

Texte pseudonymisé

**Avertissement:** Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

**Arrêt N° 26/22 - VIII – TRAV**

Exempt - appel en matière de droit du travail.

**Audience publique du vingt-quatre février deux mille vingt-deux**

Numéro CAL-2020-00458 du rôle

Composition:

Elisabeth WEYRICH, président de chambre,  
Marianne EICHER, premier conseiller,  
Yola SCHMIT, premier conseiller,  
Christophe WAGENER, greffier assumé.

**E n t r e :**

**PERSONNE1.),** demeurant à D-ADRESSE1.),

appelant aux termes des exploits de l'huissier de justice Patrick Muller de Diekirch du 20 avril 2020 et de l'huissier de justice suppléant Christine Kovelter en remplacement de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 21 avril 2021,

comparant par Maître Claude Schmartz, avocat à la Cour, demeurant à Bofferdange,

**e t :**

**1) la société à responsabilité limitée SOCIETE1.),** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son/ses gérant(s) actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit Muller,

comparant par Maître Guillaume Rauchs, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**2) L'ÉTAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG**, pris en sa qualité de gestionnaire du fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'État, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, sinon par son Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à L-2763 Luxembourg, 26, rue Ste Zithe,

intimé aux fins du susdit exploit Kovelter,

comparant par la société Etude d'avocats Weiler, Wiltzius, Biltgen s.à r.l., établie à L-9234 Diekirch, 30, route de Gilsdorf, inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Diekirch, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 239498, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Lucien Weiler, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

#### **LA COUR D'APPEL :**

PERSONNE1.) a dans un premier temps été engagé par la société à responsabilité limitée SOCIETE1'.) sur base d'un contrat de travail à durée déterminée ayant pris effet le 13 avril 2015 et devant se terminer au 12 avril 2016 en qualité de « *Bauleiter* ». Il a ensuite signé le 31 mars 2016 un contrat de travail à durée indéterminée avec la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (ci-après « SOCIETE1.) »), anciennement SOCIETE1'.), en qualité de directeur de travaux (« *Projektleiter* »).

Ayant été licencié pour insuffisance professionnelle par son ancien employeur suivant courrier recommandé du 14 septembre 2016 avec préavis de deux mois, et après avoir eu communication des motifs du licenciement par courrier du 9 novembre 2016, PERSONNE1.) a, par requête du 18 octobre 2017, fait convoquer SOCIETE1.) devant le tribunal du travail de Diekirch aux fins de voir déclarer abusif le licenciement avec préavis intervenu à son égard le 14 septembre 2016 et à voir condamner l'employeur à lui payer une indemnité de 5.093 euros pour irrégularité formelle, des dommages-intérêts de 9.167,40 euros + p.m. pour dommage matériel et de 8.000 euros pour dommage moral, avec les intérêts légaux à partir du 30 novembre 2016, date de la protestation, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Par la même requête, PERSONNE1.) a fait mettre en intervention l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, (ci-après « l'ETAT »), pour lui voir déclarer commun le jugement à intervenir.

Par jugement du 24 mai 2019, le tribunal du travail s'est déclaré compétent pour connaître de la demande, a donné acte à PERSONNE1.) de la réduction de sa demande du chef de dommage matériel et a ordonné la mise hors cause de l'ETAT. Après avoir retenu dans le cadre de la motivation du jugement que la lettre de motivation du licenciement répond, à l'exception du reproche lié aux plaques de construction pour le chantier de LIEU1.), aux exigences de précision requises par la loi et la jurisprudence, le tribunal a, pour le surplus, admis l'ancien employeur à prouver par témoins les faits suivants :

(...)

Les enquête et contre-enquête ont eu lieu les 13 juin et 17 septembre 2019.

Statuant en continuation du jugement du 24 mai 2019, le tribunal du travail, par jugement du 17 janvier 2020, a retenu le caractère réel et sérieux du reproche lié à l'incompétence professionnelle du salarié et a déclaré régulier le licenciement intervenu le 14 septembre 2016 à l'égard de PERSONNE1.). Le tribunal a partant déclaré non fondée la demande du salarié en réparation du préjudice matériel et moral ainsi que sa demande en relation avec l'irrégularité formelle, l'a débouté de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure et l'a condamné aux frais et dépens de l'instance.

Par actes d'huissier de justice des 20 et 21 avril 2020, PERSONNE1.) a relevé appel contre les prédits jugements. Il demande à la Cour, par réformation, de dire qu'il y aurait lieu d'écarter des débats le témoignage de PERSONNE2.) qui aurait occupé la fonction de co-gérant de fait au sein de SOCIETE1.), de constater l'irrégularité formelle du licenciement prononcé par courrier du 14 septembre 2016, et de condamner SOCIETE1.) au paiement d'une indemnité d'un mois de salaire en application de l'article L.124-12 (3) du Code du travail, soit 5.093 euros, même pour le cas où la Cour jugerait valable le licenciement intervenu.

Pour le cas où la convocation à l'entretien préalable devrait être déclarée conforme aux dispositions légales, l'appelant demande à la Cour de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle tendant à voir préciser si l'article L.124-2 (1) alinéa 3 du Code du travail est conforme à l'article 10bis de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, et plus précisément au principe d'égalité de tous devant la loi.

