Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-quatre janvier deux mille treize.

Numéro 35781 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

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

appelante aux termes d'exploits de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch et Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 5 février 2010,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Guy CASTEGNARO, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1)B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit MERTZIG,

appelant par incident,

comparant par Maître Pierre REUTER, 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 TAPELLA,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 27 septembre 2012.

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

B a été aux services de la société anonyme A s.a. (ci-après : A) depuis le 26 avril 1995. A partir du 5 janvier 1999, il exerçait les fonctions de commandant de bord de Boeing 747. Par courrier du 12 janvier 2006, il a été rétrogradé au rang de premier officier *« copilote »*.

Par courrier du 29 avril 2008, B a été licencié avec le préavis légal de 6 mois.

Dans sa lettre de motivation du 30 mai 2008, A fait grief à B d'avoir, pour des motifs de sécurité, refusé le 14 avril 2008 d'effectuer le vol CV7327 Luxembourg-Koweït passant au-dessus du territoire iraquien. Ce refus serait injustifié pour avoir été seulement basé sur des recommandations issues du *« Regional Air Movement Control Center » (ci-après : RAM-CC)*, une agence américaine. Il serait évident que A ne risquerait ni la vie de ses équipages ni de ses avions si elle avait eu des raisons valables de croire que le survol du territoire iraquien présentait un réel danger.
En outre, ce refus serait inacceptable dans la mesure où il créerait des problèmes majeurs d'organisation, voire des coûts supplémentaires pour la société.
Il s'y ajouterait que B aurait déjà refusé à deux reprises de survoler l'espace aérien iraquien, en l'occurrence, le 31 janvier 2005 pour le vol CLX794 LUX-KWI et le 9 avril 2007 pour le vol CV7481 LUX-DXB. Ces refus auraient fait l'objet de deux avertissements successifs les 17 mars 2005 et 18 avril 2007.
Malgré cela, B aurait à nouveau refusé d'opérer un vol planifié à survoler l'espace aérien iraquien.

Exposant que son refus de survoler le territoire iraquien n'a été ni intempestif ni injustifié, B a, par requête déposée le 10 octobre 2008 au greffe de la justice de paix de Luxembourg, fait convoquer son ancien employeur A devant le tribunal du travail pour entendre déclarer nul, sinon abusif, le licenciement du 29 avril 2008.

A titre principal, B a demandé à s'entendre réintégrer dans ses fonctions de *« Reserve Captain »* à compter de son dernier jour de préavis et ce sans diminution de rémunération.

Il a encore demandé la condamnation de A au paiement d'un montant de 20.000 euros à titre de perte de certains éléments de son salaire pendant la période de son préavis avec dispense de travail ainsi que le montant de 14.500 euros par mois à titre de perte de salaire et de certains éléments de son salaire depuis la fin de son préavis jusqu'au jour de sa réintégration définitive.

Il a enfin demandé la condamnation de A à faire les diligences nécessaires sous peine d'astreinte pour le réaffilier auprès des organismes de sécurité sociale et des administrations compétentes avec effet au 1er novembre 2008.

A titre subsidiaire et au cas où le tribunal ne devrait pas faire droit à sa demande de réintégration, B a demandé l'indemnisation des préjudices subis comme suit :

- préjudice matériel :
  - perte de revenus jusqu'à l'âge de la retraite légale: 1.779.513 euros
  - perte de pension complémentaire s'il avait continué à travailler jusqu'à l'âge de 65 ans : 287.239,69 euros
  - perte de pension de retraite légale : 250.000 euros

- préjudice moral : 100.000 euros

soit au total : 2.416,752,64 euros.

Il a également demandé une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Par la même requête, B a fait convoquer l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi sur base de l'article L.521-4 du code du travail.

B a invoqué principalement l'absence de motivation de la lettre licenciement pour avoir été rédigée en langue anglaise. Subsidiairement, il a fait valoir que les motifs donnés ne correspondent pas au critère de précision exigé par la loi, sinon qu'ils ne sont ni réels ni sérieux.

A l'audience des plaidoiries du 11 novembre 2009, l'ETAT, agissant ès qualités, a formulé une demande contre A en remboursement du montant de 41.524,9 euros versé à B à titre d'indemnités de chômage de novembre 2008 à septembre 2009, sous réserve d'augmentation de la demande.

