Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du cinq mars deux mille neuf.

Numéro 32882 du rôle.

Composition:

Marie-Jeanne HAVE, président de chambre;
Astrid MAAS, conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier

Entre:

la société à responsabilité limitée A, établie et ayant son siège social à L-, représentée par son gérant actuellement en fonction,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 16 août 2007,

comparant par Maître Claude PAULY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

B, opticien, demeurant à L-,

intimé aux fins du prédit exploit BIEL,

comparant par Maître James JUNKER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par jugement du 12 décembre 2006, le tribunal du travail d'Esch -sur-Alzette a déclaré abusif le *licenciement avec préavis* du salarié B prononcé le 30 janvier 2006 par la société à responsabilité limitée A s. à r. l. et, sursoyant sur la demande du salarié en allocation de dommages-intérêts, a admis l'employeur qui avait procédé durant la période de préavis au *licenciement avec effet immédiat* de son salarié par lettre recommandée du 22 février 2006, à établir par témoins les faits à la base de la résiliation immédiate du contrat de travail.

Par jugement subséquent du 10 juillet 2007, le même tribunal, statuant au vu des enquêtes tenues, a dit abusif le licenciement avec effet immédiat. Il a partant condamné la société à payer au requérant à titre de solde de l'indemnité de préavis non respecté la somme de 3.362,32 €, mais rejeté la demande de ce dernier en allocation de dommages-intérêts, motifs pris de ce que *« la faute commise aurait été de nature à justifier un licenciement avec préavis »*. Il a encore rejeté sa demande en allocation de dommages-intérêts présentée dans le cadre du licenciement avec préavis au motif que la faute commise- dans l'examen du licenciement avec effet immédiat- aurait été de nature à justifier un licenciement avec préavis. Le tribunal a sursis à statuer sur les demandes du salarié en paiement du salaire du mois de février 2006, d'une indemnité compensatoire pour jours de congé non pris en 2005 et 2006, en remise d'un certificat de travail et de sa carte d'impôt pour l'année 2006 et en allocation d'une indemnité de procédure. Il a ordonné l'exécution provisoire du jugement pour ce qui est de l'arriéré de salaire et de l'indemnité pour congé légal non pris.

Pour déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat, le tribunal du travail l'a examiné au regard des reproches formulés, à savoir le fait pour le salarié de s'être introduit dans le bureau du gérant C, situé au fond du magasin, d'y avoir procédé au transfert de données confidentielles de l'ordinateur personnel du gérant aux ordinateurs situés dans le magasin, ainsi que de s'être introduit au domicile privé du gérant, d'avoir photographié ce dernier en état de nudité et d'avoir montré les photos à deux collègues de travail.

Il a retenu que le premier reproche n'était pas établi en ce que les déclarations du témoin D selon lequel il aurait observé à partir du magasin au moyen d'un miroir sans tain tant B que E derrière l'ordinateur duquel les données ont été transférées seraient contredites par celles des autres témoins selon lesquels ledit miroir ne permettait pas de voir l'intérieur du bureau du gérant à partir du magasin.

Le tribunal a par contre dit que les employés B et E s'étaient rendus au domicile du gérant pour organiser le transfert de ce dernier vers l'hôpital et que B a photographié le gérant, gisant sur son lit, inconscient et soûl,

transféré cette photo de son portable sur celui de E qui l'a montrée par après à deux collègues de travail.

Il a cependant au vu des circonstances particulières de la cause jugé ce comportement non suffisamment grave pour justifier à lui seul la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail.

Par exploit d'huissier du 16 août 2007, la société A a régulièrement interjeté appel contre le second jugement du 10 juillet 2007 et conclut, par réformation, à voir déclarer régulier le licenciement avec effet immédiat et l'intimé se voir condamner pour la première instance et l'instance d'appel à lui payer une indemnité de procédure de 1.000 € respectivement 1.500 €.

La partie intimée conclut à la confirmation du jugement en ce que le licenciement a été déclaré abusif. Elle interjette appel incident contre le volet du jugement dans lequel le tribunal l'a déboutée de sa demande en dommages - intérêts et demande à la Cour de renvoyer le dossier devant le tribunal du travail, sinon de la toiser. B sollicite une indemnité de procédure de 1.000 € pour chaque instance.

Discussion

L'appel étant limité au seul jugement du 10 juillet 2007 en ce que le tribunal y a déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat prononcé par lettre recommandée du 22 février 2006, l'examen de la Cour portera uniquement sur la régularité dudit licenciement au regard des faits reprochés au salarié tels qu'offerts en preuve par l'employeur qui y a été admis par jugement interlocutoire du 12 décembre 2006, étant rappelé que dans ce premier jugement non entrepris, le tribunal du travail a d'ores et déjà déclaré abusif le licenciement avec préavis du 30 janvier 2006.

