Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du huit novembre deux mille douze.

Numéro 37228 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Elisabeth WEYRICH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPPELA d'Esch-sur-Alzette du 21 mars 2011,

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

e t :

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 TAPELLA,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 17 avril 2012.

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

A, au service de la société C S.p.A. (responsable financier) depuis le 1er juin 1993 et de la société D S.p.A. (contrôleur de participations, secteur alimentaire et immobilier) à compter du 1er janvier 1997 au 31 décembre 2000, a rejoint B S.A. au Luxembourg le 1er janvier 2001 en qualité de directeur aux termes d'un contrat de travail signé le 21 décembre 2000.

Par lettre recommandée du 30 juillet 2004, il a démissionné avec effet au même jour, motif pris que le comportement de l'employeur à son égard au cours des 11 derniers mois ne lui permettait pas d'entretenir pour l'avenir une relation professionnelle intègre.

Dans ce courrier, il précise notamment ce qui suit :
« Je vous signale ma disponibilité à prêter mon mois de préavis légal qui débutera le premier août pour s'achever le 31 août 2004, par ailleurs je vous demande de me concéder les jours de congé restants en déduction de la période de préavis légal.
Avec la volonté de sauvegarder mes droits et, le cas échéant, de quantifier le préjudice éventuel subi lors de ces derniers mois, dans l'attente de vos nouvelles (…). ».

Estimant que la rupture des relations de travail est imputable à B S.A., A a, par requête déposée le 12 octobre 2004, saisi le tribunal du travail de Luxembourg d'une demande tendant à la condamnation de son ancien employeur à lui payer respectivement 150.000 € et 100.000 € au titre des préjudices matériel et moral qu'il allègue avoir subis, ainsi que 3.000 € à titre d'indemnité de procédure. Il base sa demande principalement sur les articles 37 et 28 de la loi sur le contrat de travail (L.121-7 et L.124-11), subsidiairement sur l'article 27 (L.124-10).

Par un jugement rendu le 30 mai 2005, le susdit tribunal a déclaré non fondée la demande en ce qu'elle est basée sur les articles 28 et 37 de la loi sur le contrat de travail, actuellement les articles L.124-11 et L.124-7 du code du travail, admis avant tout autre progrès en cause le requérant à la preuve par voie d'enquête des circonstances qualifiées par le salarié d'harcèlement moral ayant entouré la réduction conséquente du salaire proposée par E, directeur administratif et financier du groupe B depuis juin 2003, les 10 décembre 2003 et 19 janvier 2004 et réservé les frais.

Les juges du premier degré ont retenu :

- que le requérant avait démissionné avec effet immédiat et non avec préavis, tel que soutenu par l'employeur,
- que les différentes modifications portant sur une clause essentielle du contrat de travail invoquées par le requérant soit n'étaient pas données, soit devaient être considérées comme acceptées par lui, dès lors qu'il n'a pas immédiatement démissionné au moment de leur prise d'effet,
- quant au harcèlement moral, que la charge de la preuve en incombe au salarié, que les modifications portant sur une clause substantielle du contrat de travail ainsi que les refus répétés de son ancien employeur de lui accorder le congé de récréation sollicité, à les supposer fautifs, ne sont pas constitutifs de harcèlement moral,
- que les menaces de l'employeur relatives à la diminution du salaire constituent un harcèlement et ont admis le requérant à la preuve testimoniale de ces faits contestés.

Par exploit du 19 juillet A a relevé appel de cette décision.

Il demande à la Cour, par réformation du jugement entrepris :

- de dire que la rupture des relations de travail le 30 juillet 2004 à son initiative est imputable à B S.A.,
- de dire que cette résiliation est abusive sur base des articles L.121-7 et L.124-11 du code du travail,
- de condamner en conséquence la société intimée à lui payer le montant global de 239.470,52 € au titre de ses préjudices matériel et moral,
- de lui donner acte de son offre de preuve telle que libellée dans le dispositif de l'acte d'appel.

Il requiert encore paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 €.

Suite à l'appel relevé le 19 juillet 2005 par A contre cette décision, la Cour d'appel, 8e chambre, a, par arrêt du 26 octobre 2006, réformé le jugement du 30 mai 2005 et déclaré la demande de A non fondée.

