Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du onze juillet deux mille treize

Numéro 36479 du rôle.

Composition:

Romain LUDOVICY, président de chambre;
Astrid MAAS, premier conseiller ;
Roger LINDEN, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

la société anonyme SOC1.) 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 Pierre BIEL de Luxembourg du 19 août 2010,

comparant par Maître Lydie LORANG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) A.), demeurant à L-(…),

intimé aux fins du prédit exploit BIEL,

comparant par Maître Gérard SCHANK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, et pour autant que de besoin, par le Ministre du Travail et de l'Emploi, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi, dont les bureaux sont établis à L-2763 Luxembourg, 26, rue Zithe,

intimé aux fins du prédit exploit BIEL,

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

LA COUR D'APPEL:

Revu l'arrêt de la Cour d'appel du 27 juillet 2012 ayant confirmé le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 15 juillet 2010 en ce que la juridiction du travail s'était déclarée matériellement compétente pour connaître du litige.

Faits et antécédents de procédure

Par contrat de louage de services à durée indéterminée du 26 juin 1991 A.) a été engagé en qualité d'ingénieur diplômé en électromécanique par la société civile SOC2.) avec effet au 16 septembre 1991. Cette société ayant été dissoute le 31 décembre 1991, un nouveau contrat de louage de services à durée indéterminée dont les termes sont identiques à ceux du premier contrat de travail a été conclu le 18 décembre 1991 avec effet au 1ier janvier 1992 avec la société civile SOC3.) qui s'est engagée à reprendre les droits acquis d'A.) découlant de son contrat de travail avec la société civile SOC2.).

Suivant annexe du 30 juin 1998 audit contrat de travail, le contrat de travail du 18 décembre 1991 signé entre A.) et la société civile SOC3.) a été intégralement repris par la société anonyme SOC4.) (qui suivant acte notarié du 11 mai 1999 a changé son nom en SOC1.)).

Lors de l'assemblée générale ordinaire du 11 mai 1999, A.) a été nommé administrateur au conseil d'administration de la société. Le même jour il a adhéré à un pacte d'actionnaires dénommé « règlement interne des actionnaires ».

Par lettre recommandée du 28 avril 2009, A.) a été licencié avec effet immédiat pour faute grave et lors de l'assemblée générale ordinaire du 12 mai 2009, son mandat d'administrateur n'a pas été reconduit.

Par lettre recommandée du 19 juin 2009 le mandataire d'A.) a contesté le licenciement et par requête du 7 octobre 2009 il a fait convoquer la société anonyme SOC1.) devant le tribunal du travail de Luxembourg pour y voir déclarer abusif le licenciement et s'entendre condamner à indemniser le requérant des suites des conséquences dommageables du licenciement.

Par jugement du 15 juillet 2010, le tribunal du travail a constaté qu'il existait un lien de subordination entre parties et s'est déclaré compétent pour connaître du litige. Le licenciement a été déclaré abusif et SOC1.) a été condamné à payer à A.) la somme de 128.932,82 € se composant d'une indemnité compensatoire de

préavis de 64.734,30 €, d'une indemnité de départ de 32.367,15 €, de 25.000 € à titre de réparation du dommage moral subi, de 4.086,07 € du chef d'indemnité compensatoire pour congés non pris et de 2.745,30 € du chef de prime de 13ème mois, le jugement ayant été revêtu de l'exécution provisoire pour ces deux derniers postes. La demande en réparation du préjudice matériel a été rejetée. SOC1.) a encore été condamné à payer à A.) une indemnité de procédure de 5.000 € et aux frais de dépens de l'instance. Le recours de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour le l'emploi a été rejeté.

Par exploit d'huissier de justice du 19 août 2010, SOC1.) a régulièrement interjeté appel contre le jugement, demandant, par réformation, à la Cour de dire, principalement que les juridictions du travail sont matériellement incompétentes pour connaitre du litige, sinon subsidiairement de déclarer le licenciement régulier et de débouter A.) de l'ensemble de ses demandes et de lui ordonner de rembourser les sommes qu'il aura touchées en vertu de l'exécution provisoire du jugement sur partie des sommes allouées. Il demande une indemnité de procédure de 4.000 € pour les deux instances.

A.) a demandé la confirmation du jugement en ce que le tribunal du travail s'est déclaré matériellement compétent pour connaître du litige et en ce que le licenciement a été déclaré abusif, mais a régulièrement interjeté appel incident en ce qu'il a été débouté de sa demande en réparation de son préjudice matériel et en ce qu'il n'a pas été entièrement fait droit à ses demandes relatives à l'indemnité compensatoire pour congés non pris et la prime de treizième mois, réclamant de ces chefs 1.528.876,34 €, 56.792,06 € et 8.990,88 €. Il a augmenté sa demande relative à la réparation du préjudice moral à 50.000 € et réclame une indemnité de procédure de 15.000 € pour l'instance d'appel.

L'Etat, agissant ès-qualité, réclame, principalement à SOC1.) et subsidiairement à A.) le remboursement de 31.872,92 € du chef d'indemnités de chômage avancées à titre de provision à ce dernier.

