Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-huit juin deux mille douze.

Numéro 36371 du rôle

Présents:

Charles NEU, premier conseiller, président,
Ria LUTZ, conseiller,
Brigitte KONZ, 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 Pierre BIEL de Luxembourg du 22 juillet 2010,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

appelant par incident,

comparant par Maître Sylvie KREICHER, 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 BIEL,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 7 février 2012.

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

Par requête déposée au greffe de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette le 18 septembre 2009 B a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme A SA, ci-après la société A SA, devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette aux fins de l'entendre condamner au paiement des montants suivants :

- salaire août 2009 :	5.218,54 €
- indemnité de préavis :	20.874,16 €
- préjudice moral :	5.218,54 €
- préjudice matériel :	31.311,24 €
- indemnité de procédure :	1.500,00 €.

Aux termes de sa requête B conclut en outre à la condamnation de son ancien employeur à la remise du certificat de travail, du solde de tous comptes, de l'attestation patronale et de la fiche de retenue d'impôts.

Suivant le dernier état de ses conclusions orales, B a déclaré renoncer à la demande tendant au paiement du salaire du mois d'août 2009, ainsi qu'à sa demande tendant à la remise des documents réclamés.

B a été aux services de la société A SA depuis le 15 août 2003 comme ingénieur système et réseaux.

Par courrier recommandé du 20 août 2009 il a résilié avec effet immédiat le contrat de travail pour manquement persistant de l'employeur de payer ponctuellement les salaires et pour modification substantielle du contrat de travail sans respecter la

procédure prévue à l'article L.121.7 du Code du travail. Le requérant y a précisé que ses salaires avaient été à des nombreuses reprises payés en retard jusqu'au 5e jour du mois suivant le mois de travail et qu'au mois de juillet 2009 l'employeur a diminué unilatéralement sans rime ni raison son salaire brut de 15 %.

Se basant sur les dispositions de l'article L.124-10 du code du travail, B a requis la condamnation de la société A SA, dont la faute aurait occasionné la résiliation immédiate du contrat de travail, au paiement d'une indemnité de préavis de quatre mois de salaire et de dommages-intérêts.

La société anonyme A SA a contesté l'existence d'une faute grave dans son chef pour justifier la démission du requérant en faisant valoir que sur une période de deux ans précédant la démission de B elle aurait régulièrement versé le salaire au début du mois suivant le mois de travail et que B n'aurait pas protesté contre cette façon de procéder. En ce qui concerne le retard de paiement du salaire du mois de juillet, elle a fait valoir qu'il a été dû à des circonstances particulières exceptionnelles et a formulé une offre de preuve dont les termes sont repris dans le jugement entrepris.

A titre subsidiaire, la société A SA a contesté les montants réclamés en relevant que B n'aurait fait aucune démarche pour limiter son préjudice. Elle a nié également redevoir le paiement d'une indemnité de préavis laquelle ne serait pas due au salarié en cas de démission et elle a demandé encore acte qu'elle se réserverait le droit de réclamer à son ancien salarié des dommages-intérêts pour actes de concurrence déloyale.

Elle a demandé à titre reconventionnel la condamnation de B au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Le mandataire de l'ETAT a demandé acte que sa partie n'a pour l'instant, et en attendant l'issue du litige, pas de revendications à faire valoir, le paiement des indemnités de chômage ayant été refusé en l'absence de décision judiciaire sur le caractère justifié de sa démission.