Par jugement contradictoire du 14 décembre 2009, le tribunal du travail s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande tendant à la condamnation de A à affilier ou réaffilier B auprès des organismes de sécurité sociale. Il s'est déclaré compétent pour connaître de la demande pour le surplus, l'a dit non fondée en ce qu'elle tend à déclarer nul le licenciement ; a déclaré abusif le licenciement du 29 avril 2008 ; a dit que B pourra opter pour sa réintégration au sein de A avec effet rétroactif au 1er novembre 2008 et paiement d'arriérés de salaire pour la période du 1er novembre 2008 à la date de la réintégration définitive, sinon pour l'indemnisation de ses préjudices matériel et moral accrus du chef de licenciement abusif ; a déclaré non fondée la demande de B en paiement d'arriérés de salaire à titre d'indemnités *« per diem »*, pour travail de nuit, de dimanche et de jours fériés pendant la période de préavis ainsi que la période subséquente jusqu'à une éventuelle réintégration définitive ; a fixé l'indemnisation du préjudice matériel subi par B au montant correspondant aux salaires qu'il aurait perçus auprès de A au cours d'une période de référence de 18 mois à compter du 1er novembre 2008, déduction faite des indemnités de chômage touchées et d'éventuels salaires à percevoir auprès d'un nouvel employeur au cours de la même période; a fixé l'indemnisation du préjudice moral subi par B à 20.000 euros ; a dit fondée en son principe la demande de l'ETAT agissant ès qualités contre A en remboursement des indemnités de chômage versées à B depuis le 1er novembre 2008 et a refixé l'affaire pour permettre à B de se prononcer sur la question de savoir s'il opte pour la réintégration ou pour l'indemnisation de ses préjudices matériel et moral du chef de licenciement abusif.

Pour statuer ainsi, le tribunal a considéré, au vu des préoccupations formulées par le requérant dans ses courriers des 17 mars 2005 et 18 avril 2007 restées sans réponse de la part de son employeur et basées sur un avertissement du *« Regional Air Movement Control Center »,* que B en refusant d'effectuer le 14 avril 2008 le vol CV7327 à destination de Koweït n'a pas commis de faute à qualifier de refus d'ordre injustifié et qu'il n'a pas été à l'origine de perturbations au sein de A, à les supposer établies.

Par exploits d'huissier Yves TAPELLA et Alex MERTZIG des 5 février 2010, A a interjeté appel de ce jugement.

L'appelante conclut, par réformation, à entendre dire que le licenciement avec préavis du 29 avril 2008 est régulier, justifié et fondé, partant, à entendre débouter B et l'ETAT de leurs demandes respectives.

L'appelante demande encore une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

L'ETAT augmente sa demande à 65.083,54 euros en juin 2010, respectivement à 74.243,58 euros en novembre 2011, outre les intérêts légaux.

Par ses conclusions du 14 janvier 2011, B soulève principalement l'irrecevabilité de l'appel au motif que le jugement entrepris n'est pas susceptible d'un appel immédiat.

Subsidiairement, B interjette appel incident contre le jugement dans la mesure où le tribunal du travail n'a pas ou n'a que partiellement fait droit à ses différentes demandes en indemnisation.

Il conclut pour le surplus à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

A soulève de son côté l'irrecevabilité des *« demandes reconventionnelles formulées par la partie intimée»* pour ne pas avoir été précisées dans le dispositif de ses conclusions du 14 janvier 2011.

La recevabilité des appels principal et incident

- la recevabilité de l'appel principal :

B soulève l'irrecevabilité de l'appel principal, au motif que s'il est vrai que le jugement attaqué a tranché une partie du principal, il n'a pas pour autant ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, alors que le fait de refixer l'affaire pour lui permettre de se prononcer sur son choix entre l'indemnisation de ses préjudices matériel et moral du chef du licenciement abusif ou bien pour sa réintégration ne pourrait être qualifié ni de mesure d'instruction, ni de mesure provisoire.

Les deux conditions cumulatives prévues à l'article 579 du NCPC pour ouvrir le droit à un appel immédiat ne seraient dès lors pas remplies et l'appel de A serait à déclarer irrecevable.

A résiste au motif que le jugement dont appel a définitivement tranché tout le fond de l'affaire, le choix de B lui étant définitivement accordé tant quant à son principe et quant à son quantum par le tribunal du travail.

Aux termes de l'article 579 du NCPC, « *Les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une*

mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal.
Il en est de même lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non recevoir ou tout autre incident met fin à l'instance ».

