Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du quinze mars deux mille douze

Numéro 36395 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, premier conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier;

Entre:

G.), employé privé, demeurant à F-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES de Luxembourg du 5 août 2010,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société anonyme SOC.1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit NILLES,

comparant par Maître Tom FELGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

I. La procédure de première instance

Par requête déposée le 10 juin 2008, G.) a fait convoquer devant le tribunal du travail de Luxembourg son ancien employeur, la société anonyme Soc.1.), aux fins de l'entendre condamner à lui payer du chef d'un licenciement avec effet immédiat du 2 juin 2008 qu'il estimait abusif, la somme actualisée en cours d'instance de 131.935,81 € de même qu'une indemnité de procédure de 2.000 €.

Par jugement du 8 octobre 2009, le tribunal du travail a admis l'employeur à rapporter la preuve de deux des trois reproches formulés contre le salarié dans la lettre de licenciement et rejeté le troisième reproche, à savoir celui d'avoir commis des actes de concurrence déloyale envers la société en ayant créé une société concurrente et tenté de débaucher deux membres du personnel de la société employeuse.

Par jugement du 20 mai 2010, le tribunal, statuant au vu des enquêtes tenues entre temps, a déclaré justifié le licenciement avec effet immédiat.

Les demandes du salarié en dommages- intérêts et indemnité compensatoire pour préavis non respecté ont été rejetées. Celle en indemnité compensatoire pour jours de congé non pris a été déclarée fondée à hauteur de 1.643,93 €.

Aucune des parties ne s'est vu allouer une indemnité de procédure.

II. L'appel

G.) a régulièrement interjeté appel contre les deux jugements par exploit d'huissier du 5 août 2010. Il demande à la Cour, par réformation du premier jugement de déclarer imprécis les motifs à la base du licenciement qui serait à déclarer abusif de plano. Il fait grief au tribunal du travail d'avoir déclaré fondé le reproche tiré de la non - restitution de l'ordinateur portable et retenu qu'il constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il conclut à l'allocation des montants réclamés en première instance du chef de licenciement abusif et à se voir allouer une indemnité de procédure pour chacune des deux instances.

La société demande à la Cour, par réformation du premier jugement, de déclarer établi le reproche écarté par le tribunal du travail et défère en ordre subsidiaire le serment décisoire à l'appelant. Elle conclut à la confirmation du jugement du 20 mai 2010 en ce que le tribunal y a dit régulier le licenciement avec effet immédiat, mais relève appel incident des volets du jugement traitant de l'indemnité compensatoire pour congé non pris qu'elle

a été condamnée à payer et de l'indemnité de procédure que le tribunal ne lui a pas allouée. Elle réclame une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

III. Discussion

A. Le jugement du 8 octobre 2009

Le tribunal du travail a déclaré précis et suffisamment graves, s'ils étaient établis, pour justifier un licenciement avec effet immédiat, les deux reproches adressés au salarié, à savoir d'avoir en sa qualité de directeur financier emporté le 4 mars 2008 des documents sociaux originaux et le 17 mars 2008 l'ordinateur portable contenant les programmes et données nécessaires pour établir la facturation d'avril, ce que la société n'a été capable de faire qu'avec un retard de trois semaines après la restitution dudit ordinateur.

L'appelant ne motive pas autrement son appel quant à ce volet du jugement de sorte qu'il est, par adoption de sa motivation relative aux points dont appel, à confirmer.

La société qui relève appel incident du même jugement fait grief au tribunal du travail d'avoir écarté pour ne pas être établi le reproche adressé au salarié d'avoir commis des actes de concurrence déloyale au préjudice de la société en ayant créé sinon tenté de créer une société concurrente. Elle réitère partant son moyen de première instance tendant à voir retenir que ce reproche constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement. Elle défère en ordre subsidiaire le serment litisdécisoire à l'appelant quant à ces faits.

