

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du trois décembre deux mille quinze.

Numéro 39574 du rôle

Présents:

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

E n t r e :

A, demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER de Luxembourg du 29 janvier 2013,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Pierre REUTER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) 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 MULLER,

appelante par incident,

comparant par Maître François WARKEN, 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 MULLER,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 14 juillet 2015.

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

Par requête du 17 janvier 2012, A a réclamé à son ancien employeur, la société B (ci-après en abrégé « la Banque ») à la suite de son licenciement qu'il qualifia d'abusif, les montants plus amplement détaillés dans la prédite requête, à savoir les indemnités pour licenciement abusif ainsi que la réparation relative à la perte du bénéfice de plusieurs pensions privées et publiques et notamment la retraite publique française, la pension luxembourgeoise ainsi que la pension complémentaire B, finalement le Bonus pour l'année 2011, d'un montant de 90.000 euros.

Au service de l'employeur depuis le 1^{er} octobre 2008, d'abord en tant que directeur général adjoint et ensuite en tant que directeur général, sur base d'un contrat de travail ayant reconnu en sa faveur une ancienneté de service de 36 ans, soit à partir du 1^{er} mars 1975, A a été licencié avec le préavis légal en date du 11 octobre 2011 ; suite à la demande afférente du salarié, l'employeur lui communiqua les motifs gisant à la base du congédiement par lettre du 14 novembre 2011, motifs que le salarié contesta quant à leur précision, leur réalité et leur sérieux.

Par un jugement rendu contradictoirement le 20 décembre 2012, le tribunal du travail a déclaré abusif le licenciement avec préavis intervenu le 11 octobre 2011 à l'égard de A; a déclaré non fondée la demande de A du chef de pertes de pensions légales française et luxembourgeoise et du chef de perte de pension complémentaire de B ; a écarté la demande de A tendant à enjoindre à la société anonyme B S.A. de verser des pièces permettant de vérifier si C, son successeur, a perçu un bonus pour l'année 2011 ; a déclaré non fondée la demande de A en

payement d'un bonus pour l'année 2011 ; a déclaré fondée la demande de A en indemnisation de son préjudice matériel à concurrence de 88.334,07 euros et a déclaré fondée la demande de A en indemnisation de son préjudice moral à concurrence de 15.000.- euros.

Il a partant condamné la société anonyme B S.A. à payer à A du chef des causes sus-énoncées le montant de [88.334,07 + 15.000 =] 103.334,07 euros, avec les intérêts légaux à partir du 17 janvier 2012, jusqu'à solde ;

Il a encore déclaré fondée la demande du chef d'indemnités de chômage de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, à l'égard de la société anonyme B S.A. à concurrence de 21.075,44 euros et condamné la société anonyme B S.A. à payer à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, le montant de 21.075,44 euros, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde ; finalement, il a condamné la société anonyme B S.A. à tous les frais et dépens de l'instance.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a décidé que la lettre de motivation ne correspondait pas aux critères de précision requis par loi et la jurisprudence ; il a évalué le préjudice matériel du salarié sur base d'une période de référence de 6 mois débutant à la fin du délai de préavis, avec la considération que le salarié avait été dispensé de travailler pendant son préavis ; il a déclaré les montants réclamés par le salarié pour perte du bénéfice des différentes pensions non fondées, au motif que le préjudice dont le salarié se prévaut est incertain, en ce qu'il dépend d'évènements hypothétiques, dans la mesure où il ne pourrait être affirmé avec certitude qu'il serait resté aux services de l'employeur jusqu'à l'âge de 65 ans, s'il n'avait pas été licencié le 11 octobre 2011.

Concernant le bonus réclamé par le salarié, le tribunal a décidé sur base du contrat de travail, qu'il s'agissait d'une prime discrétionnaire et non d'un droit acquis pour le salarié, pour l'en débouter.

Il a finalement déclaré la demande de l'Etat pris en sa qualité de gestionnaire du fonds pour l'emploi fondée, en ce qu'elle a trait au remboursement des indemnités de chômage et de l'aide au réemploi payées au salarié pendant la période de référence et a condamné l'employeur à lui rembourser ces montants.

A a régulièrement relevé appel du susdit jugement par acte d'huissier du 29 janvier 2013.

L'appelant déclare relever appel uniquement des décisions concernant les montants lui alloués par le tribunal du travail.

Il soutient que les pertes relatives aux pensions légales entraînent pour lui un préjudice certain et non hypothétique, de sorte qu'il y aurait lieu par réformation de lui allouer les montants afférents ; il prétend encore que le bonus réclamé pour l'année 2011 revêtirait les caractères de généralité, de fixité et de constance permettant de retenir qu'un usage constant avait été mis en place à son bénéfice ; à cet égard, il réclame sur base de l'article 288 du NCPC la communication par l'employeur des pièces établissant que son successeur a perçu un bonus pour l'année 2011.

