Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du premier février deux mille sept.

Numéro 29738 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, conseiller,
Charles NEU, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 18 janvier 2005,

intimée sur appel incident,

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

e t :

A.) , employé privé, demeurant à B-**(…)**, **(…)**,

intimé aux fins du susdit exploit THILL,

appelant par incident,

comparant par Maître Janine BIVER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 19 septembre 2006.

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

Statuant sur une requête du 27 octobre 2003, un jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 9 décembre 2004 a déclaré abusif le licenciement de **A.)** du 22 novembre 2002, déclaré fondées sa demande en dommages et intérêts pour le montant de 20.000.- €, sa demande en paiement d'une gratification pour l'année 2002 à concurrence de 30.000.- € et condamné la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. à payer à **A.)** le montant de 50.000.- €.

A.) , engagé en qualité de fondé de pouvoir à partir du 1er avril 1994, a été licencié le 22 novembre 2002 avec un préavis de quatre mois et dispense de prestation de travail pendant le préavis.

Par courrier du 16 janvier 2003, la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. a fait parvenir à **A.)** les motifs de son licenciement qui sont les suivants :
« *Après avoir occupé le poste de responsable du département OPC du 1er janvier 1994 au 31 décembre 1997 puis de responsable du Back-Office du 1er janvier 1998 au 31 décembre 2000, vous étiez en charge depuis le 1er janvier 2001 de l'Audit et de l'Inspection en qualité d'Auditeur Général.*

Le 1er octobre 2002, vous avez été affecté au poste nouvellement créé de Compliance Officer.
Ainsi qu'il vous a été exposé durant l'entretien préalable du 21 novembre 2002, les motifs de votre licenciement se rapportent à un travail d'investigation mené par vous-même en votre qualité d'Auditeur Général avec l'aide de Monsieur ***B.)*** .

Ce travail d'investigation portait sur une série de questions de la Commission de Surveillance du secteur Financier (CSSF) sur le traitement par notre maison de transactions sur un titre coté en Bourse de Luxembourg.

Le 7 août 2002, la CSSF a informé notre Banque que certains renseignements que vous aviez fournis en qualité d'auditeur général entre le 2 mai 2001 et le 31 janvier 2002 étaient « incomplets, inexacts, et dans certains cas même faux ».

La CSSF, par sa lettre du 27 août 2002, a dès lors infligé une amende administrative de 12.500.- € à chacune des personnes agréées au sein de la Banque.

Les membres agréés, comme leurs autres collègues du Comité de Direction

ont eu et continuent à supporter, et avec eux, la Banque entière, les conséquences de ces investigations menées dans un domaine certes complexe mais qu'un Auditeur Général, de surcroît ancien responsable des Back-Office se doit de maîtriser.

*Un audit confié à la société **SOC1.)** confirme dans son rapport produit le 15 novembre 2002 l'ensemble de ces griefs.*
Cette absence avérée de maîtrise de la matière ainsi que de la méthodologie inappropriée des investigations, documentée par une amende infligée par la CSSF, nous ont conduits à vous retirer la fonction de Compliance Officer. Cette fonction implique notamment une maîtrise des aspects techniques de l'activité bancaire, une responsabilité et une indépendance accrues ainsi qu'une capacité de discernement dont les événements susmentionnés nous font désormais douter dans votre chef.

Faute de pouvoir vous réintégrer, au vu des erreurs commises, dans des fonctions d'auditeur, faute de pouvoir vous maintenir, au vu des risques existants, dans les fonctions de Compliance Officer, et faute d'autres postes correspondant à vos aptitudes, nous avons dû mettre fin au contrat d'emploi nous liant. »

Le tribunal du travail a correctement détaillé la chronologie des évènements ayant précédé le licenciement du demandeur qu'il y a lieu de reprendre telle quelle ci-après :

« Depuis le 01.01.2001, **A.)** était chargé de l'audit et de l'inspection en qualité d'auditeur interne et membre du comité de direction.

Ainsi qu'il appert d'un courrier de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF) du 07.08.2002, celle-ci était arrivée à la conclusion que la société anonyme BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG lui avait fourni des renseignements incomplets, inexacts et dans certains cas même faux en relation avec l'introduction du titre **TITRE** à la bourse de Luxembourg sur base de courriers émanant de la partie défenderesse en date des 11.06.2001, 01.08.2001, 29.10.2001 et 31.01.2002 et de deux entrevues qui ont eu lieu les 25.10.2001 et 08.01.2002.