Les faits reprochés à B sont de deux ordres :

1. s'être introduit ensemble avec sa collègue de travail E dans l'ordinateur de la secrétaire de la société et avoir procédé à un transfert de données dudit ordinateur vers un ordinateur se trouvant dans le magasin qu'ils étaient autorisés à utiliser. Le transfert qui aurait eu lieu à onze reprises durant la période du 7 novembre 2005 au 15 février 2006 durant les absences de ladite secrétaire respectivement du gérant C aurait concerné tant un échange de courrier de la société avec son avocat relatif au licenciement d'un autre membre du personnel, les statistiques de vente de la société et des fichiers contenant des données personnelles et confidentielles de clients de la société, données divulguées à plusieurs membres du personnel, notamment à F et à D.

2. s'être procuré le 23 février 2005 ensemble avec sa collègue de travail E accès au domicile du gérant C, l'avoir photographié à l'aide d'un téléphone mobile lorsqu'il était nu, allongé sur le lit, sous l'emprise de

médicaments et avoir montré les photos aux deux collègues de travail F et D.

Ad.1. Le tribunal du travail a retenu que le premier reproche n'était pas établi, étant donné que la déposition du témoin D qui a déclaré avoir vu tant B que E à partir du magasin dans le bureau de la secrétaire assis derrière l'ordinateur et ce moyennant un miroir qui permet de voir ce qui se passe à l'intérieur dudit bureau, était contredite tant par la déclaration faite sans prestation de serment par B que par le témoin F selon lesquels ledit miroir sans tain permettait une vue dudit bureau vers le magasin, mais non pas le contraire. Le tribunal en a conclu que le témoignage du témoin D était suspect en raison de « cette contre-vérité manifeste », ce d'autant plus que ce témoin se disait victime de harcèlement moral de la part de B et de E.

Abstraction faite de ce qu'il est délicat d'entendre une partie en cause, sans prestation de serment et de se référer par après à ces déclarations tout comme à celles des autres témoins ayant prêté le serment pour écarter un autre témoignage fait sous la foi du serment, de sorte que la Cour fait abstraction des déclarations de la partie B recueillies en cause, le témoignage D est en contradiction avec celui du témoin F qui déclare que ce miroir ne permettait pas une vue du magasin vers le bureau, mais du bureau vers le magasin.

Il ressort cependant d'une attestation du témoin G du 17 juin 2008 et d'un certificat émis le 11 janvier 2008 par ce dernier (fardes de Maître Claude Pauly, de deux pièces, pièce numéro 1 et de trois pièces, pièce numéro 2) que ce miroir permet, sous un certain angle, la vue en direction tant du bureau que du magasin et qu'il a été installé par le témoin en 2003 et n'a pas subi de modification ni de déplacement depuis lors. Ces déclarations emportent la conviction de la Cour que le témoignage du témoin D n'est pas d'emblée à exclure, mais doit au contraire être pris en considération, tous les développements des parties quant à une visite des lieux et une manipulation ultérieure dudit miroir étant à rejeter pour défaut de pertinence.

Le témoin D a déclaré avoir observé *« que M.B et Mme E ont accédé ensemble à ce bureau et tantôt l'un, tantôt l'autre ont pris place derrière l'ordinateur. Il est également arrivé que je sois entré dans le bureau et qu'ils étaient en train de consulter l'ordinateur. Je ne sais évidemment pas quelles données ils ont consultées ».* Le témoin ne précise ni la date de ses observations, ni la fréquence des présences desdits salariés dans le bureau.

L'employeur ne reproche d'ailleurs pas tant la présence desdits salariés dans ledit bureau - qui leur était accessible au vu des témoignages recueillis et de la position actuelle de l'appelante - mais de s'être introduits dans l'ordinateur de la secrétaire H et d'avoir procédé au transfert de données confidentielles.

Ce faisant, l'appelante entend procéder par déduction.

Elle verse en effet actuellement un certificat et une attestation testimoniale de I (mêmes fardes de pièces) qui y déclare avoir procédé, sur demande de l'appelante, le 21 février 2006, à un contrôle du système informatique de la société et avoir pu constater un transfert de données de l'ordinateur du bureau vers ceux du magasin aux dates indiquées dans l'offre de preuve, données relatives à des « persönliche und vertrauliche Dateien », le témoin précisant que ces données sont protégées par un mot de passe.

Ces déclarations sont imprécises en ce qu'elles ne spécifient ni l'heure exacte à laquelle ces données ont été transférées, ni leur contenu.

L'offre de preuve de la société tendant à voir ordonner l'audition dudit témoin notamment afin qu'il puisse fournir les précisions complémentaires est cependant à rejeter étant donné qu'à supposer même qu'il soit à même de fournir de telles précisions complémentaires, l'identité du ou des auteurs desdits transferts ne s'en trouverait toujours pas établie. Il ressort par ailleurs de l'audition du témoin F que l'ordinateur et les laptops se trouvant dans le magasin étaient indifféremment à la disposition de l'ensemble du personnel de la société, de sorte que même si le témoin devait pouvoir être à même de retracer le transfert de données vers un de ces ordinateurs, l'identité de l'auteur desdits transferts ne s'en trouverait toujours pas établie.

