

Arrêt N° 107/19 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du trente-et-un octobre deux mille dix-neuf.

Numéro CAL-2018-00698 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Marie-Laure MEYER, premier conseiller,
Carole KERSCHEN, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

A, demeurant à D-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg, du 13 juillet 2018,

intimé sur appels incidents,

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

et :

1) l'association sans but lucratif ASS1 a.s.b.l., établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit KOVELTER,

appelante par incident,

intimée sur appel incident,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO s.e.c.s., inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, représentée aux

fins de la présente instance par Maître Christian JUNGERS, avocat à la Cour à Luxembourg,

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

intimé aux fins du susdit exploit KOVELTER,

appelant par incident,

comparant par Maître Lynn FRANK, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 11 juin 2019.

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

Par requête déposée au greffe de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette en date du 23 mai 2016, A a fait convoquer son ancien employeur, l'association sans but lucratif ASS1 a.s.b.l. (ci-après ASS1) devant le tribunal de travail d'Esch/Alzette, aux

fins d'entendre déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat dont il a fait l'objet le 2 mai 2016 et de l'y voir condamner à lui payer les montants suivants, avec les intérêts légaux tels que de droit :

- indemnité compensatoire de préavis	10.700,00 euros
- préjudice matériel	100.000,00 euros
- préjudice moral	100.000,00 euros
- 300 heures supplémentaires	12.986,40 euros
- indemnité compensatoire pour jours de congé non pris (18,32 jours)	4.531,63 euros

A demanda encore à se voir réserver le droit de réclamer, en cours d'instance, le paiement de tous autres montants ainsi que la délivrance de tous autres documents sous peine d'une astreinte de 100 euros par document et par jour de retard et de

nommer un expert-comptable pour dresser le quantum des heures prestées et de calculer le montant redu en tenant compte des majorations pour les heures prestées de nuit, les dimanches et jours fériés.

A requit finalement la condamnation de son ancien employeur à lui payer une indemnité de procédure de 3.000 euros au vœu de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ainsi que sa condamnation aux frais et dépens de l'instance.

Par la même requête, A sollicita à voir déclarer le jugement commun à l'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Lors de l'audience du 9 novembre 2017 :

* A déclara renoncer à sa demande à voir condamner la ASS1 à lui délivrer certains documents sous peine d'astreinte et réduire provisoirement la demande en indemnisation du dommage matériel au montant de 12.369,01 euros,

* l'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, demanda acte qu'il requérait, sur base de l'article L.521-4 du code du travail, la condamnation de la partie malfondée au litige à lui rembourser le montant de 51.831,01 euros du chef du règlement des indemnités de chômage qu'il a versées à A pour la période de juin 2016 au 30 avril 2017 inclus, ce montant avec les intérêts légaux tels que de droit,

* la ASS1 requit une indemnité de procédure de 2.000 euros en application des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

À l'appui de ses prétentions, A fit exposer que suivant contrat de travail à durée déterminée du 4 août 2014, il fut engagé en qualité d'entraîneur national par la ASS1. Par courrier du 2 mai 2016 émanant du mandataire de son employeur, il se vit notifier son licenciement avec effet immédiat.

Il affirma avoir contesté le licenciement par courrier de son litismandataire du 12 mai 2016.

A souleva la forclusion à invoquer la faute lui reprochée, à savoir la participation en qualité d'entraîneur à un camp de tennis en Italie organisé par le club de tennis allemand de X, l'employeur connaissant ce fait depuis plus d'un mois.

Il critiqua encore la précision des motifs invoqués par la ASS1 à l'appui de son licenciement et contesta tant la matérialité que la gravité de la faute reprochée.

Par jugement rendu contradictoirement en date du 14 décembre 2017, le tribunal du travail d'Esch/Alzette a :

- reçu la requête en la forme et l'a déclarée recevable ;
- donné acte à A qu'il réduit sa demande en indemnisation du préjudice matériel provisoirement au montant de 12.369,01 euros ;
- donné acte à A qu'il renonce à sa demande à voir condamner son ancien employeur à lui remettre certains documents sous peine d'astreinte ;
- donné acte à l'ÉTAT, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, de son recours en application des dispositions de l'article L.521-4 du code du travail ;
- donné acte à l'association sans but lucratif ASS1 a.s.b.l. de sa demande à voir condamner A à lui payer une indemnité de procédure de 2.000 euros en application des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;
- rejeté le moyen tiré du défaut de précision de la lettre de licenciement ;
- rejeté le moyen de forclusion tel que soulevé par A pour invoquer les faits dont il a été fait état dans la lettre de licenciement ;
- déclaré irrecevable l'offre de preuve telle que présentée par l'association sans but lucratif ASS1 a.s.b.l. ;

et, avant tout autre progrès en cause:

