Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-huit avril deux mille onze

Numéro 35638 du rôle.

Composition:

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

Entre:

O.) , demeurant à **L- (…)**

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 22 décembre 2009,

comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

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

intimée aux fins du prédit exploit CALVO,

comparant par Maître Louis BERNS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par jugement du 1er décembre 2009, le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette a retenu que les relations de travail entre le salarié **O.)** et son employeur, la société anonyme **A.)-B** (actuellement **A.)** S.A), ont régulièrement pris fin le 14 juin 2008 par suite de la démission du salarié et débouté ce dernier de ses prétentions indemnitaires de même que de sa demande en allocation d'une gratification pour 2007. Il a par contre fait partiellement droit à la demande reconventionnelle de la société défenderesse et condamné le requérant à lui rembourser du chef de salaires indument touchés pendant la période du 1er mai au 14 juin 2008 le montant de 14.131,63 €, en sus les intérêts légaux à partir du 20 octobre 2008.

Par exploit d'huissier du 22 décembre 2009, **O.)** a régulièrement relevé appel dudit jugement. Il conclut principalement à voir dire qu'il avait démissionné le 9 avril 2008 avec effet au 2 décembre 2008 de sorte qu'il a droit au bénéfice des droits acquis visés par l'article 19 du régime complémentaire de pension et que l'intimée est tenue de cotiser jusqu'en décembre 2008, sinon qu'il a droit à réparation par équivalent du préjudice subi, ce dernier étant chiffré par l'appelant à la somme de 75.000 €. Il demande en ordre subsidiaire à voir constater que la société l'a licencié abusivement avec effet immédiat le 15 juin 2008 et cette dernière condamner à lui payer la somme de 166.917,26 €. Il demande encore à se voir allouer pour 2007 une gratification de l'ordre de 13.500 €. Il demande à la Cour, par réformation, de rejeter la demande reconventionnelle de la société, sinon de surseoir à statuer sur celle-ci en attendant le sort réservé à ses demandes. Il sollicite une indemnité de procédure de 5.000 € et la condamnation de l'intimée aux frais et dépens des deux instances.

La société conclut à la confirmation du jugement en ce que le tribunal a dit que les relations de travail ont pris fin le 14 juin 2008. Elle demande en ordre subsidiaire à la Cour de dire que les relations de travail ont pris fin suite à la lettre de licenciement avec préavis du 11 avril 2008 et que le salarié n'a pas droit à une indemnité de préavis. Elle conclut à la confirmation du jugement en ce que sa demande reconventionnelle a été déclarée fondée à hauteur de la somme de 14.131,63 €. Elle conteste la demande de l'appelant en allocation d'une gratification pour 2007. Elle réclame une indemnité de procédure de 2.500 €.

<u>Les faits à la base du litige</u>

Dans sa requête du 11 septembre 2008, **O.)** faisait valoir avoir démissionné de son poste de travail le 9 avril 2008 avec effet au 2 décembre 2008, mais que l'employeur, prenant acte de sa démission, lui avait notifié par courrier du 11 avril 2008 que le contrat de travail prendrait fin le 14 juin 2008, avec dispense de travail jusqu'à l'arrivée du terme.

Refusant que l'échéance soit de la sorte avancée par l'employeur alors que le Code du travail ne prévoit que des délais minima à respecter, le requérant a soutenu qu'il lui était loisible d'informer bien à l'avance son employeur de quitter l'entreprise. Il faisait en effet valoir que le régime complémentaire de pension auquel il avait droit prévoit que les droits en résultant lui restent acquis après six ans d'affiliation, soit le 2 décembre 2008, l'article 19 de ce régime octroyant au salarié qui quitte l'entreprise plusieurs options, notamment le rachat desdits droits, évalués à 75.000 € .

Il demandait en ordre subsidiaire au tribunal du travail de constater que la désaffiliation opérée par l'employeur le 15 juin 2008 équivalait à un licenciement avec effet immédiat de sorte qu'il a réclamé à titre d'indemnité compensatoire de préavis de six mois, d'indemnité de départ et de dommages-intérêts pour préjudice moral la somme de 91.917,26 €, en sus la somme de 75.000 €. Il réclamait en tout état de cause une gratification de 13.500 € pour 2007.

Le jugement dont appel

Partant du principe que le délai de préavis est présumé constituer un avantage pour celui qui reçoit la lettre de licenciement ou de démission, le tribunal du travail a retenu que la jurisprudence luxembourgeoise était fixée en ce sens que le salarié pouvait démissionner moyennant un préavis plus long que celui prévu par la loi ou la convention collective, sauf à l'employeur d'indiquer une raison valable pour la refuser dans la forme proposée. Il a retenu que l'employeur était en l'espèce en droit de refuser la démission étant donné que contrairement à l'allégation du salarié qui soutenait que ce délai plus long lui servirait à introduire son remplaçant, **O.)** entendait simplement profiter du régime conventionnel de la pension complémentaire dont les droits ne lui seraient définitivement échus que le 2 décembre 2008.