Concernant la période de référence de 6 mois retenue par le tribunal du travail pour fixer son préjudice matériel, il demande à la voir augmentée à 4 ans et 11 jours, soit jusqu'à l'âge de sa retraite (65 ans). Finalement, il réclame pour le préjudice moral la somme de 689.685,48 euros.

L'intimée conclut quant à elle au rejet de l'appel principal pour ne pas être fondé.

Estimant que la lettre de motivation est précise, que les motifs invoqués sont réels et sérieux l'intimée relève appel incident quant au caractère abusif du licenciement et aux dommages et intérêts alloués en première instance.

L'employeur expose que ce n'est pas la première partie de la lettre de motivation qui contient les motifs ayant entraîné le licenciement du salarié, mais la deuxième partie, que le tribunal n'aurait pas prise en compte.

L'employeur conteste encore l'ensemble des montants réclamés par le salarié.

Il conteste finalement devoir rembourser à l'Etat l'aide au réemploi versée au salarié et relève également appel incident sur ce point.

Le salarié conclut en premier lieu à l'irrecevabilité de l'appel incident relevé par la Banque ; il soutient que la Banque aurait dû procéder par la voie d'un appel principal et dans le délai légal de 40 jours.

Au fond, il maintient ses conclusions antérieures, à savoir que la lettre de motivation est imprécise, que les motifs ne sont ni réels ni sérieux ; il maintient finalement toutes ses prétentions financières dans leurs principe et montant.

La Banque conclut à la recevabilité de son appel incident sur base de l'article 571 alinéa 3 du NCPC.

Les parties ont encore conclu sur le problème d'une éventuelle modification irrégulière et injustifiée par l'employeur d'une clause essentielle du contrat de travail du salarié.

L'Etat pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi réclame le remboursement à la partie mal-fondée des indemnités de chômage avancées au salarié pour la période actualisée allant jusqu'au mois de février 2015, à savoir 82.826,47 euros et il précise que la demande de remboursement de l'aide au réemploi est pleinement justifiée sur base de la subrogation de l'article 1251-3 du code civil et de la jurisprudence citée.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

I) Recevabilité des appels incidents :

L'appel principal de A porte uniquement sur les montants lui alloués par le tribunal du travail, suite au licenciement abusif, tandis que l'appel incident de la Banque B porte sur le jugement de première instance dans son ensemble, dès lors également sur le caractère abusif du licenciement, qui est contesté et sur les dommages et intérêts alloués au salarié de ce chef ; l'appel incident de la Banque porte également sur la partie du jugement qui a , à tort d'après elle, fait partiellement droit à la demande de l'ETAT en remboursement de l'aide au réemploi versée au salarié.

L'appelant au principal, A, soulève l'irrecevabilité de l'appel incident dirigé par la Banque, intimée, contre l'intimé, l'Etat, alors qu'il est divisible de l'appel principal et qu'il a été formé après l'expiration du délai d'appel ; il reconnaît cependant qu'il appartiendra à l'Etat de faire valoir ce moyen.

L'appel incident ne peut, en principe, être dirigé que contre l'appelant principal ; par exception, il peut aussi être formé d'intimé a intimé, lorsque l'instance est liée entre toutes les parties par l'appel principal d'une seule partie, en raison de l'indivisibilité du litige.

Par ailleurs, c'est à l'intimé seul, en l'occurrence à l'ETAT, qu'il incombe de soulever l'irrecevabilité de l'appel incident dirigé contre lui, dès lors que ce moyen n'est pas d'ordre public.

Or, l'ETAT, en concluant à voir condamner la Banque à lui rembourser non seulement les indemnités de chômage, mais encore l'aide au réemploi, n'a pas soulevé le moyen tenant à l'irrecevabilité de l'appel incident formé contre lui, de sorte que l'appel incident dirigé contre lui par la Banque est recevable.

En ce qui concerne l'appel incident formé par l'intimée, la Banque, par voie de conclusions notifiées le 17 mai 2013 contre le jugement, en ce qu'il a déclaré le licenciement abusif et l'a condamnée à indemniser le dommage matériel et moral

du salarié, A soutient qu'il est tardif pour être intervenu après l'expiration du délai d'appel de 40 jours suivant la notification du jugement de première instance, mais encore qu'il aurait dû intervenir par la voie d'un appel principal et qu'à défaut, la décision des premiers juges non entreprise par la voie principale dans le délai légal, a acquis autorité de chose jugée, après l'expiration du délai d'appel.

