Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du six décembre deux mille douze.

Numéro 36121 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 7 mai 2010,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) l'association sans but lucratif B a.s.b.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son président sinon par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

appelante par incident,

comparant par Maître Albert RODESCH, 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 KURDYBAN,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 12 juin 2012.

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

A a été au service de l'association sans but lucratif B a.s.b.l. (ci-après : B) depuis le 16 octobre 2000 suivant contrat à durée indéterminée. Du 11 septembre 2008 au 19 mars 2009, jour de son licenciement, il a été en arrêt de travail pour cause de maladie, sur base de onze certificats médicaux.

Par lettre recommandée du 19 mars 2009, A a été licencié avec effet immédiat aux motifs notamment que le 18 décembre 2008, à 11.50 heures, il a été vu se promener dans la zone piétonne de Luxembourg-Ville et que ce fait, même en l'absence d'une sortie médicalement contre-indiquée, aurait éveillé dans le chef de B de sérieux soupçons quant à son incapacité de travail. Ces soupçons se seraient ensuite confirmés, lorsque B aurait pris connaissance par la presse en image et par vidéo que A se présentait régulièrement en concert au Luxembourg et à l'étranger avec son groupe Ex Inferis. B énumère ensuite sept représentations auxquelles A aurait participé, alors qu'il était en incapacité de travail. Ce faisant, A aurait abusé, voire ébranlé la confiance de son employeur, rendant impossible la continuation d'une collaboration entre parties.

Ce comportement aurait constitué une violation grave de son obligation de loyauté envers son employeur et un affront à l'égard de ses collègues de travail, justifiant la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail. Il lui est également reproché d'avoir désorganisé le service du fait de ses nombreuses absences.

Par requête déposée au greffe de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette le 20 mai 2009, A a fait convoquer B, son ancien employeur, et l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour

l'Emploi (ci-après : l'ETAT) devant le tribunal du travail pour entendre dire le licenciement du 19 mars 2009 abusif, sinon irrégulier et pour entendre condamner l'B à lui payer le montant total de 40.384,55 euros, s'établissant comme suit :

-12.307,64 euros à titre d'indemnité de préavis,
-3.076,91 euros à titre d'indemnité de départ,
-5.000 euros à titre de dommage moral et
- 20.000 euros à titre de dommage matériel.

A a encore demandé une indemnité de procédure de 750 euros.

L'ETAT a été actionné pour s'entendre déclarer le jugement commun.

A l'audience des plaidoiries, A a augmenté sa demande du chef de préjudice matériel au montant de 21.094,56 euros.

Par jugement contradictoire du 24 mars 2010, le tribunal du travail a, avant tout autre progrès en cause, ordonné une comparution personnelle des parties aux fins de les entendre en leurs explications personnelles.

Pour décider ainsi, il a retenu que le comportement reproché à A et contesté par ce dernier, à le supposer établi, bien que justifiant à lui seul un licenciement avec effet immédiat, serait encore de nature à faire revivre les faits ayant fait l'objet d'un avertissement qui lui avait été adressé le 23 septembre 2008.

Lors de la comparution personnelle des parties du 24 février 2010, A a reconnu avoir participé pendant son congé de maladie à différents concerts donnés par le groupe C au sein duquel il occupe la position de chanteur ainsi qu'aux répétitions du groupe les dimanches après-midi. Il a expliqué que cette participation active aux concerts et répétitions du groupe C a eu lieu dans un but thérapeutique, afin de soigner son état dépressif lié à son travail et notamment à la restructuration intervenue au sein de B.

Par jugement contradictoire du 24 mars 2010, le tribunal du travail, statuant sur base du résultat de la comparution personnelle des parties, a décidé que le licenciement de A est régulier et a partant dit non fondées ses demandes en indemnisation. Il a dit fondé le recours de l'ETAT contre A et l'a condamné à payer à l'ETAT la somme de 15.035,09 euros. Il a rejeté les demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure.

