Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du trois juin deux mille dix.

Numéro 34967 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 Carlos CALVO de Luxembourg du 5 juin 2009,

comparant par Maître Anne FERRY, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit CALVO,

comparant par Maître Romain ADAM, 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 CALVO,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 23 mars 2010.

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

Par requête déposée auprès du tribunal du travail de Diekirch le 26 juin 2008, B, au service de A SA depuis le 17 août 1976 (30 ans), critiqua d'abusif le licenciement avec effet immédiat lui notifié par son employeur en date du 30 mai 2008 et réclama les montants indemnitaires plus amplement détaillés dans la prédite requête.

L'employeur reprocha 3 fautes à son salarié :

- celle d'avoir, contrairement aux ordres reçus et aux procédures applicables, envoyé en date du 17 mars 2008 un courrier engageant la Banque pour une convention de crédit à hauteur de 230.000 euros en faisant, à tort, état d'un accord du Comité des crédits qui faisait manifestement défaut,

- une absence de rigueur professionnelle dans la manière dont il gérait d'autres dossiers en sa fonction de conseiller clientèle et expert en agence, plus précisément celui du client X sàrl de Diekirch en avril 2007,

- celle d'avoir écopé par le passé dans le cadre des évaluations annuelles de trois notes C, attestant un niveau d'insatisfaction considérable en matière d'encadrement du personnel de l'agence de Diekirch dont il était en charge par le passé, ce qui a eu pour suite qu'il a été « démis » de sa fonction de gérant d'agence dès septembre 2007.

Par un jugement du 19 décembre 2008, le tribunal du travail a, avant tout autre progrès en cause, ordonné une comparution personnelle des parties.

Suite à cette comparution des parties, le tribunal du travail a, par jugement du 24 avril 2009, déclaré le licenciement avec effet immédiat pour fautes graves non conforme à la loi, partant abusif ; il a par contre estimé que certains des faits invoqués par l'employeur à la base du licenciement seraient, à les supposer établis, susceptibles de motiver valablement un licenciement avec préavis et a partant ordonné des enquêtes.

Pour conclure au caractère abusif du licenciement, les juges de première instance ont retenu que deux des trois motifs invoqués par l'employeur ne répondaient pas au critère légal de précision et que le seul motif précis retenu avait été découvert par la Banque au-delà du délai d'un mois prévu par l'article L.124-10.(6) du code du travail, c'est-à-dire dans un délai antérieur à un mois de la date d'envoi de la lettre de licenciement.

De ce jugement, A a régulièrement interjeté appel par acte de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 5 juin 2009.

L'appelante demande à la Cour de réformer le prédit jugement, de constater que les juges de première instance ont fait une erreur de droit en précisant que le délai d'un mois prévu par l'article L.124-10.(6) ne souffre pas d'exception dans l'hypothèse où l'employeur est tenu de faire un entretien préalable et finalement de dire que les motifs gisant à la base du licenciement sont suffisamment précis et résultent d'ores et déjà des deux attestations judiciaires versées en cause ; subsidiairement, l'appelante formule une offre de preuve aux fins d'établir la réalité des motifs gisant à la base du congédiement et demande de renvoyer l'affaire devant les juges de première instance pour procéder aux enquêtes.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré le licenciement pour faute grave abusif ; en ordre subsidiaire il a formulé une offre de preuve par témoins aux fins d'établir sa version des faits et il s'est finalement expressément réservé le droit de relever ultérieurement appel de la décision du 24 avril 2009 en ce qu'elle a estimé que certains des faits invoqués seraient, le cas échéant, susceptibles de motiver un licenciement avec préavis et a de ce fait ordonné des enquêtes.

I) <u>délai d'invocation d'un mois prévu par l'article L 124-10.(6) du code du travail</u>

Le tribunal a considéré que *le point de référence à prendre en considération pour le calcul du délai d'un mois est la date d'envoi de la lettre de licenciement, soit le 30 mai 2008 , alors que la loi ne prévoit aucune exception pour les employeurs soumis au régime de l'entretien préalable, de sorte que les faits servant de motifs à un licenciement pour faute grave doivent avoir été découverts par l'employeur à une date postérieure au 30 avril 2008 , ce qui n'est pas le cas en l'espèce, et il a déclaré le licenciement abusif comme n'étant pas conforme à la loi .*

L'appelante considère que les juges de première instance ont fait une erreur de droit en précisant que le délai d'un mois prévu par l'article L.124-10.(6) ne souffre pas d'exception dans l'hypothèse où l'employeur est tenu de faire un entretien préalable.