- procédé par voie d'enquête, en application des dispositions de l'article 403 du nouveau code de procédure civile, à l'audition de :
 - 1) T1, né le (...), demeurant à F-(...), et
 - 2) T2, né le (...), demeurant à L-(...);

sur les faits repris dans les attestations testimoniales établies par leurs soins;

- réservé la contre-preuve ;

(...);

- fixé la continuation des débats, sursis à statuer sur les demandes des parties pour le surplus et réservé les frais.

Pour statuer ainsi, la juridiction de premier degré a retenu que la précision de la lettre de motivation était donnée et que la ASS1 n'était pas forclosée à invoquer à l'appui du licenciement avec effet immédiat du 2 mai 2016, des faits dont elle a pris connaissance en date des 3 ou 4 avril 2016. Quant à la réalité des faits et au vu des contradictions entre le contenu des attestations testimoniales versées, le tribunal du

travail a procédé par voie d'enquête, en application de l'article 403 du nouveau code de procédure civile.

L'enquête s'est tenue le 16 janvier 2018 et la contre-enquête le 13 mars 2018.

Par jugement du 7 juin 2018, le tribunal du travail a :

- déclaré fondé et justifié le licenciement avec effet immédiat intervenu par courrier du 2 mai 2016 ;
- partant débouté A de ses demandes respectives en indemnisation du préjudice matériel et moral qu'il affirme avoir subi en raison du licenciement ainsi que de sa demande en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis;
- écarté le listing établi par A afin d'établir le quantum des heures de travail supplémentaires respectivement prestées la nuit, les dimanches ou les jours fériés pour constituer une pièce unilatérale ;
- avant tout autre progrès en cause, refixé l'affaire pour continuation des débats sur l'indemnité des congés non pris telle que réclamée et sur la demande en paiement d'heures supplémentaires (y inclus les heures prestées la nuit, les dimanches et jours fériés) afin de :
 - recueillir les observations des parties eu égard aux dispositions de l'article L.211-8 du code du travail ;
 - permettre à chacune des parties de soumettre toutes pièces utiles quant au nombre d'heures de congés acquises, reportées, prises et indemnisées ;
- réservé les demandes en paiement d'heures supplémentaires (y inclus les heures prestées la nuit, les dimanches et jours fériés) et en paiement d'une indemnité compensatrice de congés non pris ;
- (...)
- réservé les demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure ainsi que les frais.

Pour décider ainsi, la juridiction du travail a, sur base des témoins entendus lors de l'enquête et de la contre-enquête, ainsi que des photos versées en cause, dit établi que A a activement participé à un stage de tennis, pendant son congé de récréation, soit à une activité parallèle à son engagement par la ASS1. Le tribunal a dès lors conclu qu'A a failli à son obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail, empiété de façon préjudiciable sur l'activité de son employeur, qui a dû engager quelqu'un pour pourvoir à son remplacement et commis un acte déloyal à l'égard de la ASS1.

Quant aux heures supplémentaires, le tribunal du travail a écarté des débats un listing établi par A, pour constituer un document unilatéral. Il a ensuite rappelé les dispositions de la note de service numéro ETN01/2015 de la ASS1, ayant trait à

l'introduction d'un horaire mobile («*Anwendung eines Gleitzeitsystems*») à partir du mois de janvier 2015, puis cité le contenu de l'article L.211-8 du code du travail, régissant l'horaire mobile de travail, pour en conclure qu'aucune des parties n'a pris position quant à l'incidence de la disposition légale ; il a par conséquent réservé ce point pour le soumettre au débat contradictoire et recueillir les observations des parties quant à l'horaire mobile.

Quant à l'indemnité de congés non pris, le tribunal a décidé qu'A ne peut prétendre à un report de ses congés et partant à l'indemnisation de ses congés non pris durant l'année 2015. Pour le surplus et faute de pièces justificatives comme un décompte non périodique des congés ou un livre des congés, le tribunal a refixé ce volet afin de permettre aux parties de lui soumettre *« toute pièce utile permettant de déterminer le nombre des heures de congés acquis respectivement reportés ainsi que le nombre d'heures de congés pris par le requérant pendant la durée de son engagement ou d'étayer autrement les heures de congés mises en compte »*.

