Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du sept juin deux mille douze

Numéro 36798 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, premier conseiller;
Roger LINDEN, premier conseiller;
Paul WAGNER, greffier.

Entre:

S.), demeurant à L- (…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 15 novembre 2010,

comparant par Maître Aurélia FELTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) la société anonyme SOC.1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit NILLES,

comparant par Maître Guy CASTEGNARO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, et pour autant que de besoin par le Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi,

intimé aux fins du prédit exploit NILLES,

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

LA COUR D'APPEL:

Par jugement du 5 octobre 2010, le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette a déclaré abusif le licenciement avec préavis de la salariée S.) prononcé le 4 novembre 2008 par son employeur, la société anonyme SOC.1.). Il a cependant dit non fondée la demande de la salariée en allocation de dommages-intérêts et débouté l'ETAT du Grand - Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, de sa demande en remboursement de la somme de 31.952,66 € versée à la salariée à titre d'indemnités de chômage pendant la période de janvier 2009 à septembre 2010. Il a rejeté la demande de la requérante basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et condamné l'employeur aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a analysé les témoignages recueillis en exécution d'un premier jugement du tribunal du 5 janvier 2010 qui avait admis l'employeur à établir par témoins la matérialité des faits à la base de la rupture du contrat de travail. Il en a conclu que l'employeur n'avait pas établi que la salariée s'était livrée durant la pause-carrière d'une année qu'elle avait prise à une activité qui eût requis l'accord préalable de l'employeur, motif invoqué par ce dernier à la base du licenciement.

Par exploit d'huissier du 15 novembre 2010, S.) a régulièrement relevé appel du jugement du 5 octobre 2010 et elle conclut, par réformation, à se voir allouer des dommages-intérêts de l'ordre de 133.767,98 € du chef de dommage matériel et de 50.000 € du chef de dommage moral, de même qu'à voir condamner la société intimée à lui payer une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance et de 2.000 € pour l'instance d'appel.

L'intimée relève appel incident et conclut à voir déclarer régulier le licenciement. Elle demande à être relevée de la condamnation aux dépens prononcée et réclame, par réformation, une indemnité de procédure pour la première instance. Elle conclut subsidiairement à la confirmation du jugement en ce que les demandes en réparation du préjudice matériel et moral et en indemnité de procédure de l'appelante de même que la demande de l'Etat ont été rejetées. Elle demande en ordre plus subsidiaire à voir allouer à l'appelante des montants moins importants que ceux réclamés dans l'acte d'appel.

La régularité du licenciement.

Il convient tout d'abord d'écarter le grief formulé par l'intimée à l'encontre du tribunal du travail qui dans son jugement du 5 janvier 2010 a écarté le motif de licenciement tiré de l'absentéisme habituel de la salariée durant les huit premiers mois de 2008, année durant laquelle elle était absente pendant 91 jours dont 68 jours pour cause de maladie.

Ces développements ne sont en effet pas fondés étant donné que la Cour n'est en vertu de l'effet dévolutif de l'appel de la salariée saisie que d'un appel dirigé contre le jugement du 5 octobre 2010 de sorte que la société n'est pas recevable à critiquer le premier jugement du tribunal du travail non entrepris.

L'offre de preuve par témoins à laquelle a été admis l'employeur par ledit jugement du 5 janvier 2010 tendait à établir que la salariée avait utilisé des manœuvres dolosives et abusé de la confiance de l'employeur en prétextant vouloir, durant la pause-carrière d'une année, suivre des cours de coaching, en vue de sa réaffectation ultérieure au sein de la banque, alors qu'en réalité elle voulait se réorienter professionnellement et n'avait dès l'ingrès aucune intention de réintégrer la banque de sorte qu'elle aurait dû démissionner de ses fonctions. [point ii) de l'offre de preuve] L'employeur entendait de plus établir au point iii) de l'offre de preuve que la salariée n'a pas sollicité son accord préalable pour l'exercice d'une activité professionnelle complémentaire (article 5 de l'avenant du contrat de travail du 10 septembre 2008) dès lors que la salariée figurait dès le 21 septembre 2008 sur le site internet de la société SOC.2.) dans la rubrique *« meet your coaches »* , et que dans son édition du mois de décembre 2008, le magazine X.) a pu écrire que la salariée *« se lance dans un nouveau défi comme executive et personal coach, en collaboration avec SOC.2.), la première société de coaching au Luxembourg ».*L'employeur avait encore été admis à établir que la salariée *av*ait durant la pause-carrière exercé ses fonctions de coach au profit d'employés de sociétés concurrentes, partenaires, clientes ou prospects de la banque, ce à quoi la banque n'aurait jamais consenti au vu de la fonction occupée jusque là par la salariée au sein de la banque.