Le licenciement

Remarque préalable

C'est à tort que SOC1.) fait valoir qu' « *étant donné que la Cour a elle-même déjà admis dans son arrêt du 27 juillet 2012 un refus d'A.) de se soumettre au Comité de Management »* pour en déduire un lien de subordination, il serait évident que ce comportement d'A.) serait constitutif d'une faute grave justifiant le licenciement avec effet immédiat.

La Cour n'a en effet à aucun moment, dans son arrêt du 27 juillet 2012, constaté un refus d'ordre dans le chef d'A.).

Il est rappelé que cet arrêt n'a examiné que la question préalable de la compétence des juridictions du travail pour connaître de la demande du fait que

la relation de travail et notamment l'existence d'un lien de subordination entre parties était contestée.

Dans ce contexte, la Cour a constaté que SOC1.) a invoqué comme motif de licenciement, parmi d'autres, le refus d'A.) de se soumettre au Comité de Management ainsi que son refus de rendre compte de la gestion de ses dossiers et elle a retenu que « *le refus de rendre compte présupposait nécessairement et préalablement l'existence d'une obligation d'obéir et de rendre compte, obligation qui est à la base de tout lien de subordination* » pour en déduire l'existence du lien de subordination et partant conclure à la compétence des juridictions de travail.

C'est dénaturer le contenu dudit arrêt que d'affirmer que la Cour aurait constaté que ledit refus était d'ores-et-déjà établi.

C'est encore dénaturer le contenu dudit arrêt que d'affirmer que la Cour aurait retenu que le lien de subordination n'aurait existé que depuis le 15 janvier 2009, date de la mise en place du Comité de Management, alors que la Cour a retenu dans son arrêt que le contrat de travail remontait au 26 juin 1991 tandis que le mandat social ne datait que du 11 mai 1999. A.) a donc été salarié de SOC1.) bien avant d'être administrateur et il a par la suite cumulé les fonctions d'administrateur et de salarié.

Les motifs du licenciement

Rappel des principes applicables

Aux termes de l'article L.124-10. (3) du code du travail la notification de la résiliation immédiate pour motif grave doit être effectuée au moyen d'une lettre recommandée à la poste énonçant avec précision le ou les faits reprochés au salarié et les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave.

Les motifs invoqués doivent non seulement être indiqués, mais doivent encore l'être avec suffisamment de précision pour que le salarié ne puisse s'y méprendre et que les juges puissent apprécier leur gravité et vérifier si les motifs invoqués et les faits se trouvant à leur base, discutés, affirmés ou combattus devant eux s'identifient à ceux sur lesquels l'employeur s'est appuyé dans la lettre énonçant les motifs du congédiement. Le motif grave, justifiant la rupture du contrat de travail sans préavis, doit être de nature telle qu'il rende immédiatement et irrévocablement impossible la poursuite des rapports contractuels, même pendant la durée du préavis.

Il découle en outre du paragraphe (6) de l'article L.124-10. du code du travail que les faits ou fautes susceptibles de justifier une résiliation immédiate pour motif grave ne peuvent être invoqués au-delà d'un délai d'un mois à compter du jour où la partie qui les invoque en a eu connaissance, sauf que l'employeur est admis à invoquer des faits ou fautes antérieures à l'appui de la faute qui a donné lieu au renvoi immédiat.

Il est d'autre part de principe qu'un même fait ne peut être sanctionné deux fois en ce sens que s'il a fait l'objet d'un avertissement, il ne peut plus ultérieurement motiver un licenciement. Il en est autrement si le salarié a commis depuis le dernier avertissement une nouvelle faute, auquel cas l'employeur peut invoquer, en complément de ce nouveau grief, un grief antérieur déjà sanctionné par un avertissement.

Comme A.) était à la fois salarié et administrateur de SOC1.), il ne saurait être tenu compte dans le cadre du présent litige que des fautes qui lui sont reprochées à l'occasion de l'exercice de sa fonction de salarié. En cas de cumul de la fonction d'administrateur d'une société anonyme et celle d'employé de la même société, les deux activités sont régies chacune par des règles qui leur sont propres. En conséquence, si le mandat d'administrateur est révocable *ad nutum* par l'assemblée générale des actionnaires, il ne peut être mis fin au contrat de travail que pour des motifs qui ont trait à la fonction d'employé et qui sont suffisamment graves pour justifier la résiliation immédiate de la relation de travail.

Il convient d'examiner la lettre de licenciement à la lumière des principes ci-avant exposés.

1. <u>Comportement irresponsable et agressif envers les clients de SOC1.), susceptible de nuire à la société</u>

Sous cet intitulé SOC1.) reproche à A.) sur 7 pages tout un amalgame de faits dont il est difficile de saisir la teneur exacte. Ils concernent tous le client SOC5.) S.A.

Le premier point vise une rencontre lors de l'assemblée générale de la FEDIL du 23 avril 2009 entre le Directeur Général de SOC5.) et M. B.) lors de laquelle le premier aurait dit au second avoir été informé « *de problèmes internes graves* » (Zoff) au sein de SOC1.), propos qu'il aurait répétés lors d'une réception du 27 avril 2009 à la Fondation de l'Architecture et de l'Engineering.

