

# INFOS JURIDIQUES

## Flash sur le Droit du Travail

---

Publication mensuelle éditée par la CSL

Nr 06/11

Juin 2011

---

- 1) Une transaction qui comporte des concessions absolument dérisoires dans le sens qu'elle présente une asymétrie financière certaine et anormale au profit de l'employeur est nulle et de nul effet  
page 3
  
- 2) Conditions de travail prétendument très dégradées – Visite des lieux par le Tribunal nécessaire mais insuffisante – Prescription d'une expertise par un professionnel  
Incidences d'une clause de flexibilité dans le contrat de travail – Possible modification des tâches de la salariée tout en respectant sa fonction, son statut et ses qualités – Mais pas de trop modifications successives. Non accès aux moyens modernes de communication utiles à la fonction de délégué du personnel - Atteintes à la fonction – Condamnation de l'employeur à y remédier sous astreinte  
Modifications successives des fonctions - Entrave portée à la fonction de déléguée du personnel - Dangers et risques sérieux pour la santé pendant 5 mois - Harcèlement moral sanctionné par des dommages et intérêts  
page 7
  
- 3) Faits reprochés au salarié dans le cadre d'un licenciement avec préavis sanctionnés par un avertissement oral – licenciement abusif car pas de faits nouveaux postérieurs  
page 12
  
- 4) Licenciement avec effet immédiat – caractère abusif (oui) – appel de l'employeur – désistement d'instance entre le salarié et l'employeur suite à une transaction – opposabilité de la transaction au Fonds pour l'emploi (non) – refus justifié du Fonds pour l'emploi d'accepter le désistement d'instance en ce qui concerne sa demande en remboursement des indemnités de chômage et de l'aide au réemploi dirigée contre l'employeur (oui) – demande en remboursement par le Fonds pour l'emploi non fondée  
page 14



CHAMBRE DES SALAIRES  
LUXEMBOURG

18, rue Auguste Lumière L-1950 Luxembourg  
B.P. 1263 L-1012 Luxembourg  
T +352 27 494 200 F +352 27 494 250  
[www.csl.lu](http://www.csl.lu) csl@csl.lu

---

La présente publication constitue un résumé d'un certain nombre de décisions de justice qui, d'un point de vue formel, ont été simplifiées et vulgarisées de sorte qu'en cas de divergences d'interprétation, seul le texte original fait foi.



## 1. Une transaction qui comporte des concessions absolument dérisoires dans le sens qu'elle présente une asymétrie financière certaine et anormale au profit de l'employeur est nulle et de nul effet

Arrêt de la Cour du 26 mai 2011 (Numéro 36087 du rôle)

Par requête du 9 octobre 2009, le salarié A a fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail de Luxembourg pour voir déclarer nulle la transaction signée le 15 mai 2009. Il demande encore de voir condamner son ancien employeur à lui payer l'intégralité du délai de préavis, l'indemnité de départ et des dommages et intérêts pour licenciement abusif.

Le salarié a été engagé en qualité d'ouvrier le 29 avril 1991, licencié avec préavis en date du 14 mai 2009, soit 18 ans plus tard ; suite à la demande des motifs du 12 juin 2009, l'employeur lui a répondu le 10 juillet 2009 de la manière suivante : « le licenciement de M. A a été conclu avec une transaction amiable acceptée par les deux parties. Votre mandant a tous les éléments en sa possession pour vous donner les renseignements que vous souhaitez ».

### Objet et contenu de la transaction

La transaction en cause prévoyait ce qui suit :

- le salarié prend acte du licenciement intervenu avec préavis,
- le salarié demande à être dispensé de prêter pendant sa période de préavis, alors qu'il veut partir au Portugal pour des raisons personnelles et familiales, et ce immédiatement,
- l'employeur accepte de dispenser l'employé de sa prestation de travail, et maintient le versement des salaires pour la période de préavis mais seulement jusqu'au 31 juillet 2009,
- en contre-partie du paiement des salaires malgré l'absence de prestation de travail, le salarié est d'accord à renoncer à toute action judiciaire contre son employeur ou ses organes y employés et renonce plus particulièrement à son droit d'introduire une action judiciaire en dommages et intérêts ou tout autre paiement, de quelque nature en relation avec la cessation de travail,
- le salarié a conscience que son préavis est légalement de 6 mois et qu'à défaut de prestations et au vu de l'accord, il ne touchera que les salaires correspondant à 2,5 mois,
- le salarié renonce au paiement par l'employeur du montant correspondant à l'indemnité de départ soit l'équivalent de trois mois de salaire,
- le salarié déclare que la présente transaction a été rédigée après son licenciement et à sa demande,
- le salarié est conscient que son droit au chômage ne commence qu'à compter de la fin de son préavis de 6 mois soit le 15 novembre 2009,
- il en est de même pour l'employeur en contrepartie des concessions du salarié.