PERSONNE1.) demande dans tous les cas, par réformation, à la Cour de déclarer le licenciement irrégulier et abusif et de condamner SOCIETE1.) à lui payer 8.000 euros à titre de dommage moral pour rupture abusive du contrat de travail, le montant de 5.839,50 euros à titre de préjudice matériel et une indemnité de procédure de 1.500 euros pour la première instance et de 2.000 euros pour l'instance d'appel, à voir déclarer l'arrêt à intervenir commun à l'ETAT et à voir ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt à intervenir.

Sur base de ses dernières conclusions, il conclut encore à voir ordonner à SOCIETE1.) de produire en cause toutes les pièces relatives à la facturation et le paiement subséquent, y compris les démarches préalables nécessaires (mesurages, transmis de ces mesurages aux bureaux d'ingénieurs aux fins de vérification, retour de ces derniers) concernant les chantiers pour lesquels il était en charge en tant que gestionnaire de projet pour la période de printemps (mai) 2016 jusqu'au licenciement du 14 septembre 2016.

L'ETAT déclare ne pas avoir effectué de prestations en faveur de l'appelant et en conséquence, ne pas avoir de revendications à formuler.

SOCIETE1.) conclut à la confirmation des jugements entrepris. Elle demande à voir condamner l'appelant à lui payer une indemnité de procédure de 2.000 euros pour la première instance et de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

#### **Appréciation de la Cour :**

PERSONNE1.) demande à la Cour, par réformation, à voir déclarer abusif le licenciement prononcé à son égard par lettre recommandée du 14 septembre 2016. Il invoque le défaut de précision des motifs énoncés dans la lettre de communication des motifs du 9 novembre 2016 ainsi que le défaut du caractère réel et sérieux desdits motifs.

I) Quant au mérite de l'appel dirigé contre le jugement du 24 mai 2019 :

a) quant à la précision des motifs :

Après avoir exposé les termes de l'article L.124-5 du Code du travail imposant à l'employeur, auquel le salarié a demandé les motifs du licenciement, d'énoncer avec précision par lettre recommandée, au plus tard un mois après la notification de la lettre recommandée de demande des motifs, le ou les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondés sur la nécessité du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service qui doivent être réel et sérieux, la juridiction de premier degré a constaté que la lettre de motivation du 9 septembre 2016 fait état essentiellement d'une insuffisance professionnelle de l'appelant en ce qui concerne ses fonctions de chef de projet, ainsi que son attitude négative au travail. Elle a retenu que la lettre de motivation énonce les motifs de licenciement avec la précision requise par la loi et la jurisprudence, à l'exception du reproche lié aux plaques de construction pour le chantier de LIEU1.).

Contrairement à l'argumentation de l'appelant consistant à dire que la lettre de motivation serait rédigée en des termes majoritairement généraux, il y a lieu de constater, à l'instar des juges de première instance, que l'employeur fait état de retards considérables dans l'établissement de factures pour le compte de l'employeur en précisant tant les dates de différents entretiens et réunions, que les personnes y présentes, l'envergure des prestations non facturées et le nom des projets auxquels elles se rapportent. L'employeur explique par ailleurs les conséquences de l'établissement tardif des factures.

C'est partant à juste titre que les juges de première instance ont retenu que les motifs se rapportant à un retard dans l'établissement des factures couvrant la période de juin à août 2016 sont énoncés avec suffisamment de précision.

La Cour partage l'appréciation des juges de première instance concernant le manque de précision du reproche formulé en relation avec le défaut de facturation de « plaques » pour le chantier de LIEU1.), à défaut de décrire de façon explicite la nature et la quantité de ces plaques ainsi que l'impact financier résultant du défaut de facturation.

C'est encore à bon droit que les juges de première instance ont retenu que le reproche tenant à un défaut de mesurage spécifique, malgré plusieurs rappels, ayant entraîné un important retard du chantier et un déplacement inutile de mains d'œuvre, se trouve énoncé avec suffisamment de précision et qu'il en est de même du reproche en relation avec la fouille en puits pour la réalisation du silo, l'employeur ayant indiqué des dates précises, le nom du contremaître intervenant et le chantier concerné.

La Cour approuve par ailleurs les juges de première instance d'avoir retenu que les deux derniers reproches en relation avec le chantier de LIEU1.) se trouvent formulés avec suffisamment de précision, à savoir le reproche fait au salarié de ne pas avoir procédé à la commande d'éléments de construction spéciaux, d'avoir causé des retards dans l'avancement du chantier ainsi que celui de ne pas avoir continué aux responsables de la société, malgré demande expresse du contremaître, les objections formulées par ce dernier par rapport aux ouvriers d'un sous-traitant, nommément désigné.

Il y a partant lieu de retenir que la lettre de motivation répond au critère de précision légalement requis, sauf en ce qui concerne le reproche en relation avec les « plaques » au chantier de LIEU1.).

