Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-quatre octobre deux mille treize.

Numéro 38830 du rôle

Composition:

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

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 16 juillet 2012,

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1)la société à responsabilité limitée B s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Grégori TASTET, 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 ENGEL,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 16 mai 2013.

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

A a été engagé par la société à responsabilité limitée B s.à r.l. (ci-après : B) en qualité de couvreur à partir du 5 mars 2007.

Suivant lettre recommandée du 28 juillet 2009, il a été licencié avec effet immédiat pour fautes graves dans son chef.

L'employeur lui reprocha notamment des absences habituelles et répétées en mai et juillet 2009, des propos injurieux à l'encontre de son employeur le 2 juillet 2009, des absences injustifiées le 13 juillet 2009 ainsi que les 20 et 21 juillet 2009, l'exécution d'un travail clandestin pour le compte d'un tiers pendant son congé de maladie le 18 juillet 2009, un mauvais montage d'un échafaudage le 3 juillet 2009 ainsi que l'endommagement de la camionnette de l'employeur le 3 juillet 2009 sans information de l'employeur.

A contesta tant le caractère réel que sérieux des motifs de son congédiement u congédiement.

Par requête du 28 août 2009, il a fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette pour le voir condamner à lui payer suite au licenciement qu'il qualifia d'abusif les montants indemnitaires suivants :

préavis non respecté (173 x 15,23339 x 2)	5.270,93 €
dommage moral	5.000,00 €
dommage matériel	5.000,00 €,

soit au total la somme de 15.270,93 euros, outre les intérêts légaux, la majoration du taux de l'intérêt légal et une indemnité de procédure de 1.500 euros.

A l'audience des plaidoiries, l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, demanda la condamnation de la partie mal-fondée au litige à lui payer la somme de 11.294,71 euros à titre d'indemnités de chômage avancées à A pour la période du 24 août 2009 au 31 janvier 2010.

Par jugement contradictoire du 19 janvier 2012, le tribunal du travail, après avoir constaté que les griefs tenant au mauvais montage d'un échafaudage et d'une absence non excusée le 13 juillet 2009 avaient déjà été sanctionnés par l'employeur au moyen d'avertissements écrits et que ni la fréquence, ni la durée des deux incapacités de travail médicalement constatées du salarié ne sont d'une ampleur suffisante pour justifier son licenciement immédiat, ordonna une comparution personnelle des parties afin de leur permettre, notamment, de s'exprimer au sujet des prises de vues enregistrées par la société B le 18 juillet 2009 en relation avec le prétendu travail clandestin presté par A pendant son congé de maladie.

Par jugement contradictoire du 7 juin 2012, le tribunal du travail, statuant au vu du résultat de la comparution personnelle des parties, déclara le licenciement régulier et non fondée la demande de A.

Il dit fondée la demande de l'ETAT et condamna A à payer à l'ETAT, ès qualités, le montant de 15.204,41 euros avec les intérêts légaux sur le montant de 11.294,71 euros à partir du 24 novembre 2011 et sur le montant de 3.909,70 à partir du 3 mai 2012.

Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu qu'A après avoir, dans un premier temps, nié sa présence sur le chantier en question au motif, notamment qu'ayant souffert de vertiges rotatoires, il n'était pas en mesure de monter sur un toit, celui-ci a admis, lors de la comparution personnelle des parties, qu'il se trouve parmi les quatre hommes figurant sur les prises de vues, y compris sur celles numérotées de 3 à 34 et qui d'après la défenderesse ont été enregistrées le 18 juillet 2009.

En ce qui concerne le moyen tiré d'une éventuelle manipulation des dates attribuées aux différentes photos, le tribunal a retenu qu'A restait en défaut de produire le moindre élément probant de nature à établir que ces dates avaient été manipulées. Au contraire, la tenue vestimentaire différente des hommes sur les deux versants de la toiture corroborerait la version des faits de la société B qu'A avait non seulement travaillé les 25 et 27 juillet 2009 alors qu'il n'était plus en congé de maladie, mais également le 18 juillet 2009 alors qu'il se trouvait en congé de maladie.

Le tribunal a dès lors retenu que le fait d'exécuter des travaux de toiture pour le compte d'un tiers pendant une période de maladie déclarée constitue un acte de déloyauté à l'égard de l'employeur et justifie à lui seul un licenciement avec effet immédiat.

Il en a déduit que le licenciement avec effet immédiat du 28 juillet 2009 est régulier, sans qu'il n'ait à apprécier, en outre, la réalité et la gravité des griefs tirés d'un montage défectueux le 3 juillet 2009 et d'une absence non excusée le 13 juillet 2009, faits antérieurement sanctionnés par avertissement écrit.

Par exploit d'huissier du 16 juillet 2012, A a relevé appel contre ces deux jugements.

Il conclut à voir déclarer le licenciement du 28 juillet 2009 abusif, à voir rejeter les photos adverses pour constituer un moyen de preuve illicite, sinon pas suffisamment sérieux et à voir déclarer fondée sa demande pour les montants réclamés en première instance, se voir décharger de toute condamnation à l'égard de l'ETAT, sinon voir réduire le montant de 15.204,41 sur base de sa situation précaire et à s'entendre allouer une indemnité de procédure de 1.500 euros.