Pour statuer ainsi, il a retenu que A, en se livrant pendant son arrêt de maladie à des activités qui démontrent sans ambiguïté qu'il n'est nullement dans l'incapacité de travailler, alors qu'il s'agit d'activités qui sont physiquement très éprouvantes, tel

que le tribunal et les parties ont pu le constater en visionnant lors de la comparution personnelle des parties, un CD-ROM, a commis une violation de son obligation de loyauté constitutive d'une faute grave, indépendamment du fait que les concerts ont eu lieu pendant les heures de sortie autorisée ou non et encore indépendamment d'un éventuel préjudice subi par l'employeur.

Le tribunal a encore considéré que le comportement de A a constitué non seulement une violation manifeste de son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur, mais encore un affront à l'égard des collègues de travail valides et travailleurs.

Par exploit d'huissier du 7 mai 2010, A a régulièrement interjeté appel du jugement avant dire droit du 29 janvier 2010 et du jugement du 24 mars 2010 qui lui a été notifié le 29 mars 2010.

Il conclut, par réformation, à dire non fondé, sinon irrégulier le licenciement du 19 mars 2009 et à s'entendre décharger des condamnations intervenues à son encontre. Il conclut au bien-fondé de ses demandes en indemnisation et demande une indemnité de procédure de 1.500 euros pour la première instance et de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

B interjette appel incident dans la mesure où la juridiction de première instance n'a pas fait droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure de 500 euros. B conclut pour le surplus à la confirmation des jugements entrepris.

L'ETAT conclut à titre principal à la confirmation du jugement entrepris et, à titre subsidiaire, à la condamnation de B à lui rembourser les indemnités de chômage versées à A, soit la somme totale de 15.035,09 euros.

<u>Le bien-fondé de l'appel contre le jugement du 29 janvier 2010</u>

A conclut d'abord à la réformation du jugement du 29 janvier 2010 au motif que malgré une renonciation explicite de l'employeur dans la lettre de motivation d'invoquer les griefs détaillés dans la première partie de sa lettre de licenciement, les juges de 1e instance ont néanmoins décidé que le nouveau grief est de nature à raire revivre les anciens griefs, notamment les absences fréquentes du salarié et les répercussions de ces absences sur le bon fonctionnement du service.

S'il est vrai ainsi que l'ont relevé les premiers juges, qu'un nouveau fait peut faire revivre les anciens griefs ayant déjà fait l'objet d'un avertissement, il n'en est pas ainsi si ces faits ont fait l'objet d'un pardon de l'employeur et que celui-ci a indiqué dans la lettre de licenciement ne pas fonder sa mesure de licenciement sur ces anciens griefs.

En l'espèce, il résulte de la lettre de licenciement du 19 mars 2009, que B fait d'abord état de sa lettre d'avertissement du 23 septembre 2008 par laquelle il reprochait à A ses nombreuses absences au courant de l'année 2008 pour cause de maladie motivées voire même non motivées par un certificat médical, différents manquements professionnels ainsi que les perturbations et les répercussions financières liées à sa longue absence.

B en conclut que *« Néanmoins, ceci ne sont pas les raisons qui nous ont menés à prononcer la résiliation de votre contrat avec effet immédiat. Celles-ci son énumérées ci-après et concernent surtout votre activité pendant votre absence pour incapacité de travail. «*

Eu égard au pardon exprimé par B dans sa lettre de licenciement quant aux absences fréquentes de A et les répercussions de ces absences sur le bon fonctionnement du service, il n'y avait dès lors pas lieu de revenir sur ces anciens faits et de les retenir comme motifs à la base de la mesure du licenciement.

C'est par contre à juste titre que les premiers juges ont, avant tout autre progrès en cause, en ce qui concerne les autres motifs indiqués dans la lettre de licenciement, en l'occurrence la participation de A aux concerts donnés par le groupe C pendant son congé de maladie, ordonné une comparution personnelle des parties.

Il y a partant lieu, de confirmer, bien que partiellement pour d'autres motifs le jugement du 29 janvier 2010.