Le jugement entrepris est à confirmer de ce chef.

b) quant au caractère réel et sérieux des motifs :

C'est à bon droit que la juridiction de premier degré a rappelé que la cause réelle du licenciement implique un élément matériel, constitué par le fait concret susceptible d'être prouvé, et un élément psychologique, c'est-à-dire que le motif énoncé par l'employeur doit être exact et fournir la cause déterminante qui a provoqué la rupture de la relation de travail. La cause sérieuse est celle qui revêt une gravité telle qu'elle rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation de la relation de travail. La faute ainsi envisagée est celle qui s'insère entre la faute légère, exclusive de toute

rupture du contrat et la faute grave, privative de préavis et d'indemnités de rupture. Le critère décisif de cette faute, justifiant un licenciement avec préavis, est l'atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise.

En l'espèce, la faute reprochée à PERSONNE1.) est celle de l'insuffisance professionnelle.

La jurisprudence décrit l'insuffisance professionnelle comme étant le résultat de l'inaptitude du salarié à occuper son emploi, se manifestant par de nombreux manquements professionnels en ce qui concerne la fonction pour laquelle il a été engagé. Une exécution défectueuse systématique du travail par le salarié, constatée sur la durée, peut constituer un comportement fautif permettant à l'employeur de procéder au licenciement du salarié (Cour d'appel, 29 janvier 2009, n°33436 du rôle ; Cour d'appel 10 janvier 2008, n°32403 du rôle).

Dès lors que les faits offerts en preuve par SOCIETE1.) étaient, à les supposer établis, de nature à justifier le licenciement avec préavis de PERSONNE1.), c'est à bon droit que le tribunal a admis SOCIETE1.) à son offre de preuve pas témoins.

L'appel est à déclarer non fondé.

II) Quant au mérite de l'appel contre le jugement du 17 juin 2020 :

Par jugement du 17 juin 2020, les juges de première instance ont retenu le caractère réel et sérieux des motifs pour avoir été énoncés avec suffisamment de précision par l'employeur sur base du résultat de l'audition des témoins entendus lors de l'enquête, à savoir : PERSONNE2.), PERSONNE3.) et PERSONNE4.), la juridiction n'ayant pas admis le témoin PERSONNE5.) proposé, alors qu'il s'agit du gérant d'SOCIETE1.), et de la contre-enquête, à savoir : PERSONNE6.).

a) Quant au témoignage de PERSONNE2.) :

PERSONNE1.) réitère en appel ses contestations soulevées suite à l'exécution de la mesure d'instruction ordonnée par jugement du 24 mai 2019 et non retenues par le jugement du 17 juin 2020. Il soulève l'incapacité de témoigner de PERSONNE2.), étant donné que ce dernier serait à considérer comme un gérant de fait d'SOCIETE1.), qu'il se serait toujours comporté comme tel et qu'il aurait pris des décisions incombant à un dirigeant de société, notamment en matière de ressources humaines, étant donné qu'il aurait toujours contribué aux décisions des embauches et des licenciements. En l'espèce, PERSONNE2.) aurait signé tant le contrat de travail de l'appelant que la lettre de convocation à l'entretien préalable adressée à

celui-ci. Ce serait également PERSONNE2.) qui aurait pris la décision de le dispenser de prêter le préavis.

L'intimée conteste la qualification de gérant de fait attribuée à PERSONNE2.). Ce dernier n'aurait à aucun moment revêtu ladite fonction.

Les juges de première instance n'ont pas fait droit à la demande de PERSONNE1.) tendant à voir écarter des débats la déposition du témoin PERSONNE2.), motif pris qu'il est engagé en tant que responsable technique et qu'aucun élément ne permet de retenir qu'il est le co-gérant de fait de la société SOCIETE1.).

L'article 405 du Nouveau code de procédure civile pose comme principe que chacun peut être entendu comme témoin, la notion de partie en cause devant être interprétée restrictivement comme ne visant, en principe, que les personnes directement engagées dans l'instance judiciaire, les nouvelles dispositions légales sur les mesures d'instruction tendant à la simplification et à la libéralisation des modes de preuve ayant élargi le plus possible les moyens susceptibles de conduire à la manifestation de la vérité et ayant aboli de façon significative la possibilité de reproche de témoins.

Une société commerciale a une personnalité juridique distincte de celle de ses salariés. Bien qu'en l'espèce PERSONNE2.) ait été le supérieur hiérarchique de PERSONNE1.), il ne remplissait aucune fonction de représentation au sein de la société SOCIETE1.). PERSONNE2.) n'était pas non plus le directeur des ressources humaines et le fait qu'il a en l'espèce co-signé, en sa qualité de « *Bereichsleiter* » d'SOCIETE1.), ensemble avec PERSONNE5.), en sa qualité de « *Geschäftsführer* » d'SOCIETE1.), la lettre de convocation à l'entretien préalable adressée à PERSONNE1.) et qu'il a assisté à l'entretien préalable dont la finalité est d'indiquer au salarié le ou les motifs de la décision de congédiement envisagée et de recueillir ses explications, ne permet pas de le considérer comme partie en cause.