## Indemnisation prévue par le Code du travail suite à un licenciement

En vertu des dispositions légales, le salarié aurait eu droit en cas de licenciement abusif :

- à une indemnité de préavis de 6 mois,
- à une indemnité de départ de 3 mois,
- le cas échéant à des dommages-intérêts pour les préjudices matériel et moral subis.

### Arguments du salarié

Le salarié A conclut à la nullité de la transaction au motif qu'un salarié ne saurait transiger sur les droits d'ordre public garantis par le code du travail, tels l'indemnité de préavis et de départ, ensuite au motif qu'il n'y aurait pas eu de concessions réciproques, plus précisément de la part de l'employeur, sinon des concessions tellement dérisoires qu'elles entraîneraient la nullité de la transaction, au motif enfin que son consentement aurait été vicié en ce sens qu'il a signé cette transaction sous la contrainte exercée par son employeur et alors qu'il ne sait ni lire ni écrire.

Ces allégations sont formellement contestées par l'employeur.

### Position de la juridiction de première instance

Par un jugement du 23 mars 2010, le tribunal du travail a dit que la transaction signée par les parties le 15 mai 2009 est valable.

Le tribunal du travail a considéré que la transaction est en principe valable en droit du travail si les parties transigent sur des droits actuels dont ils ont la libre disposition comme en l'espèce. Le Tribunal a encore retenu que l'employeur avait bien fait des concessions en dispensant le salarié de prêter le préavis et en lui payant quand-même une indemnité de préavis de 2 mois et demi, concession que les juges de première instance ont qualifié de concession équilibrée à celle du salarié. Le Tribunal a ensuite constaté que le salarié est resté en défaut de prouver la contrainte sur lui exercée par l'employeur et a retenu que si le salarié ne sait ni lire ni écrire, il n'aurait pas dû signer la transaction.

### L'instance d'appel

Le salarié A a régulièrement relevé appel du prédit jugement et demande de le réformer, de dire que la transaction du 15 mai 2009 est nulle, partant de déclarer sa demande recevable et fondée et de condamner l'employeur à lui indemniser les préjudices matériel et moral subis ainsi que les indemnités de préavis et de départ.

Le salarié maintient les mêmes arguments juridiques qu'en première instance, à savoir la nullité de la transaction pour absence de situation contentieuse, pour contrariété à l'ordre public, pour absence de consentement ainsi que pour défaut de concessions réciproques.



L'employeur conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption des motifs retenus par le tribunal du travail. Il maintient également ses contestations et ses moyens soulevés en première instance.

### Analyse de la Cour

La Cour constate que le salarié a été licencié le 14 mai 2009 avec le préavis légal et que le lendemain, soit le 15 mai 2009, il a signé la transaction dont il conteste la validité.

Aux termes de l'article 2044 du code civil : « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit ».

La Cour considère que c'est à bon droit que le tribunal du travail a relevé que la transaction est en principe valable en matière de droit du travail sous certaines conditions.

C'est de façon correcte que le tribunal du travail a analysé les différentes conditions de validité d'une transaction à savoir la nécessité d'un écrit, l'existence d'une situation contentieuse ou précontentieuse, le respect de l'ordre public social qui impose que l'on ne puisse transiger que sur des droits dont on dispose et non sur des droits à venir et éventuels, l'existence d'un consentement non vicié et de concessions réciproques.

La Cour rappelle que s'il est vrai que la notion de transaction implique le consentement de concessions réciproques, l'importance des concessions requises est cependant laissée à l'appréciation des juridictions saisies.

S'il importe peu que les concessions soient d'importance inégale, elles ne doivent pas être dérisoires, sauf à entacher la transaction de nullité.

Si l'employeur en autorisant son salarié à ne pas effectuer le préavis légal de 6 mois, ce qui constitue en effet une faculté pour lui et non une obligation, tout en lui payant quant même une indemnité compensatoire de préavis de deux mois et demi, a bien fait une concession, force est cependant de constater que cette dernière est sans commune mesure avec celles faites par le salarié qui a renoncé à toutes revendications salariales ultérieures telles le paiement de 3 mois et demi d'indemnité compensatoire de préavis, de 3 mois d'indemnité de départ, voire aux dommages et intérêts en cas de licenciement abusif.

La Cour souligne que le fait pour l'employeur d'accorder une dispense de travailler pendant le préavis à son salarié constituait pour lui plus un avantage certain qu'une concession alors qu'il se trouvait dans une situation économique difficile, que le travail à confier au salarié manquait, qu'il a même demandé à certains salariés de partir de leur plein gré pour finalement faire faillite.

Or, il a été décidé qu'« il n'y a pas de transaction lorsqu'une partie abandonne ses droits pour une contrepartie si faible qu'elle est pratiquement inexistante ».