La Cour a en effet considéré, contrairement à l'opinion de la juridiction de première instance, que le salarié a donné sa démission avec le préavis légal et non avec effet immédiat et que, dans ces conditions, cette démission ne donnerait pas droit à indemnisation du préjudice subi en application de l'article L-124-10.(1) du code du travail.

Par arrêt du 5 mars 2009, la Cour de cassation a cassé l'arrêt du 26 octobre 2006 au motif suivant :
« Attendu que la Cour d'appel en disant qu'il y a lieu de réformer le jugement dans toute sa teneur, la qualification de la démission avec préavis retenue par elle ayant

pour effet de rendre sans objet les autres développements des parties, sans examiner si la résiliation était imputable à l'employeur sur base des articles L.121-7 et L.124-11 du code du travail et de l'article 1134 du code civil, n'a pas répondu aux conclusions susvisées. » et renvoie l'affaire devant la Cour, 3e chambre.

La Cour d'appel, 3e chambre, a, suite au renvoi par la Cour de Cassation, sursis à statuer en attendant que les premiers juges se soient prononcés sur le fond de la demande pour autant qu'elle est basée sur l'article 27 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail et renvoyé l'affaire devant les premiers juges en prosécution de cause.

Suite à l'arrêt de la Cour d'appel précité, le tribunal du travail, après avoir procédé à l'audition des témoins, a, par jugement rendu contradictoirement le 8 février 2011, déclaré irrecevable la demande de A en paiement de dommages et intérêts en ce qu'elle est basée sur l'article 1134 du code civil ; déclaré les demandes reconventionnelles de la S.A. B S.A. recevables en la forme ; déclaré non fondée la demande de A en ce qu'elle est basée sur l'article L.124-10 du code du travail ; déclaré fondée la demande reconventionnelle de la S.A. B tendant à voir condamner A à lui payer le montant de 17.462,44 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis ; déclaré non fondée sa demande reconventionnelle tendant à voir condamner A à lui rembourser le salaire du mois d'août 2004 ; partant condamné A à payer à B S.A. le montant de 17.462,44 €.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a tout d'abord, concernant la base juridique de la demande de A, considéré que la lecture de la requête introductive d'instance précisait comme base juridique de la demande en dommages intérêts l'article L.124-10 du code du travail et non l'article 1134 du code civil et que la demande formulée par le salarié sur base de l'article 1134 du code civil serait une demande nouvelle et en tant que telle irrecevable.

Le tribunal a ensuite, concernant le harcèlement moral que le salarié reprochait à son ancien employeur à la base de sa démission, rejeté la déposition du témoin F sur un des points offerts en preuve, alors qu'elle n'en avait connaissance que de façon indirecte et pour le deuxième point, il a considéré que le salarié n'avait pas rapporté la preuve de ce fait partant d'avoir été moralement harcelé, de sorte qu'il a rejeté sa demande.

Quant aux deux demandes reconventionnelles de l'employeur, l'une portant sur la condamnation du salarié à lui payer le montant de 17.462,44 respectivement 12.811,89 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis (article L.124-6 du code du travail) et l'autre portant sur le remboursement de la somme de 12.811,99 euros à titre de salaire payé par erreur pour le mois d'août 2004 (répétition de l'indu article 1235 et 1376 du code civil), le tribunal a tout d'abord considéré qu'il aurait appartenu au salarié de prouver qu'il a presté son préavis et qu'à défaut de preuve

en ce sens la demande afférente de l'employeur serait fondée et d'autre part, qu'il aurait appartenu à l'employeur de prouver qu'il a payé au salarié, qui le conteste, le salaire du mois d'août 2004 et à défaut, que sa demande reconventionnelle en remboursement n'est partant pas fondée.

A a régulièrement relevé appel du prédit jugement par acte de l'huissier de justice Yves TAPELLA du 21 mars 2011.

Il demande de déclarer l'appel fondé, partant de voir réformer en son entièreté le jugement entrepris le 8 février 2011 par le tribunal du travail de Luxembourg ; déclarer les demandes formulées par A recevables ; au fond, les dire justifiées et fondées ; à titre principal, voir déclarer que les actes commis à l'encontre de A constituent des actes de harcèlement moral ; dire que la rupture du contrat de travail de A est imputable à B S.A. sur base de l'article 1134 du code civil ; en conséquence, condamner B S.A. à payer à A la somme de 139.470,52 € au titre de préjudice matériel subi sur base de l'article 1134 du code civil ; la condamner à lui payer la somme de 100.000 € au titre de dommage moral subi sur base de l'article 1134 du code civil.