Cette conclusion est d'autant plus justifiée que PERSONNE2.) n'a pas co-signé la lettre de licenciement de l'appelant, laquelle fut signée par les deux gérants de la société et qu'il n'a pas non plus signé la lettre des motifs du licenciement.

Si dès lors PERSONNE2.) occupait le poste de responsable technique au sein de la société et exerçait en même temps la fonction de « *Bereichsleiter* », soit de responsable hiérarchique des huit « *Projektleiter* » engagés par SOCIETE1.), dont l'appelant, il n'occupait pas un poste de représentant de cette société et il ne se trouvait dès lors pas fortement impliqué dans la procédure de licenciement, étant donné qu'il n'a pas participé à la prise de décision définitive de licencier PERSONNE1.).

C'est dès lors à juste titre que les juges de premier degré n'ont pas écarté son témoignage.

b) Quant à la réalité des différents reproches :

i) quant aux reproches en relation avec le chantier à LIEU2.) :

PERSONNE1.) critique les juges de première instance d'avoir retenu qu'il résultait du témoignage de PERSONNE4.) que les retards sur le chantier de LIEU2.) étaient imputables à l'appelant qui aurait oublié de commander des prises de mesures indispensables pour la continuation du chantier. L'appelant argumente que ces retards auraient été dus au fait que le sous-traitant engagé pour faire ces prises de mesures ne se serait pas présenté aux rendez-vous fixés à plusieurs reprises, étant donné que ses factures n'auraient pas été payées par SOCIETE1.), ce dont témoignerait PERSONNE6.).

Le témoin PERSONNE4.) affirme ce qui suit : « *ich habe denselben (l'appelant) mehrmals gebeten die Vermessung zu beantragen. Wir haben uns mit mehreren Arbeitern bis zu 5-mal auf die Baustelle in LIEU2.) begeben von LIEU3.) aus und mussten dann wieder unverrichteter Dinge abziehen, da die Vermessung nicht getätigt worden war und wir so die Baustelle nicht beginnen konnten. Ich kann ihnen nicht sagen ob Herr PERSONNE1.) vergessen hat die Vermessung zu beantragen oder wo genau der Fehler lag.* » Le témoin précise cependant que « *Die Vermessung zu beantragen fällt in den Aufgabenbereich des Projektleiters* ».

Si le témoin PERSONNE6.) se souvient d'un retard dans la prise de mesurages, il déclare ne pas être en mesure de préciser si c'était le cas pour le chantier de LIEU2.) ou de LIEU1.). D'après ses informations, l'entreprise chargée des mesurages n'a pas procédé à celles-ci tant que ses factures n'étaient pas réglées par SOCIETE1.).

L'affirmation du témoin PERSONNE4.) d'avoir lui-même, *ultérieurement*, sans indication de la date exacte, contacté l'entreprise chargée de la prise de mesurages et d'avoir convenu d'un rendez-vous d'intervention avec celle-ci, qui a été respecté, n'est dès lors pas de nature à établir le reproche invoqué à l'égard de PERSONNE1.).

En conséquence, par réformation du jugement entrepris, la Cour retient que le reproche fait à PERSONNE1.) que les retards sur le chantier de LIEU2.) étaient à mettre en relation avec un oubli de sa part de commander des prises de mesurages ne se trouve pas établi.

En ce qui concerne le reproche fait à PERSONNE1.) d'avoir fait procéder à l'excavation sur le chantier de LIEU2.) sous de mauvaises conditions météorologiques et de dimensions incorrectes, nécessitant une seconde intervention et causant ainsi des coûts supplémentaires, le contremaître PERSONNE4.) déclare se souvenir « *dass der Sommer 2016 ziemlich regnerisch war und dass ich den Projektleiter mehrmals darum gebeten habe die Ausschachtung nicht vorzunehmen, sie sollte erst getätigt werden wenn ich darum bitte. An einem Tag kam ich auf die Baustelle und stellte fest, dass die Ausschachtung ohne mein Wissen getätigt worden ist und dass das Loch voll mit Regenwasser war. Es war des Weiteren viel zu klein, deshalb musste es nachgebessert werden, was ein Mehraufwand war.* » Le témoin précise que l'attribution des engins d'excavation se trouve réglée hebdomadairement sur base d'un accord entre les contremaîtres et les « *Projektleiter* », mais que la décision d'excaver incombe finalement au « *Projektleiter* ».

La déposition du témoin n'est cependant pas de nature à énerver l'explication de l'appelant que l'excavation au chantier de LIEU2.) a dû être faite le jour où elle a été faite, pour la simple raison que l'engin se trouvait sur place et que le lendemain il a dû être déplacé sur un autre chantier. Si par ailleurs, ce témoin, de même que PERSONNE2.), attestent du fait que les dimensions étaient incorrectes et qu'une seconde intervention a dû être entreprise, ils restent cependant muets quant aux conséquences financières de cette seconde intervention.

Elle n'est par ailleurs pas de nature à établir une insuffisance professionnelle de la part de PERSONNE1.), le témoin, respectivement la société SOCIETE1.) restant en défaut de fournir des données techniques relatives à l'excavation à laquelle a fait procéder le salarié, empêchant la Cour d'apprécier une insuffisance professionnelle dans le chef de l'appelant.

