Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du onze mars deux mille dix.

Numéro 33715 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Charles NEU, premier conseiller,
Ria LUTZ, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A 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 Frank SCHAAL de Luxembourg du 8 mai 2008,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Marco NOSBUSCH, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) B, employée privée, demeurant à L-(…),

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL,

appelante par incident,

comparant par Maître Sabrina MARTIN, avocat à la Cour à Luxembourg,

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

intimé aux fins du susdit exploit SCHAAL,

comparant par Maître Pierre BERMES, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 10 novembre 2009.

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

Par requête déposée auprès du tribunal du travail de Luxembourg le 16 novembre 2004, B, au service de la société anonyme A depuis le 1er février 1999 en tant que « responsable comptabilité » critiqua d'abusif le licenciement avec préavis et dispense de travail lui notifié le 30 juillet 2004 par son employeur et réclama les montants indemnitaires plus amplement détaillés dans la prédite requête.

Suite à la demande des motifs du 11 août 2004, l'employeur les communiqua à la salariée par courrier du 9 septembre 2004, motifs au nombre de 7 indiqués sur 5 pages et qui ont tous, à l'exclusion d'un motif, trait à l'incompétence professionnelle de la salariée.

L'employeur lui reprocha en effet :

- d'avoir accusé un retard de trois mois dans le paiement des factures fournisseurs du mois de mars 2003,
- d'avoir occasionné une amende de 77,7 euros pour le paiement tardif de la taxe annuelle de cabaretage de l'année 2003,
- d'avoir tardivement comptabilisé les factures fournisseurs émises jusqu'au 31 octobre 2003,
- d'avoir fait de fausses déclarations sur le déroulement des opérations électorales qui ont eu lieu auprès de la société A en novembre 2003 à l'Inspection du Travail et des Mines,
- d'avoir fait des erreurs dans la comptabilisation des salaires et dans le paiement des impôts et des cotisations pour l'exercice 2000,
- de ne pas avoir procédé au clearing d'un compte durant la période allant du mois d'août au mois de décembre 2003,

- d'avoir commis toute une série de fautes comptables qui auraient été retenues dans le rapport du réviseur d'entreprise ayant effectué le contrôle des comptes de la société A dans le cadre de la révision de ses comptes annuels au 31 décembre 2003, à savoir « l'absence de suivi des balances âgées des comptes clients et fournisseurs, des différences importantes entre les montants de TVA déclarés et comptabilisés, des différences dans la réconciliation des soldes des comptes bancaires, ainsi que des irrégularités dans la réconciliation du compte " Fonds en route " avec les montants crédités par la banque. »

La salariée critiqua en première instance tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs invoqués pour conclure au caractère abusif du congédiement.

Elle présenta encore oralement une demande en paiement de dommages-intérêts pour harcèlement moral de la part de son supérieur hiérarchique, le sieur C.

Par jugement du 18 mars 2008 le tribunal du travail a rejeté deux des sept reproches pour être imprécis et, après avoir analysé la réalité de chacun des reproches faits à la salariée par rapport aux pièces versées, déclaré le licenciement prononcé par la S.A. A à l'encontre de B en date du 29 juillet 2004 abusif, déclaré non fondée la demande de B en réparation du préjudice matériel qu'elle aurait subi du fait de son licenciement abusif et déclaré fondée et justifiée sa demande en réparation du préjudice moral pour le montant de 20.000 €, partant condamné la S.A. A à payer à B le prédit montant avec les intérêts légaux, a déclaré irrecevable la demande de B en condamnation de la S.A. A à lui payer la somme de 5.000 € à titre de dommages et intérêts du chef de harcèlement moral et déclaré le jugement commun à l'ETAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

La société A a régulièrement relevé appel du prédit jugement par l'huissier de justice Franck SCHAAL de Luxembourg du 8 mai 2008.

L'appelante demande à la Cour de réformer le jugement entrepris et de dire que le licenciement est régulier, partant de la décharger de toute condamnation prononcée à son encontre.

Elle reproche en fait au tribunal du travail d'avoir reconnu la réalité des 4 reproches faits à la salarié sur base des pièces versées, pour finalement conclure au caractère abusif du licenciement alors que la réalité du 5ième reproche n'avait pas été prouvée ; elle critique encore le jugement déféré en ce qu'il ne l'a pas admise à rapporter la preuve du dernier grief gisant à la base du licenciement par témoins ; elle reproche finalement aux juges de première instance d'avoir, en fixant le préjudice moral subi par B à 20.000 euros, surévalué ce dernier, de sorte qu'il y aurait lieu de le ramener à de plus justes proportions.