La Cour en conclut que la transaction présente une asymétrie financière certaine et anormale au profit de l'employeur et doit de ce chef être déclarée nulle et de nul effet.



### Conséquence de la nullité de la transaction sur le licenciement

La transaction étant nulle, elle n'a pas mis fin au litige relatif au litige entre parties, la Cour est alors appelé à se prononcer sur le bien-fondé du licenciement.

Le salarié a été licencié avec préavis le 14 mai 2009, licenciement qu'il qualifie d'abusif. Suite à la demande du mandataire du salarié du 12 juin 2009 tendant à la communication des motifs du licenciement, l'employeur lui a répondu le 10 juillet 2009 de la façon suivante :

« Le licenciement de M. A a été conclu avec une transaction amiable acceptée par les deux parties. Votre mandant a tous les éléments en sa possession pour vous donner les renseignements que vous souhaitez ».

La Cour considère que, comme la transaction à laquelle il est fait référence dans la lettre de motivation est nulle, la réponse de l'employeur est dénuée de toute motivation, de sorte que le licenciement avec préavis notifié le 14 mai 2009 est à déclarer abusif conformément à l'article L.124-5.(2) in fine du code du travail.



2. Conditions de travail prétendument très dégradées – Visite des lieux par le Tribunal nécessaire mais insuffisante – Prescription d'une expertise par un professionnel - Incidences d'une clause de flexibilité dans le contrat de travail – Possible modification des tâches de la salariée tout en respectant sa fonction, son statut et ses qualités – Mais pas de trop modifications successives. Non accès aux moyens modernes de communication utiles à la fonction de délégué du personnel - Atteintes à la fonction – Condamnation de l'employeur à y remédier sous astreinte - Modifications successives des fonctions - Entrave portée à la fonction de déléguée du personnel - Dangers et risques sérieux pour la santé pendant 5 mois - Harcèlement moral sanctionné par des dommages et intérêts

Arrêt de la Cour d'appel du 26 mai 2011, numéro 35506 du rôle

### Faits

A a été engagée par contrat de travail à durée indéterminée en date du 1er mai 1998, en qualité de « kaufmännische Mitarbeiterin » par la société B.

Le 12 novembre 2003, la salariée a été élue déléguée du personnel.

A partir du 20 mars 2009, la salariée a été affectée par l'employeur à la gestion de l'entrepôt en qualité de « kaufmännischer Sachbearbeiter Materialwirtschaft/Lager ». En même temps, son lieu de travail était transféré vers un hangar à l'intérieur duquel se trouvait provisoirement l'entrepôt.

Le 24 août 2009, le lieu de travail de la salariée a été transféré vers un bureau dans le nouvel entrepôt.

### 1) Première instance

#### Prétentions de la salariée

La salariée prétend que l'employeur l'a transférée dans un premier temps, avec l'intention de la harceler moralement, vers un lieu de travail insalubre installé dans un atelier de production où elle était exposée notamment aux bruits et poussières ambiantes. Elle affirme que son lieu de travail a été transféré, dans un second temps, vers un espace sans fenêtre ni chauffage, exposé aux courants d'air et aux gaz d'échappement et dépourvu de sanitaires.

Elle se plaint encore que l'employeur l'ait affectée, depuis le 20 mars 2009, à de nouvelles fonctions sans aucun rapport avec les responsabilités qu'elle exerçait auparavant. Elle soutient que ces modifications en sa défaveur portent sur des clauses essentielles du contrat de travail et qu'elles sont nulles à défaut d'avoir été notifiées par écrit en application de la procédure prévue à l'article L.121-7 du code du travail.

A l'audience du 21 décembre 2009, la salariée annonce que l'employeur l'a réaffectée à nouveau et considère cette mutation comme l'expression d'un harcèlement moral.



La salariée reproche, d'autre part, à l'employeur d'entraver l'exercice de son mandat de déléguée du personnel en lui supprimant notamment les moyens pour communiquer avec les autres salariés et délégués et notamment la ligne téléphonique directe et son adresse électronique.

La salariée formule une offre de preuve pour établir les faits relatés dans sa requête et certains autres faits relatifs à son nouveau lieu de travail.

La salariée réclame la condamnation de son employeur au paiement de la somme de 20.000 € à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral, ainsi qu'à une astreinte de 500 € par jour pour faire cesser toute entrave à l'exercice de sa mission de déléguée du personnel.

### Position de l'employeur

L'employeur conteste tout harcèlement ainsi que toute entrave à la fonction syndicale de la salariée.

### Décision des premiers juges

Les juges se sont rendus dans l'entreprise afin de procéder à une visite des lieux pour apprécier le cadre de travail de la salariée.

