Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du sept avril deux mille onze.

Numéros 35507 et 35651 du rôle

Présents:

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

I.

E n t r e :

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,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 25 novembre 2009,

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

e t :

1) A, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

appelant par incident,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour à Luxembourg,

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

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Pascal PEUVREL, avocat à la Cour à Luxembourg.

II.

E n t r e :

la société anonyme B 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 suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 24 décembre 2009,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Pascal PEUVREL, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) A, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

appelant par incident,

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 HOFFMANN,

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 novembre 2010.

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

Par requête du 12 mars 2008 A critiqua d'abusif le licenciement avec préavis lui notifié par son employeur la société à responsabilité limitée B SARL actuellement B SA au service de laquelle il travaillait en qualité de « business development manager » (commercial) depuis le 5 août 2002 et réclama les montants indemnitaires détaillés dans la prédite requête ainsi que les bonus pour les années 2004 à 2008 d'un montant total de 190.416,66 euros et des arriérés de frais pour les mois de novembre à décembre 2007 et de janvier à février 2008 de 5.432 euros.

A fut engagé par la sàrl B. En janvier 2007, la société C et la société B ont fusionné au Luxembourg donnant naissance à la société B SA, actuel employeur de A (ci-après en abrégé B).

Les faits reprochés au salarié par l'employeur ont trait aux objectifs fixés et non réalisés par ce dernier, à l'auto-publicité faite par lui, à ses activités parallèles et finalement à ses absences continues du lieu de travail.

A contesta tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs invoqués pour conclure au caractère abusif du licenciement.

Par un jugement du 22 octobre 2009. le tribunal du travail a écarté un grand nombre de pièces versées par Maître PEUVREL, dit que le licenciement avec préavis est abusif, partant déclaré les prétentions du salarié du chef du préjudice matériel fondées à concurrence de 15.116,60 euros, celle relative au préjudice moral fondée dans son intégralité, celle relative aux bonus pour les années 2004 et 2005 prescrites et celles pour les années 2006 à 2008 non fondées, de même que la demande relative au remboursement des frais, et a condamné la société B à lui payer de ces chefs la somme de 30.116,60 euros avec les intérêts tels que de droit ; le tribunal du travail a finalement déclaré l'offre de preuve de B sàrl non pertinente et l'a rejetée et déclaré le jugement commun à l'ETAT.

De ce jugement, l'ETAT DU GRAND- DUCHÉ DE LUXEMBOURG pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi a régulièrement relevé appel par acte de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN du 25 novembre 2009 et B par acte d'huissier du 24 décembre 2009

L'ETAT demande la réformation du jugement du 22 octobre 2009 en ce qu'il n'a pas fait droit à sa demande, partant il demande de condamner la partie intimée sub 2 au remboursement du montant de 16.225,13 euros avec les intérêts tels que de droit et se réserve tous les droits à l'égard de la partie intimée sub1.

B conclut à la jonction des deux appels.

Au fond, l'appelante demande à ce que les courriers électroniques versés à titre de pièces soient pris en considération, partant de dire, par réformation, la demande du salarié non fondée ainsi que celle de l'ETAT; elle conteste encore toutes les demandes tant dans leur principe que dans leur montant, plus spécialement, elle conteste redevoir des bonus au salarié au motif que cette demande serait tout d'abord prescrite, qu'elle serait ensuite la contrepartie des objectifs fixés au salarié et jamais atteints par lui, que finalement, aucune rémunération variable n'avait été convenue entre parties pour les années 2007 et 2008; quant au remboursement des frais, elle soulève l'exception du libellé obscur de la demande afférente, sinon, elle conclut à la confirmation du jugement a quo sur ce point.

L'appelante réitère encore son offre de preuve par témoins formulée en première instance.

L'intimé conclut quant à lui à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré le licenciement abusif et en ce qu'il lui a alloué des dommages et intérêts pour les préjudices matériel et moral subis.

Il relève appel incident et conclut à se voir allouer à titre d'arriérés de salaire un montant de 90.416,66 euros du chef des bonus réclamés en première instance ainsi que le remboursement des frais d'un montant de 5.432 euros.