Or, même lorsque l'appel principal est restreint à certains chefs du jugement, l'intimé peut appeler incidemment, en tout état de cause, de tous les autres chefs dont il n'y a pas eu appel principal, sans qu'il n'y ait à distinguer selon qu'il s'agit de chefs connexes à celui dont il a été fait appel principal, ou de chefs qui en sont indépendants, et alors même que l'appel principal ne porte que sur un accessoire.

Il en suit que tant l'appel principal que les appels incidents sont recevables.

La Cour est partant saisie de l'ensemble du litige tel qu'il s'est présenté devant la juridiction de première instance.

II) Quant au licenciement.

A réitère son moyen tiré de l'imprécision de la lettre de motivation du 14 novembre 2011.

La Banque quant à elle soutient que le salarié n'a pu se méprendre sur les raisons qui l'ont amené à résilier son contrat de travail.

Pour l'employeur, sa lettre de motivation, après un énoncé sommaire des faits et rétroactes, expliquerait de façon détaillée qu'elle a tout mis en œuvre pour reclasser A et comment l'attitude de ce dernier pendant les 5 mois de ce processus de reclassement a mené à l'échec de ce processus et finalement à la décision de mettre fin à la relation de travail.

L'employeur reproche en effet au salarié l'échec du processus de reclassement de ce dernier, échec exclusivement imputable au salarié, dans la mesure où il a décliné toutes les propositions qui lui ont été faites et est resté passif tout au long de ce processus de reclassement en montrant un manque d'intérêt flagrant pour retrouver un nouveau poste et pour finalement annoncer, qu'il n'était plus nécessaire de continuer le processus de reclassement.

Il fait partant grief et pour la première fois en instance d'appel, à la juridiction de première instance, d'avoir retenu la première partie de la lettre de motivation, dans laquelle l'employeur se contente d'exposer de façon sommaire les faits et rétroactes, comme étant à l'origine du licenciement, alors que cependant et au contraire, les vraies et seules raisons qui ont amené la Banque à remplacer son

salarié en mai 2011 ne sont pas celles qui l'ont amenée à le licencier en octobre 2011 et qui ne sont autres que son manque d'intérêt à participer à son repositionnement au sein du groupe de sociétés dont elle fait partie, mais également à l'extérieur, motifs se trouvant dans la deuxième partie du courrier de motivation et dont le tribunal du travail n'a pas eu égard.

L'employeur demande partant actuellement à la Cour de faire abstraction de la première partie de la lettre de motivation, dans laquelle sont expliquées les raisons du remplacement de A par un autre salarié, énoncé qui fait deux tiers du courrier de la motivation, pour ne retenir que la deuxième partie, soit le tiers restant, dans laquelle les conséquences pour le salarié, suite à son remplacement, sont indiquées comme se trouvant à la base du licenciement.

Cette approche de l'employeur est en principe erronée, dès lors qu'une lettre de motivation, qui forme un tout comme en l'espèce, s'impose telle que libellée et dans son intégralité à son destinataire, soit au salarié et le cas échéant, en cas de litige, aux juridictions du travail saisies pour en apprécier le bien-fondé du contenu, surtout si, comme en l'occurrence, la première partie ne se conçoit pas sans son épilogue et, en sens, inverse si la conclusion de la lettre de motivation est incompréhensible sans son introduction.

La lettre de motivation sera partant analysée dans son ensemble pour déterminer si elle répond à la précision requise par la loi et la jurisprudence.

Aux termes de l'article L.124-5 (2) du code du travail : *L'employeur est tenu d'énoncer avec précision par lettre recommandée, ... le ou les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service qui doivent être réels et sérieux.*

Par adoption des motifs de la juridiction de première instance, qui a fait une analyse exhaustive et judicieuse de l'ensemble des reproches faits au salarié, qui ont conduit à son remplacement en mai 2010 et qui a correctement appliqué les principes résultant de l'article L.124-5.(2) sur le contrat de travail en matière de précision des motifs, la Cour confirme la décision en ce qu'elle a décidé que cette précision fait défaut en l'occurrence en ce qui concerne la première partie de la lettre de motivation.

L'employeur insiste pour que la Cour s'attache encore à la deuxième partie de la lettre de motivation qui comporte à ses yeux le motif ayant justifié le licenciement de A, motif qui n'a pas été analysé par le tribunal du travail et qui est de la teneur suivante : « *finalement le 18 août 2011, sur la proposition de B DRH corporate d'étendre l'étude du dossier de M. D (il faudrait lire A !!!), à un périmètre international, un rendez-vous a été organisé entre M.A et Mme E/ BPCE IOM (International Outre-Mer). Lors de cet entretien M.A n'a pas manifesté*

d'intérêt ni pour un départ en outre-mer du périmètre BPCE, ni pour un poste de Directeur Général Adjoint de quelque structure que ce soit et a eu une attitude passive sans rappeler la DRH Mme E, après l'entretien, comme elle le lui avait demandé, pour partager ses réflexions ».