Par jugement du 15 juin 2010**,** le tribunal de travail a déclaré la démission de B avec effet immédiat pour faute grave patronale justifiée ; la demande tendant au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis non fondée ;la demande en paiement de dommages-intérêts pour préjudice moral fondée pour le montant de 2.000 € ;et a condamné la société A SA à payer à B de ce chef la somme de 2.000 € (deux mille euros), avec les intérêts légaux à partir du 18 septembre 2009, jour de la demande en justice jusqu'à solde ; a déclaré la demande en paiement de dommages-intérêts pour préjudice matériel fondée en principe ; a fixé à six mois la période de référence à prendre en considération pour la détermination du préjudice matériel ; a sursis à statuer sur la demande tendant à la liquidation du préjudice matériel en

attendant la décision de l'ETAT, a rejeté la demande de la société A SA en paiement d'une indemnité de procédure ; a réservé la demande de B basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et condamné la société A SA au frais de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal s'est référé aux termes de l'article L.222-1 du Code du travail pour retenir que les retards de paiement des salaires invoqués par le requérant dans la lettre de démission ne sont pas contestés, en tant que tels, par la société A SA et que ce manquement à son obligation principale d'employeur, à savoir le paiement ponctuel du salaire constitue dans le chef la société A SA une faute grave rendant immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail et justifiant par conséquent la démission sans préavis pour motif grave et que même si les retards seraient en partie à qualifier de retards légers, ils constituent une inexécution des obligations de l'employeur.

Par ailleurs, les difficultés financières de l'employeur ne sauraient en aucun cas lui servir d'excuse en cas de résiliation du contrat de travail par le salarié pour non-paiement ponctuel du salaire.

Compte tenu de l'âge du requérant, né en 1969, et de la situation sur le marché de l'emploi, le tribunal a estimé qu'une période de six mois aurait dû lui suffire pour retrouver un nouvel emploi équivalent à condition de faire de sérieux efforts dans cette recherche et a fixé le préjudice moral en tenant compte de son ancienneté et des circonstances de la démission à 2000 €.

Le tribunal a sursis à statuer quant à la demande en indemnisation du préjudice matériel, en attendant la décision de l'ETAT quant à la décision définitive des indemnités de chômage à verser le cas échéant au requérant ainsi que quant à l'indemnité de procédure.

Par acte d'appel du 20 juillet 2010**,** la société A SA a régulièrement interjeté appel contre ce jugement et demande par réformation du jugement entrepris de déclarer la démission du salarié irrégulière.

Elle conteste notamment le sérieux des motifs de démission invoqués notamment le paiement tardif des salaires ainsi que la réduction des salaires et expose que le salarié aurait orchestré son départ de l'entreprise en raison du fait qu'il aurait créé une entreprise concurrentielle. Il aurait tenté de débaucher certains de ses salariés ainsi que la clientèle et continuerait de calomnier et de discriminer l'appelante, manquant ainsi à son obligation de loyauté respectivement de concurrence.

Elle demande à la Cour de réduire le préjudice moral à de plus justes proportions et de déclarer la demande pour préjudice matériel non fondée en son principe et à titre

subsidiaire de réduire la période de référence à zéro, voir de la ramener à de plus justes proportions.

Elle demande encore de la décharger de toute condamnation prononcée à son encontre en première instance et réclame une indemnité de procédure de 1.500 € pour la première instance et de 2.000 € pour l'instance d'appel.

B demande à la Cour de confirmer le jugement entrepris ainsi que d'évoquer et de condamner la partie adverse à lui payer le montant de 31.311 € avec les intérêts légaux à titre de préjudice matériel ainsi que de fixer la période de référence pour le préjudice matériel à 9 mois et augmente en cours d'instance cette demande dans le cadre de son appel incident.

B interjette appel incident quant au préjudice moral alloué par les juges de première instance et demande par réformation du jugement entrepris de lui allouer le montant de 5.218,84 € avec les intérêts légaux. Il réclame encore la condamnation de l'appelante aux frais et dépens avec distraction au profit de son mandataire sinon d'instituer un partage largement en sa faveur.

Il réclame la condamnation de la partie appelante au paiement d'une indemnité de procédure de 3.500 € pour l'instance d'appel.

Aux termes de ses dernières conclusions l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG demande à la société A SA le remboursement du montant de 32.847,75 € avancés à titre d'indemnité de chômage.

La société A SA s'oppose à l'augmentation de la demande relative au préjudice matériel et réclame la condamnation de B au montant de 20.000 € en raison d'une violation du contrat de travail, notamment l'obligation de loyauté respectivement de concurrence.