Il convient, ainsi que l'a correctement décidé le tribunal du travail, de faire abstraction dans l'appréciation du comportement de la salariée des informations rapportées par le magazine X.) dans son édition du mois de décembre 2008, partant à un moment où l'employeur avait déjà prononcé le licenciement avec préavis. Lesdites informations seraient tout au plus susceptibles de confirmer des faits antérieurs, mais ne sauraient servir de justification au licenciement. Le témoin G.), entendue dans le cadre de l'enquête, n'était d'ailleurs pas à même de se rappeler s'il était déjà en

possession de ces informations parues dans la presse où il a procédé au licenciement avec préavis de la salariée.

La Cour renvoie tant aux déclarations des témoins entendus lors de l'enquête et de la contre-enquête qu'à la synthèse qui en a été faite par le tribunal du travail dans son jugement du 5 octobre 2010.

Le point ii) de l'offre de preuve n'a pas été rapporté dès lors que l'unique témoin entendu par l'employeur « n'a aucune connaissance personnelle » du reproche fait à la salariée d'avoir utilisé des manœuvres dolosives pour se voir accorder le congé sans solde.

La Cour relève par ailleurs tant au vu des déclarations du témoin G.) que des conclusions prises en appel par la banque qu'il était dès le départ clair que la réorientation professionnelle de la salariée ne saurait avoir eu pour finalité de la voir intégrer à terme le département des ressources humaines de la banque, étant donné qu'aucun poste n'était disponible à l'époque. Il est dans ces conditions légitime de se demander quelle était la finalité poursuivie si ce n'est que cette réorientation devait nécessairement aboutir, en cas de succès, soit à ce que la salariée réintègre la banque et que sa réorientation n'eût servi à rien, soit qu'elle la quitte. La décision de la banque de laisser durant l'année sabbatique en question la voiture de service à la disposition de la salariée est encore difficilement compréhensible dès lors que cette décision présuppose que la banque comptait sur un retour de la salariée en son sein, retour qui toutefois présupposait, eu égard aux raisons exposées ci-dessus, que la salariée n'eût pu mettre à profit son expérience nouvellement acquise.

L'arrangement trouvé par les parties était en fait dans leur intérêt commun. La banque n'était plus obligée - temporairement - de rémunérer une salariée qui était régulièrement absente pour raisons médicales et la salariée espérait trouver une nouvelle motivation en essayant de se réorienter professionnellement, quitte, en cas d'échec à pouvoir réintégrer son ancien poste de travail.

La clause relative à l'accord préalable à donner par la banque, dont question à l'avenant du 8 septembre 2008, à l'exercice par la salariée durant la pause-carrière de toute d'activité professionnelle complémentaire est la reprise pure et simple d'une clause conventionnelle déjà en vigueur entre parties, mais qui devait s'appliquer spécifiquement durant la période durant laquelle le contrat de travail était suspendu. Le choix du terme d'activité professionnelle complémentaire est en ce sens inadéquat en ce qu'il présuppose une activité professionnelle principale qui, au vu de l'arrangement des parties, était temporairement suspendue.

L'employeur soutient que l'appelante s'était contractuellement engagée envers la société SOC.2.) sans avoir au préalable sollicité et obtenu son accord et de la sorte exercé une activité professionnelle, tandis que la salariée soutient que cette activité auprès de cette société de coaching constituait un préalable à l'obtention de son diplôme de coaching qui lui permettrait d'exercer cette activité professionnelle à titre principal, que ce soit à titre salarié ou à titre indépendant.

Il appartient d'abord à l'employeur de rapporter la preuve que la salariée a exercé une activité professionnelle complémentaire. Dès lors que cette activité était soumise à l'accord préalable de la banque, la Cour considère que l'activité professionnelle est à assimiler à l'exercice d'une activité salariée au profit d'un autre employeur que la banque. Cette activité est également concevable si elle devait avoir été exercée à titre libéral par la salariée. La Cour examinera partant les deux hypothèses.

Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne, dénommée salarié, s'engage à accomplir une prestation de travail pour le compte et sous l'autorité d'une autre, dénommée l'employeur, qui lui verse, en contre - partie une rémunération. (Cour de Cassation 47/08, arrêt du 30.10.2008).

L'employeur reste en défaut de rapporter la preuve de l'existence d'un tel contrat conclu entre l'appelante et la société SOC.2.).

La Cour renvoie au témoignage de J.), responsable de la société SOC.2.), recueilli lors de la contre-enquête du 21 avril 2010. Elle déclare que l'appelante qui était en train de préparer son diplôme de coach n'a travaillé ni pour elle ni pour la société, qu'aucun contrat de travail n'a été signé entre parties et qu'elle n'a été rémunérée ni sur base d'un salaire ni sur base de commissions. Le témoin précise que sa clientèle est composée de sociétés, raison pour laquelle elle avait transféré les demandes de coaching provenant de personnes privées à S.) afin qu'elle s'en occupe aux fins de parfaire son stage. C'est pour des raisons de publicité que le nom de cette dernière figurait sur le site internet de la société. Le témoin d'ajouter qu'elle est d'avis que l'appelante ne percevait pas d'honoraires de la part des clients privés.

Dès lors qu'il n'est pas non plus établi que l'appelante a touché des honoraires de la part de ces clients privés, il est oiseux de rechercher si elle a exercé une activité à titre indépendant, un des éléments constitutifs de l'activité professionnelle complémentaire n'étant de toute façon pas établi.

L'intimée relève certes à bon droit que le site internet de la société (situation au 20 octobre 2008) fait état de ce que S.) « *was* in *her last position* at SOC.1.) Director of Sales and Relationship Management ». Elle en conclut

que la salariée n'entendait plus réintégrer la banque et se trouvait contractuellement engagée envers ladite société. Cette conclusion n'est cependant pas aussi péremptoire que ne l'entend la société dès lors qu'il est plausible, tel que le témoin J.) l'a déclaré, que l'appelante devait figurer sur le site internet pour des raisons de publicité et que voulant énumérer son expérience professionnelle, il n'eût pas été très judicieux de la faire figurer comme actuelle directrice d'une banque de la place qui parallèlement suit une formation de coach. Ledit site internet spécifie par ailleurs explicitement que S.) qui entend à terme *"become a full-time professional coach"*... "*is in the process of obtaining her coaching certification from one of UK's leading coach trainers and will then go to be accredited by the ECI",* la Cour relevant cependant que ces mentions se trouvent en parfaite contradiction avec le début de la présentation du curriculum vitae professionnel de l'appelante aux termes duquel elle " *is* an executive and personal coach ".

Dans sa demande d'accord adressée le 21 octobre 2008 à la banque, l'appelante écrit qu'elle s'est *lancée dans le défi de devenir coach en tant qu'indépendant* et que *vu que je compte commencer à faire du corporate et executive coaching à partir du mois de janvier, j'aimerais bien recevoir, avant de me lancer, l'accord de SOC.1.) que je puisse exercer ce métier qui n'est en aucun cas en concurrence avec le métier que j'ai exercé en tant que DRM .*

Elle sollicite partant l'accord pour une activité qu'elle compte exercer à titre d'indépendant à partir du mois de janvier 2009. A noter que l'employeur envoie dès le lendemain la lettre de convocation à l'entretien préalable.

L'intimée reste en défaut d'établir que A.) a déjà commencé à exercer cette activité professionnelle avant le 21 octobre 2008. Il n'est par ailleurs pas établi au vu du témoignage de J.) que la salariée a, avant le licenciement, coaché des membres du personnel de sociétés qui, selon l'intimée se trouvent en relation concurrentielle avec la banque, cette supposée activité ayant été, selon le témoin G.), le motif principal qui a incité l'employeur à résilier le contrat de travail avec la salariée.

L'appel incident de la banque n'est partant pas fondé et le tribunal du travail est à confirmer en ce qu'il a retenu que l'employeur ne pouvait invoquer de cause réelle et sérieuse qui lui eût permis de résilier le contrat de travail. Le licenciement a partant, à bon droit, été déclaré abusif.