Par réformation du jugement entrepris, il y a lieu de retenir que le reproche lié à l'excavation sur le chantier de LIEU2.) ne se trouve pas établi.

ii) quant aux reproches en relation avec le chantier à LIEU1.) :

La Cour constate que l'employeur ne critique pas le jugement entrepris du 17 janvier 2020 en ce que les juges de première instance ont retenu que le reproche en relation avec les problèmes liés à un sous-traitant sur le chantier de LIEU1.) (problèmes linguistiques, mauvaise qualité du travail) n'a pas été établi. Il n'y a dès lors pas lieu de s'attarder sur ces faits.

En revanche, PERSONNE1.) critique les juges de première instance pour avoir estimé que le reproche lié à un défaut de commande en temps utile d'éléments d'un escalier pour le chantier de LIEU1.) se trouve établi.

Il résulte de la déposition du témoin PERSONNE3.) que l'appelant n'a pas procédé en temps utile à la commande de certains éléments d'escalier (*Treppenaufhängungen*), malgré rappel du contremaître. L'appelant reconnaît avoir oublié de commander deux des éléments d'escalier qui ont dû être commandés et livrés par la suite.

L'intimée ne fait pas état d'autres oublis en relation avec les commandes à passer par l'appelant.

La Cour retient en conséquence qu'une omission unique n'est pas de nature à établir l'insuffisance professionnelle du salarié.

iii) quant au reproche des retards dans la facturation :

La Cour constate que les dépositions de PERSONNE4.) et de PERSONNE2.) confirment les éléments de fait relatifs au reproche des retards dans la facturation et que la déclaration du témoin PERSONNE6.) entendu lors de la contre-enquête n'est pas de nature à énerver les premières.

Ainsi le témoin PERSONNE2.) déclare que l'une des fonctions primordiales d'un « *Projektleiter* » était d'assurer que les cocontractants procèdent rapidement au règlement des prestations réalisées afin d'assurer les liquidités de la société.

Concernant les retards dans la facturation, le témoin fait référence à une multitude d'entretiens et de rappels quant aux diligences accrues que PERSONNE1.) devrait mettre en oeuvre pour arriver à une facturation rapprochée par rapport aux dates des prestations réalisées afin de garantir la liquidité financière de la société. Il fait également état de l'accroissement des retards dans la facturation des projets attribués à l'appelant, malgré les entretiens, rappels et exhortations des dirigeants à ce sujet. Certes, le témoin PERSONNE6.) déclare qu'il aurait été « normal » que des retards dans la facturation se produisent, notamment en raison du fait que, suite aux mesurages effectués pour un chantier, aux prestations réalisées et à la récapitulation des matériaux utilisés, ces mesurages sont à transmettre au bureau d'ingénieur dudit chantier ou au représentant du client aux fins de vérification et que ce n'est que lorsque l'on dispose du retour du bureau d'ingénieur, respectivement du représentant du client que la facturation proprement dite peut être faite. Si le témoin PERSONNE6.) admet avoir eu un retard de facturation d'environ 200.000 euros, il précise cependant qu'un tel retard ne constituait pas la règle, mais l'exception.

Le témoin PERSONNE2.) décrit également ce procédé de facturation et admet que des retards sont possibles. Il précise que le temps de vérification

dont dispose le bureau d'ingénieur, respectivement le représentant du client est de vingt-un jours et que suite à l'envoi de la facture, le client dispose encore de trente jours pour procéder au règlement de la facture, de sorte qu'en principe, à partir du moment où les prestations sont réalisées, celles-ci se trouvent rémunérées au bout de deux mois. Or, tandis que les sept autres responsables de projets ont réussi à procéder à une facturation rapprochée par rapport à la réalisation des prestations, le témoin indique que PERSONNE1.) restait en défaut de ce faire depuis le printemps 2016 et que l'envergure de ces retards était manifestement supérieure par rapport à celle des autres « *Projektleiter* ». Malgré l'injonction de rattraper les retards de facturation pendant la période du congé collectif d'été, le témoin PERSONNE2.) déclare qu'il a dû constater, ensemble avec le gérant PERSONNE5.), au retour de ce congé que l'appelant était resté en défaut de procéder à une seule des facturations en souffrance et que les retards se sont encore considérablement accrus pour s'élever à environ 650.000 euros.

En l'espèce, il résulte de la déposition claire et non équivoque du témoin PERSONNE2.) que face au retard considérable dans la facturation qu'accusait PERSONNE1.) avant le congé collectif d'été 2016, le gérant PERSONNE5.) lui a vivement recommandé de mettre à profit ce congé collectif pour rattraper ce retard et que dès le retour du congé, le gérant a dû constater que PERSONNE1.) n'avait pas procédé à l'établissement d'une seule facturation de nature à réduire le retard accumulé.

