Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du dix-huit novembre deux mille dix

Numéro 34353 du rôle.

Composition:

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

Entre:

A, employé privé, demeurant à L-,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch du 4 décembre 2008,

comparant par Maître Alex PENNING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société à responsabilité limitée B s.à r.l., établie à L-, représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit RUKAVINA,

comparant par Maître Jean-Luc GONNER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par une première requête déposée le 24 avril 2008, la société à responsabilité limitée B a fait convoquer le délégué du personnel A devant le tribunal du travail de Diekirch pour s'entendre déclarer résilié son contrat de travail avec effet au 24 avril 2008, date de la mise à pied avec effet immédiat et le condamner à une indemnité de procédure de 1.000 €.

Le 27 juin 2008, la société A.B a déposé une seconde requête tendant à la résolution du contrat de travail et ce avec effet au 26 juin 2008, date d'une nouvelle mise à pied pour faute grave.

Par jugement du 14 novembre 2008, le tribunal du travail de Diekirch a ordonné la jonction des deux affaires, déclaré non justifiée la première mise à pied du 24 avril 2008 mais justifiée celle du 26 juin 2008, constaté qu'A avait commis des fautes graves et partant prononcé la résolution du contrat de travail avec effet au 26 juin 2008, date de la deuxième mise à pied, rejetant les demandes en paiement d'une indemnité de procédure formulées de part et d'autre.

Contre ce jugement A a régulièrement interjeté appel par exploit du 4 décembre 2008.

Il demande, par réformation, à la Cour, de déclarer non justifiée la mise à pied du 26 juin 2008 et ainsi rejeter la demande en résolution du contrat de travail sur base des motifs invoqués dans le cadre de l'une quelconque des deux mises à pied, réclamant une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel.

La société A.B a interjeté ***appel incident*** demandant à la Cour de déclarer justifiée la première mise à pied du 24 avril 2008 et partant prononcer la résolution du contrat de travail avec effet au 24 avril 2008, concluant pour le surplus à un sursis à statuer dans l'attente de l'issue de l'affaire pénale suite à la plainte par elle déposée contre A du fait des fautes invoquées à l'appui de la seconde mise à pied, concluant en ordre subsidiaire à la confirmation du jugement pour autant que la résolution du contrat de travail a été prononcée sur base de la seconde mise à pied avec effet au 26 juin 2008, formulant en dernier ordre de subsidiarité une offre de preuve par témoins. Elle demande encore une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance et de 2.500 € pour l'instance d'appel.

La première mise à pied du 24 avril 2008

A, titulaire d'un « *CATP Commerce* » a été engagé comme employé de bureau par la société A.B suivant contrat oral du 1ier octobre 1997.

Au mois de novembre 2002 sans préjudice à la date exacte, la société A.B a chargé la société CEDEC - Centre Européen d'Evolution Economique – de Bruxelles d'une mission de conseil ayant pour objet de réorganiser la structure de la société A.B et un poste de contrôleur de gestion fut créé et proposé à A

qui l'a accepté. Des outils informatiques de suivi ont été mis à disposition de la société A.B et A reçut une formation spéciale. En novembre 2003, les outils furent actualisés et A en a reçu les notes techniques ainsi qu'une formation spécifique adaptée aux nouveaux outils.

En décembre 2004, la société A.B, s'étant rendue compte qu'A n'avait pas correctement rempli les tâches lui confiées, chargea CEDEC d'une nouvelle mission de conseil ayant pour objet de recadrer la fonction de contrôleur de gestion et une fiche de fonction précisant les tâches et responsabilités de cette fonction fut élaborée le 1ier décembre 2004 complétée le 12 janvier 2005, détaillant au maximum les tâches confiées à A.

Il en découle que ses tâches et responsabilités consistaient dans le suivi des activités de l'entreprise respectivement la prévision de l'activité et des objectifs en faisant la collecte des informations de gestion disponibles dans les différents départements de l'entreprise tel le nombre d'heures travaillées sur chantier ou au dépôt, le potentiel d'heures facturables, le suivi des heures facturées et non facturées, le volume de travail en carnet de commandes, la mise en forme et l'interprétation de ces différentes données afin de préparer les budgets respectivement pouvoir contrôler les écarts budgétaires ainsi que les coûts et les prix de revient pour en présenter le résultat à la direction de l'entreprise dans le cadre du comité de direction et émettre sur base des constatations recueillies des suggestions ou avertissements par rapport au bon fonctionnement de l'entreprise.

Ainsi qu'en témoignent les nombreux rapports d'activité CEDEC établis au fil des années, malgré la mise en place en 2002 d'un puissant outil informatique et de la création d'un poste spécial de contrôleur de gestion, les réformes tardaient à apporter les résultats escomptés et selon CEDEC il ne s'agissait pas d'un problème d'ordre technique mais d'un problème d'ordre humain, A ayant clairement failli dans sa mission, ne tablant pas sur les bonnes priorités.