C'est enfin à bon droit que l'intimé fait valoir que la mesure d'instruction proposée n'est pas appropriée. En effet, la matérialité du transfert des données devrait être établie, non par témoignage, mais découler d'un rapport informatique, ce dernier permettant à lui seul de retracer le flux des données, les fichiers transférés et les dates et heures précises des flux relevés.

Il n'en reste pas moins qu'il ressort de la déposition du témoin D qu'il a vu tant B que E consulter ledit ordinateur et que E lui a dit avoir vu la lettre de licenciement (d'un autre membre du personnel), document dont le caractère confidentiel n'est pas remis en cause par les parties, sur ledit ordinateur. Le témoin I, secrétaire de la société, a déclaré lors de son audition avoir été présent lorsque le témoin D a informé « Herrn C, dass Herr B und Frau E meinen Computer benutzt hätten ».

La Cour retient partant que l'intimé a été aperçu en train de consulter ledit ordinateur et qu'il y a à tout le moins lu la lettre de licenciement adressée par la société à un autre membre du personnel.

Ce faisant, il a commis une faute caractérisée en s'introduisant dans un ordinateur qu'il n'avait pas le droit de consulter.

Ad.2. B ne conteste pas, alors qu'il avait dû se rendre ensemble avec sa collègue de travail E au domicile du gérant C, l'avoir photographié à

l'aide de son téléphone portable alors qu'il gisait sur le lit épris de boisson. Il est encore constant que cette photo a été montrée par après aux témoins F et D.

Les déclarations des témoins varient cependant en ce qui concerne le fait de savoir si le gérant a été photographié nu ou non. Le témoin F a déclaré qu'elle a furtivement regardé la photo et n'a rien pu y déceler de précis, tandis que le témoin D, offusqué par les deux photos prises et montrant l'une le gérant photographié de derrière, le postérieur nu, et l'autre, le même revêtu d'un slip, s'en est allé informer le gérant de la société. Le témoin F a confirmé lors d'une seconde audition du 27 avril 2007 que E, qui conteste ces déclarations, lui a montré au mois de février 2005 la photo du gérant sur son portable tout en précisant que c'était elle qui l'avait prise.

Il est à relever que dans ses conclusions, B dit avoir photographié le gérant à une seule reprise et avoir supprimé la photo de son portable une fois que ce dernier s'était rendu en cure de désintoxication. Toujours est-il que l(es)a photo(s) (se sont) s'est retrouvée(s) sur le portable de E qui en a fait usage en la(es) montrant à deux de ses collègues de travail.

La Cour retient sur base des témoignages recueillis que E a à tout le moins montré au moins une des photos du gérant C à ses collègues de travail, photo(s) prise(s) par B. Le fait de savoir si cette photo représentait le gérant nu ou non n'est pas d'importance dès lors qu'elle le montrait dans une situation désavantageuse pour ce dernier, les témoins D et F ayant déclaré tous les deux que le personnel a ri au vu de ladite photo.

Cette faute qui a consisté pour le salarié à avoir photographié le gérant du magasin à son domicile privé dans une situation désavantageuse et avoir transféré cette photo sur le portable de sa collègue de travail qui l'a par après montrée à plusieurs membres du personnel constitue une indélicatesse susceptible de saper l'autorité du supérieur hiérarchique.

S'il est vrai que cette prise de photo et sa diffusion au sein du personnel du magasin ont certes, tel que relevé à juste titre par le tribunal, été favorisées par le comportement du gérant qui en février 2005 s'adonnait de façon démesurée à l'alcool et se donnait même en spectacle devant des clients du magasin, ce fait, combiné à celui postérieur tel que relevé ci-dessus et perpétré à un moment où il n'est plus soutenu que le gérant eût continué à connaître de tels problèmes liés à l'alcool, établissent cependant dans le chef du salarié une transgression manifeste des devoirs de correction et de retenue conjugée à une volonté délibérée de s'arroger des droits auxquels il ne saurait prétendre, comportement constituant une faute grave de nature à rompre toute confiance entre l'employeur et son salarié et rendant immédiatement et définitivement impossible la continuation de toute relation de travail entre parties.

Il convient, partant, par réformation du jugement déféré, de déclarer justifié le licenciement avec effet immédiat du 22 février 2006.

La demande de l'intimé en allocation d'une indemnité compensatoire pour préavis non respecté, accueillie par le tribunal pour le solde dudit préavis restant encore à courir, est, par réformation, à rejeter.

L'appel incident de B en ce qu'il réclame des dommages- intérêts à titre de réparation du préjudice matériel et moral n'est pas fondé au vu de la régularité du licenciement.

La demande des deux parties tendant à se voir allouer une indemnité de procédure pour la première instance est irrecevable, le tribunal de première instance restant toujours saisi de cette demande.

Leur demande respective pour autant qu'elle vise à l'obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter, aucune d'elles ne justifiant du caractère inéquitable requis par l'article 240 du NCPC.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal fondé,

réformant :

déclare justifié le licenciement avec effet immédiat du 22 février 2006,

décharge pour autant que de besoin la société à responsabilité limitée A s. à r. l. de la condamnation prononcée à sa charge en première instance,

dit irrecevables les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance,

dit non fondées les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne B aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Claude Pauly, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.