Le tribunal du travail a dit irrecevable l'offre de preuve par témoins du salarié qui entendait établir que les parties avaient convenu de ce qu'il allait présenter sa démission avec effet au 2 décembre 2008.

Il a rejeté la demande en allocation d'une gratification étant donné que le salarié resterait en défaut d'établir la condition de la fixité et rejeté l'offre de preuve par consultation aux fins de déterminer la « formule de calcul » de l'employeur pour établir le quantum de la gratification.

Il a fait droit à la demande de la société portant sur le remboursement du salaire versé du 1er mai au 15 juin 2008, dès lors que **O.)** avait commencé à travailler pour son nouvel employeur à partir du 1er mai 2008.

Discussion

Le moyen principal de l'appelant consiste à soutenir qu'il était libre de donner sa démission moyennant un préavis plus long que celui prévu par la loi, sans devoir obtenir au préalable l'accord de l'employeur qui par ailleurs n'aurait eu aucune raison valable de ne pas accepter la démission avec le préavis tel que donné par le salarié.

La démission est un acte unilatéral du salarié qui porte à la connaissance de l'employeur sa volonté de mettre fin aux relations de travail. Le contrat de travail ayant lié les parties n'ayant pas contenu de dispositions spécifiques quant au délai de préavis à respecter, **O.)** , qui travaillait pour la société depuis moins de dix ans, devait, par application des articles L.124-4. et 124-3. du Code du travail, respecter le préavis légal de deux mois.

Certaines décisions jurisprudentielles ont considéré que le salarié était libre de donner un préavis plus long et que « l'employeur ne pouvait se plaindre de ce que son salarié lui eut donné un préavis plus long que *la loi* ne l'y obligeait » (Cour de Cassation fr. chambre sociale, 21 novembre 1984, B.C. 1984,V, no 448 ; 2 février 1993, Jurisdata 1993-001143)), l'employeur qui avait considéré le contrat de travail résilié à la fin du délai de préavis légal, ayant, dans ces espèces, été condamné à régler au salarié l'indemnité consécutive à la rupture anticipée du préavis dont il avait pris l'initiative.

L'argumentaire à la base de ces décisions - qui consiste à soutenir que la démission moyennant un préavis plus long ne peut être que favorable à l'employeur- est discutable en ce que le salarié impose à l'employeur de le tenir à son service pour une période dépassant la durée légale du préavis alors même qu'il a, bien avant l'arrivée du terme du contrat, manifesté sa volonté de quitter l'entreprise et qu'il modifie ainsi de façon unilatérale les conditions d'exécution du contrat de travail. L'employeur est partant légitimement en droit de ne pas accepter la démission avec le délai de préavis tel qu'unilatéralement fixé par le salarié, sans devoir au surplus autrement motiver son refus.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu que l'article L.121-3. du Code du travail qui dispose que *les parties au contrat de travail sont autorisées à déroger aux dispositions du présent titre dans un sens plus favorable au salarié* n'est pas applicable en l'espèce dès lors que cette faculté relève de la liberté conventionnelle.

Il y a lieu d'en conclure qu'en cas de démission, le salarié n'est pas fondé à imposer à l'employeur un préavis différent de celui prévu par la loi. (Cour de cassation fr. chambre sociale, 1er juillet 2008, Jurisdata 2008-044671 ; B.C. 2008, V, 143 ; Jurisclasseur travail fasc. 32-1, numéros 77 ss, spéc. 82).

O.) soutient en ordre subsidiaire avoir « négocié » son départ avec l'employeur qui aurait, aux termes desdites négociations, marqué son

accord à ce qu'il démissionne moyennant un préavis expirant le 2 décembre 2008.

L'appelant formule deux offres de preuve par témoins dont le libellé est contenu dans les conclusions d'appel du 22 décembre 2009 pages 11 et 12 (1) et du 1er juillet 2010, page 9 (2).

La société conteste tout accord trouvé entre parties, admet cependant que des pourparlers ont bien eu lieu.

Les faits que l'appelant entend établir sub (2) par l'audition d'un responsable de son nouvel employeur ne sont pas pertinents en ce qu'ils ne visent pas à établir l'accord de la société intimée.