En substance la partie B pointe dès lors dans ce paragraphe de la lettre de motivation une prétendue absence de collaboration de A à un repositionnement interne et externe, ce qui l'aurait obligée à le licencier.

Le susdit reproche est précédé dans la lettre de motivation d'un énoncé des moyens mis en place par l'employeur pour repositionner le salarié dans un périmètre d'activité le plus large possible, moyens qui n'ont pas abouti, et qui ne seront pas pris en considération, dans la mesure où ils ne contiennent aucun reproche fait au salarié, mais établissent l'impuissance de l'employeur sur 5 mois à repositionner le salarié en son sein, et ne peuvent partant pas constituer le motif réel et sérieux du licenciement de A.

Le motif de licenciement qui a été intégralement repris ci-avant est à écarter purement et simplement en raison de son imprécision caractérisée.

En effet, il ne résulte pas de cette deuxième partie de la lettre de motivation la raison pour laquelle le salarié, qui était au service de l'employeur comme Directeur général aurait dû marquer un intérêt pour un départ en Outre-mer ou pour le poste de Directeur général adjoint « de quelque structure que ce soit » ; la Cour ignore encore à quel endroit exact le salarié aurait dû partir en Outre-mer et pour faire quoi ; l'employeur omet également de préciser de quelle structure précise le salarié pouvait devenir directeur général adjoint ; l'employeur n'indique pas non plus la raison pour laquelle il proposait un poste de Directeur adjoint, partant un poste inférieur, à son Directeur général ; il laisse encore d'être précisé par rapport à quel projet ou proposition il aurait dû rappeler Madame E et pour partager quelles réflexions.

Il en suit que le prétendu manque d'intérêt du salarié n'a aucune cause précise.

Dans la mesure où l'imprécision des motifs équivaut à une absence de motifs, l'employeur ne peut être admis à pallier par une mesure d'instruction aux lacunes et carences de la lettre de motivation.

L'offre de preuve formulée par l'employeur doit partant être rejetée.

A l'instar du tribunal du travail, il y a lieu de décider que la lettre de motivation du 14 novembre 2011 ne remplit pas les critères de précision requis par la loi et la jurisprudence, de sorte que le licenciement intervenu le 11 octobre 2011 à l'égard de A est à déclarer abusif.

Les parties ont finalement encore évoqué brièvement, relativement au remplacement de A à son poste de Directeur général par un autre salarié, respectivement à son affectation, suite à son remplacement en mai 2011, à un autre poste de travail, le moyen tiré d'une violation de l'article L.121-7 du code du travail, en ce que l'employeur aurait imposé à A en violation de la procédure prévue au dit article et contre son gré une modification en sa défaveur d'une condition substantielle du contrat de travail.

Or, en postant la lettre de licenciement de A le 11 octobre 2011, l'employeur a définitivement et irrévocablement manifesté sa volonté de rompre les relations de travail par un licenciement et non de les modifier au sens de l'article L.121-7 du code du travail.

En effet, acte unilatéral et indépendant de la volonté du destinataire du licenciement, le congé échappe, une fois donné, à la volonté de son auteur et lui confère une valeur définitive en ce sens que l'auteur du congé est impuissant à faire revivre le contrat qui a pris fin, et confère à son destinataire un droit acquis à la rupture du contrat avec toutes les conséquences susceptibles d'en découler.

De même, il s'impose en tant que tel et pour les mêmes raisons aux juridictions du travail qui ne sont pas autorisées, en présence d'un écrit clair, non équivoque et irrévocable de licenciement posé par un employeur, seul juge des décisions à prendre à l'encontre de ses salariés, comme en l'espèce, de le requalifier en révision du contrat de travail, au sens de l'article L.121-7 du contrat de travail.

Il en suit que ce moyen est à rejeter.

III) Les montants réclamés par A :

Le salarié fait grief au tribunal du travail de lui avoir alloué des dommages et intérêts pour le préjudice matériel subi, suite au congédiement abusif, sur base d'une période de référence de seulement 6 mois, nonobstant la circonstance qu'il avait exposé qu'à son âge, 60 ans à l'époque, il serait certainement dans l'impossibilité de retrouver un emploi correspondant à ses précédentes fonctions et rémunérations.

Il sollicite partant actuellement, et 4 ans après le licenciement, le paiement de dommages et intérêts sur base d'une période de référence de 4 ans et 11 jours, soit jusqu'au 3 mai 2016, date de l'ouverture de ses droits aux retraites légale et conventionnelle, dommages et intérêts qu'il évalue à la somme de 926.508,98 euros, de laquelle il y aura lieu de soustraire l'indemnité de chômage perçue par lui, les salaires perçus et à percevoir dans la mesure où il a trouvé deux emplois à mi-

temps auprès de deux associations sans but lucratif différentes à partir d'octobre 2010, ainsi que les aides au réemploi versées par l'Etat.