L'ETAT conclut en ce qui concerne sa demande à la confirmation du jugement entrepris, sinon à la condamnation de B à lui rembourser le montant des indemnités de chômage avancées à A s'élevant à 15.204,41 euros.

B conclut à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000 euros.

Il y a partant lieu de réexaminer le bien-fondé des motifs invoqués par la société B à l'appui de sa lettre de licenciement, plus particulièrement celui relatif au travail clandestin d'A pendant qu'il était en congé de maladie le 18 juillet 2009.

Pour établir sa version des faits, la société B verse trois jeux de photos représentant des ouvriers en train de réaliser des travaux de toiture d'une maison à Manternach. D'après les explications fournies par l'intimée ces photos ont été prises d'après leur ordre de numérotage les 18, 25 et 27 juillet 2009, les prises de vue du 18 juillet 2009 montrant les travaux de la toiture - côté façade avant de l'immeuble, celles du 25 juillet 2009 les travaux de toiture - côté façade postérieure et celles du 27 juillet 2009 illustrant la fin des travaux.

A fait grief au tribunal de première instance d'avoir basé sa décision sur un moyen de preuve illicite, alors que non seulement les prétendues photos datées unilatéralement par l'employeur au 18 juillet 2009 n'auraient pas de force probante

puisqu'elles auraient été prises sur l'initiative de ce dernier à l'insu et en dehors du lieu et des heures de travail de son salarié.

En outre, et contrairement à la motivation du jugement entrepris, il n'appartiendrait pas à l'appelant de prouver que ces photos sont manipulées, mais à l'intimée de rapporter sa version des faits par des pièces sérieuses et crédibles. Par ailleurs, les dates des prises de vue seraient manipulables directement par un réglage sur l'appareil photo respectivement pourraient être modifiées par l'utilisateur en cas de transfert sur ordinateur.

En l'espèce, la démarche de l'employeur consistant à prendre des prises de vue d'une toiture montrant son salarié en train de réaliser des travaux pour le compte d'un tiers pendant qu'il est en congé de maladie ne saurait constituer une preuve non légalement obtenue, dès lors que les photos ont été prises à l'extérieur, qu'elles ne dénotent aucun caractère privé, que les travaux ont été réalisés au vu et su de tous les passants et qu'A s'est exposé lui-même au risque d'être reconnu et photographié.

En outre, aucun élément probant ne permet d'admettre que ces photos ont été en fait manipulées quant à leur date. Au contraire, ainsi que l'a relevé à bon escient le tribunal du travail, il se dégage de la comparaison des prises de vue no 3 à 34 avec celles no 49 à 63 que les ouvriers étaient habillés différemment sur les photos prises le 18 juillet 2009 et sur celles du 25 juillet 2009 et que les travaux avaient nettement avancé entre les deux dates.

Ces constatations sont encore corroborées par l'attestation testimoniale d'A qui a observé et relaté de façon circonstanciée la nature des travaux exécutés par A le matin et l'après-midi du 18 juillet 2009 sur le versant de la toiture, côté rue de la maison et ceux qu'il effectuait le 25 juillet 2009 sur le versant, côté jardin arrière de la maison.

C'est dès lors à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a déduit du comportement d'A un acte de déloyauté à l'égard de l'employeur de nature à justifier à lui seul un licenciement avec effet immédiat.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré le licenciement régulier et non fondée la demande en indemnisation d'A.

A conclut en ordre subsidiaire de s'entendre décharger de toute condamnation à l'égard de l'ETAT sinon voir réduire le montant de sa dette de 15.204,41 euros à l'égard de l'ETAT à de plus justes proportions moyennant paiement échelonnés, au

vu de sa situation précaire dans laquelle il s'est retrouvé suite à son licenciement avec effet immédiat.

Aux termes de l'article L.521-4 (6) du code du travail, *le jugement ou l'arrêt déclarant justifié le licenciement du salarié (...) condamne ce dernier à rembourser au Fonds pour l'emploi, les cas échéant de façon échelonné, tout ou partie des indemnités de chômage lui versées par provision.*

Compte tenu du caractère justifié du licenciement, c'est à juste titre que le tribunal du travail a dit fondée la demande de l'ETAT pour autant que dirigée contre A.

Au vu des circonstances de l'espèce et au regard de la nature de la faute d'A il n'est cependant pas indiqué de réduire le montant du remboursement qui est justifié au vu des pièces versées.

A défaut de plus amples renseignements quant aux possibilités d'un remboursement mensuel, il n'y a pas non plus lieu d'ordonner un paiement échelonné.

Il y a partant lieu de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

Au vu de l'issue de son appel, A est à débouter de sa demande sur base de l'article 240 du NCPC.

La société B n'établissant pas l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure n'est pas non plus 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 l'appel;

le dit non fondé;

partant, confirme le jugement entrepris,

dit les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC non fondées,

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