A titre subsidiaire, déclarer que la rupture du contrat de travail de A est imputable à B S.A. pour des motifs graves procédant du fait ou de la faute de celle-ci sur base de l'article L.124-10 du code du travail ; en conséquence, condamner B S.A. à payer à A la somme de 139.470,52 € au titre de préjudice matériel subi sur base de l'article L.124-10 du code du travail ; la condamner à lui payer la somme de 100.000 € au titre de dommage moral subi sur base de l'article L.124-10 du code du travail.

L'appelant reproche aux juges de première instance de ne pas avoir fait une juste appréciation des bases juridiques invoquées par lui en écartant la demande sur base de l'article 1134 du code civil dès lors que cette demande était contenue déjà dans la requête introductive d'instance, même si la base légale n'en était pas précisée et réapparaissait tout au long de la procédure, de sorte qu'il ne s'agirait pas d'une demande nouvelle et le tribunal aurait dû en analyser le bien-fondé ; le jugement devrait partant être réformé en ce sens.

Il soutient également que d'après l'effet dévolutif de l'appel, la Cour aurait l'obligation de procéder à un nouvel examen du litige, dans tous ses éléments de fait et de droit, et les parties auraient le droit d'invoquer des moyens nouveaux, de produire de nouvelles pièces ou de fournir de nouvelles preuves.

Il reproche ensuite au tribunal d'avoir fait une mauvaise interprétation des faits à la base du harcèlement moral subi par lui, alors que le tribunal aurait dû considérer tous les agissements répétés et récurrents de harcèlement moral de la part de son ex-employeur, faits qu'il indique de façon circonstanciée dans ses conclusions, et non

seulement deux incidents qui ne reflèteraient en rien la réalité ; il soutient que les deux faits offerts en preuve auraient été prouvés par le témoin entendu.

Concernant les deux demandes reconventionnelles formulées par la société employeuse à son égard, l'appelant estime qu'elles seraient tardives dès lors irrecevables, alors que formulées seulement 6 ans après le début de l'instance; il soutient encore qu'elles seraient irrecevables pour défaut de lien suffisant avec ses prétentions originaires et finalement que la demande en répétition de l'indu n'appartiendrait qu'à celui qui a payé indûment, ce qui ne serait pas le cas de l'employeur.

Sur le fond des demandes reconventionnelles et à titre subsidiaire, l'appelant prétend avoir eu une ancienneté de service de moins de 5 années, de sorte que, par application de l'article L.124-6 du code du travail, il devait prester un mois de préavis ; comme il aurait travaillé après sa démission du 30 juillet 2004 jusqu'au 31 août 2004, les dites dispositions ne s'appliqueraient pas et le jugement serait à réformer en ce sens.

Il prétend ensuite pour voir écarter la deuxième demande reconventionnelle, que les conditions de la répétition de l'indu ne seraient pas données, dans la mesure où l'employeur ne pourrait être considéré comme ayant payé le salaire du mois d'août par erreur ; en effet, le salarié ayant travaillé tout le mois d'août, les documents versés prouvant cet état de chose, il aurait droit au paiement du salaire correspondant.

Il évalue finalement le préjudice matériel subi suite à la violation par l'employeur de ses obligations contractuelles plus précisément de son obligation de loyauté, sur base de l'article 1134 du code civil ainsi que sur base de l'article L.124-10 du code du travail son préjudice matériel, en prenant une période de référence de 12 mois, à la somme de 139.470,52 euros et à la somme de 100.000 euros pour le préjudice moral

L'appelant formule enfin une offre de preuve tendant à prouver par témoins qu'il a fait l'objet de la part de son employeur d'actes de harcèlement moral.

L'intimée quant à elle conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a décidé que la demande de A basée sur l'article 1134 du code civil constitue une demande nouvelle, donc irrecevable ; d'après l'intimée, la seule demande formulée par le salarié dans sa requête introductive d'instance serait une demande en dommages et intérêts pour licenciement abusif par suite de sa démission engendrée par de prétendues modifications substantielles du contrat de travail et par de prétendus actes de harcèlement moral et qu'à aucun moment il n'y a eu une demande séparée spécifique en dommages et intérêts « hors licenciement abusif » et donc indépendante de cette base juridique.