En l'espèce, la période de référence fut limitée en première instance à 6 mois, notamment en tenant compte du fait que le tribunal ne pouvait pas fixer une période de référence au-delà de la date du prononcé du jugement, au risque de statuer en partie sur un préjudice futur et hypothétique.

L'indemnisation du salarié victime d'un licenciement abusif doit être aussi complète que possible, mais seuls les dommages qui se trouvent en relation causale directe avec le licenciement peuvent donner lieu à réparation.

Si en principe, 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 nouvel emploi à peu près équivalent, le salarié licencié étant en effet censé faire tous les efforts nécessaires pour se procurer un emploi de remplacement, ce principe ne peut être appliqué tel quel et dans toute sa rigueur dans le cas d'un salarié âgé de 60 ans, proche de la pension et dont les chances ou perspectives de retrouver un nouvel emploi sont quasi inexistantes, dès lors que les employeurs ne recrutent ni activement ni facilement des demandeurs d'emploi licenciés âgés de 60 ans voire plus, et dont le salaire perçu antérieurement était conséquent.

La BANQUE indique d'ailleurs dans sa lettre de motivation avoir fait à partir du mois de mai 2011 de nombreux efforts pour repositionner son salarié au sein de ses sociétés et ailleurs, et reconnaît elle-même ne pas avoir réussi en 5 mois de temps à lui trouver un autre poste.

De même, si l'indemnisation du salarié, victime d'un licenciement abusif, doit être aussi complète que possible, il n'en reste pas moins que le dommage matériel n'est réparé que si la perte économique est certaine.

Actuellement, le préjudice invoqué par le salarié depuis son licenciement n'est plus, comme en première instance, incertain ou hypothétique, mais bien réel, avéré et en relation causale avec le licenciement abusif et s'étend de la fin de la relation de travail jusqu'au jour du prononcé du présent arrêt.

Ce n'est en fait que grâce aux nombreuses recherches d'emplois effectuées par le salarié après son licenciement, recherches documentées par les pièces soumises à la Cour, que A a réussi à trouver un nouvel emploi auprès de deux « Asbl », certes pour un salaire mensuel de loin inférieur à ce qu'il touchait comme salaire auprès de la Banque, ce qui joue encore en sa faveur et dénote sa volonté et de ne pas rester dans l'expectative, mais bien d'agir.

Dans les circonstances données, il y a lieu de retenir que les pertes de revenus subies par A à compter du 15 avril 2012, fin du préavis, jusqu'au 21 avril 2015, date de son dernier état actualisé, sont imputables à la société employeuse, qui a procédé à un licenciement abusif et celle-ci est tenue d'indemniser l'intégralité du préjudice, qui est en lien causal avec sa faute.

D'après le susdit décompte actualisé au 21 avril 2015, A évalue son préjudice matériel à la somme de 655.728,08.

Cette somme a été calculée par A par rapport à une période de référence de 4 ans et 11 jours soit jusqu'au 3 mai 2016, date à laquelle il pourra faire valoir ses droits à la pension.

Or, la Cour qui a fixé la période de référence pour le calcul du préjudice matériel de A du 15 avril 2012 au jour du prononcé du présent arrêt, ne prendra cependant en compte que les montants lui soumis par le salarié dans son décompte actualisé au 21 avril 2015, en y apportant les modifications ou adaptations qui s'imposent.

Dans la mesure où la période de référence s'étend du 16 avril 2012 (fin du délai de préavis) au 21 avril 2015, la rémunération que A aurait perçue auprès de son ancien employeur s'évalue portant sur une période de 3 ans et 5 jours.

Sur cette période A aurait perçu la somme de 19.157,93 x 12 mois x 3, soit 689.685,48 €, plus le salaire de 5 jours, à savoir 19.157,93 : 173 heures x 8 h x 5 jours = 4.429,58 €, dès lors un montant total de 694.115,06 euros.

De ce montant il échet, comme l'a, à juste titre, fait le salarié dans le susdit décompte, de déduire :

- d'une part, les indemnités de chômage versées par l'ADEM qui ont erronément été fixées par le salarié à 82.826,47 euros ; en effet d'après le dernier décompte de l'ETAT versé en cause sont incluses dans ce montant les indemnités de réemploi, soit 10.801,50 euros pour trois mois en 2012, 44.118,12 euros pour douze mois en 2013 et 7.489,94 euros pour deux mois en 2014, les prédits montants étant soustraits une seconde fois par le salarié in fine de son décompte.

Il en suit que seul le montant de 20.416,91 euros sera déduit du chef des indemnités de chômage.