Ils ont pris position comme exposé ci-après :

### Les conditions de travail de la salariée

Le tribunal du travail a, constaté que :

- pour la période du 20 mars au 24 août 2009, la salariée a dû travailler pendant 5 mois dans un environnement très dégradé, inacceptable ;
- pour la période postérieure au 24 août 2009, cet environnement s'est amélioré.

### Modification des clauses essentielles du contrat de travail

Concernant la modification des clauses essentielles du contrat de travail de la salariée, les juges de première instance ont considéré que la mutation de cette dernière vers un autre service administratif au sein de l'entrepôt ne constitue pas une telle modification compte tenu de l'article 3 du contrat de travail qui prévoit que la salariée peut être affectée à toute tâche administrative selon les besoins de l'entreprise<sup>1</sup>.

### Atteinte au libre exercice du mandat de déléguée du personnel

Le tribunal a retenu que ce libre exercice n'était pas entravé.

Il a néanmoins constaté que le fait pour cette dernière de ne pas pouvoir envoyer des courriers électroniques constitue une gêne à l'exercice de ce mandat. Le tribunal a pris acte de l'engagement de l'employeur d'y remédier, de sorte qu'il n'a pas prononcé d'astreinte.

<sup>1</sup> Une clause de flexibilité, qui est légale et permet à l'employeur de modifier les tâches de la salariée tout en respectant la fonction pour laquelle la salariée a été engagée, son statut et ses qualités.

## Harcèlement moral

Lors de la visite des lieux, les juges ont estimé que les travaux de réaménagement de l'entrepôt étaient bien motivés par la bonne marche de l'entreprise et rendaient nécessaires les modifications imposées à la salariée.

Par conséquent, le tribunal a, dans un jugement du 8 janvier 2010, déclaré la demande en dommages et intérêts fondée à concurrence de 2.500 euros du fait des mauvaises conditions de travail endurées par la salariée pour la période du 20 mars au 24 août 2009.

A a relevé appel de ce jugement.

## 2) Instance d'appel

### Les conditions de travail

La Cour constate que l'initiative prise par le tribunal du travail de se rendre sur les lieux pour vérifier les conditions dans lesquelles A était tenue de travailler était nécessaire alors qu'elle a abouti pour la période allant jusqu'au 24 août 2009 au résultat suivant : « la salariée a travaillé pendant cinq mois dans un environnement très dégradé. Ces conditions étaient inacceptables, compte tenu de la durée et de l'ampleur des désagréments subis » et à la condamnation de l'employeur à lui payer des dommages intérêts de l'ordre de 2.500 euros.

Cette décision est à confirmer quant à son principe et quant au montant de 2.500 € alloué en première instance.

La Cour relève ensuite que si les juges de première instance ont constaté que son lieu de travail a été transféré depuis cette date dans un bureau aménagé au sein d'un nouvel entrepôt, force est cependant de constater que les conclusions du tribunal ne sont pas tout à fait positives puisqu'il a relevé : « que les occupants du bureau litigieux sont certes exposés à certains désagréments inhérents à l'activité de l'entrepôt qui est une activité liée à des transports par camions [...], et que le bureau devrait être ventilé sans que les occupants soient exposés aux gaz d'échappement des véhicules qui accèdent au quai de déchargement».

Or, la salariée soutient toujours que ses conditions de travail sont inacceptables alors qu'elle est justement exposée aux gaz d'échappement, aux courants d'air continuels dus à l'activité connexe de l'entrepôt dans un bureau dépourvu de fenêtre.

Selon l'article L.312-1 du code du travail : « l'employeur est obligé d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail » et aux termes de l'article L.312-2.(1) « dans le cadre de ses responsabilités, l'employeur prend les mesures nécessaires pour la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ..... », suit toutes une séries de mesures que l'employeur doit prendre pour assurer la santé des salariés et éviter les risques et les dangers pour la santé de ces derniers.

Comme il n'est pas de la compétence des juridictions de vérifier par elles-mêmes les conditions « atmosphériques » journalières auxquelles la salariée est exposée, il y a lieu avant tout autre progrès en cause, d'instituer une expertise à faire par un professionnel en la matière, afin de déterminer « si les conditions atmosphériques (pollution, gaz d'échappement, courants d'air) auxquelles A est soumise au quotidien dans son bureau sont nuisibles pour sa santé, dans l'affirmative de déterminer les moyens pour y remédier ».



### Modifications des clauses essentielles du contrat de travail

Deux périodes distinctes sont à distinguer :

- changement intervenu dans les fonctions de A en date du 20 mars 2009 :

Selon le contrat de travail de la salariée, celle-ci peut être affectée à toute tâche administrative suivant les besoins de l'entreprise. La mutation de la salariée vers un autre service administratif au sein de l'entrepôt ne constitue dès lors pas une modification défavorable du contrat de travail.