A titre subsidiaire et dans l'hypothèse où cette demande serait déclarée recevable, elle conteste toute faute dans son chef, tout préjudice ainsi que tout lien causal entre les deux.

Concernant la demande de l'appelant basée sur le harcèlement moral, l'intimée précise l'étendue de la saisine actuelle de la Cour d'appel et expose que le salarié n'a pas dans le cadre de son appel du 21 mars 2011, relevé appel du jugement du 30 mai 2005, qui avait écarté de l'aspect harcèlement moral tous les éléments liés à de prétendues modifications substantielles du contrat de travail, de sorte que cette partie du jugement du 30 mai 2005 serait actuellement coulée en force de chose jugée et n'est pas soumise à la Cour et ne saurait, sous peine de heurter l'autorité de chose jugée, être soumise à la Cour, fût-ce même sous l'argument de l'effet dévolutif ; pour l'intimée il serait définitivement acquis que les prétendues modifications substantielles ne sont pas à considérer comme des actes de harcèlement moral ayant pu amener à la démission du salarié.

Quant au fond de la demande de l'appelant, elle soutient que le tribunal du travail a fait une saine appréciation des résultats de l'enquête, de sorte que, par adoption des motifs des juges de première instance, le jugement serait à confirmer sur ce point.

Quant aux demandes reconventionnelles, aucun délai ne serait imposé aux parties pour formuler une demande reconventionnelle, de sorte que ces demandes qui se rattacheraient par un lien suffisant à la demande principale seraient recevables.

Au fond, la démission du salarié devrait être qualifiée d'irrégulière et d'abusive, dont la sanction résulte de l'article L.124-6 du code du travail, emportant condamnation de l'auteur de la démission avec effet immédiat au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis non respectée, qui en l'espèce et compte tenu de l'ancienneté de service du salarié au sein du Groupe B de 11 années serait de 3 mois ; comme A aurait précisé avoir travaillé pendant le mois d'août, ce délai se réduirait à 2 mois, soit à la somme de 34.924.88 euros respectivement 25.623,98 euros avec les intérêts légaux que le tribunal du travail a oublié de prononcer (appel incident donc).

Comme la société employeuse admet actuellement en instance d'appel que le salarié a encore travaillé pendant tout le mois d'août, elle déclare renoncer à sa deuxième demande reconventionnelle en remboursement de l'indu.

Les deux parties demandent à la Cour de joindre les rôles 37228 et 30420 pour y statuer par un seul et même arrêt.

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

1) Etendue de la saisine de la Cour

Suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2009 ayant cassé l'arrêt de la Cour d'appel 8ième chambre du 20 novembre 2008, la Cour d'appel 3ième chambre est actuellement saisie de tous les moyens d'appel soulevés par A dans son acte d'appel du 19 juillet 2005 dirigés contre les motifs du jugement du tribunal du travail du 30 mai 2005.

L'appel du 19 juillet 2005 est fondé sur ce que le jugement entrepris cause tort et grief à l'appelant en ce qu'il a (i) déclaré irrecevable la demande de l'appelant au paiement de dommages et intérêts en ce qu'elle est basée sur l'article 1134 du code civil, ii) déclaré recevables les demandes reconventionnelles formulées pour la première fois par l'intimée à l'audience des plaidoiries du 18 janvier 2011, iii) déclaré non fondée la demande de l'appelant en ce qu'elle est basée sur l'article L.124-19 du code du travail , iv) déclaré fondée la demande reconventionnelle de l'intimée tendant à voir condamner l'appelant à lui payer le montant de 17.462,44 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis, v) condamné l'appelant à payer à l'intimée le montant de 17.462,44 euros .

Le dispositif de l'acte d'appel du 19 juillet 2005 est conçu de la manière suivante :
« voir recevoir l'appel en la forme,
au fond, l'entendre dire justifié,
partant voir réformer en son entièreté le jugement n° 597/11 entrepris le 8 février 2011 par le tribunal du travail de Luxembourg,
y faisant droit, déclarer les demandes formulées par A recevables,
au fond, les dire justifiées et fondées,
à titre principal, voir déclarer que les actes commis à l'encontre de A constituent des actes de harcèlement moral,
y faisant droit, dire que la rupture du contrat de travail de A est imputable à B S.A. sur base de l'article 1134 du code civil,
en conséquence, condamner B S.A. à payer à A la somme de 139.470,52 € au titre du préjudice matériel subi sur base de l'article 1134 du code civil,
la condamner à lui payer la somme de 100.000 € au titre de dommage moral subi sur base de l'article 1134 du code civil,
à titre subsidiaire, déclarer que la rupture du contrat de travail de A est imputable à B S.A. pour des motifs graves procédant du fait ou de la faute de celle-ci sur base de l'article L-124-10 du code du travail,
en conséquence, condamner B S.A. à payer à A la somme de 139.470,52 € au titre du préjudice matériel subi sur base de l'article L.124-10 du code du travail,
la condamner à lui payer la somme de 100.000 € au titre du dommage moral subi sur base de l'article L.124-10 du code du travail.