La Cour retient qu'il résulte d'une lettre du 20 août 2009 que le salarié a démissionné de son poste d'ingénieur de système et réseaux avec effet immédiat et indique comme motif de sa démission avec effet immédiat le manquement persistant de l'employeur de payer ponctuellement les salaires ainsi que la modification substantielle du contrat de travail sans respecter la procédure prévue à l'article L.121.7 du Code du travail.

L'article 4 du contrat de travail stipule que la rémunération est fixée à 4.500 € par mois à l'indice du prix à la consommation 605,61 est payable à la fin de chaque mois.

Il s'en suit que les paiements en début du mois respectivement au milieu du mois constituent une violation manifeste de cette disposition.

Les juges de première instance ont partant correctement retenu que le non-paiement ponctuel du salaire constitue une faute grave rendant immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail et justifiant par conséquent la démission sans préavis pour motif grave.

Ils ont encore dit à juste titre que les retards en raison de leur caractère répétitif, et, plus particulièrement en considération du délai important pour le règlement du salaire du mois de juillet sont à qualifier de faute grave dans le chef de l'employeur et que la société A SA n'a pas non plus établi un consentement voir une acceptation écrite de la part de B de la modification unilatérale du salaire conformément aux prescriptions légales et du contrat de travail précité.

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a dit que la violation répétée de l'employeur de se conformer à l'article L.222- 1 du code du travail constitue une faute patronale suffisamment grave pour justifier une démission avec effet immédiat du salarié.

Dans ses conclusions du 19 novembre 2010 la société A SA formule à titre subsidiaire une offre de preuve notamment pour établir l'accord oral du salarié donné pour la modification du salaire pour le mois de juillet 2009.

B demande de rejeter l'offre de preuve pour défaut de pertinence et pour être contraire aux règles de l'article 1341 du code civil, la preuve devant être rapporté par un écrit et conteste la demande en allocation d'une indemnité de procédure adverse.

Au vu de ce qui précède cette offre de preuve est à rejeter pour défaut de pertinence, l'accord du salarié quant à cette modification du contrat de travail devant être donné par écrit.

Le jugement déféré est partant à confirmer à cet égard.

Quant aux prétentions indemnitaires

L'appelante demande de déclarer non fondée en son principe la demande pour préjudice matériel de B et à titre subsidiaire, en l'absence de démarches sérieuses pour retrouver un nouvel emploi, elle demande à la Cour de réduire la période de référence à zéro, voir de la ramener à de plus justes proportions. Elle demande encore de la décharger de toute condamnation prononcée à son encontre en première instance et notamment de la condamnation pour préjudice moral de 2.000 €, qui ne serait pas établi.

B demande à la Cour dans un premier temps la confirmation du jugement entrepris relatif à la fixation de la période de référence à 6 mois ainsi que de vider le volet matériel par évocation et de condamner la partie adverse à lui payer le montant de 31.311 € avec les intérêts légaux à titre de préjudice matériel.Il interjette appel incident quant au montant alloué à titre de préjudice moral et demande par réformation du jugement entrepris de lui accorder le montant de 5.218,84 € avec les intérêts légaux.

Dans ses conclusions ultérieures il demande de fixer la période de référence pour le préjudice matériel à 9 mois et augmente cette demande dans le cadre de son appel incident.

La société A SA s'oppose tant à l'évocation au motif que les conditions de l'article 597 du nouveau code de procédure civile ne seraient pas remplies qu'à l'augmentation de la demande relative au préjudice matériel et demande à la Cour de réduire par réformation du jugement entrepris le préjudice moral à de plus justes proportions.

Le préjudice matériel

C'est pour de justes motifs que les juges de première instance ont retenu que B n'a, au vu de sa démission, pas droit à une indemnité compensatoire de préavis.