Sans même préciser que le représentant de SOC5.) ait désigné A.) comme auteur de ces déclarations, SOC1.) reproche à celui-ci d'avoir dénigré SOC1.) et les membres du Comité de Management et d'avoir divulgué des informations concernant le fonctionnement interne de la société et d'avoir ainsi nui intentionnellement à la société en ébranlant la confiance du client.

Tout en qualifiant les prétendus propos d'une « *telle gravité* » et « *à tel point alarmant* » que le directeur général de SOC5.) se serait senti obligé de lui en faire part, SOC1.) reste en défaut d'en préciser le contenu exact ainsi que le jour et le lieu où ces propos auraient été tenus.

Ce manque de précision ne permet ni à A.) de se défendre utilement, ni à la Cour de vérifier si la faute éventuelle revêt un caractère de gravité suffisant pour justifier un renvoi immédiat. La simple déclaration qu'il y aurait du « Zoff » à l'intérieur d'une entreprise ne justifie en tout cas pas un renvoi immédiat.

A cela s'ajoute qu'il ne se dégage pas de la lettre de licenciement en quelle qualité A.) aurait tenu ces propos, les premiers juges ayant à juste titre fait une différence entre le manque de discrétion par rapport à sa fonction d'ingénieur de brevet susceptible d'être sanctionné par le tribunal du travail et les propos tenus en privé par un actionnaire et administrateur concernant l'atmosphère au sein des sphères dirigeantes de l'entreprise qui ne relèvent pas de la compétence des juridictions du travail.

Il y a partant lieu d'écarter le premier point de la lettre de licenciement pour défaut de précision.

Dans la mesure où SOC1.) reproche au deuxième point à A.) de « *n'avoir nullement caché votre intention de nuire de façon préméditée à SOC1.) alors que pendant la réunion du Conseil d'Administration, dont vous êtes également membre, en date du 19 mars 2009, vous avez tenu les propos suivants : Elo wärt ech och blann ëm mech haën ! An et ass mir ganz egal, wann alles futti gét ! »* la Cour retient qu'il s'agit de reproches qui sont faits à A.) en sa qualité d'administrateur, de sorte que leur appréciation échappe aux juridictions du travail.

SOC1.) reproche en troisième lieu à A.) un manque de professionnalisme dans la gestion de ses dossiers. Ainsi aurait-il annoncé lors d'une réunion du planning du 2 mars 2009 que de nombreuses demandes de brevet de « ce client stratégique» restaient en attente.

Non seulement SOC1.) reste-t-il en défaut de préciser le nom dudit client stratégique - il s'agit apparemment de SOC5.) S.A – mais encore a-t-il admis deux lignes plus loin qu'il n'y avait aucun retard, insinuant que les propos d'A.) ne servaient qu' *« à affoler les ingénieurs et à dénigrer la direction en les faisant passer pour des imbéciles qui ne connaissaient pas la réalité de l'entreprise.* »

Dans la mesure où SOC1.) admet que les propos tenus en relation avec les demandes de brevets en souffrance ne sont pas fondés, le reproche du manque de professionnalisme dans la gestion de ses dossiers n'est pas fondé. Il résulte d'autre part de la lettre qu'A.) a rédigée le 22 mars 2009 suite à un avertissement - bien que non intitulé comme tel - du 19 mars 2009 de SOC1.) que ses déclarations qu'il y avait un certain nombre de dossiers de SOC5.) S.A. en suspens étaient correctes, sauf qu'il s'est avéré lors d'un entretien qu'il a eu avec le responsable C.) auprès de SOC5.) S.A. que si retard dans le traitement des dossiers il y avait, il existait du côté de chez SOC5.) S.A. et non pas chez SOC1.) (pièces 11 de Me Schank).

L'affirmation de SOC1.) selon laquelle il aurait été dans l'intention d'A.) de semer la panique en fournissant délibérément des informations non vérifiées, voire fausses, n'est dès lors pas fondée non plus.

Toujours en relation avec « *le client en question* » - sans en préciser le nom - SOC1.) reproche à A.) un certain nombre de manquements professionnels qui ont déjà fait l'objet d'un avertissement le 19 mars 2009, à savoir, en résumé, de ne pas avoir organisé de réunions avec le client, de ne pas avoir répondu à ses

courriels ou encore de ne pas avoir fait de rapport sur les réunions et les entretiens téléphoniques.

A.) a répondu de façon très circonstanciée à ces reproches par courrier du 22 mars 2009 (pièce 11 de Me Schank).

Par attestation du 30 septembre 2009, D.) et E.), Executive Vice-President et Senior Vice-President auprès de SOC5.) S.A., ont certifié avoir toujours été satisfaits de leur relation professionnelle avec A.) dans le cadre de son intervention pour compte de SOC1.). Ayant eu A.) comme principal interlocuteur, ils attestent que celui-ci a toujours agi avec professionnalisme. Outre une bonne connaissance du portefeuille de brevets de SOC5.) S.A., ils lui attestent d'avoir su faire preuve de flexibilité et d'un grand dévouement dans la gestion de leurs dossiers et déclarent avoir apprécié plus particulièrement ses services au niveau de la défense de leurs intérêts lors des procédures d'opposition contre les brevets de leurs concurrents (pièce 18 de Me Schank).