Il y a lieu d'abord de relever que l'hypothèse visée au 2e alinéa de la disposition légale précitée n'est pas donnée en l'espèce.

Il y a lieu ensuite de constater que le jugement entrepris par A a d'ores et déjà tranché une partie du principal en ce qu'il a déclaré le licenciement abusif et en ce qu'il a fixé le principe de l'indemnisation.

Il ressort encore du dispositif du jugement entrepris que le tribunal du travail a refixé l'affaire à une audience ultérieure pour permettre à B de se prononcer sur la question de savoir s'il opte pour la réintégration au sein de la société défenderesse avec effet rétroactif au 1er novembre 2008 ou pour l'indemnisation de ses préjudices matériel et moral du chef de licenciement et qu'il a sursis à statuer pour le surplus.

Une décision par laquelle le tribunal refixe l'affaire, respectivement sursoit à statuer ne constitue pas une mesure d'instruction.

Une mesure provisoire est une décision prise par le juge pour un certain temps, voire la durée du procès.

Le sursis à statuer constitue une décision du juge de suspendre provisoirement le cours de l'instruction d'une affaire ; il ne dessaisit pas la juridiction et peut être révoqué ou réduit dans sa durée.

Le sursis à statuer ou la refixation d'une affaire sur un point particulier du litige constitue dès lors une mesure essentiellement provisoire, suspendant en l'espèce le cours du procès afin de permettre aux parties, en l'occurrence à B, de prendre position par rapport à une demande sur laquelle les débats ont eu lieu.

Il en découle que la juridiction de première instance a non seulement tranché une partie du principal, mais a également ordonné une mesure provisoire.

Il s'ensuit que le jugement déféré est à qualifier de jugement mixte qui relève de l'application de l'article 579 alinéa 1er du NCPC.

L'appel principal est dès lors recevable.

- <u>la recevabilité de l'appel incident :</u>

Par ses conclusions du 14 janvier 2011, B conclut à la réformation du jugement entrepris en ce que le tribunal du travail a déclaré non fondée sa demande en paiement de certains éléments de salaires consistant en l'indemnité *« per diem »* et l'indemnité pour travail de nuit, de dimanche et de jours fériés pour la période de préavis et la période subséquente jusqu'à une éventuelle réintégration définitive. Il conclut encore à la réformation du jugement entrepris en ce que celui-ci a limité l'indemnisation de son préjudice matériel subi au montant correspondant aux salaires qu'il aurait perçus auprès de A au cours d'une période de référence de 18 mois à compter du 1er novembre 2008, déduction faite des indemnités de chômage touchées et d'éventuels salaires à percevoir auprès d'un nouvel employeur au cours de la même période.

B critique enfin le jugement entrepris en ce qu'il l'a débouté de ses demandes du chef de pertes de pension complémentaire et de retraite légale et qu'il ne lui a pas alloué le montant de 100.000 euros à titre de préjudice moral.

A soulève l'irrecevabilité de *« ces demandes reconventionnelles »* au motif qu'elles ne figurent pas dans le dispositif des conclusions de B du 14 janvier 2011, celui-ci s'étant *« contenté »* d'indiquer *« accueillir l'appel incident de la partie B et statuer conformément aux présentes conclusions ».*

Par ses conclusions du 11 août 2011, B conclut à la recevabilité de son appel incident qu'il reprend de manière détaillée au dispositif de ses conclusions.

Conformément aux conclusions de B, l'appel incident n'est soumis à aucune condition de forme particulière.

L'appel incident de B ayant été de façon claire et non équivoque explicité dans ses conclusions du 14 janvier 2011 et repris dans le dispositif de ses conclusions du 11 août 2011 est dès lors recevable.

Il suit des développements qui précèdent que tant l'appel incident que principal sont recevables.

- Au fond :

Au soutien de son appel, A fait valoir que le refus réitéré et imprévisible de B d'effectuer le vol planifié le 14 avril 2008 à destination de Koweït a perturbé de manière importante le fonctionnement de ses services et qu'il aurait pu engendrer des coûts très importants si elle n'avait pas réussi à remplacer rapidement B pour le vol planifié.

Ce serait encore à tort que le tribunal du travail a considéré que les deux courriers précédents des 17 mars 2005 et 18 avril 2007 adressés à B suite à ses refus d'opérer les vols du CLX794 LUX-KWI du 31 janvier 2005 et CV7481 LUX-DXB du 9 avril 2007 devant survoler le territoire iraquien n'avaient pas constitué un avertissement valable.