L'employeur se basait sur un document « brainstorming .doc » daté du 10 avril 2008 retrouvé sur l'ordinateur professionnel du salarié restitué à la société et duquel ressortirait que G.), ensemble avec d'autres cadres dirigeants de la société SOC.1.) dont notamment l'ancien administrateur-délégué, se seraient concertés pour concurrencer la société employeuse et nuire à son actuel administrateur-délégué S.).

L'appelant ne conteste pas la tenue de ladite réunion, mais a demandé au tribunal du travail de rejeter cette pièce qui aurait été obtenue par l'employeur en violation du secret de la correspondance consacré par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH).

Constatant que ce document avait été effacé de l'ordinateur portable de G.) sur lequel il avait été stocké pendant un certain temps et qu'il avait fait l'objet d'un courrier électronique envoyé de l'adresse email privée de G.) à

l'adresse privée électronique des autres participants de ladite réunion, le tribunal du travail a retenu que ce document avait été obtenu par l'employeur en violation du secret de la correspondance de sorte qu'il n'en a pas tenu compte.

La société fait valoir que ce document a été retrouvé sur l'ordinateur de la société mis à la disposition du salarié G.) et qu'il n'avait pas trait à une problématique d'ordre privé, mais d'ordre professionnel lié à la société SOC.1.). Elle ajoute que l'intitulé même du document ne faisait pas présumer le caractère privé dudit document que l'employeur a découvert *« par pur hasard »* et ce d'autant plus que le contenu du document ne présentait aucun caractère privé.

G.) conclut à la confirmation du jugement et invoque à son bénéfice les dispositions protectrices de l'article 8 CEDH relatives au secret de la correspondance.

L'article 8 de la CEDH n'est pas à interpréter en ce sens que la notion de vie privée serait à limiter à ce qui se déroule en dehors du lieu de travail. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables de sorte qu'il n'y a aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de vie privée comme excluant les activités professionnelles. (Cour EDH, N. contre Allemagne, 23 novembre 1992, §29)

Se référant dans ses visas notamment audit article 8 de la CEDH, la Cour de cassation française a retenu dans l'arrêt N.) – O.) du 2 octobre 2001 (cité in Jurisclasseur Travail, 4,2009, fasc.18-1, numéro 69 ; D.2001, 3148 cité in ED, contrat de travail, mise à jour 2010, numéro 8) que « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ».

S'il n'est pas impossible de considérer que la protection de la vie privée peut s'exercer jusque sur le lieu de travail, cette solution ne résout pas toutes les questions. La formulation trop absolutiste de l'arrêt N.) pourrait ne pas laisser de place à l'atteinte licite. Or, si les intérêts de l'entreprise l'exigent et que certaines conditions sont remplies, il doit être permis à l'employeur de porter atteinte à la vie privée de son salarié. De plus, l'inviolabilité absolue des correspondances risque d'inciter des salariés indélicats à y loger des dossiers plus ou moins illégaux. (Alain Carillon, Les

sources européennes des droits de l'homme salarié, Bruylant, édition 2006, pages 146 ss, plus spécialement page 165 ; voir encore les autres réserves émises par cet auteur et d'autres, même page 165 et renvois en bas de page, notamment D.2001, p.3148, note P-Y Gautier)

La chambre sociale de la Cour de cassation française a, par un arrêt du 30 mai 2007 (05-43.102) cassé un arrêt du 21 avril 2005 de la cour d'appel de Versailles qui avait déclaré sans cause réelle et sérieuse un licenciement basé sur le fait qu'une salariée avait envoyé deux messages électroniques ne comportant aucun élément professionnel à une autre salariée sur le lieu de travail au motif qu'il n'appartenait pas à l'employeur de prendre connaissance des messages personnels émis ou reçus grâce à l'outil informatique mis à la disposition du salarié pour son travail alors pourtant que ce faisant , la cour d'appel n'avait pas recherché si les fichiers ouverts sur le matériel mis à sa disposition par l'employeur avaient été identifiés comme personnels par le salarié.