Il a encore réservé les demandes respectives des parties en paiement d'une indemnité de procédure ainsi que les frais de l'instance.

Par acte d'huissier de justice du 13 juillet 2018, A a régulièrement relevé appel du jugement rendu le 14 décembre 2017 et du jugement rendu le 7 juin 2018.

Il demande, par réformation des deux susdits jugements de première instance de :

- retenir le moyen de forclusion soulevé par lui,
- déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat du 2 mai 2016,
- lui donner acte qu'il demande à la Cour de procéder par voie d'évocation concernant l'indemnisation à allouer au vu du caractère abusif du licenciement,
- partant, principalement condamner son ancien employeur à lui payer la somme de 10.700 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis,
- condamner son ancien employeur à lui payer la somme de 76.569,01 euros à titre de réparation du préjudice matériel subi et la somme de 100.000 euros à titre de réparation du préjudice moral subi,
- subsidiairement, lui donner acte qu'il demande à la Cour de saisir la Cour Constitutionnelle d'une question préjudicielle,
- condamner l'association sans but lucratif ASS1 à une indemnité de procédure de 2.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,
- débouter l'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, de sa demande en remboursement des indemnités de chômage payées.

A maintient ses moyens et arguments développés en première instance, à savoir la forclusion de l'article L.124-10(6) du code du travail pour non-respect du délai d'invocation d'un mois des motifs à la base du licenciement, ainsi que l'absence de caractère sérieux et grave du motif reproché. Il estime n'avoir à aucun moment violé les dispositions de l'article 7 de son contrat de travail (clause d'exclusivité), n'ayant fait aucune concurrence à la ASS1 en participant à un ou deux entraînements lors d'un camp de tennis en Italie pour un club de tennis allemand.

Il demande à la Cour d'appel de statuer par évocation sur les questions d'indemnisation de ses préjudices matériel et moral et insiste sur l'application du droit commun, et non du régime réservé aux contrats à durée déterminée, pour fixer la période de référence.

À titre subsidiaire, il formule la question préjudicielle suivante à poser à la Cour Constitutionnelle : *« l'article L.122.13 du Code du travail en ce qu'il plafonne le quantum des dommages et intérêts et en ce qu'il ne prévoit pas l'allocation d'une indemnité compensatoire de préavis telle que prévue à l'article L.124-6 du Code du travail, dans l'hypothèse où la résiliation d'un contrat de travail à durée déterminée conclus sous le régime de l'article L.122-5 (3) du Code du travail est déclarée abusive, est-il conforme à l'article 10bis alinéa 1^{er} de la Constitution ? ».*

L'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, conclut à l'annulation des décisions intervenues pour avoir tranché le volet de la régularité du licenciement d'A, en le déboutant de ses demandes, sans avoir pris de décision quant à la demande de l'État, pris ès qualités. Il demande le renvoi de toutes les parties devant le tribunal de première instance, pour violation des articles 54 du nouveau code de procédure civile et de l'article 89 de la Constitution.

À titre subsidiaire, l'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel en la pure forme et il demande acte de ce qu'il interjette appel incident, principalement contre A, pour obtenir le remboursement de la somme de 51.831 euros à titre d'indemnités de chômage allouées à ce dernier, et subsidiairement à l'égard de la ASS1, pour obtenir le remboursement du même montant.

La ASS1 s'oppose d'abord au recours en annulation de l'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi et s'oppose au renvoi des parties devant le tribunal de première instance, arguant de ce que les juges de première instance étaient conscients du fait qu'ils ont réduit l'assiette du recours de l'État, pris ès qualités, à zéro, puisque le licenciement a été déclaré régulier, qu'aucune partie n'a été condamnée au paiement de dommages-intérêts, signifiant qu'il n'y a pas d'assiette sur laquelle pourrait s'exercer le recours de l'État.

La ASS1 se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'acte d'appel en la pure forme.

Quant au fond, elle conteste les prétentions adverses, notamment qu'elle n'ait pas respecté le délai d'un mois prévu par l'article L.124-10 (6) du code du travail.