**Il paraît cependant important de relever que la clause du contrat telle que celle insérée à l'article 3 du contrat de travail de A n'autorise nullement l'employeur à faire tout et n'importe quoi des fonctions de la salariée, de modifier ces fonctions comme bon lui semble et quand il le désire ; l'employeur reste toujours tenu de respecter la fonction pour laquelle la salariée a été engagée, son statut et ses qualités, quand bien même il entend y apporter des adaptations.**

- après le 7 décembre 2009 :

En instance d'appel, l'appelante soutient ensuite que depuis le 7 décembre 2009 ses tâches ont à nouveau changé, tel qu'il résulte d'un courrier de la société C AG.

La Cour relève qu'un changement dans les fonctions d'une salariée, de même qu'une modification des conditions de travail ne peuvent intervenir qu'à l'initiative de l'employeur, qui seul a autorité sur la salariée et non, comme en l'espèce, émaner d'une société tierce qui n'est pas partie au contrat de travail.

La salariée n'est donc pas tenue de respecter cette modification intervenue par courrier d'une société inconnue en date du 7 décembre 2009 et ne devra subir aucune sanction si, à bon droit, elle ne s'y tient pas.

### L'entrave à la fonction de déléguée du personnel

A soutient cependant que l'employeur n'a pas tenu l'engagement pris devant le Tribunal du travail et n'a toujours pas mis à sa disposition ni un téléphone lui permettant de communiquer vers l'extérieur, ni une adresse e-mail professionnelle lui permettant d'envoyer des courriels, ni une connexion internet dont elle disposait cependant auparavant, de sorte que tout contact vers l'extérieur est rendu impossible par l'employeur.

La Cour constate que ces défauts sont avérés puisque l'employeur ne les conteste pas, de sorte que l'entrave à la fonction de déléguée du personnel de A est actuellement donnée.

**La Cour contraint donc l'employeur récalcitrant à procurer à A tous les moyens modernes de communication utiles à sa fonction de déléguée, soit une ligne téléphonique permettant un accès interne vers l'extérieur ainsi qu'une connexion internet et enfin une adresse e-mail professionnelle lui permettant de recevoir et d'envoyer des mail, sous peine d'une astreinte de 150 euros par jour de retard dans l'exécution.**



## Harcèlement moral

La notion de harcèlement moral n'étant pas prévue en droit du travail luxembourgeois, la jurisprudence se réfère à la définition fournie en droit communautaire<sup>2</sup>, qui considère comme constitutif d'un harcèlement moral « **tout comportement qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant** ».

Le harcèlement moral dans l'entreprise apparaît comme une conduite fautive répétée dont le caractère vexatoire, humiliant ou attentatoire à la dignité, perturbe l'exécution du contrat de travail de la personne qui en est la victime. La position hiérarchique de l'auteur du harcèlement n'exerce aucune influence sur la qualification juridique : il peut être le fait de l'employeur, d'un supérieur ou d'un collègue de travail.

La jurisprudence considère que l'obligation de l'employeur d'exécuter de bonne foi le contrat de travail résultant de l'article 1134 du code civil constitue actuellement en l'absence d'une législation spécifique en droit du travail la base légale de l'action en dommages intérêts du salarié. Cet engagement d'assurer à ses salariés des conditions de travail normales oblige l'employeur, seul détenteur du pouvoir de direction et d'organisation de l'entreprise, à prendre toutes les mesures pour prévenir ou faire cesser toute forme de harcèlement moral au sein de son équipe. Ainsi, même si l'employeur n'est pas à l'origine du harcèlement, sa responsabilité en tant que chef d'entreprise sera engagée, de sorte qu'il aura tout intérêt à prévenir et à sanctionner les agissements de harcèlement moral au travail.

**En l'espèce, les modifications successives des fonctions de A, l'entrave portée à sa fonction de déléguée du personnel, le fait d'avoir exposé la santé de la salariée pendant 5 mois à des dangers et des risques sérieux sont constitutifs d'un harcèlement moral, que le tribunal du travail a adéquatement indemnisé par l'allocation de dommages-intérêts à concurrence de 2.500 €**

---

<sup>2</sup> par la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (article 2 al. 3).



### 3. Faits reprochés au salarié dans le cadre d'un licenciement avec préavis sanctionnés par un avertissement oral – licenciement abusif car pas de faits nouveaux postérieurs

Arrêt numéro 35908 du rôle du 21 juin deux mille onze

#### Les faits:

Par requête en date du 25 novembre 2009, le salarié B a demandé la convocation de l'employeur A devant le tribunal du travail aux fins de voir déclarer abusif le licenciement avec préavis intervenu à son égard le 30 janvier 2009.

Les juges de première instance ont déclaré le licenciement abusif alors que les faits reprochés au salarié avaient tous été sanctionnés par un avertissement oral précédant le licenciement.

Sur ce l'employeur A a interjeté appel.