Dans le but d'assurer une bonne administration de la justice, il a y a lieu de joindre les appels du 25 novembre 2009 et du 24 décembre 2009 pour y statuer par un seul et même arrêt.

APPEL DE L'ETAT

Il résulte du jugement entrepris que la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, qui était présent en première instance et qui figurait dans les qualités du jugement comme partie au litige, n'a pas été toisée ; que le tribunal du travail s'est contenté de déclarer le jugement commun à l'ETAT, de sorte que le jugement est à réformer à cet égard.

Il échet partant de donner acte à l'ETAT qu'il réclame le remboursement de la part de l'employeur d'un montant de 16.225,13 euros avec les intérêts tels que de droit en raison des indemnités de chômage versées au salarié.

APPEL DE B

A) Quant au rejet des courriers électroniques versés par l'employeur

Pour écarter des débats les courriers électroniques litigieux, le tribunal du travail a, à bon droit, considéré, en application de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, « que les courriels concernant une personne identifiée sont à considérer comme données à caractère personnel. Le fait d'enregistrer ces données de manière non occasionnelle et d'en déterminer le comportement du salarié est à qualifier de surveillance au sens de l'article 2.(p) de la même loi. Le traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance sur le lieu de travail ne peut être mis en œuvre que conformément à la loi précitée et à l'article 261-1 du code du travail. »

Il a encore décidé qu'en l'espèce, les courriels du salarié ont été surveillés de façon systématique pendant la période du 9 février au 18 décembre 2006, en dehors des cas prévu à l'article 261-1 du code du travail, de sorte qu'il y a lieu d'écarter des débats les pièces 7 à 33 et 34 à 102 de la farde de pièces n° 2 de Maître Pascal PEUVREL.

La Cour relève qu'il est de principe que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de sa vie privée qui implique en particulier le secret de la correspondance dont font partie les courriers électroniques reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail.

Le secret des correspondances visé à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'applique dès lors également aux technologies nouvelles de transmission de la correspondance, peu importe l'endroit à partir duquel le courrier électronique est envoyé et réceptionné, de sorte que l'employeur ne peut prendre une connaissance concrète et exacte du contenu des courriers électroniques protégés par le secret de la correspondance.

L'appelante conteste formellement avoir eu connaissance des courriers électroniques de son employé à partir de données enregistrées et sauvegardées électroniquement dans le système de traitement automatique des données de l'employeur, mais de l'ordinateur portable professionnel de A que ce dernier a dû restituer lors de son départ de la société, de sorte qu'elle conteste avoir surveillé son salarié au sens de la loi modifiée du 2 août 2002 respectivement de s'être approprié

ces données de façon déloyale ; finalement, elle conteste qu'il s'agisse de données personnelles, soutenant qu'il s'agirait de données professionnelles concernant les activités connexes lucratives menées par A dans le cadre de son travail.

La Cour relève que s'il n'est pas avéré à l'abri de tout doute que l'employeur a surveillé les données électroniques de son salarié par le biais de son ordinateur portable professionnel et à son insu, donc obtenu ces données de façon déloyale, il n'en reste pas moins que ces données, même si elles ne sont pas privées au sens strict du terme comme concernant la vie privée de A, elles le sont aussi dès lors qu'elles ne concernent ni sa vie privée ni son activité professionnelle pour la société B, mais ses activités professionnelles connexes.

Le salarié les ayant identifiées comme personnelles, l'employeur n'est pas autorisé à s'en prévaloir sans l'autorisation du salarié.

Le jugement entrepris doit partant être confirmé en ce qu'il a écarté des débats les courriers électroniques.

B) Quant à la précision de la lettre de motivation

Par adoption des motifs du tribunal du travail, sa décision est à confirmer en ce qu'elle a retenu que la motivation répondait au degré de précision requis par la loi et la jurisprudence.