La ASS1 interjette appel incident et sollicite la réformation du jugement du 14 décembre 2017, en ce qu'il a écarté le motif tiré de la violation du devoir de loyauté. Elle précise qu'elle n'aurait pas eu d'autre choix que de céder et d'accorder les congés réclamés à A, parce que celui-ci a menacé d'en faire un scandale public et de se retourner contre son employeur pour obtenir le paiement des frais d'annulation du voyage projeté. De plus, l'obliger de participer aux entraînements de l'équipe de la FED CUP, comme prévu depuis janvier 2016 et confirmé en mars 2016, aurait nécessairement compromis le bon déroulement de la préparation de l'équipe FED CUP, avec un entraîneur non suffisamment motivé.

La ASS1 rajoute qu'A aurait certainement manqué de loyauté, qu'il n'aurait fait preuve d'aucune bonne volonté pour être de retour la semaine du 4 avril 2016 pour entraîner l'équipe de FED CUP, puisque son stage de tennis en Italie se terminait le 1^{er} avril 2016. Il a préféré profiter d'une semaine de vacances supplémentaires. Il n'aurait ainsi respecté aucune éthique comportementale, causant nécessairement un préjudice à son employeur, qui a eu des dépenses supplémentaires pour engager au pied levé un entraîneur de remplacement.

La ASS1 conclut qu'il y a lieu de déclarer fondé le moyen tiré de la violation du devoir de loyauté et de déclarer justifié le licenciement avec effet immédiat.

L'employeur demande encore la confirmation du jugement du 7 juin 2018 en ce qu'il a déclaré le licenciement régulier sur base de la violation, par A, de la clause d'exclusivité figurant au contrat de travail. Il ne pourrait être question de bénévolat, en présence d'une contrepartie financière et d'une activité concurrentielle à celle de la ASS1.

Quant aux revendications financières, la ASS1 ne s'oppose pas à la demande d'évocation du litige, mais elle conclut, à titre principal, à voir déclarer ces demandes non fondées, le licenciement étant justifié.

À titre subsidiaire, la ASS1 se base sur l'article L.122-13 du code du travail, qui ne prévoit pas l'allocation d'une indemnité compensatoire de préavis en cas de rupture contraire à la loi d'un contrat de travail à durée déterminée. Pour les dommages et intérêts, par application du même article, l'indemnisation est plafonnée, en l'espèce à deux mois.

En dernier ordre de subsidiarité, la ASS1 se rapporte à la sagesse de la Cour pour l'allocation d'une indemnité compensatoire de préavis, sous déduction des indemnités de chômage perçues. Les dommages matériel et moral sont contestés en leur principe et quantum, A n'ayant rien entrepris pour limiter son dommage ; il aurait entamé les recherches pour un nouvel emploi cinq mois après son licenciement, de surcroît de façon sporadique. N'ayant pris la peine que d'envoyer sept candidatures endéans neuf mois, il ne rapporterait pas la preuve de s'être fait des soucis pour son avenir professionnel. Il y aurait lieu de le débouter de ses demandes indemnitaires, sinon de les ramener à de plus justes proportions.

En ce qui concerne la question préjudicielle, la ASS1 sollicite à la voir déclarer non fondée, parce qu'elle n'est pas nécessaire pour rendre la décision et qu'elle est dénuée de tout fondement.

La ASS1 requiert finalement le rejet de la demande adverse en obtention d'une indemnité de procédure basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et demande, à l'inverse, la condamnation d'A à une telle indemnité, sur la même base, à hauteur de 3.000 euros.

A demande, dans ses conclusions déposées à la Cour le 11 mars 2019, le rejet de la demande en annulation des jugements par l'État ainsi que de l'appel incident de la ASS1 et de la demande en obtention d'une indemnité de procédure de cette dernière. Il maintient ses autres moyens repris dans l'acte d'appel.

Appréciation de la Cour

- **Demande en nullité**

Dans ses conclusions déposées à la Cour le 3 octobre 2018, l'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, conclut, in limine litis et à titre principal, de dire les jugements entrepris des 14 décembre 2017 et 7 juin 2018 nuls et nonavenus.

Il fonde sa demande sur la violation des articles 54 du nouveau code de procédure civile et de l'article 89 de la Constitution, le tribunal ayant omis de prendre une décision quant à la demande de l'État, pris ès qualités.