<u>L'indemnisation</u>

La demande en indemnisation de la salariée a été rejetée au motif qu'elle ne justifiait d'aucun préjudice étant donné qu'elle aurait été, même si le contrat de travail n'avait pas été résilié, en pause - carrière durant une

année de septembre 2008 à septembre 2009, le licenciement avec préavis ayant été prononcé en novembre 2008.Le tribunal a ajouté pour justifier son refus de lui allouer des dommages-intérêts du chef de préjudice moral qu'en se positionnant sur le site internet de la société SOC.2.) comme ne faisant plus partie du personnel de la banque, elle a déclenché la procédure de licenciement qui lui est partant partiellement imputable.

L'appelante fait grief au tribunal d'avoir retenu qu'elle avait l'intention de ne plus réintégrer la société et de s'établir à son compte et de s'être laissé induire en erreur par le site internet de la société SOC.2.) qui y fait état de ce qu'elle était *(was)* occupée auprès de la banque, alors que ces informations ont été publiées par la société sans qu'elle ne fût consultée. Elle estime de même erroné le raisonnement du tribunal qui a retenu qu'elle avait contribué à son licenciement pour lui refuser l'indemnisation du préjudice moral.

Le tribunal a retenu à bon droit que la salariée se trouvait en pause-carrière non rémunérée du 15 septembre 2008 au 14 septembre 2009 et en a conclu à raison que la perte de son emploi avec effet au 15 janvier 2009 ne lui a pas causé de préjudice matériel. La Cour retient, tout comme le tribunal du travail, qu'il n'y a pas lieu de tenir compte d'une période de référence allant au-delà du 15 septembre 2009, étant donné qu'un délai de neuf mois aurait été adéquat pour permettre à la salariée de retrouver un emploi équivalent à ses capacités et revendications salariales. Le jugement est à confirmer de ce chef tout comme le volet dudit jugement dans lequel le tribunal du travail a rejeté la demande de l'Etat du Grand - Duché de Luxembourg qui, en l'absence d'une assiette à la base de son recours légal, ne saurait faire valoir de revendications à l'encontre de l'employeur.

La demande en indemnisation du préjudice moral de la salariée a été rejetée par le tribunal du travail au motif que son comportement aurait contribué au licenciement prononcé par l'employeur.

Cette motivation est erronée dès lors que le prétendu comportement de la salariée est uniquement à analyser lors de l'examen du caractère régulier ou non du licenciement intervenu. Pour autant que ce dernier est déclaré abusif, le tribunal du travail ne saurait plus prendre en compte ce comportement dans la fixation de l'indemnisation due au salarié. La juridiction du travail doit uniquement apprécier à ce stade de l'instance la situation financière voire morale du salarié provoquée par le licenciement et non plus les causes ayant conduit à la résiliation du contrat de travail.

L'indemnisation a exclusivement pour but la réparation du dommage subi du fait de la résiliation abusive. Toute prise en compte du comportement du salarié antérieure au licenciement est à exclure dans l'appréciation du dommage subi.

Eu égard au comportement de l'employeur qui, dès le lendemain du jour où la salariée a sollicité son accord pour exercer une activité complémentaire, a engagé la procédure préalable au licenciement et aux soucis que l'appelante s'est faits en raison de l'incertitude planant sur son avenir professionnel, la Cour juge adéquat de lui allouer à titre de réparation du dommage moral la somme de 5.000 €.

L'appel principal de la salariée est partant partiellement fondé de ce chef.

L'appel incident de la société qui réclame une indemnité de procédure pour la première instance est irrecevable étant donné qu'il ne ressort ni du dispositif du jugement qu'une telle demande ait été rejetée, ni de sa motivation qu'une telle demande ait été présentée devant la juridiction du premier degré. Sa demande tendant à se voir relever de la condamnation aux dépens est rejetée au vu du caractère irrégulier du licenciement.

Aucune des parties n'a droit à une indemnité de procédure pour l'instance devant la Cour d'appel au vu du sort respectif réservé aux appels principal et incident.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit les appels principal et incident,

dit non fondé l'appel incident de la société anonyme SOC.1.) S.A,

dit partiellement fondé l'appel principal de S.),

réformant:

condamne la société anonyme SOC.1.) S.A. à payer à S.) à titre de réparation du dommage moral la somme de 5.000 € avec les intérêts légaux du jour de la demande en justice jusqu'à solde,

confirme le jugement pour le surplus,

rejette les demandes en indemnité de procédure,

condamne chaque partie à supporter la moitié des frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Aurélie Feltz et Guy Castegnaro, avocats constitués, sur leurs affirmations qu'ils en ont fait l'avance.