Dès lors cependant que G.) ne critique pas la démarche de l'employeur qui a consisté à tenter de récupérer des fichiers numériques nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise qui avaient au préalable été *sciemment effacés par le salarié G.) de l'ordinateur portable mis à sa disposition par l'employeur, mais qui ont pu être récupérés avec l'aide d'un informaticien et sous le contrôle d'un huissier de justice*, la production d'un message électronique envoyé à partir de son ordinateur professionnel, *même via son adresse électronique privée, adresse à partir de laquelle des documents concernant la société avaient en nombre été envoyés,* ne saurait être constitutif d'une atteinte au secret des correspondances protégé par l'article 8 de la CEDH, et constituer une preuve non légalement obtenue, ce d'autant plus que le fichier « brainstorming » était adressé à certains salariés de l'entreprise et que son intitulé ne dénotait a priori aucun caractère privé. L'ingérence ainsi commise par l'employeur dans la sphère privée du salarié était légitime et proportionnée.

Il n'y a partant pas lieu de faire abstraction dudit document.

G.), expéditeur dudit document, admet qu'une réunion entre lui et les destinataires dudit courriel a bien eu lieu. Il ne prend pas autrement position sur le contenu du compte rendu de sorte que la Cour admet que ce dernier reflète fidèlement les discussions y menées. La Cour renvoie quant à son contenu au procès-verbal dressé par l'huissier de justice. (pièce 3 de la farde 1 de la société)

Il en ressort que les participants à ladite réunion, au vu de la prise de contrôle de la société par une nouvelle direction, envisagent l'avenir de la société SOC.1.) et le leur en-dedans et/ ou au-dehors de la société et se demandent entre autres « comment déstabiliser JMS » *(note de la Cour : il*

s'agit des initiales de S.), le nouvel administrateur-délégué) évoquant plusieurs pistes à suivre.

Ce document constitue un « brainstorming », c'est- à-dire un échange de vues, rien de plus.

Cependant, la société respectivement son administrateur-délégué spécifiquement visé mis au courant de ces réflexions sont légitimement en droit de s'interroger sur la loyauté de leur collaborateur qui envisage des pistes destinées à *déstabiliser ce dernier.* Une perte de confiance respectivement un climat de défiance en est nécessairement la conséquence et cela même en l'absence d'actes de concurrence ou de débauchage tels que reprochés par l'intimée au salarié, qui, de toute façon, ne sont pas établis au regard des éléments en possession de la Cour. Elle reviendra sur ce volet lors de l'examen de l'appel portant sur le jugement du 20 mai 2010.

La société ne reproche aucun acte de démarchage respectivement de tentative de débauchage commis directement par l'appelant, mais fait état d'un tel comportement dans le chef du salarié M.) qui était également présent lors de la réunion du 10 avril 2008 pour en conclure que G.) devrait également être considéré comme ayant posé un tel acte qui ne serait que la mise en œuvre des intentions exprimées lors de ladite réunion.

Ces développements sont à écarter dès lors que le comportement du salarié M.) n'engage que ce dernier.

La société entend en ordre subsidiaire déférer à l'appelant le serment litisdécisoire quant au fait d'avoir commis des actes de concurrence déloyale et créé une société concurrente.

La réponse donnée par la Cour à la problématique de l'utilisation du document brainstorming rend le moyen de preuve inopérant en ses deux premières questions formulées (conclusions du 27 septembre 2010, page 11) dès lors que les faits établis n'y ont pas été qualifiés d'actes de concurrence déloyale.

Il en est de même de la troisième question formulée à savoir *« s'il est vrai que Monsieur G.) n'a pas participé à la constitution d'une société directement concurrente de la société SOC.1.) s.a. »* dès lors qu'une réponse positive à la question ainsi formulée ne mettrait pas fin au litige.

Le jugement du 8 octobre 2009 est à réformer en ce sens qu'il est à tenir compte du reproche fait au salarié de s'être montré déloyal à l'égard de l'employeur.