- Ensuite, les salaires perçus par A depuis la fin du préavis :

ALPP 2012	- 3.324,00 €
LAFO 2012	- 3.324,00 €
ALPP 2013	- 13.584,39 €
LAFO 2013	- 13.584,39 €
ALPP 2014	- 2.306,26 €

LAFO 2014	- 2.306,26 €
AGIR Luxembourg 2014 (dont primes)	- <u>53.052,30 €</u>
	- 91.481,60 €

Tous ces montants étant justifiés par les pièces soumises à la Cour.

La Cour relève ne pas avoir pris en compte les salaires de la société AGIR pour les années 2015 et 2016 dans la mesure où il n'est versé aucune pièce à cet égard par le salarié, les montants afférents étant par ailleurs indiqués au conditionnel dans le décompte versé.

- Finalement, les aides au réemploi telles qu'elles ont été indiquées dans le décompte et reprises ci-avant et dont la réalité résulte des pièces justificatives pour les années 2012, 2013 et 2014.

Il suit des considérations qui précèdent que le montant total dû au salarié par son ancien employeur au titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel subi s'élève à un total de : $694.115,06 - 174.308,07 = 519.806,99$ euros.

A sollicite encore une indemnisation de son préjudice moral beaucoup plus conséquente que celle qui lui fut allouée par le tribunal du travail, dommage qu'il évalue à 689.685,48 euros.

Le dommage moral de A est donné et est en relation causale avec le licenciement abusif ; il est la résultante non seulement des circonstances particulièrement humiliantes et dégradantes, dans lesquelles son licenciement est intervenu, portant atteinte à sa dignité de salarié, qui a mis 36 années de son activité professionnelle au service de son employeur et qui se voit licencier sans motifs précis à l'âge de 60 ans et 5 ans avant la prise d'effet de ses pensions, mais également des soucis qu'il a dû se faire pour son avenir professionnel et privé, puisqu'il devait encore pendant la période de référence indiquée par la Cour, chercher une occupation rémunérée.

L'indemnisation adéquate et suffisante du préjudice moral subi par le salarié suite au licenciement abusif peut être évaluée ex aequo et bono à la somme de 15.000 euros.

A réclame également, par réformation du jugement entrepris, le bonus pour l'année 2010 d'un montant de 90.000 euros, soutenant avoir un droit acquis à cette prime, qui par la constance, la fixité et la généralité de son paiement, la rendait obligatoire dans son chef.

Si le paiement régulier d'une gratification peut se transformer en un usage constant sur base duquel le salarié peut réclamer le paiement de la gratification comme complément de salaire obligatoire, c'est en raison du fait que cet usage repose sur

la présomption que les parties au cours des années se sont mises d'accord à considérer la gratification comme élément du salaire obligatoire.

Or, d'après l'article 8 alinéa 2 du contrat de travail : « ...*En outre, Monsieur A pourra se voir attribuer une prime annuelle exceptionnelle et totalement discrétionnaire Monsieur A ne pouvant jamais à l'avenir se prévaloir d'un droit acquis au sujet de cette prime dans tous les cas non contractuelle* ».

En signant cette clause, le salarié a marqué dès le début des relations de travail son accord sur ce que le bonus dont il pouvait bénéficier devait garder le caractère d'une libéralité, non obligatoire, ne constituant partant pas un élément du salaire.

La juridiction de première instance a partant, à juste titre, considéré que la clause contractuelle excluait en l'occurrence la nature obligatoire des gratifications qui pouvaient échoir au salarié pendant l'exécution de son contrat, et a dès lors déclaré à bon droit sa demande afférente non fondée.

Il en suit que le jugement est à confirmer sur ce point.

Comme en première instance, A fait valoir qu'en raison de la perte de son emploi avant son départ à la retraite à l'âge de 65 ans, il risque de perdre le bénéfice de plusieurs assurances pension privées et publiques.

- Concernant la retraite CNAV (retraite publique française) il soutient que son montant final sera calculé en fonction de la date de son départ de son emploi au Luxembourg et qu'à la fin du mois de mai 2008 la retraite atteignait 11.200 euros annuels en cas de départ en retraite en 2016; qu'en revanche, le départ provoqué début 2012 par l'employeur a provoqué une décote sur la retraite CNAV de base, le nombre de trimestres manquants venant réduire le taux plein possible estimé en 2008 de 11.200 euros à près de 8.750 euros annuel, soit un manque à gagner de 2.450 euros annuels.

Il précise encore, qu'en considération de l'espérance de vie actuelle d'un homme âgé de 60 ans qui est de 82 ans, la perte se poursuivra sur une durée estimée de 22 années, de sorte qu'il évalue ce préjudice à la somme de 2.450 euros x 22, soit 53.900 euros.