Elle précise avoir découvert la faute commise par B le 21 avril 2008, lorsque la lettre du salarié du 17 mars 2008 adressée aux clients fut découverte dans le dossier de B, en vacances, suite à une demande d'information du notaire chargé du dossier, de sorte qu'à partir de cette date elle avait un mois pour engager la procédure de l'entretien préalable ce qu'elle a fait en convoquant le salarié par courrier du 20 mai 2008 à l'entretien préalable qui devait se tenir le 26 mai 2008 ; que le licenciement ne serait dès lors pas abusif et le jugement devrait être réformé en ce sens.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement sur ce point, ce d'autant plus qu'il affirme que la banque connaissait la faute depuis le 17 mars 2008 et non depuis le 21 avril 2008 , soit depuis plus d'un mois avant le licenciement.

C'est à juste titre que le tribunal a relevé qu'aux termes de l'article L.124-10.(6) du code du travail « *Le ou les faits ou fautes susceptibles de justifier une résiliation pour motif grave ne peuvent être invoqués au-delà d'un délai d'un mois à compter du jour où la partie qui l'invoque en a eu connaissance, à moins que ce fait n'ait donné lieu dans le mois à l'exercice de poursuites pénales.*

Le délai prévu à l'alinéa qui précède n'est pas applicable lorsqu'une partie invoque un fait ou une faute antérieure à l'appui d'un nouveau fait ou d'une nouvelle faute. »

Les juges de première instance ont cependant omis d'appliquer au cas d'espèce l'alinéa 3 du point (6) qui dispose clairement « *dans le cas où il y a lieu à application de la procédure prévue à l'article L. 124-2,(procédure de l'entretien préalable),celle-ci doit être entamée dans le délai fixé à l'alinéa 1er du présent paragraphe* », soit dans le délai d'un mois.

Il suit des considérations qui précèdent que l'employeur qui, en l'espèce, était tenu de procéder à un entretien préalable au licenciement, devait entamer cette procédure dans le délai d'un mois à compter du jour où il a eu connaissance du motif grave de licenciement.

Il résulte des attestations testimoniales versées en cause que la Banque a eu connaissance du courrier de B du 17 mars 2008, seulement en date du 21 avril 2008, de sorte qu'en entamant par le courrier de convocation à l'entretien préalable du 20 mai 2008 la procédure de l'entretien préalable, l'employeur a pleinement satisfait aux exigences légales.

Etant donné que le texte de loi n'indique pas si la procédure de l'entretien préalable doit non seulement être entamée mais encore être achevée pendant le délai d'un mois, il y a lieu de considérer que la Banque a respecté ses obligations légales, de sorte que le licenciement est à cet égard conforme à la loi et il y a lieu de réformer le jugement sur ce point.

II) <u>quant au licenciement</u>

L'appelante soutient que les 3 motifs invoqués à la base du licenciement répondraient aux exigences de précision requises par la loi et la jurisprudence, de sorte que le jugement serait à réformer en ce sens ; elle estime encore que la réalité et la gravité des faits résulteraient à suffisance de droit des attestations versées en cause.

Par adoption des motifs du tribunal du travail qui a correctement appliqué les critères jurisprudentiels en la matière, sa décision est à confirmer en ce qu'elle a retenu que seul le motif relatif au crédit accordé à la famille C était précis.

L'employeur reproche à B d'avoir, contrairement aux ordres reçus et aux procédures applicables, envoyé, en date du 17 mars 2008, un courrier engageant la Banque pour une convention de crédit à hauteur de 230.000 euros en faisant, à tort, état d'un accord du comité des crédits qui faisait manifestement défaut.

Si la réalité du prédit motif résulte d'ores et déjà tant des pièces que des renseignements et des attestations testimoniales versées, la gravité de cette faute n'a par contre pas été rapportée par l'employeur.

Il y a lieu de rappeler que constitue un motif grave, tout fait et toute faute qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintient des relations de travail par le fait qu'il compromet définitivement la confiance réciproque indispensable entre l'employeur et le salarié.

Il appartient à l'employeur de prouver que le comportement du salarié rend impossible la continuation immédiate des relations contractuelles et aux juridictions du travail d'apprécier la gravité des fautes commises par rapport au degré d'instruction du salarié, ses antécédents professionnels, sa situation sociale et en général de tous les éléments pouvant influer sur sa responsabilité.

En l'espèce, la Cour constate, sur base du récit des faits repris par les juges de première instance dans le jugement du 24 avril 2009, suite à la comparution des parties, et sur base des deux attestations versées en cause, que ce qui est réellement reproché à B c'est d'avoir omis de respecter la procédure écrite imposée par l'employeur en cas de demande de prêt.