PERSONNE1.) demande à voir ordonner à SOCIETE1.), sur base de l'article 288, 284 et 285 du Nouveau Code de procédure civile, de produire en cause toutes les pièces relatives à la facturation et le paiement subséquent, y compris les démarches préalables nécessaires concernant les chantiers pour lesquels l'appelant était en charge en tant que gestionnaire de projet à partir du mois de mai 2016 jusqu'à son licenciement, soutenant avoir été dans l'impossibilité de rapporter cette preuve au moyen de témoins à entendre lors de la contre-enquête, étant donné que toutes les personnes pouvant témoigner à ce sujet seraient au service de l'intimée et hésiteraient dès lors à déposer en sa défaveur.

Aux termes de l'article 284 du Nouveau Code de procédure civile, « si dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie, ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce. ».

L'article 285 du même code dispose que la demande est faite sans forme.

La jurisprudence a dégagé quatre conditions pour qu'il puisse fait droit à la demande tendant à ce que le juge enjoigne la communication ou la

production de pièces : 1) la pièce sollicitée doit être déterminée avec précision, 2) l'existence de cette pièce doit être vraisemblable, 3) la détention de la pièce par le défendeur doit être vraisemblable et 4) la pièce sollicitée doit être pertinente pour la solution du litige.

Concernant la condition sub 1), le requérant doit identifier clairement les pièces dont il entend obtenir une copie. La procédure ne peut pas être détournée par le requérant pour obtenir un accès illimité à l'intégralité d'une documentation. Il convient d'empêcher une perquisition générale par laquelle une partie va fouiller dans les archives de son adversaire avec le seul espoir d'y dénicher éventuellement un document qui puisse lui être utile (Th Hoscheit, le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, 1<sup>ière</sup> édition, p.669).

Outre le fait que la demande de PERSONNE1.) vise de façon générale un ensemble de documents non autrement indentifiables, il n'est par ailleurs pas vraisemblable que des pièces tendant à établir le contraire de la déclaration de ce témoin existent.

La demande tendant à la production de pièces est partant à rejeter.

Le caractère réel et sérieux du reproche lié aux retards dans la facturation se trouve ainsi établi.

C'est encore à juste titre que les juges de première instance ont tenu pour établi le reproche lié à une mauvaise attitude de travail de l'appelant, étant donné qu'il résulte à suffisance de droit des témoins entendus lors de l'enquête que le reproche invoqué d'une remise en question des instructions de l'employeur s'est manifesté par le non-suivi de ces mêmes instructions, le témoin PERSONNE2.) attestant de l'absence totale d'une progression dans la facturation après le congé collectif d'été 2016 et que dès lors, malgré des instructions répétées de l'employeur de progresser plus rapidement dans la facturation des prestations réalisées, PERSONNE1.) n'a non seulement continué à avoir des retards, mais les a même accrus.

C'est dès lors à bon droit que les juges de première instance ont déclaré que les faits établis, pris dans leur ensemble, liés à des retards considérables dans l'établissement des facturations et le non-suivi des instructions du gérant, sont de nature à justifier le licenciement avec préavis prononcé par courrier recommandé du 14 septembre 2016 à l'encontre de PERSONNE1.).

L'appelant a partant été débouté à juste titre de ses demandes en indemnisation.

- c) quant à l'irrégularité formelle tirée du non-respect de l'article L.124-2 du Code du travail :

PERSONNE1.) conclut à voir constater l'irrégularité formelle du licenciement intervenu à son égard, aux motifs d'une part, qu'il aurait dû assister à un entretien préalable alors qu'il n'avait pas encore réceptionné la convocation pour cet entretien et d'autre part, que lors de cet entretien préalable, son ancien employeur n'aurait pas fourni de motifs en relation avec la décision envisagée.

La juridiction de première instance a débouté PERSONNE1.) de sa demande en paiement d'un mois de salaire pour irrégularité formelle du licenciement au motif que la procédure de convocation a été respectée, la lettre de convocation ayant été postée en date du lundi 5 septembre 2016 et la date de l'entretien ayant été fixée au 8 septembre 2016. Elle a encore estimé qu'il appartient au salarié de rapporter la preuve de l'irrégularité invoquée, soit du défaut d'indication par l'employeur lors de cet entretien préalable du ou des motifs de la décision envisagée.

*Aux termes de l'article L.124-2 du Code du travail, « (1) lorsque l'employeur qui occupe cent cinquante salariés au moins envisage de licencier un salarié, il doit, avant toute décision, convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par écrit dûment certifié par un récépissé en lui indiquant l'objet de la convocation ainsi que la date, l'heure et le lieu de l'entretien. Copie de la lettre de convocation doit être adressée à la délégation du personnel. »*

*La lettre ou l'écrit de convocation à l'entretien préalable doivent informer le salarié qu'il a le droit de se faire assister lors de l'entretien préalable par un salarié de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou par un représentant d'une organisation syndicale représentative sur le plan national représentée au sein de la délégation du personnel de l'établissement.*

*Le jour de l'entretien préalable peut être fixé au plus tôt au deuxième jour ouvrable travaillé qui suit celui de l'envoi de la lettre recommandée ou de la remise contre récépissé de l'écrit visés à l'alinéa 1<sup>er</sup> du présent paragraphe. »*