Dans sa réponse adressée à la CSSF le 16.08.2002, la société anonyme BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG, par l'intermédiaire de son administrateur-délégué, n'a pas réfuté les reproches formulés à son égard.

Le 27.08.2002, la CSSF a réagi en infligeant à la partie défenderesse une amende d'ordre de 12.500 €.

Il appert de la pièce n°4c de la société anonyme BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG qu'à la suite de réunions tenues les 3 et 4 septembre 2002 et auxquelles ont participé parmi d'autres l'administrateur-délégué et **A.)** , que la partie défenderesse a estimé que l'amende infligée par la CSSF était justifiée au vu des informations variées et erronées qu'elle lui avait communiquées;

que l'administrateur-délégué, en tant que président du comité de direction, a admis ne pas avoir mesuré l'ampleur et les conséquences potentielles de la demande initiale de la CSSF, que des responsabilités individuelles ont été retenues dans les chefs de **A.)** et de BOD dans la façon de mener l'enquête et que des lacunes ont été observées dans la pratique du métier en ce qui concerne GED, HAR et RCK. La responsabilité collégiale du comité de direction a été retenue en ce qui concerne la formation et l'affectation du personnel et le traitement de l'information et des problèmes.

Le 30.09.2002, **A.)** a été nommé *compliance* officer avec effet au 01.10.2002. Il est précisé dans la note de service 02/08 du 30.09.2002 que :

*«Nous avons le plaisir de vous informer que **A.)** est nommé Compliance Officer avec effet au 1er octobre 2002.*
Cette fonction nouvellement créée fera par ailleurs l'objet d'une prochaine directive de la Commission de Surveillance du Secteur Financier.

Son rôle est de veiller à la déontologie de la Banque en fournissant à la Direction toutes les informations utiles à l'adéquation des décisions prises ou à prendre par rapport aux lois, réglementations et directives internes et / ou des autorités de contrôle.

Il veille également au respect par les différents départements de la ligne éthique de la Banque. Il vérifie que le personnel est bien informé et que la définition technique et commerciale des produits et services la respecte.

Cette nouvelle fonction est devenue indispensable au vu de la multiplication des règles bancaires et des contrôles existants dans un contexte légal de plus en plus contraignant. Le Compliance Officer a pour tâche de faire évoluer la Banque dans cet environnement.

Les départements d'Audit Interne et d'Inspection seront respectivement placés sous la responsabilité de Jacques Legrand et Hans R. Schütz à partir du 1 er octobre 2002.» »

Le tribunal du travail, pour déclarer le licenciement de **A.)** abusif, a motivé sa décision de la façon suivante :

« Dans le courrier énonçant les motifs de licenciement de **A.)** , la société anonyme BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG s'est basée sur un rapport établi par la s.à r.l. **SOC1.)** BUSINESS ADVISORY SERVICES, portant la date du 15.11.2002, qui confirmerait l'ensemble des griefs constatés par la CSSF ayant donné lieu dans le chef des personnes agréées de la société anonyme BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG à une amende administrative de l'ordre de 12.500 € en date du 27.08.2002.

Il appert en outre de la pièce n° 6 de la société anonyme BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG que lors de l'entretien préalable au licenciement du demandeur du 21.11.2002, Jean-François

LEIDNER a notamment opiné que *« le poste de compliance officer ne peut plus te revenir sur base des constats définitifs tirés par une entreprise extérieure, ... nous ne pouvons décemment ... décemment n'est pas le terme, confier le rôle de compliance officer à une personne impliquée dans cette enquête, ... nous sommes ici parce que nous estimons que* ***A.)*** *ne peut être compliance officer, ... vous êtes dispensé de prester votre préavis car on ne peut pas te laisser t'investir dans la fonction de compliance officer en raison de cette affaire spécifique ... »*

Il est constant en cause que la société anonyme BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG n'a reproché à **A.)** dans son courrier du 16.01.2003 aucune faute commise dans le cadre de la nouvelle fonction lui attribuée le 01.10.2002.

Sur base du document intitulé « première synthèse et analyse du dossier **TITRE** » daté du 05.09.2002, le tribunal arrive à la conclusion qu'au plus tard à cette date, soit une semaine après avoir été sanctionnée par la CSSF pour sa gestion des transactions sur le titre **TITRE** , la société anonyme BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG avait analysé et mesuré les responsabilités des différents membres du comité de direction en relation avec le traitement de l'affaire **TITRE** et qu'elle a, en date du 01.10.2002, en connaissance de cause et, après avoir attribué aux différents membres du comité de direction, dont **A.)** , leur part de responsabilité dans le traitement de l'affaire **TITRE** , pris la décision de créer un nouveau poste de confiance et de le confier au demandeur. Ayant été au fait des circonstances du traitement de l'affaire **TITRE** notamment par **A.)** au plus tard en date du 05.09.2002, le tribunal relève que la banque n'a pas éprouvé le besoin de retarder la nomination du demandeur au poste de *compliance officer* jusqu'à ce qu'elle ait entre les mains le rapport demandé le 17.09.2002 à la s.à r.l. **SOC1.)** . Par ailleurs, la partie défenderesse n'a même pas allégué une quelconque urgence ou obligation légale de procéder à une telle nomination pour le 01.10.2002.