La Cour est encore saisie des moyens d'appel contenus dans l'acte d'appel du 21 mars 2011 contre le jugement du tribunal du travail du 8 février 2001 et qui sont les suivants :

L'appel du 21 mars 2011 est fondé sur ce que le jugement entrepris cause et tort et griefs à l'appelant en ce qu'il a déclaré non fondée la demande pour autant qu'elle est basée sur les articles 37 et 28 de la loi du 24 mai 21989 sur le contrat de travail ; l'appel est encore fondé sur ce que le jugement entrepris n'a retenu comme acte constitutif de harcèlement moral que le point III.b) de l'offre de preuve.

Le dispositif de l'acte d'appel est conçu de la manière suivante :
« au fond, l'entendre dire justifié,
partant voir réformer le jugement n° 2499/2005 entrepris le 30 mai 2005 par le tribunal du travail de Luxembourg,
dire que la rupture des relations contractuelles intervenue le 30 juillet 2004 à l'initiative de l'appelant, est imputable à la société B S.A.,
y faisant droit, déclarer la résiliation du 30 juillet 2004 du contrat de travail de Monsieur A abusive sur base des articles 37 et 28 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail,
partant, condamner la partie intimée à payer à Monsieur A la somme de 139.470,52 € au titre de préjudice matériel,
la condamner à lui payer la somme de 100.000 € au titre de dommage moral,
à toutes fins utiles, donner acte à l'appelant qu'il offre de prouver par toute voie de droit et notamment par témoins les faits repris au dispositif. »

Il suit des considérations qui précèdent et dans le but d'assurer une bonne administration de la justice qu'il échèt d'ordonner la jonction des rôles 37228 et 30420 pour y statuer par un seul et même arrêt.

Il en résulte encore que la seule décision non entreprise par la voie de l'appel est celle retenue par le jugement du tribunal du travail du 30 mai 2005 qualifiant la démission de A de démission avec effet immédiat.

2) <u>Bien fondé de la démission de A</u>

Il est constant en cause que A a démissionné en date du 30 juillet 2004; que le tribunal du travail a qualifié dans son jugement rendu le 30 mai 2005, la démission de A avec effet immédiat ; que cette décision n'a pas été frappée d'appel, de sorte qu'elle est coulée en force de chose jugée et s'impose tant aux parties qu'aux juridictions.

Concernant les motifs de la démission invoqués par A, ils sont d'une part basés sur l'article 37 et 28 de la loi sur le contrat de travail, d'autre part sur le harcèlement moral, plus subsidiairement sur l'article L 124-10 du même code et enfin d'après le salarié sur l'article 1134 du code civil.

Comme il appartient à la juridiction saisie de déterminer l'ordre dans lequel elle examine les moyens soulevés, le bien fondé de la démission de A sera analysé à la lecture de l'article L.124-10 par.(1) al (1) qui seul s'applique en l'espèce et qui prévoit que le contrat de travail peut être résilié sans préavis ou avant l'expiration du terme contractuel par chacune des parties **pour un ou plusieurs motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'autre partie avec dommages et intérêts** à charge de la partie dont la faute a occasionné la résiliation immédiate.

A l'instar du licenciement avec effet immédiat, les motifs invoqués pour justifier la démission sans préavis doivent avoir existé au moment de celle-ci, et conformément à l'article L.124-10.(6) les faits ou les fautes invoqués ou la date à laquelle le salarié en a eu connaissance ne doivent pas être antérieurs de plus d'un mois à la rupture des relations de travail.