#### La Cour :

Il résulte d'une attestation d'un témoin que la décision de mettre un terme au contrat de travail de B n'a pas été prise hâtivement, que celui-ci a, à de nombreuses reprises, été rendu attentif au fait que son comportement, son manque d'engagement, voire son inaptitude à effectuer les tâches qui lui étaient confiées n'étaient pas acceptables pour l'employeur.

Il est de jurisprudence qu'un licenciement ne peut se baser que sur des faits qui n'ont pas déjà fait l'objet d'une sanction de la part de l'employeur. L'avertissement oral figure parmi les sanctions disciplinaires à disposition d'un employeur à l'encontre de ses salariés.

Or il résulte du propre aveu de l'employeur (voir attestation du témoin) et des pièces qu'il verse que tous les prétendus faits invoqués dans la lettre de motifs ont déjà été sanctionnés par un avertissement oral en date du 15 janvier 2009 ; qu'en effet l'employeur déclare avoir procédé à un avertissement oral vis-à-vis de B au sujet de l'ensemble des reproches formulés dans la lettre de motivation.

Il résulte de la lecture de la lettre de motivation du 27 février 2009 qu'elle se réfère clairement à un avertissement donné au salarié le 15 janvier 2009 et couvrant tous les faits qui lui sont reprochés dans cette lettre.

La lettre en question ne mentionne aucun fait précis qui se serait déroulé après la date du susdit avertissement.

Or il est de principe qu'un employeur qui, après avoir constaté un comportement fautif d'un salarié, lui fait parvenir un avertissement, ne peut invoquer ledit comportement dans le cadre d'un licenciement que s'il établit d'autres faits postérieurs à celui qui a fait l'objet de l'avertissement. L'employeur ne saurait en effet fonder un licenciement sur le seul fait de son salarié qui, en un premier stade, ne lui a pas paru d'une gravité telle que cette mesure ultime lui aurait paru utile.



Aucun fait précis nouveau n'étant allégué à l'encontre du salarié à la suite de l'avertissement du 15 janvier 2009, le licenciement est à déclarer abusif.



**4. Licenciement avec effet immédiat – caractère abusif (oui) – appel de l’employeur – désistement d’instance entre le salarié et l’employeur suite à une transaction – opposabilité de la transaction au Fonds pour l’emploi (non) – refus justifié du Fonds pour l’emploi d’accepter le désistement d’instance en ce qui concerne sa demande en remboursement des indemnités de chômage et de l’aide au réemploi dirigée contre l’employeur (oui) – demande en remboursement par le Fonds pour l’emploi non fondée**

**Arrêt de la Cour d’appel, troisième chambre sociale, du 26 mai 2011, numéro 35484 du rôle**

### Faits

B a été engagé auprès de la société A le 1<sup>er</sup> mai 1991 et fut nommé gérant le 15 mars 1996.

Le 31 janvier 2005, B a été révoqué en tant que « mandate as manager of A » par courrier. Le même jour A a confirmé la teneur du premier courrier en précisant que « your employment agreement is invalid and unenforcable. As such, your services with A are no longer required ».

Par requête du 15 mars 2005, B a fait convoquer son employeur devant le Tribunal du travail pour s’entendre indemniser pour un montant de 339.707,91 euros du chef de licenciement irrégulier et abusif.

Par jugement du 23 août 2005, le Tribunal du travail de Luxembourg s’est déclaré incompétent pour connaître de la demande de B au motif que le lien de subordination n’a pas été établi.

Par arrêt du 24 mai 2007, la Cour d’appel, réformant, a retenu qu’il y a eu contrat de travail entre A et B et que le tribunal du travail est compétent pour connaître de la demande de B. Elle a renvoyé l’affaire devant le tribunal de travail autrement composé.

Par jugement du 23 août 2009, le Tribunal du travail s’est déclaré compétent pour connaître des demandes, a déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat de B, a dit non fondées ses demandes en indemnisation du préjudice matériel subi ainsi qu’en paiement de primes de treizième mois et de certaines primes et fondées ses demandes en paiement d’une indemnité de préavis de 47.924,75 euros, d’une indemnité de départ de 22.231,04.-euros, en indemnisation du préjudice moral pour le montant de 5.000.-euros et en paiement d’une indemnité pour jours de congés non pris en 2004 et en 2005 pour le montant de 16.489,50 euros.

Il a condamné A à payer à B la somme totale de 91.645,29 euros, outre les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu’à solde.



Il a dit fondée la demande de l'Etat pour le montant de 18.768,37.-euros, outre les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde, et non fondée pour le surplus.

Par exploit d'huissier du 3 novembre 2009, A a régulièrement interjeté appel de ce jugement lui notifié le 2 octobre 2009.