Le tribunal constate que la partie défenderesse est dès lors malvenue d'affirmer que le rapport de la s.à r.l. **SOC1.)** du 15.11.2002 lui aurait ouvert les yeux sur l'incompétence professionnelle de **A.)** . En effet, la banque avait procédé dès le 05.09.2002 à une évaluation des faits ayant conduit à l'amende infligée par la CSSF et à la détermination de la part de responsabilité de **A.)** dans l'affaire sur le titre **TITRE** de sorte qu'elle ne saurait plus se baser sur les conclusions de la s.à r.l. **SOC1.)** comme ayant pu lui permettre de se rendre compte de l'inaptitude professionnelle de **A.)** dans son ancienne fonction d'auditeur général ce qui lui aurait permis de douter de sa capacité de remplir le poste de *compliance officer.* Le rapport du consultant externe n'a en effet rien ajouté ou retranché aux conclusions de la CSSF de la mi-août 2002 ayant conduit celle-ci à infliger une amende d'ordre à la partie défenderesse. En nommant **A.)** au poste de *compliance officer* après s'être vue infliger une amende d'ordre par la CSSF, mis à part la question s'il s'agit en l'espèce d'une «mutation neutre» d'un directeur, auditeur interne, la société anonyme BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG a témoigné au demandeur une rare confiance vu l'importance qu'elle attribuait au détenteur de ce poste en relation avec le respect de la déontologie et de la ligne éthique de la banque.
… en tenant compte que **A.)** ne s'est vu reprocher au moment de son licenciement aucun fait en relation avec l'exercice de la fonction de *compliance officer,* le tribunal constate que la société anonyme BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG était forclose à invoquer à l'appui du licenciement du 22.11.2002 des faits antérieurs au 01.10.2002. De la décision de la partie défenderesse de muter **A.)** à un poste de grande confiance et de responsabilité, prise en connaissance de cause de la sanction qui venait de la frapper de la part de la CSSF, il y a en effet lieu de déduire que la

société anonyme BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG avait pardonné en date du 01.10.2002 à **A.)** ses manquements dans le traitement de l'affaire **TITRE** . Il s'en déduit qu'elle ne pouvait pas six semaines plus tard, lors du licenciement de **A.)** , s'appuyer sur des faits parfaitement connus par elle au moment de la mutation mais qu'elle avait jugés trop bénins à cette époque pour ne pas confier à son ancien auditeur interne un nouveau poste de confiance.

Le licenciement de **A.)** n'étant donc pas fondé sur des motifs réels et sérieux liés à son aptitude ou à sa conduite, il constitue un acte socialement et économiquement anormal qui est à déclarer abusif comme étant dépourvu de justification objective et donc contraire à la loi. »

Par exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 18 janvier 2005 la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. a régulièrement relevé appel du jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 9 décembre 2004.

La BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. soutient que c'est à tort que le tribunal du travail a estimé que la banque, en nommant **A.)** au poste de *compliance officer* à partir du 1er octobre 2002 et ce après avoir pris connaissance des reproches formulés par la CSSF dans le contexte de l'enquête relative à l'affaire **TITRE** menée par **A.)** , a nécessairement pardonné à celui-ci les faits révélés à son encontre dans le cadre de cette enquête et a estimé que le rapport **SOC1.)** du 15 novembre 2002 n'a pas pu apporter d'autres éléments que ceux déjà connus dès le mois de septembre 2002, soit avant la nomination de **A.)** au poste de *compliance officer*. En argumentant ainsi, le tribunal aurait mal interprété la démarche de la banque et les différents éléments du dossier tels qu'ils se seraient présentés suite à l'amende d'ordre infligée par la CSSF et ceux découlant du rapport **SOC1.)** . Le tribunal aurait notamment omis de prendre en considération que la banque a entendu, au lieu de réagir "à chaud" face à la décision de sanction de la CSSF, se voir confirmer les différents aspects du dossier **TITRE** , y compris le déroulement de l'enquête menée par **A.)** , par un auditeur externe. Ce ne serait que lorsque le rapport **SOC1.)** a confirmé l'ensemble des griefs mis en exergue par la CSSF en relation avec l'enquête menée par l'intimé, - la lettre de motivation mentionnerait expressément cette confirmation par le rapport **SOC1.)** comme étant un des éléments de la décision de licenciement - que la banque aurait considéré qu'elle ne pouvait pas maintenir le contrat de travail avec **A.)** .