L'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, critique ainsi l'absence de réponse par le tribunal du travail à ses demandes sur base de l'article L.521-4 du code du travail, pourtant formulées à l'audience du 9 novembre 2017, à concurrence de 51.831,01 euros contre la partie malfondée.

Si l'absence de réponse à conclusion, respectivement le défaut de motivation, constituent un vice de forme, force est de constater que la nullité ne peut être prononcée que si cette inobservation d'une formalité a pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie, respectivement de lui causer grief.

Comme il n'existe pas de présomption de grief, il appartient à l'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, de rapporter la preuve de son grief, ce qu'il reste en défaut de faire. Il est au contraire à noter que l'État n'était ni présent, ni représenté, lors de l'audience fixée pour la continuation des débats devant le tribunal du travail après la tenue de l'enquête et de la contre-enquête, à savoir à l'audience du 3 mai 2018.

De plus, aux termes de l'article L.521-4 (7) in fine, l'État pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, peut intervenir à tout moment dans l'instance engagée.

Ses droits sont partants saufs, ce d'autant plus qu'il est partie en cause à l'instance d'appel et qu'il a interjeté appel incident, principalement pour obtenir la condamnation d'A à lui rembourser la somme de 51.831,01 euros à titre d'indemnités de chômage allouées pendant la période de mai 2016 à avril 2017 inclus, sinon, à titre subsidiaire, au cas où l'appel serait déclaré fondé, pour condamner la ASS1 au même montant, pour les mêmes causes.

Il n'y a partant pas lieu de prononcer la nullité des jugements rendus en cause.

- **Moyen de forclusion soulevé par l'appelant, sur base de l'article L.124-10 (6) du code du travail**

A allègue que son employeur aurait eu connaissance des faits lui reprochés, notamment de sa participation au camp d'entraînement en Italie du 27 mars 2016 au 1^{er} avril 2016, depuis plus d'un mois avant son licenciement.

Selon les termes de l'article L.124-10 (6) du code du travail, le délai du mois court à compter du jour où la partie a eu connaissance du fait qu'elle invoque.

Il ressort de la pièce « 7 » de la farde de 21 pièces versées par Me Christian Jungers que B a envoyé le dimanche 3 avril 2016 à 20.13 heures à T3 un mail avec la photo montrant A lors du stage en Italie.

Dans son attestation testimoniale du 18 mai 2016, T3 explique qu'il supervise tous les emplois de la ASS1, en tant que son secrétaire général. Il dit avoir découvert avec grand étonnement le 4 avril 2016 le mail envoyé le jour précédent par B, montrant A habillé en entraîneur lors d'un stage du TC X en Italie pendant les

vacances de Pâques. Il rajoute que des recherches plus approfondies sur Facebook et sur le site internet du TC X ont confirmé cette activité d'A durant ses congés, ce qui constitue, selon lui, une violation du point 7 (Exclusivité) du contrat de travail avec la ASS1.

Dans son attestation testimoniale du 31 mars 2019, B précise avoir été informé par son épouse en date du 3 avril 2016, en fin de soirée, qu'A se trouvait à Alborella (Italie) pour un stage de tennis du TC X. Ce serait son épouse qui aurait été « amie » sur Facebook avec A, et non pas lui.

De ce qui précède, il découle à suffisance de droit que la lettre du licenciement d'A du 2 mai 2016, pour laquelle il n'est pas contesté qu'elle ait été remise à la poste le jour même, est intervenue dans le mois de la connaissance par l'employeur des faits reprochés à la base de ce licenciement, que l'on considère l'envoi du mail du 3 avril ou son ouverture le lendemain 4 avril 2016. Les deux dates se situent endéans le mois précédant le licenciement avec effet immédiat.

La ASS1 n'était ainsi pas forclosée à invoquer les faits dont elle a eu connaissance le 3, sinon le 4 avril 2016.

C'est pour de justes motifs que le tribunal du travail a déclaré que ce moyen laisse d'être fondé.

- **Réalité des motifs du licenciement**

La Cour constate qu'A ne conteste plus en instance d'appel la précision des motifs, mais le caractère sérieux et de gravité du motif reproché (celui de la violation de la clause d'exclusivité). La ASS1 relève appel incident et sollicite la réformation du premier jugement du 14 décembre 2017 en ce qu'il a écarté le motif tiré de la violation du devoir de loyauté.

Il convient partant d'analyser la réalité des deux motifs repris dans le courrier du 2 mai 2016, à savoir la violation de la clause d'exclusivité et le défaut de loyauté d'A.