A titre d'exemple on peut citer sa mise « *au frigo* » du calcul des coûts horaires, faute impardonnable selon CEDEC qui a entraîné des conséquences désastreuses pour l'entreprise ; ainsi la non-connaissance précise des coûts horaires et la non-intégration des heures de transport dans le calcul du prix de revient conduit à de faux calculs au niveau des devis suite à des informations incorrectes et par la suite à des interprétations erronées quant au résultat réel du chantier : on pourrait croire que l'on fait des bénéfices alors que ce n'est pas le cas ou encore distribuer à tort des primes au personnel de production et à l'encadrement sur base de résultats que l'on croit excellents.

Il s'est de même avéré que malgré instructions écrites formelles de ne jamais toucher aux formules ou modifier les tableaux, A était selon CEDEC passé « *maître dans l'art* » de faire des modifications intempestives aux fichiers ou encore il ne prenait pas la peine de lire le document explicatif accompagnant un nouveau fichier.

Suite à un nouveau rapport CEDEC « *particulièrement foudroyant* » selon la société A.B, celle-ci a décidé d'accorder à A une dispense de travail à partir du

17 mars 2008 pour procéder à une analyse approfondie de l'ordinateur utilisé par celui-ci dans le cadre de sa mission de contrôleur de gestion.

Selon la société A.B il se serait révélé lors de ce contrôle, effectué au courant des mois de mars et avril 2008 que malgré toutes les exhortations, recommandations et encadrements proposés par CEDEC à A ce dernier aurait sciemment modifié les différentes données informatiques et ainsi soumis à son employeur des relevés inexacts.

A l'issue des vérifications, la société A.B a procédé en date du 24 avril 2008 à la mise à pied pour faute grave d'A déposant le même jour une requête en résolution du contrat de travail.

Aux termes de l'article L.415-11. (1) du code du travail « *Pendant la durée de leur mandat, les membres titulaires et suppléants des différentes délégations du personnel…ne peuvent être licenciés, le licenciement notifié par l'employeur à un de ces délégués ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable sont nuls et de nuls effets*. » le paragraphe (2) précisant toutefois « *en cas de faute grave, le chef d'entreprise a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé en attendant la décision définitive de la juridiction du travail sur la demande en résolution du contrat de travail. »*

Les fautes commises doivent revêtir une gravité certaine de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible la continuation des relations de travail.

Si l'article L.415-11. (2) du code du travail ne renvoie pas expressément à l'article L.124-10 du code du travail et ne donne pas de définition de la notion de faute grave, il n'y a cependant pas de différence à faire entre la faute grave du salarié et celle du salarié-délégué protégé, la faute d'un délégué ne devant être ni plus ni moins lourde que celle d'un collègue qui n'a pas cette qualité.

D'un autre côté le délégué doit pouvoir invoquer les mêmes garanties inscrites à l'article L.124-10. du code du travail et plus particulièrement celle énoncée au paragraphe (6) qui oblige celui qui se prévaut d'une faute grave de l'invoquer dans le mois où il en a eu connaissance, les fautes commises antérieurement à ce délai pouvant uniquement être invoquées à l'appui des nouvelles fautes commises ou découvertes dans le mois précédant la mise à pied.

Il convient dès lors d'examiner d'abord la réalité et le degré de gravité des faits découverts par l'employeur au moment du contrôle des 26 et 27 mars 2008 et consignés dans le rapport de visite CEDEC du 4 avril 2008.

La Cour se basera à ces fins à la fois sur les constatations des experts CEDEC que sur une attestation testimoniale d'Alain B qui, en janvier 2008 a fait la formation nécessaire du contrôleur d'entreprise auprès de CEDEC pour pouvoir sortir l'entreprise de ses embarras et qui dispose ainsi des connaissances suffisantes pour opérer ces vérifications.

Assisté par les experts du CEDEC, Alain B a procédé en date des 26 et 27 mars 2008 à l'examen et l'analyse des fichiers modifiés et travaillés par A pour en faire ressortir les erreurs et incohérences constatées dans les résultats qu'il avait transmis à la société.

Le début d'examen des fichiers s'est caractérisé d'abord par un constat de désordre très important. Les fichiers existaient en de nombreuses versions différentes, mais aucune ne paraissait aboutie. L'utilisation des fichiers était inappropriée et la méthodologie n'avait manifestement pas été suivie notamment pour les fichiers G200 et D100.

A l'examen du fichier D107 « *Synthèse des coûts horaires* » recalculés correctement par Alain B et ceux calculés par A des différences significatives furent constatées et sont illustrées ci-dessous :

Coûts horaires	Calculés par A	Calculés par Alain DI CATO
Chef d'équipe	31,10 €	44,98 €
Maçon	27,35 €	38,75 €
Manœuvre	25,14 €	33,50 €
Machiniste	21,78 €	29,52 €
Camion + chauffeur	42,36 €	58,67 €

Il fut constaté que ces différences provenaient à la fois de changements de formules effectuées par A dans ce tableau et des données qu'il y avait saisies.