Dans les circonstances données où l'employeur a entendu approfondir sa connaissance des faits à l'égard d'un salarié, membre du comité de direction, avant de le licencier, on ne saurait parler d'un quelconque pardon patronal ou d'une quelconque tardiveté du licenciement par rapport à la prise de connaissance des faits.

La BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. fait valoir que le tribunal du travail a commis une erreur de jugement et a méconnu tant les éléments objectifs de fait que la situation subjective dans laquelle se trouvait l'employeur pendant la période d'août à novembre 2002.

La BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. fait valoir les éléments objectifs suivants :

*« - la création du poste de Compliance Officer ainsi que l'attribution du poste à **A.)** avaient été décidées au printemps 2002, sans préjudice quant à la date plus exacte;*

- ces décisions avaient été prises avant les courriers de la CSSF du mois d'août 2002;

*- après les courriers de la CSSF d'août 2002, la banque était certes au courant du fait que la CSSF relevait des contradictions au niveau des explications lui fournies, le fait que des informations fausses lui avaient été données et que le dossier **TITRE** comportait, au niveau de la gestion des titres, certaines irrégularités - ce qui amena aux amendes prononcées par la CSSF; cette connaissance de problèmes à l'égard de l'autorité c'est-à-dire en externe ne comportait toutefois pas encore, dans le chef de la banque, la connaissance complète de tous les problèmes internes qui avaient pu amener la banque dans cette situation de fausses informations et d'informations contradictoires;*

*- dans la méconnaissance de tous les problèmes internes qui avaient mené à la situation délicate à l'égard de la CSSF et afin de mettre clairement en exergue les responsabilités internes, la banque a décidé de charger une autorité extérieure de l'analyse de tout le dossier **TITRE** / CSSF;*

*- la nomination de **A.)** au poste de Compliance Officer au début de la nouvelle année sociale soit au 1er octobre 2002 correspondait à une nécessité organisationnelle de la banque.*

*Ce ne serait qu'après avoir pris connaissance du rapport **SOC1.)** du 15 novembre 2002 que la banque aurait réalisé l'ampleur de toute l'implication fautive de **A.)** , implication qui révélait l'inaptitude de **A.)** dans la gestion de dossiers délicats et qui faisait perdre à Banque **BANQUE** Luxembourg toute confiance dans son salarié **A.)** tant par rapport à la fonction de Compliance Officer que par rapport à la fonction d'Auditeur Général. »*

La partie appelante expose que les éléments subjectifs, c'est-à-dire les éléments factuels de la situation dans laquelle se trouvait la banque sur la période d'août à octobre 2002 sont les suivants:

*« - les courriers de la CSSF ainsi que le rapport de M. **C.)** du 5 septembre 2002 dénotaient qu'il y avait eu des problèmes au niveau des investigations du dossier **TITRE** ;*

***A.)** , salarié ayant une ancienneté de quelques 8 ans et une expérience bancaire solide, avait mené ces investigations;*

- l'ampleur des erreurs, imprudences voire des fautes éventuellement commises avait certes été appréciée de l'extérieur par l'autorité de contrôle CSSF, mais ces erreurs, imprudences voire fautes n'avaient pas encore été élucidées dans tous leurs tenants et aboutissants en interne;

*- fallait-il "sacrifier" sur simples constats extérieurs de la CSSF la personne qui semblait devoir assumer la responsabilité des investigations du dossier **TITRE** à l'égard de la CSSF ou fallait-il, avant tout autre progrès en cause, tenter*