Il n'a en réalité pas consenti un prêt qui avait été refusé par la Banque ; il a en fait consenti un prêt provisoirement refusé par la Banque, cependant après avoir, certes non pas par écrit mais seulement oralement, pris contact avec un responsable du service crédits aux fins d'obtenir les nouvelles conditions d'obtention du crédit et après s'être entretenu avec les clients qui ont donnée leur accord aux nouvelles conditions de la banque ; B n'a dès lors pas agi à la légère mais s'est assuré des garanties suffisantes qui d'ailleurs ont été respectées par la suite puisque le crédit à été exécuté de part et d'autre comme prévu.

Il s'ensuit que ce fait unique de désobéissance aux instructions écrites de l'employeur, sans dommage pour la Banque, n'est pas de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail, surtout si ce fait unique à été commis par un employé dont l'ancienneté de service est de 30 années.

Il suit des considérations qui précèdent que le licenciement avec effet immédiat de B est à déclarer abusif, mais pour d'autres motifs que ceux retenus par le tribunal du travail.

Pour être complet, il convient de relever que le raisonnement fait par le tribunal du travail après être arrivé à cette conclusion, raisonnement consistant dans la requalification du licenciement avec effet immédiat prononcé par l'employeur en licenciement avec préavis, est erroné.

En effet ce raisonnement ne tient pas compte de deux principes importants du droit du travail qui sont les suivants :

- le principe selon lequel le chef d'entreprise, qui est maître de l'organisation et de la réorganisation de son entreprise, est en principe seul juge des dispositions qu'il lui appartient de prendre en tant que chef responsable du bon fonctionnement de

son entreprise. A ce titre, il a la possibilité de prendre des mesures qui atteignent les salariés dans leur emploi et de procéder à des licenciements individuels de salariés.
C'est partant à l'employeur et à lui seul qu'incombe la décision de licencier et de la forme qu'il entend donner à cette résiliation du contrat de travail, et les juges n'ont pas le pouvoir de s'immiscer dans ces prérogatives.

- le principe selon lequel le licenciement, acte unilatéral et indépendant de la volonté du destinataire du licenciement, est réalisé et sort ses effets au moment où l'auteur a définitivement manifesté sa volonté de rompre, cette manifestation étant donnée définitivement et irrévocablement par la mise à la poste de la lettre de licenciement.
Le licenciement confère à son destinataire un droit acquis à la rupture du contrat avec toutes les conséquences susceptibles d'en découler; dès lors l'employeur qui résilie le contrat d'emploi, ne peut plus revenir sur sa décision de rupture, ni la convertir en un autre mode de dissolution ou résiliation.

Il s'ensuit que si l'employeur a décidé comme en l'espèce de licencier B avec effet immédiat, les juridictions du travail ne sont pas autorisées à le convertir en licenciement avec préavis.

Le jugement est également à réformer sur ce point.

II) <u>Quant aux montants</u>

B réclame les montants suivants:

- une indemnité de préavis correspondant à 6 mois de salaire	38.431,92 €
- une indemnité de départ correspondant à 12 mois de salaire	76.863,84 €
- des dommages et intérêts pour le dommage matériel subi	100.000,00 €
- des dommages et intérêts pour le dommage moral subi	25.000,00 €
- un prorata du 13e mois (11/12)	5.871,54 €

Eu égard au caractère abusif du licenciement et à l'ancienneté de service de 30 années de B, les demandes relatives au préavis et à l'indemnité de départ sont fondées en principe.

L'appelante conteste que l'avantage en nature concédé à B à savoir l'usage d'une voiture de service à des fins fiscales, soit à prendre en considération dans le calcul des montants indemnitaires, de sorte que la Banque estime qu'il faudrait prendre comme base de calcul le salaire de base, à savoir un montant de 5.971,19 euros, et non la somme de 6.405,32 euros réclamée par le salarié.

Il a été décidé à d'itératives reprises que l'indemnité de préavis doit correspondre au salaire, traitement, indemnités et autres avantages auxquels le salarié aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail ; il faut entendre par salaire, la rétribution globale de l'employé, comprenant, en dehors du taux en numéraire, les autres avantages et rétributions accessoires éventuels, tels que notamment les gratifications, tantièmes, remises, primes, logement gratuits, allocations de route et autre avantages quelconques de même nature.

La voiture de fonction figure sur les fiches de salaire de B au titre d'accessoire du salaire, de sorte que le montant à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de préavis et de départ est celui avancé par le salarié et les demandes afférentes sont justifiées pour les montants réclamés de ce chef.