Ces déclarations contredisent les affirmations de SOC1.) selon lesquelles A.) aurait eu une *« façon tout à fait non professionnelle et contraire aux règles élémentaires de tenue des dossiers clients et aux procédures internes de gérer les dossiers* ».

Elles contredisent en outre les affirmations faites par F.), conseil en propriété industrielle auprès de SOC1.), dans son attestation de témoignage du 4 octobre 2012.

Dans la mesure où la charge de la preuve de la faute incombe à SOC1.) et que les déclarations du client concerné contredisent la version des faits présentée par SOC1.), la preuve d'une mauvaise gestion des dossiers du client SOC5.) S.A. n'est pas rapportée.

Il s'ensuit que tous les reproches formulés en relation avec le client SOC5.) S.A., outre qu'ils pêchent gravement par leur imprécision, ne sont pas établis.

SOC1.) reproche ensuite à A.) des fautes commises en relation avec le client SOC6.).

Ainsi lui est-il plus particulièrement reproché d'avoir fait état lors de la réunion de planning du 27 avril 2009 d'un dossier SOC6.) vs. SOC7.), dossier dont personne n'aurait été au courant à l'intérieur de SOC1.). Vérifications faites, il se serait avéré que deux réunions de 8, respectivement 10 heures s'étaient tenues les 16 janvier et 16 avril 2009 et il est reproché à A.) de n'avoir rédigé aucun rapport interne sur le contenu desdites réunions, SOC1.) qualifie cette omission de *« rétention systématique et répétée d'informations cruciales* » constitutive d'une « *faute professionnelle lourde* », soutenant qu'en juillet 2008, le Directeur Général d'SOC6.), G.), se serait déjà plaint du « *comportement irrationnel »* d'A.).

Abstraction faite de la considération qu'il est pour le moins étonnant qu'en juillet 2008 quelqu'un ait pu se plaindre de faits qui ne vont se produire qu'au courant

des mois de janvier et avril de l'année suivante, les premiers juges ont correctement retenu que le client SOC6.) lui-même avait très fortement relativisé ces reproches dans une lettre adressée le 4 mai 2009 à Monsieur H.) auprès de SOC1.), lettre dans laquelle il a regretté le départ d'A.) qui les assistait précisément dans le cadre des négociations d'un accord avec Salzgitter (pièce 25 de Me Schank).

A ce propos SOC6.) écrit notamment « *étant donné le caractère extrêmement délicat et confidentiel de ces négociations* (visant en cela les réunions des 16 janvier et 16 avril 2009), *il avait été expressément convenu de limiter les écrits* » de sorte que SOC1.) est mal venu à reprocher à A.) de ne pas avoir divulgué l'avancement du dossier dans un rapport écrit.

Quant au « *comportement irrationnel* » dont se serait plaint le directeur général G.) d'SOC6.), les premiers juges se sont à juste titre encore une fois basés sur le courrier du 4 mai 2009 d'SOC6.) qui se dit « *choqué* », non pas par le comportement irrationnel d'A.), mais par le *« manque de professionnalisme et de sérieux dont l'SOC1.) a fait preuve dans cette affaire en ne tenant pas compte de l'intérêt du client* », visant en cela le licenciement avec effet immédiat d'A.) qui a entraîné pour eux « *une perte de l'historique et tout un know-how »*, en regrettant le départ de celui-ci avec lequel « *pendant plus de 15 ans, nous avons entretenu une collaboration fructueuse* » et « « *qui nous a toujours donné entière satisfaction* ».

Ce n'est pas le manque de professionnalisme d'A.) que le client regrette, mais celui de l'SOC1.) par le fait de procéder au congédiement de celui-ci.

Ici encore le client concerné lui-même, à savoir SOC6.), a donc contredit les affirmations de SOC1.).

Il en suit que les fautes reprochées à A.) en relation avec le client SOC6.), outre la considération qu'elles sont énoncées de façon assez imprécise, ne sont pas établies.

SOC1.) reproche ensuite à A.) des fautes commises dans la gestion d'un dossier des Communautés Européennes.

Les affirmations, assez confuses à nouveau, de SOC1.) selon lesquelles A.) n'aurait pas fait de diligences dans le dépôt d'une soumission sont contredites par SOC1.) lui-même, alors que dans le même paragraphe de la lettre de licenciement il dit que son offre, comportant plus de 300 pages, a été remise dans les délais et que la Commission a accepté cette l'offre et que l'SOC1.) a été retenu en tant que prestataire de services pendant une période de 4 ans.