<u>Le bien-fondé de l'appel contre le jugement du 24 mars 2010</u>

A conclut d'abord à la réformation du jugement du 24 mars 2010 au motif que la violation par le salarié en arrêt de travail de ses obligations à l'égard des organismes de sécurité sociale ne constitue pas un motif légitime de licenciement.

Il est exact ainsi que le soutient l'appelant que l'employeur ne peut pas invoquer, en rapport avec les heures de sorties autorisées par un certificat de maladie, la violation par le salarié de ses obligations à l'égard de la sécurité sociale pour fonder son licenciement.

Une telle violation à la supposer établie ne constitue pas un motif légitime de licenciement.

A soutient ensuite que les juges de première instance ont violé les droits de l'appelant sauvegardés entre-autres par les articles 5, 8, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. A cet égard, il n'y aurait pas lieu de faire une

distinction entre les genres d'activités ou le genre de musique, les goûts et les moyens de relaxation variant d'une personne à une autre.

Il explique que suite à la signature d'une pétition envoyée par une partie du staff à la direction d'B, celle-ci avait décidé de procéder à une importante restructuration dont curieusement seuls les signataires de la pétition auraient fait l'objet, soit par licenciement, soit par rétrogradation avec diminution substantielle du salaire aboutissant le plus souvent à la démission du salarié. Il aurait ainsi été rétrogradé en décembre 2008 et mis sur la touche dans un bureau sans ordinateur ni téléphone pour être finalement licencié le 16 mars 2009.

De ce fait, il aurait été en grave dépression nerveuse nécessitant une mise en congé de maladie avec sortie autorisée. Son médecin lui aurait suggéré d'occuper son esprit par tout moyen afin d'oublier le stress dû à son emploi et au contexte professionnel qui l'avait mis dans cet état. Il aurait ainsi repris la musique. Ce ne serait pas une répétition par semaine et quelques concerts qui établiraient qu'il n'a pas été malade.

Le manque de loyauté ne proviendrait dès lors pas de son propre fait mais de la façon insidieuse d'B pour mener l'appelant et ses collègues de travail au désespoir.

En outre, l'obligation de loyauté serait une obligation purement contractuelle. Seule une activité faisant concurrence à l'employeur serait susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'obligation de loyauté.

B de son côté fait valoir qu'il n'y a pas lieu de confondre congé de maladie et congé récréatif. Le congé de maladie serait fait pour se reposer et se rétablir, et non pas pour s'adonner à des loisirs qui eux s'exercent en dehors du temps de travail ou pendant les congés récréatifs. La pratique de la musique serait une passion de longue date pour l'appelant et non une thérapie ponctuelle découverte dans le cadre de ses congés de maladie.

L'employeur aurait été surpris et choqué en découvrant dans la presse que son salarié, en congé de maladie, se « déchaînait » sur scène lors de représentations qu'il donne régulièrement avec son groupe de « metal hardcor », dans lequel il occupe le rôle de chanteur. Rien ne prouverait que la dépression subie par l'appelant soit en relation avec son travail, l'appelant étant en aveu que sa fiancée l'avait quitté à cette époque.

En l'espèce, l'objet du débat ne porterait pas sur un jogging ponctuel, mais sur une participation active à des prestations scéniques physiques, qui plus est, rémunérées. Lors des arrêts de maladie de plus en plus longs de l'appelant, ses collègues auraient effectué le travail à sa place, parce qu'il aurait été en tournée, ou en train d'enregistrer un CD à l'étranger, quand bien même ils le croyaient malade.

A aurait ainsi violé ses obligations de loyauté et de discrétion envers son employeur, entraînant une rupture définitive de la confiance.

En l'espèce, le manque de loyauté reproché par B à son salarié consiste non pas dans le fait que A ait eu une activité musicale pendant son congé de maladie, mais dans le fait qu'il a fait croire à son employeur, respectivement à ses collègues de travail qu'il était en incapacité de travail pour cause de maladie, alors qu'il n'était pas incapable de travailler.