La Cour tient à relever que la rupture du contrat de travail peut être imputable à l'employeur sans que celui-ci ait accompli l'acte juridique du licenciement. Ainsi, certains actes posés par l'employeur ou certaines mesures adoptées par lui peuvent amener le salarié à juger que les agissements de son employeur empêchent désormais toute continuation de l'exécution du contrat. Le rôle du juge consiste en pareil cas à apprécier si les agissements de l'employeur sont fautifs ; s'il y a eu, de la part de ce dernier, des manquements à des obligations prévues par le contrat, la convention collective ou la loi et si le comportement fautif de l'employeur a été suffisamment grave pour que le salarié ait pu légitimement considérer le contrat comme rompu ; le salarié peut donc prétendre aux indemnités de préavis et de licenciement lorsque par son propre fait de ne plus accepter de poursuivre l'exécution du contrat il n'assume aucune responsabilité concernant la rupture.

Bien que n'étant pas tenu d'indiquer les motifs gisant à la base de sa démission avec effet immédiat, A a cependant précisé de manière succincte dans la lettre de démission les raisons qui l'ont poussé à démissionner qui sont les suivantes :
« (...) Au cours des 11 derniers mois, j'ai fait l'objet d'actes et comportements inusuels et peu productifs par rapport à mon engagement professionnel. Les évènements auxquels je me réfère sont, exposés de manière succinte, les suivants :

- *j'ai été l'objet d'actes peu professionnels avec pour but la déstabilisation de ma personnalité ;*
- *j'ai été écarté de tous les processus décisionnels et stratégiques, avec pour conséquences directes des difficultés à exercer les responsabilités qui m'avaient été confiées ;*

- *j'ai été privé du support de mon assistante, Madame F, avec les répercussions négatives tant sur la qualité que l'honorabilité de mon travail ;*
- *à partir du 15 mai dernier, l'avantage que représentait l'usage d'une voiture de service a été supprimé. Qu'il me soit permis de rappeler que cette initiative allait à l'encontre des termes de mon contrat de travail avec B S.A. ;*
- *toutes mes demandes de congés pour l'année 2004 (Pâques, juin et août) ont été refusées au point d'accumuler, de janvier à aujourd'hui, environ 19 jours de congés. »*

La Cour constate que parmi les nombreux reproches contenus dans le courrier de démission du salarié figure celui du refus de l'employeur de lui accorder ses demandes de congé pour l'année 2004 soit pour Pâques, juin et août 2004 au point d'accumuler, de janvier au jour de la démission, environ 19 jours de congés.

Si ce reproche figure en dernier dans la lettre de démission, il est en fait dans la chronologie des faits reprochés à l'employeur celui qui est intervenu dans le mois précédent la lettre de démission soit en juillet 2004 conformément à l'article L.124-10.(6), c'est en fait la goutte qui a fait déborder le vase.

En effet, suite à la demande du salarié formulée en juillet 2004 de pouvoir bénéficier de son congé pour le mois d'août, l'employeur lui a refusé ce congé, ce qu'il na jamais contesté.

Si ce refus ne peut à lui seul constituer un manquement grave de l'employeur à ses obligations découlant tant du contrat de travail que de la loi, force est de constater que ce refus fait suite à deux refus antérieurs concernant deux demandes de congé présentées par A pour Pâques et le mois de juin 2004.

Il paraît important de rappeler que l'article L.233-1 du code du travail dispose que tous les salariés ont droit, chaque année, à un congé payé de récréation qui d'après l'article L .233-4 du même code est d'au moins 25 jours ouvrables par année, indépendamment de l'âge du salarié ; ce congé doit être accordé et pris au cours de l'année de calendrier (article L.233-9) et en une seule fois à moins que les besoins du service ou les désirs justifiés du salarié n'exigent un fractionnement, auquel cas une fraction du congé doit être au moins de 12 jours continus (article L.233-8).

Il suit de l'esprit des dispositions légales précitées que si le patron a la faculté et le droit de refuser au salarié l'octroi d'un congé pour une période déterminée en faisant valoir l'argument que les besoins du service s'opposent à un tel octroi, il n'en reste pas moins qu'il ne peut systématiquement refusé à son salarié tout congé sauf à violer son obligation légale, dès lors que le congé payé est conçu comme le droit à une période de repos forcé périodique justifiée par un souci de santé du

travailleur et qui est la contrepartie légale du travail effectivement presté par le salarié pour son employeur, ce droit au congé ne pouvant par ailleurs pas être remplacé par le paiement d'une indemnité compensatoire pour jours de congés non pris sauf en cas de résiliation du contrat de travail (arrêt du 28 novembre 1991, Glesener c/ CUIR CENTER SA.).