Contrairement encore aux conclusions de B la recommandation émise par le RAM-CC, une organisation américaine ayant pour mission de réguler les vols humanitaires et les vols liés au maintien de la paix dans les régions dans lesquelles se déroulent des conflits militaires, ne constituait pas un avertissement mais une simple recommandation.

En effet, l'autorité ayant le pouvoir d'autoriser le survol du territoire iraquien ainsi que les atterrissages et décollages en Iraq ne serait pas le RAM-CC, mais *« l'Iraqi Civil Aviation Authority »*. A aurait demandé et respecté la procédure prévue par celle-ci et elle aurait obtenu pour le vol du 9 avril 2007 tout comme pour celui du 14 avril 2008 l'autorisation préalable des autorités iraquiennes.

Enfin, il n'appartiendrait pas à un pilote de remettre en question la décision de l'employeur de survoler le territoire iraquien, étant donné que cette décision serait l'expression du pouvoir de direction de l'employeur qui en assumerait seul le risque. Ce dernier ne pourrait tout au plus faire part de ses préoccupations et devrait se conformer aux instructions de son employeur.

En l'espèce, les refus de survoler le territoire iraquien émis par B auraient été totalement injustifiés et dénués de tout fondement, et ceci à plus forte raison que le refus du 14 avril 2008 serait intervenu malgré les explications apportées par A suite à ses deux premiers refus.

B de son côté invoque les circonstances à la base des deux vols antérieurs en 2005 et 2007 et son courrier d'explication du 24 avril 2007 qui n'avait conduit à aucune prise de position de A. Il se demande pourquoi A qui savait que son salarié invoque des considérations de sécurité réelles et sérieuses et qui ne l'avait jamais informé de l'existence de raisons objectives pour ne pas les respecter, l'avait néanmoins prévu sur un vol en 2008 dont elle aurait su par, au moins trois rapports écrits, qu'il était en contradiction flagrante avec les soucis exprimés par le salarié et pour ensuite immédiatement, lorsque le salarié avait confirmé sa position, le remplacer par un autre pilote.

Ce faisant A aurait choisi d'ignorer des avertissements émis par des autorités actives en Irak en privilégiant des considérations économiques. Elle aurait encore violé son propre *« Operations Manual »* qui l'oblige à toujours privilégier la sécurité au détriment des considérations économiques.

B en conclut que son refus de survoler le territoire iraquien lors du vol de 14 avril 2008 était prévisible et légitime et si des difficultés d'organisation en ont résulté, quod non, elles auraient facilement pu être évitées.

Il maintient son argumentation quant au terme *« warning »* en aviation lequel ferait référence à une situation de danger imminent, impliquant le risque de perte de vies humaines, ce que A ne saurait ignorer.

En outre, il serait pour le moins choquant que A maintiendrait son affirmation selon laquelle la *« Baghdad FIR »* désignerait non pas l'ensemble du territoire aérien au-dessus de l'Iraq, mais seulement la région de Baghdad, dans le seul but de minimiser la portée et la gravité des avertissements de sécurité émis par le RAM-CC.

B ayant fondé son refus de survoler le territoire iraquien sur des « *warnings »* de la page internet du RAM-CC, du formulaire de demande de survol du territoire irakien *« Iraq Overflight Request Form* » et de l'*« Aeronautical Information Publication* » (AIP) quant aux risques liés au survol de la zone *« Flight Information Region Bagdad »* (FIR Bagdad) en raison de la poursuite d'opérations militaires dans cette zone, il se pose la question de l'éventuelle incidence de l'article L. 312-4(4) du code du travail, article qui a la teneur suivante :

« Un salarié qui, en cas de danger grave, immédiat et qui ne peut être évité, s'éloigne de son poste de travail ou d'une zone dangereuse, ne peut en subir aucun préjudice. La résiliation d'un contrat de travail effectué par un employeur en violation des dispositions du présent paragraphe est abusive ».

Aucune des parties n'ayant pris position quant à l'application de cette disposition légale, il y a lieu, avant tout autre progrès en cause, de rouvrir les débats pour leur permettre de fournir leurs observations.

Il y a partant lieu de réserver le surplus.

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 ;

avant tout autre progrès en cause :

ordonne la réouverture des débats pour permettre aux parties de prendre position quant à l'application de l'article L.312-4(4) du code du travail,

renvoie l'affaire devant Monsieur le président Carlo Heyard, juge de la mise en état,

réserve le surplus et les frais.