C) Quant à la réalité et au sérieux des motifs invoqués

Deux motifs prépondérants se dégagent de la lettre de motivation, à savoir le motif tenant à l'inefficacité du salarié sur un plan professionnel, inefficacité que l'employeur explique par le fait que le salarié s'adonnait à d'autres activités que celle relatives à sa profession pendant les heures de travail et pour lesquelles il a été payé de façon conséquente, ensuite par le fait qu'il s'absentait très souvent du bureau pour ces activités connexes contraires à la clause d'exclusivité stipulée par le contrat de travail.
Les autres motifs tels le fait qu'il se soit approprié un titre qu'il n'avait pas, respectivement qu'il ait détourné la communication de l'entreprise dans son propre intérêt ne sont que secondaires.

Si c'est à bon droit que le tribunal du travail a rappelé que « *le contrat de travail met à charge du salarié une obligation de faire, celle de prester pour le compte de l'employeur l'activité manuelle ou intellectuelle stipulée. Il s'agit d'une obligation de moyens qui comporte pour le salarié, non de parvenir à un résultat déterminé mais d'y appliquer ses soins et ses capacités. Le fait de ne pas atteindre un objectif*

fixé par l'employeur et accepté par le salarié, ne constitue pas en soi un motif de licenciement. A ces fins l'employeur doit prouver que la non-réalisation de l'objectif assigné est imputable aux obligations de diligence et de soin du salarié, » force est de constater qu'un employeur doit pouvoir procéder au licenciement individuel d'un salarié qui s'avère être incapable de réaliser la tâche pour laquelle il a été engagé, respectivement qui, sur une certaine période, ne fait aucun rendement, à la condition d'établir l'insuffisance professionnelle reprochée au salarié par des faits précis et sur une certaine durée.

C'est précisément ce que la société employeuse tente de faire dans son offre de preuve par témoins.

La Cour relève cependant que la réalité et le sérieux des motifs invoqués peuvent être toisés sur base des pièces versées qui sont suffisantes pour asseoir une décision définitive, certes différente de celle prise par le tribunal du travail.

En effet, quelque soit le contenu des courriers électroniques litigieux, privés ou autre, il y a lieu de relever que le fait que le salarié en demande le rejet, confirme implicitement les doutes de l'employeur sur leur caractère strictement professionnel et demontre également par leur nombre que A passait une grande partie de son temps à des activités non professionnelles sur son ordinateur professionnel.

Si les courriers électroniques avaient concerné l'activité professionnelle de A au sein de la société B, il n'aurait eu aucun problème à les produire pour sa décharge ; finalement, les autres pièces versées en cause démontrent que le salarié s'adonnait à des activités parallèles, en violation du contrat de travail.

Il suit des considérations qui précèdent que c'est à tort que le tribunal du travail a décidé que le fait pour A de s'adonner pendant les heures de travail à des activités connexes ne constituait pas un motif suffisant de licenciement.

Le licenciement prononcé contre A doit, par réformation, être déclaré régulier et les demandes indemnitaires formulées par le salarié rejetées pour ne pas être fondées.

Quant au bonus et aux frais réclamés par le salarié, la Cour confirme, par adoption des motifs du tribunal du travail, qui a sainement appliqué les textes de loi ainsi que les dispositions contractuelles en la matière, la décision de rejet de ces deux demandes.

Eu égard au résultat de l'affaire, au fait que le licenciement avec préavis a été déclaré régulier, la demande de l'ETAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi est à rejeter pour ne pas être fondée.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

N'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens, les demandes respectives des parties sont 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,

Ordonne la jonction des appels du 29 novembre et du 24 décembre 2009 pour y statuer par un seul et même arrêt ;

Déclare les appels principaux de l'ETAT et de B S.A. ainsi que l'appel incident de A recevables ;

Dit les appels principaux de l'ETAT et de B S.A. partiellement fondés ;

Dit l'appel incident non fondé et en déboute ;

Réformant :

Dit que le licenciement prononcé contre A est régulier ;

Déclare les demandes de A en réparation des préjudices matériel et moral non fondées ;

Décharge la société B S.A. des condamnations intervenues de ces chefs à son encontre en première instance ;

Confirme le jugement pour le surplus ;

Dit la demande de l'ETAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi non fondée et la rejette ;

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

Condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Pascal PEUVREL, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.