L'obligation de l'employeur d'accorder au salarié les congés prévus par la loi est une obligation de faire, laquelle ne se résout en dommages et intérêts que s'il est établi que le patron s'est refusé à l'exécuter (Cour 4 décembre 1963, Briqueterie et tuileries de Luxembourg Mousel c/ Schmit, R.D.T. 36B).

Etant donné que l'employeur n'a pas contesté avoir refusé a trois reprises d'accorder à A ses congés pour l'année 2004 et comme les besoins du service ne permettent en aucun cas à l'employeur d'empêcher le salarié qui travaille sans le moindre problème depuis 7 mois d'affilés de prendre les congés qui lui sont dus de part la loi, il y a lieu de considérer que l'employeur a commis un manquement grave à l'obligation découlant de la loi, de sorte que A était en droit de démissionner avec effet immédiat en raison de la faute grave commise par son employeur ; il a partant droit à des dommages et intérêts.

Il en résulte que le jugement est à réformer en ce sens

Il est dès lors en principe superfétatoire d'analyser l'ensemble des autres motifs gisant à la base de la démission de A que ce soit au titre de l'article 37 et 28 de la loi sur le contrat de travail relatifs aux modifications des conditions essentielles du contrat de travail ou sur base du harcèlement moral invoqué par le salarié, dans la mesure où la faute grave prévue par l'article L 124-10 par 1 al.1 du code du travail pour permettre à un salarié de démissionner avec effet immédiat a d'ores et déjà été établie dans le chef de l'employeur.

Le jugement est partant encore à réformer sur ce point.

Par adoption des motifs du tribunal du travail le jugement du 8 février 2011 est à confirmer en ce qu'il a retenu que la demande de A basée sur l'article 1134 du code civil qui reposait sur d'autres faits et qui ne figurait pas dans la requête introductive d'instance du 12 octobre 2004 est nouvelle et donc irrecevable.

3) <u>Demandes indemnitaires de A</u>

Ces demandes sont en principe fondées sur base de l'article L 124-10 par.(1) al.1).

L'appelant réclame en réparation de son préjudice matériel, qu'il a calculé sur une période de référence de 12 mois, la somme de 139.470,52 euros et pour le préjudice moral un montant de 100.000 euros.

D'après l'article 5 du contrat de travail du salarié, il percevait une rémunération fixe payable sur 13 mois par an de 12.811,99 euros, ainsi qu'un avantage en nature habitation payable 4 fois par an d'un montant de 8.076,69 euros, un véhicule de fonction correspondant à 391 euros par mois et une assurance complémentaire pour invalidité, décès et frais de maladie (3,700 euros par an).

Il résulte du certificat de rémunération et de retenue d'impôt 2003 que A a perçu pour l'année 2003 un montant brut de 223.890,66 euros.

L'employeur conteste tant les montants mis en compte par le salarié pour évaluer son préjudice matériel que la période de référence de 12 mois sollicitée ; il considère qu'il y aurait lieu de prendre en considération uniquement le salaire de base mensuel de 12.811,99 euros à l'exclusion de tous les autres avantages non payés sur une base mensuelle.

Si le salarié acculé à la démission avec effet immédiat par son employeur peut prétendre à la réparation de ses préjudices matériel et moral encore faut il que ces derniers soient prouvés et en relation causale directe avec la démission.

Il résulte des renseignements fournis et des pièces soumises à l'appréciation de la Cour que le salarié a retrouvé un emploi en date du 15 septembre 2004 soit 15 jours seulement après son dernier jour de travail auprès de B SA qui était le 30 août 2004, certes pour un salaire inférieur de la moitié de son salaire antérieurement touché auprès de B SA, à savoir un salaire mensuel de 6.781,31 euros.

Sur base des pièces versées, la perte financière totale essuyée par A sur base de 12 mois s'élève à 139.470,52 euros, somme de laquelle il y a lieu de défalquer 391 x 6 = 2.346 € correspondant à l'avantage en nature constitué par le véhicule de fonction qui lui a été retiré par la direction de B S.A.

