénale et souligne que la Cour de cassation s'est prononcée clairement sur la validité du préavis conventionnel, préavis décidé d'un commun accord entre les parties ayant des intérêts légitimes, et qui n'a pas empêché l'employeur de résilier le contrat de travail.

Il demande la confirmation du jugement de première instance en ce qu'il a condamné la S.A. B à lui payer tous les montants en relation avec le préavis conventionnel de 48 mois.

Il se dégage de la lecture de l'arrêt de la Cour de cassation que cette dernière a décidé purement et simplement « que les juges du fond, en annulant la clause de préavis conventionnel, ont violé le texte légal visé au moyen » (l'article 1134 du code civil).

Le caractère général et formel de la décision de la Cour de cassation s'oppose dès lors à la possibilité de parvenir quand-même à la réduction de la clause de préavis litigieuse en la requalifiant en clause pénale.

A titre superfétatoire, il convient d'ajouter que le concept de la clause pénale transposée en matière de clause de préavis exigerait qu'on fixe une limite à partir de laquelle une clause de préavis puisse être considérée comme clause pénale. Or, l'absence d'une telle durée limite conduirait à considérer tout délai de préavis comme clause pénale susceptible de réduction, ce qui serait contraire à la loi.

Il se dégage des considérations qui précèdent que le jugement du 6 mars 2006 est à confirmer en ce qu'il a déclaré la clause conventionnelle de préavis valable.

**<u>Quant aux montants</u>**

A demande la confirmation du jugement du 6 mars 2006 en ce qu'il lui a alloué les montants de 331.554,30 € du chef de 42 mois de préavis supplémentaire, de 29.470,56 € du chef de la valeur du véhicule de fonctions, de 25.787,49 € du

chef d'indemnité de départ, de 39.607,62 € du chef de congé payé et de 81.550,53 € au titre de l'assurance-groupe.

Il déclare renoncer au poste relatif à la gratification de 2004, un arrangement étant intervenu à ce sujet entre les parties.

Il échet de lui donner acte de cette renonciation.

Les montants en eux-mêmes ne sont pas contestés.

Comme ils constituent une conséquence logique du caractère licite de la convention de préavis, le jugement entrepris est à confirmer par adoption des motifs en ce qu'il a alloué au salarié le montant total de 507.970,50 €.

**Quant au volet du licenciement**

L'enquête ordonnée par l'arrêt du 20 mars 2008 a été tenue en date des 27 mai, 3 juin et 1er juillet 2008.

La S.A. B estime que les quatre témoins C, D, E et F ont confirmé la réalité des différents points de l'offre de preuve et que les témoignages se recoupent et se complètent pour confirmer le bien-fondé des motifs du licenciement.

A de son côté soutient que les pièces du dossier et les propres contradictions dans les dépositions des témoins prouvent qu'en aucun cas il n'y a eu diminution, voire suppression des seuls projets de A dès la fin de l'année 2004 et au moment du licenciement intervenu en février 2005 et que par conséquent la preuve de la véracité et de la pertinence des motifs économiques invoqués pour justifier le licenciement intervenu n'ayant été nullement rapportée par l'ancien employeur, il convient de déclarer abusif le licenciement intervenu.

La S.A. B ajoute que conformément à la jurisprudence constante, l'employeur étant seul maître de ses décisions, elle n'a aucunement contrevenu à la loi en décidant la suppression de certains postes au sein d'G et le licenciement entre autres de A ; qu'elle n'a fait qu'adopter les mesures d'ordre intérieur que lui paraissait commander l'intérêt de l'entreprise vu la diminution de l'activité.

A renvoie à son appel incident par conclusions du 3 juillet 2006 et demande la condamnation de la S.A. B à lui payer la somme de 61.081,60 € en réparation des préjudices matériel et moral subis.

Il se dégage de la lecture des procès-verbaux d'enquête des 27 mai, 3 juin et 1er juillet 2008 (il n'y a pas eu de contre-enquête) que le témoin C a indiqué qu'en 2004 7,5 personnes travaillaient pour G soit en tant que salarié directement engagé par G soit, à l'instar de A, comme personne détachée par l'employeur auprès de l'G.