L'entretien préalable a pour but de favoriser dans la mesure du possible une conciliation entre les parties par la voie du dialogue afin d'éviter des licenciements précipités et irréfléchis. Il constitue une occasion de discussion entre l'employeur et le salarié. Il est le moment de la procédure au cours de laquelle l'employeur est tenu d'indiquer le ou les motifs du congédiement envisagé et de recueillir les explications du salarié (Cour d'appel, 11 avril 2002, n°25622 du rôle). La convocation à l'entretien préalable est un acte unilatéral qui produit ses effets dès la remise à la poste et non pas au moment de la réception de l'envoi par le salarié (Cour d'appel, 30 juillet 2020, n°CAL-

2019-00416 du rôle). En effet, contrairement au texte français afférent à la convocation à l'entretien préalable, le texte luxembourgeois n'exige que l'envoi de la convocation par lettre recommandée, sans exiger un accusé de réception de la part du salarié.

En l'espèce, la lettre recommandée de convocation à l'entretien préalable a été envoyée le lundi 5 septembre 2016 et la tenue de l'entretien préalable a été fixée au jeudi 8 septembre 2016.

Il n'est pas contesté que PERSONNE 1.) s'est présenté à cet entretien et qu'il a été assisté par un représentant du personnel. Il y a dès lors lieu d'admettre qu'il disposait du temps nécessaire pour se préparer à l'entretien pour lequel il fut convoqué. Le défaut de réception de la lettre de convocation n'a dès lors pas porté à conséquence et le but du délai entre la réception de la lettre de convocation et la tenue de l'entretien préalable a été atteint.

C'est partant à juste titre que la juridiction de premier degré a constaté que la procédure de convocation a été effectuée dans le respect des dispositions de l'article L.124-2 (1) du Code du travail.

d) Quant à la question préjudicielle :

PERSONNE 1.) demande à la Cour de saisir la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivant : « *L'article L.124-2 (1) alinéa 3 du Code du travail luxembourgeois, est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg, et plus précisément au principe d'égalité devant la loi, en ce qu'il prévoit que le jour de l'entretien préalable avant un licenciement peut être fixé au plus tôt au deuxième jour ouvrable travaillé qui suit celui de l'envoi de la lettre recommandée, sans prévoir des délais de distance pour les salariés frontaliers n'ayant pas leur domicile sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, alors que les salariés résident sur le territoire luxembourgeois ont tous la possibilité/la potentialité de réceptionner la convocation à l'entretien préalable en temps utile, soit avant la tenue de l'entretien préalable, tandis que les salariés résidents sur un autre territoire, dont notamment l'Allemagne, la France ou la Belgique, n'ont tout simplement pas cette possibilité/potentialité au vu des délais de traitement normaux des envois postaux.* ».

Soutenant que l'article 10bis de la Constitution luxembourgeoise prévoit l'égalité de tous devant la loi, l'appelant fait valoir que l'article L.124-2 (1) alinéa 3 du Code du travail luxembourgeois devrait prévoir l'application de délais de distance à la computation du délai de convocation à l'entretien préalable, afin de permettre aux nombreux frontaliers étrangers travaillant

sur le territoire luxembourgeois de recevoir la lettre de convocation avant la date de la tenue de l'entretien préalable, alors que cette condition ne serait pas garantie au vu de la lenteurs des services postaux transfrontaliers.

La loi du 27 juillet 1997 pose à l'article 6, alinéa 1<sup>er</sup> le principe que le juge est tenu de saisir la Cour constitutionnelle lorsqu'une question est soulevée par une partie. Le respect de la Constitution étant d'ordre public, le juge doit même, aux termes de l'alinéa 3, soulever la question d'office. L'alinéa 2 de l'article 6 dispense le juge de l'obligation de renvoi si : « a) *une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement ; b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement ; c) la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet* ».

L'intimée conclut au rejet de la demande tendant à voir poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, en arguant du fait qu'elle serait dénuée de tout fondement et sans pertinence pour la solution du litige.

Aux termes de l'article 10bis de la Constitution luxembourgeoise : « (1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi (...) ».

Il a été retenu que « *la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité (article 10bis de la Constitution) suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée* » (Cour Constitutionnelle, arrêt n°00159 du 13 novembre 2020).

Le pouvoir d'appréciation des juridictions ordinaires dans le cadre du critère du défaut de tout fondement d'une question préjudicielle dans le contexte d'une violation alléguée de l'article 10bis de la Constitution a donné lieu à une jurisprudence abondante de la Cour de cassation. Par un arrêt du 25 février 2010 (arrêt n°11/10), la Cour de cassation a retenu que « *le défaut de tout fondement qui dispense le juge du fond de saisir la Cour constitutionnelle doit être évident et manifeste au point de s'imposer à lui* ». Suivant un autre arrêt de la Cour de cassation (arrêt n°15/2017 du 16 février 2017) le domaine réservé de la Cour constitutionnelle est dans cette matière constitué par « la décision si la différenciation opérée par la loi est objective, rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ». S'agissant en revanche de la question préalable de savoir si deux situations qui donneraient lieu à une différenciation par le législateur sont comparables, la Cour de cassation admet que les juges du fond sont en droit de l'apprécier (même arrêt).