d'élucider en interne comment on avait pu en arriver là;
*- la banque a opté pour cette dernière solution et a entendu charger **SOC1.)** d'une enquête interne indépendante afin de voir clarifier les responsabilités internes;*
*- en attendant ce rapport (qui ne fut déposé que le 15 novembre 2002) et qui aurait tout aussi bien pu confirmer les appréhensions face aux responsabilités de **A.)** que de les infirmer (p.ex. en révélant des aspects du dossier qui n'avaient pas encore été discutés ni en externe ni en interne et qui auraient pu jeter une autre lumière sur l'approche de **A.)**) la banque a continué à faire confiance à son Auditeur Général **A.)** qui avait fourni, sur 8 ans, de bons et loyaux services;*
*- c'est dans cette situation de doute quant à l'implication concrète de **A.)** que la banque a, face au besoin de nommer un Compliance Officer, décidé de confier, du moins de manière provisoire ce nouveau poste à **A.)** ;*
*- ce n'est qu'après avoir pris connaissance du rapport **SOC1.)** du 15 novembre 2002 que la banque a réalisé l'ampleur de toute l'implication fautive de **A.)** , implication qui révélait l'inaptitude de **A.)** dans la gestion de dossiers délicats et qui faisait perdre à Banque **BANQUE** Luxembourg toute confiance dans son salarié **A.)** tant par rapport à la fonction de Compliance Officer que par rapport à la fonction d'Auditeur Général. »*

La BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. estime que l'appréciation que la Cour devrait porter sur ce dossier est celle de savoir si la banque a commis une faute en continuant normalement la gestion de son entreprise en mettant notamment en œuvre le poste de *Compliance Officer* pour ensuite procéder au licenciement de celui-ci, une fois tous les doutes levés et la certitude de l'inaptitude de **A.)** confirmée.

Le tribunal aurait par ailleurs mal interprété le fait pour la banque de nommer **A.)** au poste de *Compliance Officer* avec effet au ler octobre 2002.

Il en découlerait que l'argumentation du tribunal devrait être rejetée; que les motifs du licenciement étant par ailleurs énoncés de manière précise et correspondant à des motifs réels et sérieux documentés par les pièces versées en cause, il y aurait lieu, par réformation du jugement de première instance, de déclarer régulier et justifié le licenciement, de débouter **A.)** de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour licenciement abusif et de relever la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. de toute condamnation intervenue à son égard du chef du licenciement prétendument abusif.

A.) demande la confirmation du jugement en ce qu'il a déclaré abusif son licenciement du 22 novembre 2002.

Il estime qu'il y avait pardon social de la part de l'employeur, sinon que sa prétendue faute avait été sanctionnée par sa nomination au poste de *compliance officer.*

Il conviendrait de relever le fait que les membres de la direction avaient été au courant de tout ce qui s'était passé dès le mois d'octobre 2001, mais au plus tard lors de la sanction infligée par la CSSF et du rapport de Monsieur **C.)** du 5 septembre 2002. La nomination comme *Compliance Officer* serait intervenue après que les amendes aient été infligées le 27 août 2002 et à cela s'ajouterait encore le texte de l'annonce qui fut faite à tout le personnel de la Banque dans laquelle elle soulignerait l'importance et le caractère indispensable de cette nouvelle fonction.

Il y aurait dès lors eu indubitablement pardon social ainsi que cela a été admis par les premiers juges.

A la lecture de la lettre du 16 janvier 2003 par laquelle la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. a fait parvenir à **A.)** les motifs de son licenciement, la Cour estime que c'est à juste titre que le tribunal du travail a dit que **A.)** ne s'est vu reprocher au moment de son licenciement aucun fait en relation avec l'exercice de la fonction de *compliance officer,* mais des faits antérieurs au 1er octobre 2002 ayant trait à des manquements de la part de **A.)** dans le traitement de l'affaire **TITRE** .

Il s'avère utile, pour bien situer le cadre dans lequel les manquements reprochés à **A.)** sont survenus, de reproduire les « relations de la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. avec la société **TITRE** » tels que décrits à la page 6 du rapport **SOC1.)** , section II : Résutats détaillés :
*« **TITRE** est une société financière ayant pour objectif la prise de participations minoritaires dans des sociétés. Selon les informations fournies par la Banque, **TITRE** détient également des participations minoritaires dans le capital de la Banque **BANQUE** Luxembourg S.A. et de sa maison-mère Banque **BANQUE** S.A., Bruxelles.*

*Selon les informations fournies par la Banque les deux principaux actionnaires de **TITRE** , détenant une majorité du capital directement et indirectement via des sociétés, sont des clients bien connus de la Banque. L'un de ces clients est par ailleurs membre du Conseil d'Administration de la Banque. En 2001, il était également actionnaire minoritaire dans **BANQUE**, **(…)**, S.A., filiale de la Banque.*

*Dans ce contexte, la Banque a participé, en tant qu'agent de placement et de cotation, à l'introduction en Bourse de Luxembourg du titre **TITRE** le 28 décembre 2000. A compter de cette date, la Banque, et certaines de ses filiales, ont effectué des transactions sur le titre **TITRE** , tant pour leur compte propre que pour le compte de leurs clients et de leurs employés.*