B. Le jugement du 20 mai 2010

1. L'appel principal

Le tribunal du travail, statuant au vu des enquêtes tenues en exécution du premier jugement, a déclaré non pertinent le premier reproche (documents sociaux emportés) étant donné que le salarié avait agi sur ordre de l'administrateur-délégué de l'époque, L.). En ce qui concerne le reproche lié à l'impossibilité pour la société de pouvoir procéder à la facturation, le tribunal a retenu que le salarié avait fait preuve d'insubordination en ne remettant pas l'ordinateur portable à l'employeur, malgré deux demandes de l'administrateur-délégué S.).

Le premier reproche n'est pas fondé par adoption de la motivation du tribunal du travail, l'appelant ayant agi sur demande de l'administrateur-délégué de l'époque qui n'a été révoqué de ses fonctions qu'après les faits reprochés à l'appelant. (farde I de l'appelant, numéro 5)

Quant au deuxième reproche tiré de la rétention volontaire de l'ordinateur portable sur lequel se trouvait le *fichier facturation* à l'aide duquel la société entendait établir les factures clients pour le mois d'avril 2008, la juridiction du premier degré a, après avoir minutieusement analysé les déclarations testimoniales du comptable C.) et L.), retenu que l'appelant, d'abord en congé de récréation du 15 au 26 mars 2008, puis en congé de maladie jusqu'à fin mai 2008, avait, en sa qualité de directeur financier, malgré plusieurs demandes écrites (email) émanant de la société, délibérément omis de restituer ledit ordinateur portable à la société, la restitution ne s'étant faite que le 18 avril 2008. Entre temps la société avait dû faire appel à une société externe qui avait déjà établi le *fichier réservation* afin que cette dernière établisse dans l'urgence un programme lui permettant l'établissement desdites factures, causant ainsi un retard d'une semaine dans la facturation. D'après le témoin C.), le fichier en question n'était plus utilisable après la restitution dudit ordinateur portable, de sorte qu'un nouveau système de facturation n'a pu valablement fonctionner que quelque deux mois plus tard.

Les développements des parties relatifs à la question de savoir si une facturation « manuelle » sur base des renseignements en possession de la société en son siège était possible respectivement si S.), administrateur-délégué de la société après la révocation de L.), qui s'était occupé de ladite facturation jusqu'en 2007 avant la création du nouvel instrument informatique, n'avait pas les connaissances requises pour établir la facturation ne sont pas pertinents étant donné qu'en présence d'un programme informatique performant, il est oiseux de rechercher si une facturation aurait également pu être établie d'une autre manière. L'outil informatique appartenant à la société, elle était en droit de pouvoir l'utiliser

à tout moment. Il n'est pas non plus relevant de s'interroger sur l'éventuelle négligence de la société de ne pas avoir veillé à installer ledit programme informatique sur un ordinateur autre que celui portable du directeur financier dès lors que l'ordinateur portable de ce dernier était à l'époque pleinement opérationnel et qu'il aurait permis à la société de procéder à la facturation en temps voulu.

L'appelant avait emporté l'ordinateur portable au moment de son départ en congé de récréation le 16 mars 2008. Il s'est par après retrouvé en arrêt maladie à partir du 26 mars 2008 et cette maladie s'est prolongée jusqu'au 30 mai 2008. D'après la lettre de résiliation avec effet immédiat du 2 juin 2008, G.) a fait parvenir cinq certificats de maladie à l'employeur, s'étendant du 26 mars au 4 avril, du 5 au 12 avril, du 12 au 22 avril, du 16 avril au 3 mai et du 2 au 30 mai 2008.