Il ajoute « Au mois de mars 2005, après les différentes suppressions de postes, le département de la coordination des directeurs informatiques (DSIS) G n'occupait plus que 4 personnes et demie. Entretemps Monsieur A et Madame H (secrétaire) ont été licenciés tandis que M. I a démissionné ».

Il ajoute encore que « Vu la réduction respectivement la suppression des journées de travail à effectuer par M. A dans l'intérêt des magasins J (passant de 110 à 70 jours) le groupe K n'a pas jugé économiquement viable de conserver le poste de travail de M. A pour un volume de 70 jours à prester en faveur de magasins ne faisant pas partie du groupe K » ; il ajoute que finalement M. L « a dû avoir recours à des solutions internes » et que « En 2005, Monsieur D a consacré cinq jours au projet J… ».

Le témoin Michel D confirme la diminution d'activité au sein de G en confirmant que M. I a démissionné tandis que l'intimé a été licencié et que les deux personnes n'ont pas été remplacées ; qu'en ce qui concerne sa position à lui, M. D reconfirme qu'à partir de fin 2005, il n'a plus travaillé qu'à mi-temps pour G.

Le témoin E déclare : « Je sais en tous les cas qu'en ce qui concerne nos propres sociétés exploitées (en (…) et en (…)) notamment sous les enseignes M et N, les résultats négatifs importants ont obligé le groupe à comprimer les frais d'exploitation de même que les activités d'G pour compte de ces enseignes.
C'était normalement M. L qui négociait avec M. C les services qu'il voulait voir prester par G pour compte de J. »
« Il est un fait que le volet informatique a au cours des années perdu son importance à tel point qu'à l'heure actuelle une à une personne et demie est encore employée à ce titre. Au plus fort de ses activités, 7 à 8 personnes travaillaient pour le compte d'G. Les causes en sont certainement que les projets n'apportaient pas la plus-value attendue ainsi que la conjoncture économique défavorable de certains pays dans lesquels sont implantées les sociétés du groupe. »
« En raison de la mutualisation des systèmes informatiques des activités des supermarchés M pour lesquels B effectuait des prestations informatiques (la mutualisation a eu lieu à un moment où M. A ne travaillait plus en fait pour B) une réaffectation de ce dernier auprès de B, après que son poste avait été supprimé auprès de G n'était pas possible dans les domaines d'activité et des compétences qui étaient les siens. »

Il convient de déduire des développements faits ci-avant que la S.A. B a réussi à établir la réalité des faits offerts par elle en preuve et qui ont servi de motivation au licenciement avec préavis de A pour motifs économiques.

Il s'ensuit que le licenciement est à déclarer justifié.

Le caractère justifié du licenciement a pour conséquence nécessaire que l'appel incident de A visant à l'obtention de dommages-intérêts pour préjudices matériel et moral est à déclarer non fondé.

**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, demande la condamnation de la partie malfondée à lui rembourser le montant de 26.708,45 €.

Le licenciement avec préavis étant justifié, l'ETAT ne peut obtenir le remboursement des indemnités de chômage payées.

L'appel de l'ETAT n'est dès lors pas fondé.

**Quant aux indemnités de procédure**

La S.A. B sollicite une indemnité de procédure de 6.000 €.

A demande une indemnité de procédure de 3.000 €.

Ces demandes sont à rejeter, aucune des parties n'établissant en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les 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,

déclare l'appel principal de l'ETAT non fondé,

donne acte à A qu'il renonce au poste de sa demande relatif à la gratification de 2004,

déclare l'appel incident de A non fondé,

déclare l'appel de la S.A. B justifié en partie,

**réformant :**

déclare le licenciement de A régulier,

confirme le jugement du 6 mars 2006 en ce qu'il a condamné la S.A. B à payer à A la somme de 507.970,50 € avec les intérêts légaux à partir du 21 septembre 2005, jour de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 €,

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

fait masse des dépens des deux instances, les impose pour moitié à A et à la S.A. B et ordonne la distraction de ceux de l'instance d'appel au profit de Maître Louis BERNS et de Maître Laurence LELEU, avocats constitués qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.