*En février 2001, afin de restructurer sa dette à court terme et d'augmenter ses moyens financiers, **TITRE** décidait de lancer un emprunt obligataire convertible.*

La Banque se chargeait alors de la préparation de cette émission : rédaction du prospectus, présentation des projets de prospectus à la Bourse de Luxembourg et à la CSSF. »

Tout d'abord, afin de cristalliser les éléments des manquements reprochés à **A.)** , la Cour souligne que le rapport **SOC1.)** du 15 novembre 2002, dans la section I : Résumé des Conclusions retient ce qui suit :
« Sur base des procédures d'investigations convenues détaillées ci-dessus, nous avons relevé différents manquements, dont certains ont été identifiés et détaillés par la CSSF dans la lettre du 7 août 2002. Plus particulièrement, nos travaux nous ont permis de relever les points suivants
- Les procédures du Front-office traitant des transactions hors bourse n'étaient pas formellement consignées par écrit dans un manuel de procédures et par conséquent pas respectées constamment par les opérateurs;
Les procédures du Front-office traitant des transactions sur actions ne mentionnaient pas les spécificités relatives aux traitements des transactions sur la Bourse de Luxembourg, notamment l'utilisation de la plate-forme « SAM » et la gestion des accès autorisés au système ;
- Les procédures du Back-office traitant des opérations titres passées en Bourse de Luxembourg, bien qu'elles aient été respectées par les opérateurs, comprenaient certaines indications incorrectes;
- Les procédures de contrôle interne existantes ne traitaient pas de certains points précis de la réglementation locale ;
- Certaines informations relatives aux transactions sur titres, fournies au Back office par la Salle des Marchés étaient incomplètes ou incorrectes (pas de distinction entre les transactions en bourse et hors-bourse);
- L'état des transactions sur titres établi par la Banque et qui nous a été remis pour analyse et vérification comprenait de nombreuses erreurs;
- Nous n'avons pas obtenu de politique écrite de la Banque et approuvée par les organes compétents, concernant les positions propres que la Banque acceptait de prendre sur le titre ***TITRE*** *. »*

En ce qui concerne la valeur du rapport **SOC1.)** , leurs rédacteurs ont voulu préciser :

« Nous voulons attirer l'attention sur le fait que les procédures d'investigations convenues ont strictement été basées sur les documents et informations mis à disposition par les membres du Comité de Direction et le personnel de la Banque en poste, au moment de nos investigations. Une partie de nos investigations a été effectuée sur base d'un échantillon. La pertinence et la suffisance des procédures d'investigations sont sous la responsabilité de la Banque. Si nous avions procédé à d'autres analyses ou à des investigations supplémentaires, nous aurions pu trouver d'autres éléments nous amenant à formuler nos conclusions différemment que dans le présent document. »

La Cour constate que dans le rapport **SOC1.)** des manquements en ce qui concerne les procédures d'investigations internes ont été constatés.

Ainsi il convient de lire :
- page 13, *« Les procédures d'investigations internes menées par la Banque depuis le mois de mai 2001 n'ont pas fait l'objet d'une formalisation et d'une centralisation adéquate. »,*
- page 16, *« Les rôles et responsabilités au sein de la Direction relatifs aux investigations menées et à la communication avec les autorités n'étaient pas clairement et formellement définis.*
En effet, sur base des informations que nous avons pu recueillir, le Comité de Direction n'a jamais assigné formellement une personne responsable de la conduite centralisée des investigations et de leur reporting à ce même Comité de Direction. En outre, les différents courriers envoyés à la CSSF ont été signés par différents membres de la Banque ou de son Comité de Direction, rendant les messages transmis peu cohérents et parfois contradictoires.
Les diverses réponses et informations transmises successivement à la CSSF ont manqué de revues critiques de qualité nécessaires généralement appliquées dans ce type de requêtes, pour permettre une analyse et une communication fouillée, cohérente, rationnelle et consistante des informations données.
A ce titre, il ressort que les investigations ont été conduites de manière quasi indépendante par Messieurs B. ***B.)*** *et C.* ***A.)*** *, à la demande de l'Administrateur Délégué, Monsieur* ***C.)*** *de* (…).
Ces investigations ont été menées auprès de certains employés de la Salle des Marchés sans que les réponses reçues n'aient été soumises au contrôle préalable du responsable hiérarchique de ces employés, ou du membre de la Direction en charge de l'activité. »

Il résulte cependant de l'examen dans son ensemble du rapport **SOC1.)** qu'il y a eu des manquements à tous les niveaux de la Banque ayant conduit à la situation que la CSSF a été rendue attentive au titre **TITRE** et a finalement infligé une amende d'ordre à la banque.