L'appelante conteste encore la réalité des préjudices matériel et moral invoqués par le salarié et prétend que B aurait retrouvé un nouvel emploi le 1er septembre 2008.

Il appert d'une pièce versée que B a retrouvé un emploi le 1er septembre 2008, soit 3 mois après son licenciement, de sorte que compte tenu de l'indemnité de préavis de 6 mois et de l'indemnité de départ de 12 mois lui allouées, du fait qu'il a touché les indemnités de chômage encore jusqu'au mois de décembre 2008, la Cour estime que le préjudice matériel allégué par ce dernier a été suffisamment et adéquatement réparé par les indemnités précitées.

Le préjudice moral peut quant à lui être évalué compte tenu des circonstances de la présente affaire à 5.000 euros.

Quant au prorata du 13ième mois (11/12) d'un montant de 5.871,54 euros, l'intimé estime qu'il s'agit également d'une partie du salaire, qui reste due alors que l'employeur, en procédant de façon abusive et injustifiée à un licenciement pour faute grave, a privé le salarié de cette partie de son salaire puisque par définition, s'il avait été licencié avec préavis, le salarié aurait touché pendant ce préavis non seulement son salaire mensuel brut avec tous les avantages, mais également le prorata de son treizième mois.

L'appelante conteste ce montant tant dans son principe que dans son montant.

Pour elle c'est le licenciement qui a mis fin au contrat de travail, de sorte qu'un prorata de treizième mois pour la période de préavis ne se conçoit pas dans ce contexte ; le paiement du préavis interviendra donc sous forme d'indemnité de préavis mais n'a pas vocation à prolonger les relations de travail.

Il résulte du décompte de rémunération de mai 2008 que B s'est vu allouer le prorata du treizième mois pour la période de cinq mois à hauteur de 2.447,21 €, de

sorte que l'employeur reconnaît par ce paiement que le treizième mois est dû au salarié.

Comme l'indemnité de préavis doit comprendre outre le salaire également les avantages auxquels le salarié aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail, la demande de B est encore justifiée pour les six mois de préavis, soit pour un montant de 5.871,54 – 2.447,21 = 3.424,33 €.

III) Quant à la demande de l'ETAT

L'ETAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi réclame le remboursement de la somme de 23.974,24 euros avancée à B au titre d'indemnités de chômage pour la période de juin 2008 à décembre 2008 de la part du salarié ou de la part de l'employeur.

Il y a lieu conformément à l'article L.521-4.(5) du code du travail et eu égard au caractère abusif du licenciement de condamner l'employeur à rembourser au Fonds pour l'emploi les indemnités de chômage par lui versées au salarié pour la ou les périodes couvertes par les salaires, traitements ou indemnités que l'employeur est tenu de verser en application du jugement ou de l'arrêt, dès lors en l'espèce les six mois de préavis, soit 23.107,69 €.

Le montant des indemnités de chômage que l'employeur est condamné à rembourser au Fonds pour l'emploi est porté en déduction des salaires, traitements ou indemnités que l'employeur est condamné à verser au salarié en application du jugement ou de l'arrêt, de sorte que l'indemnité de préavis que l'employeur est tenu de verser au salarié s'élèvera à 38.431,92 – 23.107,69 = 15.324,23 €.

IV) Demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile

B réclame une fois une indemnité de procédure de 2.000 euros et une fois de 2.500 euros.

N'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais déboursés par lui et non compris dans les dépens, 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,

Déclare l'appel recevable ;

Le dit fondé ;

Réformant :

Dit que le licenciement avec effet immédiat du 30 mai 2008 est abusif ;

Dit que les demandes indemnitaires de B sont fondées en partie ;

Partant condamne la Banque A SA à payer à B la somme de 15.324,23 euros (6 mois de préavis – indemnités de chômage) plus 76.863,84 euros (12 mois indemnités de départ) plus 5.000 euros (préjudice moral) plus 3.424,33 euros (prorata du 13e mois sur 6 mois), soit au total 100.612,40 €, avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande jusqu'à solde ;

Dit la demande pour le préjudice matériel non fondée et en déboute ;

Dit la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, fondée pour le montant de 23.107,69 €,

Partant condamne la Banque A SA à rembourser à l'ETAT la somme de 23.107,69 € brut avec les intérêts légaux,

Confirme le jugement pour le surplus,

Rejette la demande de B basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

Condamne la Banque A SA aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de Maître Georges PIERRET, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.