La société a envoyé deux courriels à G.), à savoir les 31 mars et 2 avril 2008. Le contenu de ce dernier message est important : S.), également rédacteur du premier message dans lequel il demandait à G.) de lui remettre le programme de facturation afin d'assurer, en son absence, la facturation, réitère sa demande le 2 avril 2008, et prend en même temps position par rapport à un message que G.) avait adressé le 31 mars 2008 à l'employée P.) : *«j' accuse réception de cet email qui me fait comprendre que tu pourrais assurer cette facturation dès ta rentrée au bureau en fin de semaine. Je serai ravi que cela puisse se faire ».* Il termine le message en insistant une fois encore sur le fait que *« je tiens tout de même à souligner encore une fois que tu es le seul à détenir les outils informatiques à ton domicile qui permettent à la société d'effectuer la facturation et que cela fragilise la société »* et réitère sa demande de se voir remettre l'outil informatique. A l'époque, le salarié se trouvait en congé de maladie qui devait expirer le 4 avril 2008.

L'appelant s'adresse par courrier recommandé du 5 avril 2008 (samedi) sur papier à entête SOC.1.) au comptable C.), lui adresse un avertissement et s'insurge contre le fait que ce dernier ne lui a pas fourni certaines données nécessaires pour établir le barème de facturation qu'il aurait dû recevoir pour le 4 avril au plus tard, et de problèmes liés au serveur, raison pour laquelle « *je te tiendrai responsable de tout retard survenant dans la facturation d'avril »*. L'appelant s'adresse le dimanche 6 avril 2008 à l'administrateur-délégué S.) (pièce 6) et insiste sur la remise de plusieurs documents et informations non encore mis à sa disposition pour effectuer la facturation, l'appelant concluant en les termes suivants : *sans ces éléments, je ne pourrai assurer la facturation dans les délais normaux et ne pourrai certainement pas être tenu pour responsable du retard*.

Le témoin C.) a déclaré lors de l'enquête qu'il avait reçu cet avertissement étant donné qu'il n'avait pas transmis les informations qu'il avait réclamées

à G.), qu'il en a alors parlé à S.) qui lui a dit de voir le problème de la facturation avec lui vu que G.) était en congé de maladie. Il en informera en ce sens l'appelant par courrier électronique du 7 avril 2008 (pièce 11) qui en prend acte. G.) s'adresse ce même 7 avril 2008 au salarié W.) pour lui demander s'il est en possession de la base de données *réservation* nécessaire pour préparer la facturation étant donné que *« les factures doivent être sous enveloppe le 9 ! »*

S.) répond le 15 avril 2008 aux courriels antérieurs (pièce 8 de l'intimée) pour informer le salarié G.) de ce qu'aucune sauvegarde du programme de facturation sous Access n'est accessible sur le réseau de la société, qu'il ne lui a jamais demandé de s'occuper de la facturation du mois d'avril et de relancer certaines personnes afin qu'elles lui fournissent des documents nécessaires pour l'établissement de la facturation, que la société est en train de procéder à la facturation « à la main », et qu'il le met en demeure de lui restituer l'ordinateur portable sous les 24 heures.

L'appelant fait valoir dans un courriel du 18 avril 2008 qu'il n'a jamais eu de réponse à son mail du 6 avril 2008 et se dit surpris des difficultés rencontrées par la société. Il a restitué l'ordinateur portable le 18 avril 2008. (voir : pièce 11 de l'intimée, procès-verbal de l'huissier Kurdyban, lettre de licenciement point 3)

La société ne verse pas de pièce qui établit qu'elle a eu recours à une société externe, ni l'ampleur des problèmes de facturation rencontrés, ni le délai de retard. Ces problèmes ressortent des déclarations du témoin C.) qui fait état de ce que le retard de facturation était d'une semaine.