Sont encore dénuées de tout fondement les affirmations de SOC1.) selon lesquelles « *un autre cas dans lequel la négligence professionnelle grave et systématique risque de nuire très fortement à la société est votre mauvaise gestion du dossier concernant l'implémentation du programme informatique de gestion des dossiers PatOrg chez notre client, la Commission Européenne* », celle-ci écrivant dans un courrier du 19 octobre 2009 (pièce 26 de Me Schank)

que « *At every stage during my five years in post, I have found Mr A.) to be unfailingly professional, to have acted with great integrity and on many files was instrumental to their successful resolution* (…) *Mr. A.) contributed greatly to the acquisition and customization of a specialized database PatOrg, already used by SOC1.). This system is now being used by the JRC (Joint* Research Center of the European Commission*) although its implementation was delayed by Mr. A.)'s departure* ».

Ici encore les affirmations du témoin attestateur F.) sont contredites par celles du client (la Commission Européenne) lui-même, de sorte que SOC1.) reste en défaut d'en rapporter la preuve.

Il suit des développements qui précèdent qu'aucune des prétendues fautes reprochées à A.) sous l'intitulé « *Comportement irresponsable et agressif envers les clients de l'SOC1.), susceptible de nuire à la société »* ne saurait être retenue comme motif valable à l'appui du licenciement avec effet immédiat.

2. <u>Comportement irrationnel et agressif vis-à-vis des tiers</u>

SOC1.) reproche à cet égard à A.) son *« comportement irrationnel* » lors d'un contrôle TVA de routine le 23 février 2009, notamment d'avoir perturbé cette réunion par ses allées et venues incessantes pour aller chercher des documents, ainsi que de s'être comporté de manière « *extrêmement agressive »* envers les représentants CEDEC lors d'une réunion du 10 novembre 2008 organisée pour la signature de la convention « *Diagnostic-Performance* » en quittant la réunion en s'écriant « *Ech ennerschreiwen dee Blödsinn do nëtt* ».

Comme l'ont correctement retenu les premiers juges, ces reproches ne visent pas A.) en sa qualité de salarié, mais en sa qualité d'administrateur de la société, de sorte que les faits allégués ne sauraient être retenus à l'appui de son licenciement.

3. <u>Comportement irrationnel et agressif envers les autres dirigeants de l'SOC1.)</u>

SOC1.) reproche à A.) d'avoir injurié de manière répétée I.) et H.), tous deux administrateurs de la société.

Il découle du descriptif des discussions qui auraient incité A.) à lancer à l'égard de ces deux personnes *« Du hues iwerhaapt nach naischt fir de Büro hei gemat »* et « *Du schaffs iwerhaapt gur neischt elei »* qu'il s'agissait d'une querelle entre actionnaires à propos de cessions de parts, étrangères à la fonction salariale d'ingénieur de brevets, de sorte que c'est à juste titre que les premiers juges ont écarté ces faits comme motifs de licenciement.

En ce qui concerne les faits allégués des 19 et 22 décembre 2008 et 16 février et 2 mars 2009 concernant des incidents qui se seraient produits lors de l'établissement du planning et de la nouvelle structure de l'SOC1.), les premiers juges ont retenu à juste titre que bien que rentrant dans les fonctions techniques

d'A.) et en tant que tels admissibles, SOC1.) n'était plus admis à s'en prévaloir dans la mesure où ils sont antérieurs de plus d'un mois au licenciement et sans aucun rapport avec le manque de professionnalisme, faute qui a déclenché le licenciement.

4. Comportement irrationnel et agressif incompatible avec la profession de conseil en propriété industrielle envers le personnel de l'SOC1.)

Il est reproché sous cet point à A.) d'avoir de sa propre initiative convoqué la délégation du personnel de l'SOC1.) le 17 février 2009 pour lui expliquer que la nouvelle structure n'était pas licite et mettrait en péril l'avenir de la société.

Les premiers juges ont correctement retenu qu'en convoquant la délégation, A.) a agi sur base de l'article L.414-4. (1) du code du travail et en sa qualité d'administrateur de la société, de sorte que le fait d'avoir procédé seul à cette convocation sans se concerter avec les autres dirigeants ne saurait constituer un motif de licenciement.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que les faits invoqués à l'appui du licenciement sont soit imprécis, soit non établis et même formellement contredits par les pièces du dossier, soit sans relation aucune avec la fonction de salarié d'A.), de sorte qu'il y a lieu à confirmation du jugement déféré sans qu'il y ait lieu de passer par des mesures d'instruction.

L'indemnisation

L'indemnité compensatoire de préavis

C'est à tort que SOC1.) conclut à la réduction de l'indemnité compensatoire de préavis à l'équivalent de 2 mois de salaire.

Ainsi qu'il a été dit ci-avant, SOC1.) a dénaturé le contenu de l'arrêt de la Cour d'appel du 27 juillet 2012 en soutenant que la Cour aurait dit que la relation de travail n'aurait existé que depuis la mise en place du Comité de Management, le 15 janvier 1999.

Il découle des pièces du dossier qu'A.) est entré aux services de la société civile SOC2.) suivant contrat de travail à durée indéterminée du 16 septembre 1991. Ce contrat de travail a à chaque fois été repris lors des différents changements de nom, respectivement du changement de la forme juridique de la société et a perduré après sa nomination comme administrateur le 11 mai 1999, jusqu'au jour de son licenciement, le 28 avril 2009.