Le tribunal de travail avait sursis à statuer sur la demande de B tendant à la liquidation du préjudice matériel en attendant la décision de l'ETAT quant à la liquidation définitive des indemnités de chômage à verser le cas échéant au requérant,

Au vu de ce qui précède il y a lieu à évocation, les conditions de l'article 597 du nouveau code de procédure sont remplies en l'espèce, la matière est en mesure de recevoir un solution définitive à l'heure actuelle.

Seul le dommage qui se trouve en relation causale directe avec le licenciement/la démission est indemnisable. Les pertes subies ne sont à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une période qui aurait raisonnablement dû suffire pour permettre au salarié de trouver un emploi à peu près équivalent, B étant obligé de faire tous les efforts nécessaires pour se procurer un emploi de remplacement.

Il résulte du courrier de démission que les salaires ont été payés pendant une période de deux ans avec un retard variant entre 2 à 9 jours, retard qualifié à juste titre par les juges de première instance de léger.

Il est non contesté de part et d'autre que la société A SA avait initié, en raison de ses difficultés financières momentanées, une procédure de modification du salaire momentanée pour tous les salariés et voulait en discuter avec ses salariés lors d'une réunion d'information avant de procéder à cette modification en respectant les formalités requises.

B s'est volontairement soustrait à cette séance d'information en alléguant un rendez-vous médical urgent, sans que cette affirmation gratuite ne soit étayée par une pièce probante. Par la suite il a esquivé toute tentative de l'employeur pour lui en parler, bien qu'il ait été au courant de la procédure de modification du contrat de travail envisagée, ni a cherché à trouver un arrangement avec ce dernier ou a manifesté son désaccord avec cette procédure régulièrement introduite par l'employeur. Le paiement tardif du salaire du mois de juillet et par acompte en était la conséquence.

B qui avait une ancienneté de service de six ans au moment de sa démission est inscrit depuis le 24 août 2009 comme demandeur d'emploi. A part le certificat de l'Administration de l'Emploi reprenant les postes proposés à l'Administration, il n'a versé aucune pièce documentant des démarches faites par rapport aux postes repris sur le certificat de l'Adem et les refus encourus le cas échéant ainsi que quant aux efforts personnels entrepris pour se procurer un emploi de remplacement. Bien au contraire il a envisagé dès avant sa démission de s'établir à son compte et a sollicité en date du 13 avril 2010 auprès du Ministre du Travail et de l'Emploi une demande d'aide à la création d'entreprise.

Il s'en suit que si les paiements tardifs sur une période de 2 ans du salaire constituent une violation manifeste de l'obligation de paiement ponctuel du salaire, B n'établit cependant pas en l'espèce avoir subi un préjudice important en relation causale avec le comportement de l'employeur.

Il ressort du décompte de l'Administration de l'emploi que le salarié a reçu d'août 2009 à avril 2010, moment où il s'est mis à son propre compte à la suite de la création d'une entreprise C SARL, des indemnités de chômage d'un montant brut de 32.847,75 €.

Au vu de ce qui précède la Cour estime que B n'a pas fait des démarches suffisantes pour retrouver un emploi.

C'est dès lors à tort que les juges de première instance, compte tenu de l'âge de B, et de la situation sur le marché de l'emploi, ont estimé qu'une période de référence à six mois aurait dû lui suffire pour retrouver un nouvel emploi à condition de faire de sérieux efforts dans cette recherche, efforts qui laissent d'être établis.

Le jugement entrepris est partant à réformer à cet égard et la période de référence est à fixer à 3 mois.

Le salarié a perçu jusqu'en juin 2009, un salaire brut mensuel de 5.218,54 euros, de sorte qu'il y a lieu de prendre en compte ce salaire pendant la période de 3 mois pour le calcul du dommage matériel qui s'établit à 3 x 5.218,54 = 15.655,62 euros.

Il a reçu de la part de l'ETAT pour la période de référence un montant brut de 12,620,70 € (3x 4.206,90).

La perte de revenus s'établit partant à 15.655,62 – 12.620,70 = 3.034,92 euros.

Le préjudice matériel est partant à fixer à 3.034,92 €.