Les conséquences financières de ces faux calculs sont évidentes : si l'entreprise a vendu ses heures au taux renseigné par A, le manque à gagner a dû être très important.

Il fut encore constaté que dans l'ensemble des tableaux relevant le nombre d'heures travaillées, A avait présenté pour chaque mois le même nombre d'heures prestées pour chaque ouvrier sans tenir compte des heures d'absence, 10% selon Alain B, pour cause de maladie, accidents, intempéries, congé extraordinaire, formation etc.

Or, selon Alain B, le coût horaire diminue avec le nombre des heures prestées.

Il en découle que le coût horaire était doublement faussé, d'une part par un calcul beaucoup trop bas, soit 10% de différence avec le coût recalculé par A, et d'autre part par des chiffres fictifs à titre d'heures de présence alors qu'il aurait suffi à A de reprendre le montant réel du programme de gestion « *Gesto* ».

Il fut encore constaté à propos du département « *métallisation* » à Mertzig qu'ici encore les coûts horaires calculés par A étaient erronés, selon les chiffres, le stock était augmenté chaque mois sans aucune considération de la consommation ce qui a fait « *flamber »* les coûts horaires de sorte qu'à un moment donné les prix n'étaient plus compétitifs et la clientèle a demandé des devis auprès de la concurrence.

Après analyse de l'ordinateur utilisé par A, aucune trace des tableaux qu'il aurait dû remettre par rapport au contrôle des factures, devis, productivité sur les chantiers, n'a été trouvée.

L'analyse des tableaux existants a révélé qu'il a systématiquement opéré avec des chiffres faux.

La Cour considère que les fautes reprises ci-dessus et dont l'envergure réelle et leur répercussion sur la situation financière de la société ne fut découverte par l'employeur que lors du contrôle effectué les 26 et 27 mars 2008 en présence des experts CEDEC, soit dans le mois précédant la mise à pied, et dont les constatations ont été arrêtées dans le rapport de visite du 4 avril 2008 revêtent un caractère de gravité suffisant rendant immédiatement et définitivement impossible le maintien de la relation de travail et justifient la mise à pied immédiate du 24 avril 2008.

Le délai d'un mois imposé par l'article L.124-10- (6) a dès lors été respecté.

Les nombreuses fautes commises dans le passé depuis la mise en place en 2002 du poste de contrôleur de gestion, fautes reprises dans les différents rapports d'activités dressés par CEDEC auxquels la Cour a fait référence ci-dessus et résumées dans le rapport de visite du 4 avril 2008 ne font qu'appuyer le caractère de gravité des faits constatés lors du contrôle des 26 et 27 mars 2008.

Selon Alain B les conséquences pour l'année 2007 étaient néfastes : au vu des chiffres erronés fournis par A la marge bénéficiaire est tombée à 2,5 % alors qu'avec les chiffres corrects, elle aurait dû se situer autour de 5% et il évalue le manque à gagner à 150.000 €.

La Cour ne saurait suivre A dans ses justifications selon lesquelles, titulaires d'un simple CATP il n'aurait jamais eu les connaissances suffisantes pour maîtriser l'outil informatique et qu'il aurait été dépassé par sa fonction de contrôleur de gestion alors qu'il a accepté de son propre gré cette fonction, qu'il a reçu tant la formation interne pour se familiariser avec sa tâche et qu'il avait reçu des instructions très précises par rapport à l'interdiction de modifier les paramètres.

S'il s'estimait néanmoins inapte à exercer cette fonction, il aurait dû demander à être déchargé.

Le jugement est dès lors à réformer en ce qu'il a déclaré non fondée la demande en résolution du contrat de travail avec effet au 24 avril 2008.

L'appel principal tendant à la réformation du premier jugement en ce que la résolution du contrat de travail a été prononcée sur base de la deuxième mise à pied du 26 juin 2008 est dès lors sans objet.

Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige la demande d'A tendant au paiement d'une indemnité de procédure est à rejeter, seule la partie obtenant gain de cause pouvant en bénéficier.

Il serait par contre inéquitable de laisser à la charge exclusive de la société A.B les frais non compris dans les dépens qu'elle était tenue d'exposer tant en première qu'en deuxième instance et il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance et de 1.500 € pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit les appels principal et incident en la forme ;

dit fondé l'appel incident ;

réformant ;

prononce la résolution du contrat de travail **avec effet au 24 avril 2008 ;**

dit sans objet l'appel principal ;

rejette la demande d'A en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne A à payer à la société à responsabilité limitée A.B une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance et de 1.500 € pour l'instance d'appel,

condamne A aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Jean-Luc GONNER, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.