C'est dès lors par une application correcte des articles L.124-6. et L.124-3. (2) du code du travail que les premiers juges ont fixé l'indemnité compensatoire de préavis à 64.734,30 €, soit l'équivalent de 6 mois de salaire (6 x 10.789,05), A.) bénéficiant d'une ancienneté de services continus supérieure à 10 ans, le montant en tant que tel n'ayant pas fait l'objet de contestations.

L'indemnité de départ

Les constatations de la Cour par rapport au début de la relation de travail valant bien évidemment également pour l'indemnité de départ, c'est encore par une application correcte de l'article L. 124-7. (1) du code du travail que les premiers juges ont fixé l'indemnité de départ à 32.367,15 € soit l'équivalant de 3 mois de salaire (3 x 10.789,05), A.) bénéficiant d'une ancienneté de services continus de quinze ans au moins, le montant en tant que tel n'ayant pas été contesté.

Le dommage matériel

A.) réclame selon ses dernières conclusions du 22 novembre 2012, 378.799,09 € du chef de son préjudice matériel subi durant la période du 1er novembre 2009 au 31 octobre 2012 et 836.712,04 € pour la période comprise entre le 1er novembre 2012 et le 31 octobre 2019, soit au total 1.215.511,10 €.

SOC1.) s'oppose à toute indemnisation en reprochant à A.) de n'avoir fait aucune démarche active en vue de la recherche d'un nouvel emploi.

Le tribunal du travail a rejeté la demande en réparation du préjudice matériel au motif que la clause de non-concurrence, qui selon A.) l'aurait empêché de rechercher et d'accepter un nouvel emploi, n'était pas inscrite dans le contrat de travail, mais dans le règlement interne des actionnaires et que celle-ci n'empêchait que les actionnaires de se livrer à des activités concurrentes. A.) ayant choisi de rester actionnaire après son licenciement, les premiers juges ont retenu que la perte de revenus ne constituait pas une conséquence directe du licenciement.

Il convient en premier lieu de rappeler le principe que si l'indemnisation du salarié, victime d'un licenciement abusif, doit être aussi complète que possible, seul le dommage qui se trouve en relation causale directe avec le licenciement est indemnisable. A cet égard, les pertes subies ne sont à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une période qui aurait raisonnablement dû suffire pour permettre au salarié de trouver un emploi à peu près équivalent, le salarié étant obligé de faire tous les efforts nécessaires pour se procurer un emploi de remplacement.

A.) verse une attestation testimoniale de J.) (pièce 72 de Me Schank), ancien collaborateur qu'il a lui-même formé, qui confirme ses affirmations selon lesquelles les opportunités de trouver du travail en tant que conseil en brevets au Luxembourg ne sont pas nombreuses, seule une douzaine de mandataires agréés auprès de l'Office Européen des Brevets étant actifs au Luxembourg, dont la moitié travaillerait pour l'SOC1.), les autres cabinets, de taille beaucoup plus petite, n'engageant qu'exceptionnellement un conseil en brevets qualifié et expérimenté, préférant recruter des stagiaires en voie de qualification. Les débouchés dans l'industrie luxembourgeoise seraient tout aussi réduits, à la connaissance du témoin, seule SOC8.) occupant un conseil en brevets. S'il existait la possibilité de s'orienter vers la France, la Belgique ou l'Allemagne, il faudrait cependant passer des examens supplémentaires très exigeants.

Âgé de 52 ans au moment de son licenciement et hautement qualifié et spécialisé sur un marché du travail qui n'offre pas tant de débouchés pour la profession concernée, A.) était donc un chômeur difficilement reclassable.

Les pièces 47, 48, 49, 50, 53, 54, 55, 56 et 62 versées par Me Schank, documentent qu'A.) a fait des démarches actives en vue de la recherche d'un nouvel emploi et cela dès le mois de juillet 2009, postulant même à l'étranger auprès de SOC9.) GmbH établie près d'Osnabrück en Allemagne.

Afin d'augmenter ses chances de trouver un nouvel emploi, il a suivi, à 53 ans, avec succès deux formations professionnelles et a obtenu le 7 juin 2010 le diplôme universitaire en « *Contentieux des brevets en Europe* » auprès du Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Intellectuelle à Strasbourg, ainsi que le 25 juin 2010 son *« Master en Droit de la propriété intellectuelle* » auprès du même Institut, ces formations ayant évidemment entraîné des coûts pour lui (pièces 57 et 58 de Me Schank).

Il a de même cherché à minimiser les dégâts en acceptant de travailler pour LUXINNOVATION dans le cadre d'une convention de réinsertion professionnelle (pièce 65 de Me Schank).

Ce n'est que le 1er mai 2011 qu'A.) a retrouvé un emploi, bien qu'à temps partiel seulement, auprès de SOC10.) à Strassen, le temps partiel s'expliquant par le fait que ce cabinet de petite taille ne pouvait pas se permettre d'engager A.) à plein temps, ni au vu du volume de travail nécessaire pour l'occuper à plein temps ni au regard de la charge salariale qu'il aurait représentée s'il avait travaillé à temps plein.

Il a commencé avec un salaire mensuel brut de 6.000 € qui s'élève actuellement à 6.303,65 € (fiches de salaire versées par Me Schank dans sa farde III).