Dans ce contexte, c'est à juste titre que les juges de première instance ont constaté que les faits reprochés à **A.)** avaient été jugés « trop bénins » à cette époque par la banque pour ne pas confier à son ancien auditeur interne un nouveau poste de confiance.

Il résulte de courriers émanant de la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. des 11 juin 2001, 1er août 2001, 29 octobre 2001 et 31 janvier 2002 et de deux entrevues qui ont eu lieu les 25 octobre 2001 et 8 janvier 2002 que les problèmes avec la CSSF ont commencé dès juin 2001.

Il résulte d'un courrier de la CSSF du 07 août 2002 adressé à la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. que cette dernière avait fourni « des renseignements incomplets, inexacts et dans certains cas même faux » en relation avec l'introduction du titre **TITRE** à la Bourse de Luxembourg.

Au plus tard le 5 septembre 2002, les juges de première instance le relèvent à juste titre, dans le document intitulé « première synthèse et analyse du dossier **TITRE** » portant la même date, établi une semaine après avoir été sanctionnée par la CSSF pour sa gestion des transactions sur le titre **TITRE** , la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. avait analysé et mesuré les responsabilités des différents membres du comité de direction en relation avec le traitement de l'affaire **TITRE** .

Presque un mois après, le 1er octobre 2002, après avoir attribué aux différents membres du comité de direction, dont **A.)** , leur part de responsabilité dans le traitement de l'affaire **TITRE** , la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. a pris la décision de créer un nouveau poste de confiance et de le confier à **A.)** . Ce poste a été qualifié par les termes employés comme un poste d'importance, indispensable au fonctionnement de la banque dans une note de service 02/08 du 30 septembre 2002.

Les éléments subjectifs et objectifs énumérés par la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. et repris ci-avant, ne sont pas de nature à ébranler la thèse du pardon social.

Il en est de même du rapport **SOC1.)** qui a dans une large mesure confirmé ce qui était déjà connu dès le 5 septembre 2002.

C'est dès lors à juste titre que le tribunal du travail, dans son jugement du 9 décembre 2004, a décidé qu'au moment où **A.)** a été nommé *compliance officer,* la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. lui avait pardonné ses manquements, et il convient de confirmer ce jugement en ce qu'il a dit le licenciement du 22 novembre 2002 abusif.

Quant aux dommages et intérêts pour préjudice matériel, la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. considère que la période de référence de six mois après l'expiration du délai de préavis de quatre mois retenue par les juges de première instance est exagérée. Il y aurait lieu, ce que le tribunal aurait refusé de faire, de tenir compte de l'indemnité de licenciement bénévole équivalente à quelques deux mois de salaire, soit 14.160.- €, accordée à **A.)** . Il conviendrait encore de relever que l'employeur a payé à **A.)** un « outplacement » avec RIGHT CONSULTANT correspondant à 14.348,68.- € qui aurait contribué à diminuer le dommage subi par le salarié. En considération de ces éléments, l'intimé n'aurait subi aucun dommage matériel en relation causale directe avec le licenciement et aurait même été indemnisé au-delà du préjudice matériel.

En ce qui concerne les dommages et intérêts pour préjudice matériel, **A.)** demande la confirmation du premier jugement.

Il est constant en cause que **A.)** a bénéficié d'un préavis de quatre mois avec dispense de travail. Il a en outre bénéficié d'une « prime équivalente à deux mois de salaire en sus de l'indemnité de départ légale » tel que cela résulte d'une lettre de la partie appelante du 22 novembre 2002, paiement qui n'a pas été contesté par l'intimé. **A.)** a finalement bénéficié d'un « outplacement » avec RIGHT CONSULTANT correspondant à 14.348,68.- €, fait non contesté non plus.

Il résulte de ces éléments que le préjudice matériel est réparé à suffisance de droit par l'indemnité compensatoire de préavis, le paiement de la prime de deux mois de salaire et la mesure de « outplacement », de sorte que l'intimé n'a pas subi de préjudice matériel. En conséquence, par réformation du jugement déféré, **A.)** est à débouter de ce chef de sa demande.

Quant au dommage moral, la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. estime que le montant de 5.000.- € alloué en première instance est exagéré et devrait être réduit à de plus justes proportions.

A.) relève régulièrement appel incident en ce qui concerne les dommages et intérêts alloués à titre de préjudice moral et réclame à ce titre en instance d'appel le montant de 20.000.- €.