Le préjudice moral

Le tribunal du travail a évalué à bon escient le préjudice moral à 2000 € compte tenu de l'ancienneté de service et des circonstances de la démission de B.

Les appels principal et incident ne sont pas fondés et le jugement est à confirmer à cet égard.

Au vu de ce qui précède la demande de décharge de société A SA n'est pas fondée.

Le recours de l'ETAT

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG demande la condamnation de la société A SA au remboursement du montant de 32.847,75 € avancés à titre d'indemnité de chômage.

La société A SA conteste la demande de l'ETAT au motif que ce dernier aurait volontairement généré ce préjudice auquel il demande à être indemnisé. La demande serait à rejeter.

Dans un premier temps l'ETAT a réfusé de payer des indemnités à B, qui a introduit un recours en référé devant le tribunal de travail, recours déclaré irrecevable.

Par la suite il ressort du décompte de l'Administration de l'emploi que B a reçu pour la période d'août 2009 à avril 2010, moment où il s'est mis à son propre compte par la création d'une entreprise C SARL des indemnités de chômage brutes d'un montant de 32.847,75 €.

Au vu de tout ce qui précède, le recours de l'ETAT basé sur l'article L.521-4 du code du travail doit être déclaré recevable et fondé sur base des pièces versées en cause pour la somme de 12.620,70 € à l'égard de la société A SA.

La demande reconventionnelle de la société A SA

La société A SA demande à titre reconventionnel la condamnation de B au montant de 20.000 € en raison d'une violation du contrat de travail, notamment l'obligation de loyauté respectivement de concurrence.

Cette demande reconventionnelle non contenue dans l'acte d'appel est irrecevable pour être une demande nouvelle en appel et n'est pas fondée, les conditions d'applications de l'article 7 du contrat de travail ne sont ni données ni établies.

En effet, B conteste cette demande ainsi que toute violation du contrat de travail et notamment d'avoir été lié par une clause de non-concurrence à son ancienne entreprise.

Les clauses contenues dans le contrat de travail et notamment la clause de non concurrence de l'article 4 ne s'applique que pendant l'exécution du contrat de travail respectivement celle de l'article 7 que dans les trois mois qui suivent la résiliation du contrat de travail. Ces articles ne concernent que des activités concurrentes au profit d'un tiers respectivement des relations d'affaires ou de travail avec une relation d'affaires de l'employeur, ce qui laisse d'être établi en l'espèce.

B n'a sollicité qu'en date du 13 avril 2010 auprès du Ministre du Travail et de l'Emploi une demande d'aide à la création d'entreprise c'est-à-dire en dehors du délai de trois mois prévu à l'article 7 précité.

L'indemnité de procédure

La société A SA réclame la condamnation de la partie intimée au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 € pour la première instance et de 2.000 € pour l'instance d'appel.

B réclame une indemnité de procédure de 3.500 € pour l'instance d'appel.

Les juges de première instance ont rejeté à bon droit la demande de la société A SA en paiement d'une indemnité de procédure et ont réservé la demande de B basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Dans sa motivation, B ne fait valoir aucun argument en droit et en fait quant à sa demande en obtention d'une indemnité de procédure en première instance, permettant à la Cour de revenir sur la décision prise, de sorte qu'il y a lieu de confirmer le jugement du 15 juin 2010 pour le surplus.

Les deux parties ne justifiant pas en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens sont à débouter de leurs demandes respectives.

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 l'appel principal;

le dit partiellement fondé ;

reçoit l'appel incident;

le dit non fondé ;

Par réformation :

fixe la période de référence à 3 mois ;

condamne la société A SA à payer à B le montant de 3.034,92 € à titre de préjudice matériel ;

condamne la société A SA à payer à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG le montant de 12.620,70 €,

confirme pour le surplus le jugement du 15 juin 2010 dans la mesure où il a été entrepris ;

rejette les demandes sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamne la société A SA sàrl. aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Sylvie KREICHER, avocat constitué qui la demande.