- **Violation de la clause d'exclusivité**

C'est à bon droit que la juridiction de première instance a retenu, ne serait-ce qu'implicitement, la validité de la clause d'exclusivité, respectivement de non-concurrence, reprise à l'article 7 du contrat de travail du 8 août 2014, modifié le 1^{er} janvier 2015.

L'article 7 est identique dans les versions successives du contrat de travail. Il stipule : « *Der Arbeitnehmer verpflichtet sich dazu seine gesamten Fähigkeiten und Fachkenntnisse ausschliesslich seinem Arbeitgeber, sprich der ASSI, zur Verfügung zu stellen.*

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich dazu, der ASSI in keinster Weise Konkurrenz zu bereiten.“

En droit luxembourgeois, le code du travail ne réglemente pas la clause d'exclusivité, seule la clause de non-concurrence étant régie par l'article L.125-8 du code du travail, pour la période postérieure au licenciement du salarié.

Néanmoins, en droit international, même si le principe de la liberté du travail n'est pas spécifiquement consacré par la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH), seul le travail forcé étant prohibé par son article 4, la CEDH a considéré, au visa de l'article 8 de la CEDH, que le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables (cf : Arrêt CJUE 16 décembre 1992, *N. c/ Allemagne*, Recueil des arrêts et décisions 1992, requête no 13710/88, série A no 251-B, § 29 et Arrêt CJUE du 15 mai 2012, *FM c/ Espagne*, requête no 56030/07, § 56 à 60), admettant par-là l'exception de l'exercice d'une activité de bénévolat pour autrui.

En l'espèce, il n'est pas contesté en cause qu'A a postulé et pris des congés pour la période du 25 mars 2016 au 7 avril 2016, alors qu'initialement seul le congé jusqu'au 1^{er} avril avait été accepté par la ASSI. Suite à la demande de remboursement des frais de voyage déjà occasionnés, la ASSI a finalement également accordé les congés restants, du 4 au 7 avril 2016 inclus.

Lors de l'enquête du 16 janvier 2018, le témoin T1 a déposé qu'il avait été en charge de l'entraînement de l'équipe FED CUP en 2016, mais qu'il n'avait pas pu assurer l'entièreté des sessions d'entraînement. La capitaine de l'équipe, C lui avait dit qu'A avait assuré sa disponibilité pour ces sessions. Un peu plus tard, A a dit au témoin qu'il devait partir à Pâques pour un camp d'entraînement d'un club de tennis allemand, en qualité d'entraîneur. Sur question spéciale, T1 a même rajouté qu'A lui a dit que son fils devait également participer à ce camp et que lui faisait partie de l'équipe des coaches.

Lors de la même enquête, le témoin T2 a dit qu'A l'avait informé qu'il participait à un camp de tennis à Pâques 2016, tout en lui précisant qu'il ferait partie de l'équipe des entraîneurs et que son fils participait également au camp d'entraînement.

Lors de la contre-enquête, le témoin T4, organisateur du camp de tennis, a confirmé la présence de toute la famille A, père, mère et fils M, lors du camp 2016. Le témoin a affirmé qu'A n'aurait en fait pas eu de rôle officiel en 2016. En principe, il aurait aidé une à deux fois, en dirigeant une unité d'entraînement d'un groupe de

tennis. Il se serait agi d'une assistance amicale entre entraîneurs. Le témoin a répondu, sur question spéciale, que le fils d'A, M.A., n'aurait pas eu besoin de payer les coûts du stage de tennis.

Il découle des photos prises lors du stage de tennis à Pâques 2016 en Italie, photos partiellement versées en cause, qu'A y prend la pose avec tous les autres entraîneurs, respectivement avec les enfants participants, en portant le même t-shirt que tous les entraîneurs, avec la mention « coach » sur le bras.

Il en résulte qu'A a travaillé pendant son congé de récréation de Pâques 2016, pour un autre employeur que le sien, dans un domaine identique, sans autorisation et information préalables de son employeur pour une telle activité.

Au vu de la gratuité du stage pour son fils M.A., il ne peut être question de bénévolat, alors qu'A en a tiré un avantage financier.

Le motif de la violation de la clause d'exclusivité est ainsi donné, tel que justement retenu en première instance.