Il ressort de cet historique que bien que se trouvant en arrêt maladie, G.) s'occupait respectivement tentait d'établir la facturation sur la base d'un programme informatique se trouvant uniquement sur son ordinateur portable qu'il avait emmené lors de son départ en congé le 16 mars 2008. Son supérieur hiérarchique lui a certes demandé les 30 mars et 2 avril 2008 de lui remettre l'ordinateur qui contenait ledit fichier, mais a été d'accord à ce que l'appelant s'occupe de la facturation à établir *pour la fin de la semaine dès sa rentrée au bureau*. Le salarié n'a pas recommencé à travailler au bureau au début de la semaine suivante, son incapacité de travail s'étant prolongée jusque fin mai 2008. Il a à plusieurs reprises demandé à d'autres salariés de la société de lui remettre des documents lui permettant d'établir la facturation, mais il résulte tant des échanges email que du témoignage C.) que ce dernier a eu pour instruction de S.) de ne pas coopérer avec l'appelant.

Ce dernier en était conscient tout comme il était également conscient de ce que la facturation devait se faire au plus vite (voir email au salarié F.) où il mentionne la date de facturation du 9 avril 2008, courriel auquel ce dernier

n’a pas répondu). Il a à deux reprises insisté sur le fait que faute de concours de la part de certains employés, il n’endosserait aucune responsabilité pour les retards éventuels dans la facturation.

G.) s’est adressé le 6 avril 2008 à l’administrateur-délégué S.) pour l’informer de ce qu’il restait dans l’attente de plusieurs documents aux fins d’établir la facturation et qu’il n’a reçu une réponse à son courriel que le 15 avril 2008, jour de la mise en demeure suivie le 18 avril de la remise de l’ordinateur contenant le fichier.

L’administrateur-délégué S.) relève dans son courriel du 15 avril 2008 qu’il n’a pas demandé à G.), de s’occuper durant son congé de maladie de la facturation, étant donné que son courriel du 2 avril présupposait que le salarié s’en occuperait dès son retour de congé de maladie.

La Cour est amenée à constater que l’échange de communication à tout le moins écrite- il est fait mention de messages laissés sur les boîtes vocales, invérifiables - entre parties s’est interrompue dans la période du 6 au 15 avril 2008, date à laquelle l’administrateur - délégué S.) informe son directeur financier qu’il n’avait plus à s’occuper de la facturation dès lors qu’il n’était plus revenu travailler.

G.) savait au plus tard depuis le 6 avril 2008 qu’il n’obtiendrait pas les informations qu’il estimait indispensables pour établir la facturation. Il a d’ailleurs à deux reprises pris les devants en voulant faire endosser la responsabilité des retards dans la facturation aux deux employés qui ne lui ont pas remis ces documents. Il était encore conscient de ce que les factures devaient être envoyées pour le 9 avril 2008 au plus tard. Il ne saurait soutenir avoir cru avoir obtenu mandat de s’occuper de la facturation durant le congé de maladie étant donné que le courriel du 2 avril 2008 partait de l’hypothèse qu’il s’en occuperait une fois de retour du congé de maladie, ce qui n’a pas été le cas.

Etant conscient - ou du moins devant être conscient - de l’importance de cet outil informatique qu’il conservait par devers lui alors même qu’il ne lui servait strictement à rien, que la société pouvait légitimement en réclamer l’utilisation et partant la restitution du portable pour s’en servir, des problèmes de trésorerie pouvant surgir du fait du retard mis dans l’établissement des factures, il ne lui appartenait pas, et alors même que la société ne lui a écrit que le 15 avril 2008, de ne rien entreprendre durant plus d’une semaine et de conserver l’ordinateur professionnel dont la restitution lui avait été réclamée à deux reprises.

S’il ne s’agissait pas d’un acte volontaire de subordination, tel que retenu par le tribunal du travail, il s’agissait à tout le moins d’une négligence particulièrement grave dans le chef du salarié. L’employeur qui entre temps

avait été informé du contenu du fichier *brain storming* dont question ci-dessus qui faisait état d'une réunion des principaux dirigeants avec pour objectif entre autres de *déstabiliser JMS,* réunion à laquelle a participé S.) le 10 avril 2008, partant en pleine période de maladie de ce dernier qui s'est par ailleurs chargé d'en envoyer le contenu par courriel aux autres participants de ladite réunion, pouvait dans ces conditions légitimement mettre fin, après la période de protection contre le licenciement due à l'incapacité de travail du salarié, à la relation de travail avec effet immédiat, sa relation de confiance étant irrémédiablement et définitivement rompue à l'égard de l'appelant.