Elle conteste tout préjudice tant moral que matériel dans le chef de la salariée.

Elle formule à titre subsidiaire l'offre de preuve par témoins de la teneur suivante :

« 1) Que suite à la fermeture du Restaurant F fin 2002, sans préjudice quant à la date exacte, la charge de travail de B a subi une réduction considérable de l'ordre de 40 %.
2) Qu'à compter de novembre 2003, suite au départ de Madame D en date du 14 septembre 2003, le Service Comptabilité de D S.A. a sous-traité directement une importante partie du travail de B (aveu Farde IV, pièce n° 8 de Maître MARTIN), plus particulièrement :
- la comptabilisation des factures d'achat de marchandises et de prestations de service,
- la gestion comptable des comptes sur la taxe de la valeur ajoutée,
- les négociations avec les instituts financiers,
- la gestion des flux financiers et des comptes bancaires,
- le paiement des salaires, sécurité sociale et impôts sur salaires,
- les déclarations d'impôts sur le revenu, la fortune, etc. …,
- la déclaration de l'intrastat,
- les déclarations requises émanant de Statec.
3) Que lors d'un contrôle effectué par l'Administration des Contributions auprès d'A S.A. durant le deuxième semestre de l'année 2004, sans préjudice quant à la date exacte, une quantité impressionnante d'erreurs a été découverte concernant les opérations de comptabilisation des salaires et le paiement des impôts de l'exercice 2000, dont B était chargée.
B :

- s'était trompée la plupart des mois dans les virements et avait payé plus d'impôts qu'il n'en était dû,
- avait confondu les calculs et le recalcul,
- s'était basée sur les balances au lieu d'enregistrer les journaux comptables,
- avait oublié à trois reprises (avril, novembre et décembre 2000) de virer les paiement non-périodiques,
- avait fait des virements à la Caisse de Maladie alors que les montants étaient dus à l'assurance accident de travail.

4) Que le contrôle réalisé dans le cadre de la révision des comptes annulés d'A S.A. au 31 décembre 2003, par le réviseur d'entreprise de la société G fin février 2004, sans préjudice quant à la date exacte, a encore révélé l'incompétence professionnelle de B de manière flagrante :
- absence de suivi des balances âgées des comptes clients et fournisseurs de sorte que les comptes présentaient des différences non apurées dont l'antériorité remontait à quelques années,
- des différences importantes entre les montants de TVA déclarées et celles comptabilisées étaient apparues lors de la clôture 2002. Il avait alors été recommandé à B de trouver la nature des différences. Or, à la clôture 2003, il

persistait cependant toujours une différence de plusieurs dizaines de milliers d'Euros et le réviseur d'entreprise ne pouvait que réitérer sa recommandation pour l'exercice suivant,
- des différences ont été constatées dans la réconciliation des soldes des comptes bancaires,
- des irrégularités dans la réconciliation du compte « Fonds en route » avec les montants crédités par la banque ont été constatées. Une partie du solde du 31 décembre 2003 concernait des écritures de 2003 qui auraient déjà dû être régularisées au courant de l'année en cours. L'absence d'un rapprochement systématique des montants crédités par la banque avec les montants transférés sur la compte « Fonds de route » a entraîné des risques comptables au niveau de la classification et de la spécification des exercices. »

A titre subsidiaire elle demande l'institution d'une expertise comptable avec la mission de constater les faits tels que libellés précédemment.

L'intimée analyse le bien- fondé des différents reproches lui faits et conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a dit le licenciement abusif et lui a alloué 20.000 euros pour le préjudice moral subi.

Elle relève **appel incident** et demande à la Cour de retenir que les 4 reproches que le tribunal du travail a estimé être avérés sur base des pièces du dossier ne le sont pas, de dire que son préjudice matériel est fondé pour la somme de 24.749,72 euros sur base d'une période de référence de 12 mois ; finalement, concernant la demande en dommages et intérêts de 5.000 euros pour harcèlement moral, de dire qu'il s'agit d'une demande additionnelle et non nouvelle, partant de la dire recevable.

Dans le cadre de sa demande en dommages et intérêts pour harcèlement moral, l'intimée a formulé une offre de preuve en ce sens.

I. RECEVABILITE DE LA DEMANDE EN DOMMAGES ET INTERETS POUR HARCELEMENT MORAL

Le tribunal du travail a retenu, qu'en sollicitant, en cours d'instance, la condamnation de son ancien employeur à lui payer des dommages et intérêts pour harcèlement moral, la salariée présentait une demande différente de celle formulée dans sa requête introductive d'instance de par son objet et de par sa cause, de sorte qu'elle constitue une demande nouvelle qui devait en tant que telle être déclarée irrecevable.