- Non-respect de l'obligation de loyauté

En plus de ce qui a été repris ci-dessus pour la prise de congés en avril 2016, il convient de retenir comme constant en cause que les rencontres de la FED CUP se sont déroulées pour l'année 2016 du 11 au 16 avril et que les entraînements intensifs devaient se dérouler, aux termes de l'attestation testimoniale du 25 septembre 2016 de la capitaine de l'équipe de la FED CUP, C, durant les deux semaines précédant la rencontre ; il ressort encore de cette attestation que la commission ÉLITE de la ASS1 avait décidé dès janvier 2016 qu'A prendrait en charge la deuxième semaine de cet entraînement, soit celle du 3 au 10 avril 2016, l'autre entraîneur, T1, étant absent ladite semaine. C confirme qu'à la fin d'un entraînement lors de la deuxième semaine de mars 2016, elle a demandé à A s'il était disponible pour assumer le rôle d'entraîneur de l'équipe de la FED CUP lors de la deuxième semaine de préparation, ce à quoi ce dernier aurait répliqué prendre le relais d'T1 lors de la période du 3 au 10 avril 2016.

Au vu de ce qui précède, il est établi qu'A a non seulement profité de ses congés pour mettre ses capacités professionnelles au service d'une autre entité que la ASS1, mais qu'en plus il a préféré prendre une semaine de vacances supplémentaires, après la fin du stage en Italie le 1^{er} avril 2016, pour ne pas être présent du 3 au 10 avril 2016 pour entraîner intensivement l'équipe de FED CUP, pour le compte de la ASS1.

Cette absence d'engagement et de motivation pour les intérêts des équipes de haut niveau (ÉLITE) de la ASS1 caractérise un comportement déloyal à l'égard de son employeur, qui est une association sans but lucratif qui a, du fait du comportement d'A, eu des dépenses supplémentaires, par l'engagement d'un autre entraîneur au pied levé, en la personne de D.

Contrairement au jugement du 14 décembre 2017, le deuxième motif est également donné.

Le licenciement avec effet immédiat du 2 mai 2016 étant justifié, le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a débouté A de ses demandes en obtention d'une indemnité compensatoire de préavis et en indemnisation de ses préjudice matériel et moral. Il y a encore lieu à confirmer le caractère superfétatoire de l'examen de la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

- **Demande de l'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi**

Suivant l'article L.521-4 (5) et (6) du code du travail, le droit à remboursement des indemnités de chômage au Fonds pour l'emploi dépend du jugement de la juridiction du travail statuant sur la régularité du licenciement. Ainsi, d'après l'article L.521-4 (5) « *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 des salaires, traitements ou indemnités que l'employeur est tenu de verser en application du jugement ou de l'arrêt* », et aux termes de l'article L.521-4 (6) « *le jugement ou l'arrêt déclarant justifié le licenciement du salarié (...) condamne ce dernier à rembourser au Fonds pour l'emploi, le cas échéant de façon échelonnée, tout ou partie des indemnités de chômage lui versées par provision* ».

Il convient par conséquent de condamner A au remboursement de la somme de 51.831,01 euros, avec les intérêts légaux tels que de droit.

- **Les indemnités de procédure**

A demande une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel et la ASS1 à hauteur de 3.000 euros.

La Cour relève que la partie qui succombe dans son action ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, de sorte que la demande d'A est à rejeter.

Au vu de l'issue du litige, la demande de la partie intimée est fondée pour la somme de 1.500 euros.

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,

dit qu'il n'y a pas lieu à prononcer la nullité des jugements du 14 décembre 2017 et du 7 juin 2018,

déclare les appels principal et incidents recevables,

dit fondés les appels incidents,

dit non fondé l'appel principal et en déboute,

dit fondée la demande de l'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, à hauteur de 51.831,01 euros à l'égard d'A,

partant condamne A à payer à l'État, pris en sa qualité de gestionnaire du fonds pour l'emploi, la somme de 51.831,01 euros, avec les intérêts légaux depuis la demande en justice, jusqu'à solde,

confirme le jugement pour le surplus,

rejette la demande d'A sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

dit recevable et fondée la demande de l'association sans but lucratif ASS1 a.s.b.l. en obtention d'une indemnité de procédure à concurrence de 1.500 euros,

condamne partant A à payer à l'association sans but lucratif ASS1 a.s.b.l. une indemnité de procédure de 1.500 euros,

condamne A aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Me Lynn FRANK et de Me Christian JUNGERS, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.