En l'espèce, il y a lieu de constater que la loi n'opère pas elle-même la différenciation alléguée. En effet, le texte de l'article L.124-2 (1) alinéa 3 du Code du travail ne formule aucune différence de traitement entre deux catégories de salariés, notamment en fonction du domicile de ces derniers.

Tout salarié travaillant sur le territoire luxembourgeois est en droit de voir fixer la date de l'entretien préalable au plus tôt au deuxième jour ouvrable travaillé qui suit celui de l'envoi de la lettre de convocation à cet entretien préalable.

En revanche, la prétendue différence de traitement résulte de la mise en œuvre dudit texte à la situation personnelle du salarié, à savoir sa domiciliation à l'étranger. La différence alléguée de traitement (en raison de la lenteur des services postaux transfrontaliers) résulte ainsi de circonstances extérieures à la loi ou de conséquences de fait découlant de son application.

Face au constat que la différenciation alléguée ne résulte pas du texte légal lui-même, mais uniquement de son application, il y a lieu de retenir que la question préjudicielle soulevée est dénuée de tout fondement.

Il n'y a partant pas lieu de faire droit à la demande tendant à voir poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle afin de vérifier la constitutionnalité de l'article L.124-2 (1) du Code du travail à l'article 10bis de la Constitution.

e) quant au moyen tiré de l'irrégularité formelle :

En ce qui concerne la tenue de l'entretien préalable, l'article L.124-2 (2) dispose que : « *au cours de l'entretien, l'employeur ou son représentant est tenu d'indiquer le ou les motifs de la décision envisagée et de recueillir les explications du salarié ainsi que les observations de la personne qui l'assiste.*

*L'employeur ou son représentant a le droit de se faire assister lors de l'entretien par un membre du personnel ou par un représentant d'une organisation professionnelle patronale, à condition d'en informer le salarié dans la lettre de convocation à l'entretien préalable. »*

Tel qu'invoqué à juste titre par PERSONNE1.), il est de jurisprudence qu'il appartient à l'employeur de prouver qu'il a respecté les dispositions légales susmentionnées (Cour supérieure de justice 13 mars 2008, n°31088 du rôle We. c/ Co.). En effet, il appartient à celui à qui incombe une obligation de prouver l'avoir remplie.

Ce dernier se borne à affirmer avoir indiqué les motifs de la décision envisagée lors dudit entretien préalable et d'avoir recueilli les explications du salarié ainsi que de la personne qui l'a assisté sans fournir la preuve que l'entretien préalable a porté sur les insuffisances professionnelles invoquées dans la lettre de licenciement.

Par réformation du jugement entrepris du 17 janvier 2020, il y a partant lieu de déclarer le licenciement intervenu à l'égard de PERSONNE1.) irrégulier pour vice de forme.

La sanction prévue dans cette hypothèse est définie à l'article L. 124-12. (3) en ce sens que « *la juridiction du travail qui conclut à l'irrégularité formelle du licenciement en raison de la violation d'une formalité qu'elle juge substantielle doit examiner le fond du litige et condamner l'employeur, si elle juge que le licenciement n'est pas abusif quant au fond, à verser au salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ou de traitement. L'indemnité visée à l'alinéa qui précède ne peut être accordée lorsque la juridiction du travail juge le licenciement abusif quant au fond* ».

Au vu des développements précédents ayant conduit la Cour à confirmer le jugement entrepris pour avoir retenu que le licenciement avec préavis de PERSONNE1.) n'était pas abusif, il y a lieu de faire droit à la demande de l'appelant et de condamner l'employeur à lui payer une indemnité d'un mois de salaire en application de l'article L.124-12 (3) du Code du travail, soit 5.093 euros, le montant invoqué ne se trouvant pas autrement contesté.

f) quant aux demandes accessoires :

PERSONNE1.) ayant succombé tant en première qu'en instance d'appel, il est à débouter de ses demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance et pour l'instance d'appel.

Bien que l'appelant n'ait pas argué d'irrecevabilité la demande d'SOCIETE1.) en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance pour constituer une demande nouvelle en appel, celle-ci est toutefois à déclarer non fondée, faute par SOCIETE1.) de justifier de l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. Il en est de même de sa demande tendant à se voir allouer une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

L'arrêt est à déclarer commun à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi.

## **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, et conformément à l'article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale ;

reçoit les appels ;

dit l'appel contre le jugement du 24 mai 2019 non fondé ;

partant, confirme ce jugement ;

dit l'appel contre le jugement du 17 janvier 2020 partiellement fondé ;

rejette la demande tendant à voir poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle pour être dénuée de tout fondement ;

**réformant :**

dit que le licenciement prononcé par courrier du 14 septembre 2016 à l'encontre de PERSONNE1.) est irrégulier pour vice de forme pour non-respect de l'article L.124-2 du Code du travail ;

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) le montant de 5.093 euros sur base de l'article L.124-12 (3) du Code du travail ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

rejette les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

déclare l'arrêt commun à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi ;

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.