La Cour dispose des éléments nécessaires pour fixer à 24 mois la période pendant laquelle le dommage matériel d'A.) est en relation causale avec son licenciement avec effet immédiat.

A.) demande à ce qu'il soit tenu compte pour l'évaluation de son dommage du fait qu'il touchait auprès de son ancien employeur un 13ème et un 14ème mois et il verse la *« Convention n° 07/023-LU de Régime complémentaire de pension »* (pièce 60 de Me Schank) signée entre parties le 19 décembre 2007 dont l'article 7 stipule : « *Par rémunération annuelle, il faut entendre la rémunération annuelle brute de l'Affilié. Celle-ci est égale à 14 fois la rémunération mensuelle brute du mois de décembre, comprenant la prime de ménage mais à l'exclusion des primes, gratifications parts variables de la rémunération »*.

Les pièces 67 et 68 versées par Me Schank prouvent le paiement effectif d'un 13ème et d'un 14ème mois en 2007 et 2008.

Dans la mesure où le paiement des 13ème et 14ème mois ne constituait en l'espèce pas une libéralité laissée à la discrétion de l'employeur, mais découlait d'une convention signée entre parties le 19 décembre 2007 et que depuis la

signature de la convention, ces 13ème et 14ème mois étaient effectivement payés, il y a lieu d'en tenir compte pour déterminer le dommage, le mandataire de SOC1.) n'ayant par ailleurs pas pris position quant à cette demande.

Le salaire mensuel brut servant de base de calcul s'élève dès lors à 12.587,23 € (10.789,05 x 14 :12).

Le préjudice matériel indemnisable subi par A.) s'élève partant à 302.093,52 € (12.587,23 x 24).

Il convient cependant d'en déduire le montant de l'indemnité compensatoire de préavis de 64.734,30 € ainsi que les indemnités de chômage qu'il a touchées durant la même période, soit 31.872,92 €.

Il y a partant lieu, par réformation, de condamner SOC1.) à payer à A.) le montant de 205.486,30 € (302.093,52 – 64.734,30 – 31.872,92) à titre de réparation du préjudice matériel subi.

Le dommage moral

Il découle de l'analyse que la Cour a faite du licenciement que celui-ci ne se justifiait ni par l'inaptitude, ni par l'inconduite du salarié, ni par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise. Bien au contraire, tous les clients de SOC1.) ont exprimé de vifs regrets mélangés à un sentiment d'incompréhension lorsqu'ils ont appris le licenciement avec effet immédiat d'A.).

La Cour se rallie entièrement aux constatations faites par les premiers juges sur base de l'ensemble des pièces du dossier que les signataires de la lettre de licenciement se sont emparés, en leur qualité d'administrateurs de SOC1.), du droit du travail pour se débarrasser d'un administrateur et actionnaire devenu, à leurs yeux, indésirable.

Tel que l'ont encore à juste titre constaté les premiers juges, les circonstances de ce licenciement sont exceptionnellement graves du fait des attaques personnelles violentes – et non justifiées – dont ce salarié, qui avait une ancienneté de 18 ans, a fait l'objet dans la lettre de licenciement.

A cela s'ajoute que l'avenir professionnel d'A.) était plus qu'inquiétant, non seulement en raison de la difficulté générale pour un homme de 52 ans de se reclasser sur le marché du travail mais aussi en raison de sa très haute qualification et spécialisation professionnelle et du peu de débouchés que le marché luxembourgeois offre dans ce secteur.

C'est dès lors par une appréciation correcte de tous les éléments de la cause que le tribunal du travail a fixé à 25.000 € l'indemnité réparatrice pour le dommage moral.

L'indemnité compensatoire pour congés non pris

A.) réclame dans le cadre de son appel incident 56.792,06 € à titre d'indemnité compensatoire pour 113,83 jours de congé non pris.

SOC1.) n'a pas pris position par rapport à cette demande, se contentant de demander globalement dans l'acte d'appel la décharge de toutes les condamnations prononcées à son encontre.

Il se dégage des conclusions qu'A.) prétend entre autres à un solde de congé de 114 jours du chef des années antérieures à 2009.

En se basant sur les dispositions de l'article L.233-9. du code du travail aux termes duquel le congé doit être accordé et pris au cours de l'année de calendrier, les premiers juges n'ont que partiellement fait droit à la demande.

A.) verse en instance d'appel un document signé par les administrateurs I.) et H.) ainsi que par lui-même à l'issue d'une réunion du 23 décembre 2008 selon lequel il lui est attesté un solde de 114 jours de congé (pièce 28 de Me Schank).

En signant ce document, l'employeur a expressément renoncé aux dispositions des articles L.233-9. et L.233-10. du code du travail, ce dernier article autorisant le report exceptionnel du congé jusqu'au 31 mars de l'année suivante dans l'hypothèse où, pour les besoins du service, le salarié n'a pu prendre son congé durant l'année pour laquelle il est dû.

La Cour tient donc pour acquis qu'A.) disposait au 31 décembre 2008 d'un solde de 114 jours de congé.