L'intimée considère cependant qu'il s'agirait non pas d'une demande nouvelle mais d'une demande additionnelle parfaitement recevable et demande en conséquence à la Cour, dans le cadre de son appel incident, de réformer le jugement entrepris sur ce point.

D'après l'article 53 du nouveau code de procédure civile si l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties et notamment pour le demandeur par l'acte introductif d'instance, cet objet peut être modifié par des demandes additionnelles lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un « lien suffisant ».

C'est le principe de l'immutabilité de la demande qui entraîne qu'on ne peut pas, au cours du procès, introduire n'importe quelle demande additionnelle. En fait, la recevabilité des demandes additionnelles en première instance est liée à deux considérations : éviter que l'instance s'éternise par des modifications abusives du litige tel que présenté originairement, et, à l'inverse, éviter d'obliger les parties à entamer un autre procès sur une question non en rapport avec la première. Ce sont ces deux préoccupations qui gouvernent l'admissibilité des demandes additionnelles en conditionnant la notion d'immutabilité de la demande.

Or, en l'espèce, la demande de la salariée modifie l'instance principale et introduit un nouveau litige différent du premier qui a trait exclusivement à la validité de son licenciement, de sorte qu'elle n'a aucun rapport, aucun « lien suffisant » avec la demande initiale et aboutit non plus à un élargissement de l'instance déjà engagée, mais à un nouveau procès.

Il suit des considérations qui précèdent que c'est à bon droit que les juges de première instance ont qualifié la demande de la salariée de demande nouvelle et l'ont déclarée irrecevable, de sorte qu'il a y a lieu de confirmer le jugement sur ce point.

II. QUANT AU LICENCIEMENT

L'appelante reproche aux juges de première instance, qui ont procédé à la classification des motifs contenus dans la lettre de motivation en 5 reproches et qui ont procédé à l'analyse reproche par reproche, des arguments avancés par l'employeur, d'être arrivés à la conclusion, après avoir constaté que la réalité de 4 reproches avait été prouvée, que le congédiement était abusif au motif que le dernier manquement n'avait pas été prouvé par l'employeur ; l'appelante considère que le tribunal n'a pas, respectivement pas suffisamment motivé sa décision qui devrait partant être réformée.

A cet égard, il convient de relever que le tribunal du travail a analysé de façon exhaustive et minutieuse les différents reproches faits à la salariée dans la lettre de motivation par rapport aux pièces versées aux débats ; cependant, le raisonnement fait par le tribunal du travail pour arriver au résultat critiqué par l'appelante est incomplet, en ce sens qu'il a omis de faire état dans la logique de son raisonnement juridique d'un principe jurisprudentiel bien précis, ce qui lui aurait par ailleurs évité de devoir procéder à l'analyse fastidieuse de tous les reproches faits à la salariée.

La Cour constate que le tribunal a classé à juste titre toutes les fautes reprochées à la salariée dans la lettre de motivation de 5 pages en 5 reproches ; qu'il a encore, a bon escient, relevé que parmi ces 5 reproches les 3 premiers avaient chacun séparément fait l'objet d'un avertissement écrit de la part de l'employeur.

Dans cette hypothèse le tribunal aurait dû appliquer le principe selon lequel un même fait ne peut plus ultérieurement motiver un licenciement s'il a déjà fait l'objet d'un avertissement, sauf si le salarié a commis depuis le dernier avertissement une nouvelle faute, auquel cas l'employeur peut invoquer en complément de ce nouveau grief, un grief antérieur déjà sanctionné par un avertissement, et partant il aurait pu se contenter d'analyser, dans le cas d'espèce, la réalité et le sérieux des deux motifs restants.

- concernant le reproche fait à la salariée d'avoir fait de fausses déclarations sur le déroulement des opérations électorales qui ont eu lieu auprès de l'appelante en novembre 2003 auprès de l'Inspection du Travail et des Mines, il convient de rappeler que tout salarié est en droit, selon le règlement Grand-Ducal du 21 septembre 1979 concernant les opérations électorales pour la désignation des délégués du personnel, de contester la régularité des opérations électorales ainsi que le résultat de ces élections ; que le fait que les contestations émises à cet égard par la salariée n'ont pas été retenues comme fondées par les autorités compétentes en la matière ne rend pas immédiatement et de ce seul fait l'action intentée par la salariée fautive ni ne signifie, ipso facto, que la salariée ait agi dans le but de nuire à son employeur ; admettre le contraire reviendrait en fait à freiner l'exercice de ce droit par les salariés du seul fait que les salariés concernés ne peuvent se prévaloir dès l'ingrès de la certitude de leurs contestations.