### Procédure devant la Cour d'appel

La société A conclut, par réformation, à entendre dire que le deuxième courrier du 31 janvier 2005 adressé à B n'est pas à qualifier de lettre de licenciement, partant à entendre déclarer l'ensemble de la demande d'B irrecevable, sinon non fondée. Elle conclut, en ordre subsidiaire, et, au cas où le licenciement était à analyser au regard du premier courrier du 31 janvier 2005, à dire que le licenciement a été régulièrement notifié et fondé sur des motifs précis et graves.

Elle conclut encore à ce que l'Etat soit débouté de l'ensemble de sa demande. Elle demande enfin une indemnité de procédure de 3000.-euros.

B interjette appel incident du jugement et conclut, par réformation, à entendre dire fondées ses demandes pour les montants de 80.344,36.-euros du chef de préjudice matériel, de 11.115,52.-euros du chef de préjudice moral, de 7.484,014.-euros du chef de congés dus pour l'année 2005, de 27.703,83.-euros du chef de prime pour le 13<sup>e</sup> mois et de 18.858,33.-euros du chef de prime «*Short-Term Incentive Plan*». Il conclut, pour le surplus, à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 7.000.-euros.

L'Etat interjette appel incident du jugement et conclut, par réformation, à entendre dire que B a subi un préjudice matériel du chef du licenciement abusif, à entendre fixer une période de référence pour l'évaluation de ce préjudice à 12 mois, soit d'août 2005 à fin juillet 2006. Il demande, en conséquence, la condamnation de A à lui rembourser les montants supplémentaires de 6.529,50.-euros à titre d'indemnités de chômage avancées d'août 2005 à septembre 2005 et de 29.317.-euros versées à partir d'octobre 2005 à juillet 2006. En ordre subsidiaire, il y aurait lieu de condamner B au remboursement de la somme de 25.297,87.-euros.

Par lettre recommandée du 20 septembre 2010, le mandataire de A fait notifier aux mandataires de B et de l'Etat un désistement d'instance.

B accepte le désistement d'instance de A suite à une transaction conclue entre les deux.

L'Etat, en revanche, s'y oppose.

### Concernant le désistement d'instance<sup>3</sup> de A et de B et ses effets sur l'action du Fonds pour l'emploi

La Cour d'appel a retenu dans son arrêt du 24 mai 2007 qu'il y a eu contrat de travail entre A et B et que ce contrat a été résilié de même que le mandat de «*manager*», B ayant été licencié avec effet immédiat.

<sup>3</sup> Se désister d'une instance, c'est renoncer à celle-ci, donc abandonner le procès sans attendre le jugement.



Il en découle que l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2004<sup>4</sup> rendu en matière de licenciement avec préavis, invoqué par A et par B, ne saurait s'appliquer mutatis mutandi.

Au contraire, dans le cas d'un licenciement pour motif grave, comme en l'espèce, aucune indemnité n'est due en principe, mais le demandeur d'emploi peut demander au président de la juridiction du travail compétente d'autoriser l'attribution par provision de l'indemnité de chômage complet en attendant la décision judiciaire définitive du litige concernant la régularité ou le bien-fondé de son licenciement. Pour être relevé de la déchéance inscrite au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article L.521-4 du code du travail, le salarié doit, parmi d'autres conditions de recevabilité de sa demande, porter préalablement le litige concernant son licenciement devant la juridiction du travail. C'est au regard de la décision rendue sur le fond du licenciement, déclaré abusif ou justifié, que la loi organise le remboursement en faveur du Fonds pour l'emploi des indemnités par lui versées par provision, soit de la part de l'employeur, soit de la part du salarié.

Si, en vertu de ce mécanisme légal, l'Etat agit en vertu d'un droit propre et que l'instance devient obligatoire entre le salarié, l'employeur et le Fonds pour l'emploi dès la demande du salarié en attribution d'indemnités de chômage et crée une indivisibilité de fait et d'intérêt voulue entre ces mêmes parties, il n'en demeure pas moins que le litige d'un point de vue procédural reste divisible, alors que tant la demande en indemnisation du salarié que le recours du Fonds pour l'emploi tendent au paiement d'une somme d'argent, qu'il n'existe aucune solidarité entre ce dernier et l'employeur, les deux étant tenus en vertu d'obligations distinctes, et qu'il n'y aura pas de problème d'exécution conjointe de décisions, le cas échéant, distinctes.

Il se dégage également de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juillet 2010<sup>5</sup> qu'en cas de licenciement avec effet immédiat, une transaction intervenue entre l'employeur et son salarié ne met pas fin à l'instance en ce qui concerne la demande en remboursement des indemnités de chômage, payées par provision au salarié, dirigée par l'Etat contre la partie déclarée mal-fondée.

Il s'ensuit qu'en l'espèce l'Etat a un intérêt légitime pour refuser un désistement d'instance pour autant qu'il vise sa propre demande tendant au remboursement des indemnités de chômage et d'aides au réemploi versées au salarié, mais qu'il ne peut pas s'opposer au désistement d'instance valablement intervenu entre les deux autres parties.