Selon ce même document signé à l'issue de la réunion du 23 décembre 2008, il était convenu qu'A.) prenne 20 jours de congé entre le 19 janvier 2009 et le 16 février 2009 qui seront décomptés du solde de 114 jours. Il reconnaît avoir pris ce congé ainsi qu'un congé additionnel de 4 x une demi-journée, soit 2 jours, de sorte qu'il reste un solde de 92 jours (114 – 20 – 2).

Aux termes de l'article L. 233-12. du code du travail : « *Lorsque le contrat de travail prend fin dans le courant de l'année, le salarié a droit à un douzième de son congé annuel par mois de travail entier (…) les fractions de mois de travail dépassant quinze jours de calendrier sont comptées comme mois de travail entier ».*

Licencié avec effet immédiat par lettre recommandée du 28 avril 2009, A.) peut dès lors prétendre pour l'année 2009 à 8,33 jours de congé (25 :12 x 4).

C'est cependant à tort qu'il conclut en outre à un droit à congé durant la période de préavis de 6 mois.

Le congé payé est en effet un congé de récréation et constitue en principe la contrepartie de la prestation de travail. Les relations de travail entre parties ayant cessé dès le 28 avril 2009, date du licenciement avec effet immédiat, A.) ne saurait prétendre à un congé pendant la période de préavis.

Il suite des développements qui précédent que celui-ci peut prétendre à un solde de 100,33 jours de congé (92 + 8,33).

Partant d'un salaire mensuel brut de 10.789,05 €, l'indemnité compensatoire pour congés non pris s'élève, par réformation, à 50.056,20 € [[(10.789,05 : 173) x 8] x 100,33]]

La prime de 13ème mois

A.) reproche aux premiers juges de ne pas avoir tenu compte des 6 mois de préavis dans le calcul de la prime de 13ème mois.

SOC1.) n'a pas pris position par rapport à cette demande.

A.) base son argumentation à tort sur les règles valant en matière de licenciement avec préavis.

En cas de licenciement avec préavis, le contrat de travail ne prend en effet fin qu'à la date de l'expiration du préavis, de sorte qu'un salarié, même dispensé de travail ne doit, conformément à l'article L.124-9. (1) alinéa 2 du code du travail, subir, jusqu'à l'expiration du délai du préavis, aucune diminution des salaires, traitements, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail.

Tel n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un licenciement avec effet immédiat où la rupture du lien de travail est consommée dès le licenciement.

A.) ayant travaillé jusqu'au 28 avril 2009, il convient de lui allouer, par réformation à titre de prime de 13ème mois la somme de 3.536,41 € [(10.789,05 :12 x 3) + (10.789,05 : 12 : 30 x 28)].

Total :

Par réformation, il y a lieu de condamner SOC1.) à payer à A.) le montant total de 381.180,36 € (205.486,30 € + 64.734,30 + 32.367,15 + 25.000 + 50.056,20 + 3.536,41) avec les intérêts tels que plus amplement spécifiés dans le dispositif.

La demande de SOC1.) en remboursement des sommes payées le cas échéant sur base de l'exécution provisoire du jugement entrepris n'est dès lors pas fondée.

Le recours de l'Etat

L'Etat, agissant ès-qualité, demande le remboursement de 31.872,92 €,

Conformément à l'article L.521-4. (5) du code du travail, le jugement ou l'arrêt déclarant abusif le licenciement du salarié (…) condamne l'employeur à rembourser au Fonds pour l'emploi les indemnités de chômage par lui versées au salarié pour la ou les périodes couvertes par les salaires ou indemnités que l'employeur est tenu de verser en application du jugement ou de l'arrêt.

Il découle en l'espèce des pièces produites en cause que durant la période en question, l'Etat a versé 31.872,92 € à titre de provision à A.) de sorte qu'il y a lieu, par réformation, de condamner SOC1.) à rembourser ledit montant à l'Etat, agissant ès-qualités.

Les indemnités de procédure

SOC1.) succombant dans son appel et étant condamné aux frais et dépens de l'instance, sa demande en paiement d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Il serait par contre inéquitable de laisser à la charge exclusive d'A.) l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'il a dû exposer pour se défendre contre un appel non justifié. Au vu du volume des conclusions prises par son mandataire, entièrement justifié par l'enjeu de l'affaire, il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 10.000 € pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit les appels principal et incident ;

dit non fondé l'appel principal et fondé l'appel incident ;

réformant :

condamne la société anonyme SOC1.)à payer à A.) la somme de 381.180,36 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, 7 octobre 2009, jusqu'à solde ;

condamne la société anonyme SOC1.)à payer à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg la somme de 31.872,92 € avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, 8 juin 2010, jusqu'à solde ;

confirme pour le surplus le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 15 juillet 2010 ;

dit non fondées les demandes de la société anonyme SOC1.)en remboursement des sommes payées en exécution du jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 15 juillet 2010 ainsi qu'en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne la société anonyme SOC1.) à payer à A.) une indemnité de procédure de 10.000 € pour l'instance d'appel ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit des avocats constitués Me Gérard SCHANK et Me Georges PIERRET sur leurs affirmations de droit.