- concernant la pension légale luxembourgeoise, il fait valoir qu'en raison de la rupture anticipée des relations de travail, cette pension, évaluée pour un départ en retraite début 2016 à 2.421 euros par mois, sera également ramenée à près de 1.650 euros mensuels, soit un manque à gagner de 771 euros mensuels à l'indice actuel, correspondant à un montant annuel estimé à 9.252 euros et sur une période de 22 ans d'espérance de vie à 203.500 euros.

- Finalement concernant la pension complémentaire de B qui est un capital non imposé, dont la disponibilité était prévue en cas de départ en 2016 pour un montant de 258.900 euros a été réduite en raison du départ anticipé provoqué à la somme de 62.805,665, de sorte que le préjudice subi est à évaluer à la somme de de 196.177 euros, montants dont il sollicite le paiement actuellement.

Il fait encore valoir que si les pertes de pensions ci-avant listées ne constituent pas des préjudices certains, il demande à ce qu'elles soient considérées comme de véritables pertes de chances de pouvoir en bénéficier à taux plein lors du départ à la retraite.

Comme en première instance l'employeur conteste ces demandes dans leurs principe et montants.

Il suit des développements faits lors de la fixation du préjudice matériel de A, que c'est sur la période de référence de 3 ans et 5 jours pendant laquelle se trouve établi un lien de causalité entre la faute de l'ancien employeur et le dommage subi que porte l'indemnisation et non ultérieurement.

Dès lors, les demandes du salarié relatives aux préjudices subis en relation avec ses pensions qui n'interviendront que le 3 mai 2016, ne tombent plus dans la période de référence et ne sont partant plus en relation causale avec le licenciement abusif, de sorte que ces demandes sont à déclarer non fondées.

Le jugement a quo est partant à confirmer, bien que pour des motifs différents, en ce qu'il a, à bon droit décidé que le préjudice dont le salarié réclame réparation n'est plus en relation causale avec le licenciement abusif.

La Banque reproche au tribunal du travail d'avoir partiellement fait droit à la demande de l'ETAT en remboursement de l'aide au réemploi versée par lui à A, de sorte qu'elle interjette appel incident sur ce point.

A l'appui de ses contestations, la Banque maintient son argumentation de première instance, notamment que le mécanisme de l'aide au réemploi est un outil pour combattre le chômage, qu'il s'agit d'une incitation aux salariés licenciés notamment pour raisons économiques d'accepter un nouvel emploi moins bien rémunéré et en contrepartie ils perçoivent une aide au réemploi destinée à compléter à hauteur de 90 % la rémunération antérieure (les indemnités de chômage quant à elles étant moins élevées); que cet outil incite également les employeurs potentiels à recruter des salariés licenciés alors qu'ils peuvent leur payer une rémunération inférieure (voire de loin inférieure) à celle normalement payée tout en étant assurés que le salarié en question se verra verser un complément différentiel par l'ETAT; plus la rémunération versée par un nouvel employeur est réduite plus grand sera le complément différentiel que constitue l'aide au réemploi

versée par le Fonds pour l'emploi ; qu'il en résulte que loin de payer une dette à laquelle serait tenu l'ancien employeur (ici B) l'ETAT paie une dette en lieu et place du nouvel employeur qui fixe à son gré et aux dépens de l'ETAT la nouvelle rémunération et détermine ainsi la charge de l'ETAT ; que l'ancien employeur n'intervient donc nullement à ce niveau et on ne saurait lui imputer comme étant une dette à laquelle il serait tenu ensemble avec l'ETAT le complément d'aide au réemploi dont le montant est fixé arbitrairement par le nouvel employeur ; qu'ainsi si un remboursement de l'aide au réemploi devait être ordonné – quod non – cette indemnisation se trouve encore, du fait qu'elle est fixée arbitrairement par le nouvel employeur, sans relation causale directe avec le licenciement ; la Banque conclut partant qu'il y a lieu de débouter l'ETAT de sa demande et de réformer le jugement du 20 décembre 2012 sur ce point.

L'ETAT, agissant ès-qualités, fonde sa demande en remboursement de l'aide au réemploi sur base des articles 1251-3° et 1252 du code civil, l'article 1251.3° disposant que « *la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter* ».