Le tribunal du travail est partant à confirmer en ce qu'il a conclu à la régularité du licenciement de sorte que l'appel principal de G.) n'est pas fondé.

2. l'appel incident

Le tribunal du travail a condamné la société à payer à G.) une indemnité compensatoire pour jours de congé non pris de 1.643,93 € correspondant au solde de 23,5 jours de congé non pris, l'employeur lui ayant réglé la somme de 10.581,50 € au lieu de 12.225,43 €.

La juridiction du premier degré a interprété l'article 8 du contrat de travail aux termes duquel *« le salarié aura droit à 30 jours calendaires de congé payé par an »* en ce sens que le salarié avait droit à 30 jours effectifs de congé, au motif que les jours calendaires reprennent la totalité des jours de la semaine et qu'ils ne sont partant pas à confondre avec les jours ouvrables.

L'intimée qui interjette appel incident contre cette partie du jugement reprend son moyen rejeté par le tribunal du travail en ce que 30 jours calendaires correspondraient à 25 jours de congé légal de sorte que l'appelant n'aurait plus droit à un solde quelconque.

Elle n'explique cependant pas en quoi les parties auraient eu intérêt à prévoir que le salarié aurait droit à du congé durant des jours calendaires - la Cour rejoint le tribunal du travail qui distingue les jours ouvrables des jours calendaires en ce que ces derniers visent tous les jours et non pas seulement ceux où le salarié était supposé travailler - partant durant un nombre de jours dans lequel seraient inclus des jours où le salarié ne devait de toute façon pas travailler. Il s'y ajoute qu'elle n'établit pas non plus la supposée équivalence entre trente jours calendaires et 25 jours de congé légal. La Cour ne voit pas, si telle avait été réellement l'intention des parties telle que le soutient l'intimée, la raison pour laquelle elles n'ont pas simplement convenu que le salarié aurait droit au congé légal respectivement pourquoi elles n'ont pas omis de régler cette question

spécifique, le salarié bénéficiant dans ce cas du congé minimal prévu par la loi. La Cour souligne à ce propos que les parties ont renvoyé, après avoir fixé à 30 le nombre de jours de congé, « pour le surplus à la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel », ce qui démontre clairement qu'elles ont entendu déroger à cette loi quant au nombre de jours de congé accordés au salarié. L'intimée reste par ailleurs en défaut d'établir, tel qu'elle le soutient, que l'emploi de cette formulation serait d'usage dans la branche d'activités spécifique de l'aviation.

Le jugement est partant à confirmer en ce que le tribunal du travail a retenu que G.) avait droit à trente jours de congé effectif et lui a accordé la somme de 1.643,93 € du chef de solde d'indemnité compensatoire pour les jours non pris. L'appel incident n'est pas fondé.

IV. Les indemnités de procédure

Le jugement du 20 mai 2010 est à confirmer en ce qu'il a débouté les parties de leur demande respective en allocation d'une indemnité de procédure. La Cour renvoie à la motivation y contenue et l'adopte.

Aucune des parties n'a droit à une indemnité de procédure pour l'instance d'appel étant donné qu'elles n'établissent pas l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat chargé de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident contre les jugements du 8 octobre 2009 et 20 mai 2010,

réformant le jugement du 8 octobre 2009

dit que la société est fondée à se prévaloir du reproche lié à l'existence du document « brainstorming » ;

dit non fondés les appels principal et incident dirigé contre le jugement du 20 mai 2010,

partant le **confirme**,

rejette les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour trois quarts à G.) et pour un quart à la société anonyme SOC.1.) et ordonne la distraction de ceux exposés en instance d'appel au profit de Maîtres Romain Adam et Tom Felgen, avocats constitués, sur leurs affirmations de droit.