Eu égard aux éléments de la cause, la Cour fixe ex aequo et bono les dommages et intérêts pour préjudice matériel à 3.000.- € en réformant le jugement entrepris sur ce point.

Quant à la gratification réclamée par l'intimé, la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. estime que le tribunal du travail a alloué à tort à l'intimé une gratification de 30 000 €. Il serait de principe que la gratification est une libéralité laissée à l'appréciation de l'employeur et elle ne pourrait devenir un droit acquis si ce caractère de droit acquis est exclu par un écrit entre parties, comme en l'espèce par le contrat de travail qui stipule : *« A ce moment s'ajoutera la gratification qui sera éventuellement décidée par la Direction générale de la Banque »*. À côté de cet argument tiré des dispositions contractuelles excluant expressément de droit acquis il conviendrait de relever que d'après la jurisprudence, une gratification-libéralité de l'employeur ne deviendrait un droit acquis et une partie intégrante de la rémunération que pour autant que la gratification remplit cumulativement les critères de fixité, de généralité et de constance, caractères qui feraient manifestement défaut en l'espèce. La banque aurait à chaque fois fait usage de son droit discrétionnaire d'allouer une gratification et d'en fixer le montant qui aurait varié d'année en année, de sorte que **A.)** n'aurait pas pu se méprendre sur le caractère bénévole et discrétionnaire de la gratification.

A.) demande la confirmation du premier jugement en ce qui concerne le montant de 30.000.- € alloué par les juges de première instance à titre de gratification, étant donné que dès le début des relations de travail il y avait eu paiement régulier d'une gratification et que ce paiement est devenu non seulement un usage constant, mais faisait partie pour les cadres supérieurs de leur rémunération.

Le tribunal du travail a dit à juste titre que : *« En l'espèce, il appert des pièces soumises au tribunal que la société anonyme BANQUE* ***BANQUE*** *LUXEMBOURG a payé au cours des sept dernières années de manière constante une gratification à* ***A.)*** *, membre de son comité de direction depuis 2001.*

Etant donné qu'il n'a pas été contesté qu'au moins tous les membres du comité de direction ont touché au cours des années précitées des gratifications, le paiement de la gratification présente un caractère général au moins pour cette catégorie de salariés.

En ce qui concerne le mode de calcul de la gratification, il appert qu'il est basé sur un nombre multiplicateur du traitement mensuel. Ce facteur multiplicateur est de 5,08 en prenant la moyenne des trois dernières années. Il conviendrait donc de fixer la gratification pour 2002 à 5,08 x 7.490,09 = 38.049,66 €. »

La partie appelante conteste le caractère de fixité de la gratification du fait qu'il faudrait recourir pour en fixer le montant à « une moyenne d'un taux multiplicateur ».

Du moment que le mode de calcul de la gratification est établi ou déterminable, ce qui est le cas en l'espèce, le caractère de fixité est donné.

Même en tenant compte des sept années pendant lesquelles **A.)** était au service de la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. et pendant lesquels il y a eu paiement d'une gratification, on arrive à un facteur multiplicateur de 4,26 et à une gratification de 31.907.- €.

Le jugement de première instance est en conséquence à confirmer en ce qu'il a dit que : « *Etant donné que* ***A.)*** *a limité sa demande à 30.000 €, il y a lieu de faire droit à sa demande pour le montant réclamé. »*

La BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. demande de débouter **A.)** de l'indemnité de procédure de 2.500.- € allouée en première instance.

C'est à juste titre, étant donné que **A.)** a dû payer les frais et honoraires d'un avocat pour agir et défendre ses droits en justice, que les juges de première instance lui ont alloué une indemnité de procédure. Le jugement entrepris est par

conséquent à confirmer sur ce point.

L'appelante réclame en instance d'appel une indemnité de procédure de 2.500.- € sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Cette demande est à déclarer non fondée, la partie appelante ne justifiant pas en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais par elle exposés non compris dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident ;

dit l'appel incident non fondé et en déboute ;

dit l'appel principal partiellement fondé ;

réformant :

dit la demande de **A.)** en paiement de dommages et intérêts pour préjudice matériel non fondée et en déboute ;

réduit la condamnation de première instance en paiement de dommages et intérêts pour préjudice moral à 3.000.- €, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde ;

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

rejette la demande de la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A. basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour un tiers à **A.)**

et pour deux tiers à la BANQUE **BANQUE** LUXEMBOURG S.A., avec distraction au profit de Maîtres Janine BIVER et Louis BERNS sur leur affirmation de droit.