Il résulte des certificats de maladie successifs produits par A que celui-ci a été en arrêt de travail pour cause de maladie du 11 septembre 2008 au 19 mars 2009, date de son licenciement, sur base de onze certificats médicaux, dont la plupart avec sortie autorisée.

Il ressort en outre du certificat médical du Dr D, médecin spécialiste en neuro-psychiatrie que A, a été en traitement psychiatrique du 22 septembre 2008 au 6 mars 2009 et qu'il présentait un trouble dépressif majeur ayant nécessité un traitement psychothérapeutique.

Il appartient dès lors à B qui entend renverser la présomption d'incapacité de travail résultant des différents certificats médicaux versés en cause et non autrement motivés, d'en rapporter la preuve contraire par des éléments probants de la cause.

Pour ce faire, il verse les publicités au sujet des sept concerts que le groupe C - dont A fait partie - a donné en public à Luxembourg, voire en Belgique les 13 septembre 2008, 1er novembre 2008, 28 novembre 2008, 6 décembre 2008, 21 janvier 2009 et 27 février 2009, différentes informations sur internet sur le groupe metal luxembourgeois, des photos prises lors des concerts ainsi qu'une disquette du groupe C, intitulée « Film E, Blog HTML, Blogword » montrant une représentation du groupe C avec la participation de A le 21 janvier 2009 à Arlon au Night Fest Metal.

A conteste encore avoir eu une activité rémunérée avec son groupe de musique, avoir jamais fait une tournée internationale ou enregistré d'album dans un grand studio international, éléments qui ne sont en effet pas établis en l'espèce. En outre, le Dr. D aurait prescrit un traitement psychotrB pour soigner la dépression.

Il se dégage du visionnage du CD-ROM versé en cause que les représentations du groupe metal hardcor C constituent en fait, ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, des activités très physiques.

Ne s'agissant de surcroît pas d'un seul concert donné en public pendant la période incriminée, mais de plusieurs, et dont la performance a encore nécessité un certain nombre de répétitions, la Cour vient à la conclusion, tout comme l'ont fait les premiers juges, que A en se livrant pendant son arrêt de maladie à de telles activités, a démontré lui-même qu'il ne se trouvait pas dans une incapacité de travailler.

Les conclusions de A au sujet de la différence de goûts et d'activités suivant chacun et en rapport avec le traitement psychotrophe lui prescrit par son médecin traitant ne sont dès lors pas pertinents.

A fait valoir en ordre subsidiaire que le comportement fautif lui reproché ne revêtirait pas un caractère de gravité suffisant pour justifier un licenciement avec effet immédiat. L'intimée aurait dû procéder par un licenciement avec préavis, au vu notamment de son ancienneté de huit ans et de l'existence d'un seul avertissement. Le témoin F l'aurait décrit comme étant une personne loyale et dévouée à son travail.

Or, il se dégage des développements qui précèdent que le comportement fautif prédécrit de A sur un laps de temps de six mois est de nature à rendre impossible le maintien des relations de travail et de nature à justifier un licenciement avec effet immédiat, indépendamment de la question de savoir si dans le passé il a rempli son travail avec satisfaction.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré le licenciement justifié et en ce qu'il a débouté A de ses prétentions indemnitaires.

Il en suit encore qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit fondée la demande de l'ETAT agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi contre A en remboursement des indemnités de chômage fondée pour le montant de 15.035,09 euros, non contesté en l'espèce.

B conclut de son côté par réformation à l'obtention d'une indemnité de procédure de 500 euros.

C'est à bon droit et pour le motif que la Cour adopte que les premiers juges ont déclaré cette demande non fondée, de sorte qu'il y a lieu encore de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

B ne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 800 euros pour l'instance d'appel n'est pas non plus fondée.

A succombant dans son appel, sa demande en obtention d'indemnités de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel n'est pas davantage fondée.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident ;

les dit non fondés ;

confirme les jugements entrepris ;

dit non fondées les demandes de A et de l'association sans but lucratif B a.s.b.l. en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

condamne A à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Albert RODESCH et de Maître Georges PIERRET qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.