D'après l'article 14 du règlement grand-ducal du 17 juin 1994 fixant les modalités et conditions d'attribution 1. des aides à la mobilité géographique ; 2. d'une aide au réemploi ; 3. d'une aide à la création d'entreprises, 4. d'une aide à la création d'emplois d'utilité socio-économique :

« Une aide au réemploi peut être attribuée par le fonds pour l'emploi au salarié faisant l'objet d'un licenciement pour un motif économique, au salarié menacé de façon immédiate de faire l'objet d'un tel licenciement et au salarié faisant, conformément à une convention collective, l'objet d'un transfert pour motif économique dans une autre entreprise, à condition qu'il accepte d'être reclassé dans un emploi comportant un niveau de rémunération inférieur à sa rémunération antérieure. »

L'article 15 du même règlement stipule :

« (1) Peuvent solliciter auprès de l'administration de l'emploi l'attribution de l'aide au réemploi visée à l'article qui précède, les salariés licenciés pour motifs économiques et les salariés menacés de façon immédiate de faire l'objet d'un tel licenciement, notamment dans les cas ci-après :

1. Les salariés quittant volontairement l'entreprise confrontée à des difficultés économiques d'ordre structurel ou conjoncturel

- lorsque le chef d'entreprise a engagé les procédures de notification et de consultation prévues aux articles 7 et suivants de la loi du 23 juillet 1993 portant diverses mesures en faveur de l'emploi, concernant les licenciements collectifs ;*
- lorsqu'une entreprise a sollicité et obtenu l'application du régime d'indemnisation des chômeurs partiels conformément aux articles 3 et suivants de la loi modifiée du 26 juillet 1975 autorisant le Gouvernement à prendre des mesures destinées à*

prévenir des licenciements pour des causes conjoncturelles et à assurer le maintien de l'emploi;

• lorsqu'une entreprise a sollicité et obtenu l'application du régime d'indemnisation des chômeurs partiels sur la base des dispositions de l'article 18 de la loi modifiée du 24 décembre 1977 autorisant le Gouvernement à prendre les mesures destinées à stimuler la croissance économique et à maintenir le plein emploi;

• lorsqu'une entreprise se trouve placée sous le régime de la gestion contrôlée ou des autres mesures préventives de la faillite;

• lorsqu'une entreprise se trouve en voie de liquidation.

2. Les salariés licenciés dans le cadre de mesures de redressement, de réorganisation ou de restructuration comportant suppression d'emplois ainsi que les salariés perdant leur emploi en raison de la déclaration en état de faillite, de l'incapacité physique ou du décès de l'employeur.

(2) Le ministre du travail détermine sur requête les entreprises dont le personnel est éligible pour l'attribution de l'aide au réemploi. »

Pour que l'ETAT puisse se prévaloir de la subrogation légale, il faudrait, à s'en tenir à l'article 1251-3 du code civil, tout d'abord que l'ETAT ait été tenu vis-à-vis de A au paiement de l'aide au réemploi. Or, il suit du prédit article 14 que l'ETAT n'était, à un double titre, pas tenu au paiement de cette aide. D'une part, l'article 14 confère à l'ETAT seulement la faculté d'accorder cette aide, d'autre part, l'aide au réemploi n'est prévue que dans le cas d'un licenciement pour un motif économique ou d'un transfert pour motif économique, et non comme en l'espèce dans l'hypothèse d'un licenciement basé sur des considérations tenant à la personne du salarié.

L'ETAT se prévaut donc à tort de la subrogation.

Les montants réclamés par l'ETAT du chef de l'aide au réemploi, soit les sommes de 10.801,50 euros pour l'année 2012, 44.118,12 euros pour l'année 2013 et 7.489,94 euros pour l'année 2004 ne devront donc pas être remboursées par l'employeur à l'Etat pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

La demande de l'Etat n'est partant fondée que pour la somme de 20.416,91 euros correspondant aux indemnités de chômages avancées au salarié suivant le dernier décompte versé au mois de février 2015.

Le jugement entrepris est partant à réformer sur ce point.

Au vu du résultat positif de la présente affaire pour A, il ne paraît pas inéquitable de lui allouer une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

Par contre, la partie qui succombe et est condamnée aux frais et dépens ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du NCPC, de sorte que la demande de la BANQUE est à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare les appel principal et incidents recevables,

dit les appels principal et incident fondés,

partant **confirme** le jugement en ce qu'il :

- a déclaré le licenciement abusif,
- non fondée la demande en paiement d'un bonus,
- non fondée la demande relatives aux pensions,

réformant :

- dit fondée la demande de A en paiement de dommages- intérêts pour le préjudice matériel subi à concurrence de la somme de 519.806,99 euros,
- dit fondée la demande de A en paiement de dommages et intérêts pour le préjudice moral à concurrence de la somme de 15.000 euros,
- dit non fondée la demande de l'ETAT en remboursement de l'aide au réemploi,

partant condamne la société B S.A. à payer à A la somme de $519.806,99 + 15.000 = 534.806,99$ euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

dit la demande de l'ETAT fondée pour un montant de 20.416,91 euros,

Condamne la société B S.A. à rembourser à l'ETAT, la somme de 20.416,91 euros avec les intérêts légaux à partir de la demende jusqu'à solde,

condamne la société B S.A. à payer à A une indemnité de procédure de 2.000 euros,

rejette la demande de la société B S.A. basée sur l'article 240 du NCPC,

condamne la société B S.A. aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Pierre REUTER qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.