L'appelant offre de prouver sub (1) notamment

Attendu qu'au début du mois d'avril 2008, sans préjudice de date exacte, les parties sont tombées d'accord de procéder comme suit:

*« Le sieur **O.)** allait démissionner pour le 2 décembre 2008;*

*Le sieur **O.)** allait rester à son poste jusqu'au 5 juillet 2008 ;*

*Le sieur **O.)** resterait après cette date à la disposition d' **A.)** pour assister son successeur dans la reprise de sa fonction ;*

*Le sieur **O.)** bénéficierait de ses droits acquis. »*

La juridiction du premier degré a déclaré l'offre de preuve irrecevable étant donné qu'elle tendrait à établir des faits outre et contre un écrit et une résiliation de commun accord des parties, qui devrait, aux termes de l'article L.124-13. du Code du travail, sous peine de nullité, être constatée par écrit en double exemplaire établi par les parties.

C'est cependant à bon droit que l'appelant fait valoir que l'offre de preuve tend à établir les modalités spécifiques de la démission qu'il voulait donner pour le deux décembre 2008. L'appelant n'entend partant pas prouver outre et contre la démission qu'il a effectivement donnée pour cette dernière date, les autres faits offerts en preuve constituant soit des conséquences tirées de la continuation du contrat de travail jusqu'au 2 décembre 2008 (droits découlant du régime complémentaire de pension) soit un arrangement trouvé entre parties concernant la date à partir de laquelle il cesserait de travailler pour la société tout en restant encore à sa disposition.

L'offre de preuve par témoins est partant recevable sous cet aspect.

Elle est cependant irrecevable en ce qu'elle ne précise ni l'identité, ni la qualité des personnes qui ont, pour le compte de la société, donné leur accord ferme à la démission de l'appelant sous les modalités retenues offertes en preuve.

Cet élément essentiel est cependant indispensable pour apprécier la pertinence de l'offre de preuve dès lors que la société, après avoir reçu la démission du salarié, a, du moins implicitement, contesté tout accord trouvé entre parties. La lettre du 11 avril 2008 adressée par cette dernière à **O.)** est signée par **1.)** (C- S) et **2.)** (D.) SA). L'appelant soutient avoir entamé les négociations avec les sieurs **3.)** et **4.),** ne précise cependant pas si ces derniers ont continué ces négociations et ont éventuellement donné leur accord à la démission telle qu'il l'envisageait. Il ne précise pas non plus la position desdites personnes dans la hiérarchie, ni si elles avaient le pouvoir le cas échéant d'engager valablement la société par leur accord verbal.

Il est certes vrai que la société intimée admet que notamment **2.)** a participé auxdits entretiens qui n'ont pas abouti, **A.)** soutenant cependant qu' « on en était encore aux propositions que **O.)** devait soumettre pour combler le délai avril - 2 décembre 2008 ».

Il s'y ajoute que **O.)** ne précise ni en vertu de quel mécanisme (prise en compte congé non pris, dispense de travail, heures supplémentaires à décompter etc ?) il lui serait possible de quitter son emploi à partir du 5 juillet 2008 tout en continuant à bénéficier de la rémunération jusqu'au mois de décembre 2008 et à rester à la disposition de son employeur, la Cour supposant qu'il commencerait à partir de cette date du 5 juillet 2008 à entrer aux services du nouvel employeur.

L'offre de preuve est partant à écarter.

Les demandes indemnitaires de l'appelant liées à sa démission ne sont par conséquent pas fondées.

Il en est de même de celles liées au licenciement dont il soutient avoir fait l'objet et qui se serait concrétisé par le fait pour la société de l'avoir désaffilié le 15 juin 2008 auprès des organismes de la sécurité sociale.

Cette démarche administrative de l'employeur n'est pourtant que la conséquence logique de la fin des relations de travail qui date du 14 juin 2008.

<u>Le remboursement des salaires</u>

O.) ayant commencé à travailler pour son nouvel employeur à partir du 1er mai 2008 et la société intimée l'ayant dispensé de prester son préavis du 11

avril au 14 juin 2008 tout en continuant à le rémunérer jusqu'à la fin des relations de travail, c'est à bon droit que le tribunal du travail a, sur base de l'article L. 124-9. (1) du Code du travail, condamné le salarié à restituer à l'intimée l'équivalent d'un mois et demi de salaire, étant entendu que la rémunération que **O.)** a touchée auprès de son nouvel employeur n'est pas inférieure à celle qu'il touchait auprès d' **A.)** . Il convient de confirmer ce volet du jugement dans la mesure où la créance de la société a été fixée, sauf à dire que les intérêts légaux courront sur cette somme à partir du 20 octobre 2009, date de la demande en justice, et qu'il n'y a pas, au regard des développements qui vont suivre quant au volet traitant de la gratification, d'ores et déjà lieu à condamnation de l'appelant.

La gratification

La demande de **O.)** qui réclamait pour l'année 2007 (d'après les pièces en possession de la Cour, la gratification était versée au mois de mars de l'année suivante) une gratification de 13.500 € a été rejetée par le tribunal du travail.