Il résulte des développements qui précèdent qu'il y a lieu de déclarer régulier et valable le désistement par A de l'instance d'appel et accepté par B et de déclarer éteint tant l'appel principal de A que l'appel incident d'B.

La Cour n'étant, en revanche, pas dessaisie de l'appel incident de l'Etat, il y a lieu d'en examiner son bien-fondé.

<sup>4</sup> Cet arrêt a retenu que l'action en intervention de l'Etat est éteinte à défaut de condamnation de l'employeur à la suite d'une transaction entre celui-ci et l'employeur.

<sup>5</sup> La transaction n'est en effet pas nulle du fait que l'ETAT, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi pour demander le remboursement des indemnités de chômage versées par provision au travailleur, n'y a pas pris part. Elle lui est seulement inopposable (cf. Cass. No 51/10 du 15 juillet 2010).

Il résulte des développements qui précèdent que le désistement de l'instance d'appel intervenu entre les parties A et B n'affecte pas l'appel incident de l'Etat portant sur sa demande en remboursement des indemnités de chômage versées à B en août et septembre 2005 ainsi que sur les aides au réemploi lui versées à partir d'octobre 2005.

La demande réitérée en instance d'appel par l'Etat est dès lors recevable et il y a lieu de statuer sur son bien-fondé.

A l'appui de son appel incident, l'Etat fait valoir que B a subi un préjudice matériel non négligeable qui devrait être évalué à une période de référence totale de douze mois, allant du 1<sup>er</sup> août 2005 au 31 juillet 2006.

### Concernant les indemnités de chômage d'août et de septembre 2005

La demande en remboursement des indemnités de chômage perçues par B en août et septembre 2005 est basée sur l'article L.521-4 du code du travail.

La première condition d'application, c'est-à-dire le caractère abusif du licenciement, résulte d'ores et déjà du jugement de première instance.

Quant à la deuxième condition relative à la fixation de l'assiette sur laquelle portera, le cas échéant, le recours de l'Etat, force est de constater que l'abandon de ses prétentions indemnitaires par le salarié ne saurait empêcher l'évaluation des « *indemnités que l'employeur est tenu de verser en application du jugement ou de l'arrêt* » conformément à l'article L.521-4.[5] du code du travail.

En effet, dans le cadre d'un licenciement avec effet immédiat, le désistement de l'instance d'appel intervenu entre l'employeur et le salarié n'est pas opposable au Fonds pour l'emploi qui a été amené à verser des indemnités de chômage à titre provisionnel au salarié, en attendant la décision judiciaire définitive du litige concernant la régularité ou le bien-fondé du licenciement du salarié.

Il convient dès lors d'examiner si B justifie de l'existence d'un préjudice matériel pour la période à partir du 1<sup>er</sup> août 2005 en relation causale avec le caractère abusif du licenciement.

Or, il résulte que depuis mi-juillet 2005, aucun effort personnel n'a été fait par B pour trouver un nouvel emploi de sorte que l'existence d'un dommage matériel en relation causale avec le licenciement n'a pas été établie.

La demande de l'Etat en remboursement des indemnités de chômage prestées en août et septembre 2005 n'est dès lors pas fondée.

### Concernant les aides au réemploi versées à partir du 1er octobre 2005

Au soutien de sa demande, l'Etat fait valoir que, malgré l'encaissement d'une aide au réemploi mensuelle de 2.913.-euros à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2005, B éprouvait une perte sensible, disposant de moins de la moitié des revenus qu'il touchait auparavant chez A. Dès lors, l'attribution d'une période supplémentaire de dix mois, soit d'octobre 2005 à juillet 2006, serait justifiée.



Cette demande est basée sur les articles 1251-3 et 1252 du code civil.

Ainsi que l'ont retenu à bon droit les premiers juges, la subrogation définie à l'article 1251-3 du code civil s'applique au débiteur qui, bien que tenu d'une dette personnelle, fondée par une cause qui lui est propre, libère, en acquittant sa dette, un autre débiteur, tenu à un autre titre.

La demande de l'Etat, agissant ès qualités, est dès lors recevable.

Cependant, il résulte des développements qui précèdent qu'à partir du 1<sup>er</sup> août 2005, B ne justifie plus de l'existence d'un préjudice matériel en relation causale avec son licenciement. Il s'ensuit que la période à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2005 pendant laquelle l'Etat lui a attribué une aide au réemploi ne se trouve plus en relation causale avec le licenciement abusif par l'employeur.

Cette demande n'est dès lors pas non plus fondée.

Il suit des développements qui précèdent que l'appel incident de l'Etat n'est pas fondé et il y a lieu de confirmer le jugement de première instance quant à ce volet.