Il suit des considérations qui précèdent et à défaut pour l'employeur d'avoir prouvé que la salariée a agi de façon délibérée dans le but de lui nuire, que ce grief ne peut être retenu comme suffisamment sérieux pour justifier un licenciement, ce d'autant plus que le résultat de l'action intentée par la salariée s'est, en fin de compte, révélé positif pour l'appelante, sa réputation n'ayant pas été ternie mais au contraire, à ce niveau, blanchie.

Le jugement est partant à réformer sur ce point

- concernant le dernier grief fait à la salariée, la Cour fait sienne la motivation des juges de première instance en ce qu'il ont rejeté l'offre de preuve par témoins formulée par l'employeur au motif que ce dernier aurait dû en rapporter la preuve par pièces.

En effet, il est improbable que suite aux deux contrôles réalisés dans le cadre de la révision des comptes de la société employeuse par la société G ainsi que par l'Administration des Contributions, un nombre impressionnant de fautes commises par la salariée dans la comptabilité aient été découvertes sans que l'employeur ne se constitue des preuves écrites à cet égard, respectivement sans que ces organes de contrôle ne laissent des traces écrites de leurs découvertes.

Il s'ensuit que le jugement est à confirmer sur ce point.

Partant la réalité et le sérieux des nouveaux griefs laissant d'être prouvés, ils ne sont plus de nature à faire revivre les griefs ayant fait l'objet des 3 avertissements ; en effet, l'employeur ne saurait fonder un licenciement sur des faits qui, en un premier temps, ne lui ont pas paru d'une gravité telle que cette mesure ultime lui ait paru utile, de sorte qu'il est superfétatoire d'analyser la réalité et le sérieux des griefs gisant à la base des avertissements.

Il suit des considérations qui précèdent que le jugement est à confirmer, certes pour d'autres motifs, en ce qu'il a déclaré le licenciement de B abusif.

<u>Les montants indemnitaires</u>

Par adoption des motifs du tribunal du travail, sa décision est également à confirmer quant à l'évaluation du préjudice matériel ; c'est en effet à bon droit qu'il a constaté qu'après son licenciement, la salariée était pratiquement en permanence malade jusqu'en janvier 2005 et ne pouvait de ce fait pas travailler pendant toute cette période, de sorte qu'il y a eu rupture du lien de causalité entre le licenciement et l'éventuel préjudice allégué et que le préjudice matériel n'était partant pas fondé.

Concernant le préjudice moral le tribunal du travail a, à bon escient, relevé que le préjudice moral en l'espèce devait être fixé en fonction non seulement de l'âge avancé de la salariée, mais également de la durée de la relation de travail et finalement des circonstances et du climat de travail malsain dans lesquels le licenciement s'est opéré ; il a cependant évalué de façon excessive le montant de ce préjudice qu'il y a lieu de réduire à un montant plus adéquat de 7.500 €.

Demande de l'ETAT

L'ETAT qui ne figurait pas, mais à tort, dans les qualités du jugement de première instance, a lancé une requête devant le tribunal du travail, en rectification du prédit jugement et a obtenu par jugement du tribunal du travail du 2 décembre 2008 la rectification demandée, de sorte qu'il a renoncé en instance d'appel à son appel incident formé par conclusions du 18 juillet 2008, ce dernier étant devenu sans objet.

L'ETAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi conclut principalement et quant à l'appel principal à voir confirmer le jugement quant à la qualification du licenciement et quant à l'absence de préjudice matériel dans le chef de B.

Eu égard à l'issue du litige quant à la régularité du licenciement et à l'absence de préjudice matériel, il y a lieu de déclarer l'arrêt commun à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile

L'intimée réclame une indemnité de procédure de 1.000 euros tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

L'intimée s'étant vu allouer une indemnité de procédure en première instance, sa demande actuelle est à rejeter.

Au vu de l'issue de l'appel, il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge de B les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, de sorte que sa demande est à rejeter.

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 fondé en partie,

Réformant :

Réduit le préjudice moral subi par B à la somme de 7.500 €,

Condamne A S.A. à payer à B le montant de 7.500 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

Confirme, bien que pour d'autres motifs, le jugement déféré pour le surplus,

Déclare le présent arrêt commun à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi,

Rejette les demandes de B basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

Condamne chacune des parties à la moitié des frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Sabrina MARTIN et de Maître Marco NOSBUSCH qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.