O.) renvoie au document *« variable pay system »* du mois de novembre 2004 reprenant les critères de fixation du bonus, établi par son employeur. (pièce 5 de la farde de Maître Ferdinand Burg)

Etant donné qu'il ressort clairement du premier principe y retenu (*no result, no bonus*) que la gratification est fonction de résultats à atteindre, le soutènement de **O.)** que ce document lui garantirait conventionnellement un bonus qui serait partant obligatoire est à écarter.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal du travail a retenu que le versement d'un bonus n'était prévu ni par le contrat de travail, ni par une convention collective. Le versement d'une gratification présente partant un caractère de libéralité, sauf au salarié d'arguer de son caractère obligatoire en établissant que le versement procède d'un usage général, constant et fixe.

La juridiction du premier degré a retenu que **O.)** est resté en défaut d'établir la condition de fixité de la gratification réclamée.

O.) a bénéficié en mars 2005 d'une prime de 15.860,06 €, au mois de mars 2006 de 12.631,39 € et en mars 2007 de 23.655,11 €. La société admet le caractère constant du versement.

Dès lors que **O.)** a bénéficié d'un versement régulier durant les trois années précédant celle pour laquelle il réclame le paiement d'un bonus, il est oiseux de rechercher si et dans quelle mesure d'autres salariés ont également bénéficié d'un tel bonus. Il s'y ajoute que le document *« variable*

pay system » établit les conditions pour le versement d'un bonus sinon à tous, du moins à ceux des membres du personnel soumis à une évaluation individuelle.

Quant au critère de fixité :

En ce que le document *« variable pay system «* prévoit les calculs à appliquer pour déterminer le quantum éventuel du bonus à verser, il permet, sur base des règles y contenues, de fixer le montant éventuellement redû à **O.)** au regard des résultats sociaux de l'année 2007. Ce document énonce partant des règles fixes qui ne relèvent plus de la discrétion de l'employeur.

O.) revendique un montant de 13.500 €, reste cependant, face aux développements de l'intimée qui conteste le chiffre avancé, en défaut de le justifier.

L'offre de preuve par témoins est superfétatoire en ce que les pièces établissent le droit pour **O.)** de se voir verser un bonus pour autant que les critères établis dans le document *« variable pay system «* se trouvent réunis.

L'appelant formule « pour autant que de besoin » une offre de preuve *par consultation par un homme de l'art tel un actuaire pour déterminer le montant lui redû par l'intimée à titre de gratification/prime pour l'année 2007.*

Cette offre de preuve est pertinente et concluante de sorte qu'il y a lieu de l'admettre.

La créance éventuelle de l'appelant serait, le cas échéant, à compenser avec celle de la société du chef de remboursement des salaires versés à **O.)** au-delà du 1er mai 2008.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit l'appel,

confirme le jugement du tribunal du travail en ce qu'il a retenu que les relations de travail ont régulièrement pris fin le 14 juin 2008,

le confirme encore en ce qu'il a fixé à la somme de 14.131,63 € la créance d' **A.)** S.A. à l'égard de **O.)** du chef de remboursement de salaire trop perçu, sauf à dire que les intérêts légaux sont dus à partir du 20 octobre 2008,

sursoit à statuer quant à la condamnation relative à cette créance,

nomme expert le sieur ***Paul LAPLUME***, expert-comptable, demeurant à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises, avec pour mission, de concilier les parties si faire se peut, sinon, dans un rapporté détaillé, écrit et motivé :

*de déterminer, au regard des critères énoncés dans le document « variable pay system » et de ceux appliqués à **O.)** lors du versement des bonus relatifs aux années 2004 à 2006, l'éventuel bonus lui redû pour l'exercice 2007,*

ordonne à **O.)** de consigner la somme de **1.000 €** à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse des consignations de l'Etat en application de l'article 1er (1) de la loi du 29 avril 1999 sur les consignations auprès de l'Etat pour **le 1er juin 2011** au plus tard et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile ;

dit que l'expert pourra dans l'accomplissement de sa mission s'entourer de tous renseignements utiles et notamment recueillir l'avis de tierces personnes ;

charge Monsieur le conseiller Roger LINDEN du contrôle de cette mesure d'instruction ;

dit que l'expert devra en toute circonstance informer ce magistrat de l'état de ses opérations et des difficultés qu'il pourra rencontrer ;

dit que si ses honoraires devaient dépasser le montant de la provision versée, l'expert devra en avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire ;

dit qu'en cas d'empêchement du conseiller commis ou de l'expert, il sera procédé à leur remplacement par simple ordonnance du président de chambre ;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le **30 octobre 2011** au plus tard ;

renvoie le dossier au magistrat de la mise en état en son audience du **jeudi, 15 décembre 2011, à 15 heures, salle CR.0.19 de la Cour**

d’appel ;

réserve les autres volets et les frais.