Au vu des circonstances entourant la démission de A, il y a lieu de fixer à 6 mois la période de référence pendant laquelle le préjudice matériel du salarié est en relation directe avec sa démission forcée, de sorte que le préjudice matériel subi par ce dernier peut être fixé à 69.735,26 – 2.346 = 67.389,26 €, la Cour ne concevant pas pourquoi seul le salaire brut de base de l'employé devrait être pris en compte pour le calcul du préjudice matériel et non le salaire mensuel global réellement touché par lui, alors que la rémunération du salarié se définit comme étant la rétribution globale du salarié qui comprend outre le taux en numéraire, les autres avantages et rétributions accessoires tels que les gratifications, les tantièmes, les remises, les primes, les logements gratuits, les autres valeurs de même nature.

Le préjudice moral est à fixer compte tenu du contexte dégradant pour le salarié qui n'avait strictement rien à se reprocher, des circonstances de la cause ainsi que de l'âge du requérant au moment du licenciement de 40 ans et de la rapidité avec laquelle il a trouvé en nouvel emploi à 3.000 euros.

4) Demandes reconventionnelles de B SA.

L'employeur avait formulé deux demande reconventionnelles, l'une tendant au paiement par le salarié du montant de 17.462,44 respectivement 12.811,99 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis et l'autre tendant au remboursement par le salarié de la somme de 12.811,99 euros correspondant au salaire lui payé erronément pour le mois d'août 2004.

L'appelant fait grief au juge de première instance d'avoir reçu ces deux demandes soutenant qu'elles seraient tardives dès lors qu'elles auraient été formées 6 ans après le début de l'instance et qu'elles n'auraient aucun lien avec sa demande principale.

Les moyens d'irrecevabilité soulevés par A pour les voir rejetées ne sont pas fondés alors qu'une demande reconventionnelle peut être formulée en tout état de cause, en dehors de tout délai préfixe ou date butoir et même 6 ans après l'introduction de l'instance du moment qu'elles présentent un lien suffisant avec la demande principale ce qui est le cas en l'espèce.

La Cour adopte en cela les conclusions de la société B SA pour les faire siennes dans leur intégralité, dans la mesure où elle a exposé « *que ses deux demandes reconventionnelles se rattachent par un lien suffisant à la demande principale qui est une demande en dommages et intérêts pour licenciement immédiat abusif, les demandes reconventionnelles étant quant à elles une défense à cette demande en ce qu'elle tendent d'une part, à voir constater que la démission avec effet immédiat est abusive et donne lieue à une condamnation du salarié au paiement d'une indemnité de préavis non respecté et, d'autre part, en présence de la démission avec effet immédiat du 30 juillet 2004 constater que le salaire du mois d'août payé au salarié l'a été erronément alors que l'employeur croyait qu'il s'agissait d'une démission avec préavis.* »

Au fond, les deux demandes reconventionnelles ne sont cependant pas justifiées alors que d'une part la démission du salarié a été déclarée régulière et justifiée, de sorte que le salarié démissionnaire n'est pas tenu en vertu de l'article L.124-10 du code du travail de payer à son ancien employeur une quelconque indemnité de préavis et que d'autre part l'employeur, ayant reconnu en instance d'appel que le

salarié avait travaillé durant le mois d'août 2004, et que partant le paiement du salaire afférent était dû et ne pouvait résulter d'une erreur, a renoncé à sa demande.

Le jugement est partant à réformer en ce sens.

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

Au vu du résultat négatif de l'instance d'appel pour la société employeuse, sa demande n'est pas fondée.

Par contre, il ne paraît pas inéquitable d'allouer à A au titre de l'article 240 du nouveau code de procédure civile une indemnité de procédure de 2.000 €.

PAR CES MOTIFS :

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

Joint les deux appels introduits par acte d'huissier de justice des 10 juin 2005 et 21 mars 2011 sous les numéros 37228 et 30420 du rôle,

Déclare les appels recevables,

Les dit fondés,

Réformant:

Dit que la démission avec effet immédiat du 30 juillet 2004 de A est régulière et justifiée,

Partant dit ses demandes indemnitaires fondées,

Condamne B SA à lui payer la somme de 67.389,26 euros au titre de préjudice matériel et la somme de 3000 euros au titre de préjudice moral, soit le montant de total de 70.389,26 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

Dit les deux demandes reconventionnelles formées par la société B SA recevables mais non fondées et en déboute,

Condamne la société B S.A. à payer à A une indemnité de procédure de 2.000 €,

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

condamne la société B SA aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de Maître Anne MOREL, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.