Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du dix-sept septembre deux mille neuf.

Numéro 33668 du rôle.

Composition:

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

Entre:

A, employée privée, demeurant à L-,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 5 mai 2008,

comparant par Maître François CAUTAERTS, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

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

intimée aux fins du susdit exploit NILLES,

comparant par Maître Christian JUNGERS, 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 NILLES,

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

LA COUR D'APPEL:

Engagée en qualité de directeur financier par la société anonyme B S.A. le 19 juin 2003 avec effet au premier août suivant, A s'était vue remettre en mains propres le lundi 4 septembre 2006 le courrier recommandé de son licenciement pour faute grave. Lors de l'entretien préalable du même jour portant sur les motifs de la rupture des relations de travail entre les responsables de la société et la salariée, cette dernière avait annoncé à son employeur qu'elle était enceinte. Les parties avaient alors décidé d'annuler le licenciement avec effet immédiat et de le remplacer par un licenciement avec préavis et dispense de travail aux termes d'une convention qualifiée de transaction signée le même jour. Le 8 septembre suivant, A avait communiqué le certificat médical attestant sa grossesse à son employeur et avait déposé le 14 septembre de la même année une requête en annulation des deux licenciement intervenus le 4 septembre 2006 et en réintégration à son poste de travail au greffe du tribunal du travail de Luxembourg. Par courrier recommandé du 19 septembre suivant, l'employeur, à la suite de faits nouveaux venus à sa connaissance, avait notifié à A sa mise à pied immédiate conformément à l'article L.337-1. paragraphe 2 du code du travail, en précisant dans ce courrier qu'il continuera a défendre la validité de la transaction conclue entre parties. Ayant appris que A avait perdu son bébé, l'employeur l'avait par lettre recommandée du 3 octobre 2006 informé à titre conservatoire de son licenciement pour faute grave. Par une ordonnance rendue le 10 octobre 2006, le président du tribunal avait constaté la nullité des licenciements avec effet immédiat notifié le 4 septembre 2006 à la requérante et avec prévis repris dans la transaction du même jour et ordonné le maintien de la salariée au sein de l'entreprise.

Par requête déposée le 21 septembre 2006, la société B S.A. a saisi le tribunal du travail de Luxembourg d'une demande tendant à la résolution du contrat de travail de A sur le fondement de l'article L.337-1. paragraphe 2 du code du travail. Elle a encore réclamé paiement de 500 € à titre d'indemnité de procédure.

Par requête du 22 novembre suivant, A a, à son tour, fait convoquer son ancien employeur devant la juridiction du travail du premier degré afin de l'entendre condamner à lui payer diverses indemnités suite à son licenciement pour faute grave du 3 octobre 2006 qu'elle qualifie d'abusif, et à lui remettre, sous peine d'astreinte, ses fiches de salaire jusqu'au 3 octobre inclus, son certificat de travail, le formulaire E301 et sa fiche d'impôt dûment complétée. Elle a requis de même l'octroi de 3.500 € à titre d'indemnité de procédure.

Par conclusions déposées le 26 janvier 2007, l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, est intervenu volontairement au litige et a requis la condamnation de l'employeur sinon de la salariée suivant l'issue du litige à lui rembourser le montant de 4.854,78 € avancé par provision à titre d'indemnités de chômage à A en vertu d'une ordonnance du président du tribunal du travail du 22 décembre 2006.

Par un jugement contradictoire du 16 février 2007, la juridiction saisie a joint les deux requêtes pour y statuer par un seul et même jugement, a sursis à y statuer en attendant la décision à intervenir dans l'affaire pénale pour faux, usage de faux, abus de confiance, vol domestique et abus de biens sociaux initiée à l'encontre de A par son ancien employeur, donné acte à l'Etat, ès qualités de son intervention volontaire, réservé la demande pour le surplus et fixé l'affaire à une audience ultérieure.

Par une ordonnance rendue le 18 décembre 2008, la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a, conformément au réquisitoire du parquet, dit qu'il n'y a pas lieu à poursuite les faits instruits par le juge d'instruction suite à la plainte avec constitution de partie civile déposée en date du 21 septembre 2006 contre A pour faux, usage de faux, abus de biens sociaux, subsidiairement abus de confiance et plus subsidiairement vol domestique.

Par un jugement du 11 avril 2008, les juges du premier degré ont dit que la mise à pied du 19 septembre est régulière et justifiée, partant prononcé la résolution du contrat de travail conclu entre parties avec effet au 19 septembre 2006, déclaré le jugement commun à l'Etat, ès qualités, réservé conformément aux conclusions des parties la demande pour le surplus et fixé la cause à une audience ultérieure.

De cette décision, retirée par la destinataire seulement le 16 mai 2008 après une seconde notification à sa nouvelle adresse et après avoir introduit son recours, A a régulièrement relevé appel suivant exploit d'huissier du cinq mai 2008.

Elle demande à la Cour de déclarer, par réformation, la mise à pied du 19 septembre 2006 injustifiée et de rejeter en conséquence la demande en résolution du contrat de travail, de constater qu'elle a été victime d'un harcèlement moral de la part de son employeur, de déclarer le licenciement découlant de facto de la mise à pied du 19 septembre 2006, de la demande en résolution du contrat de travail déposée par l'employeur le 21 septembre 2006 et pour autant que de besoin du courrier de congédiement pour faute grave du 3 octobre abusif et renvoyer les parties devant le tribunal de travail autrement composé afin de statuer sur le montant des dommages-intérêts lui redus. Elle sollicite encore, outre la condamnation de la société intimée aux frais et dépens des deux instances, l'allocation de 3.500 € sur le fondement de l'article 240 du NCPC pour chacune des deux instances.

L'Etat, ès qualités, demande acte que pour autant que de besoin, il relève appel incident et conclut à la condamnation de l'appelante sinon de l'intimée à lui

rembourser le montant de 8.780,48 € au titre des indemnités de chômage versées par provision à A, en sus les intérêts au taux légal à compter de la demande.

La société B S.A. conclut en ordre principal à la confirmation du jugement déféré. A titre subsidiaire, elle offre en preuve par l'audition de témoins nommément désignés la matérialité des motifs invoqués à l'appui de la demande en résolution judiciaire. Elle conclut encore au rejet des prétentions de l'appelante relatives à l'attribution des indemnités de procédure réclamées et à la condamnation de l'appelante à lui payer de ce chef 2.000 € pour l'instance d'appel.

Suivant le dernier état de la procédure (conclusions notifiées le 25 septembre 2008), A demande à la Cour d'enjoindre à la société BDO Compagnie Fiduciaire de communiquer à la Cour une copie de tous les e-mails échangés entre son employé Paulo Gomes et elle entre le 22 et 25 septembre 2005 sur le fondement des articles 284 et suivants du NCPC et d'auditionner ce même employé sur les faits du 22 septembre de la même année et le fonctionnement du système « *Multi-Line* » en cas de procuration bancaire donnée par les employeurs à BDO. Il offre encore de prouver par l'audition de témoins nommément désignés la différence de caisse de 500 € que la société intimée n'arrive pas à retracer par rapport aux acomptes sur salaire de Sandrine Stourm et Eliane Nadin et la surcharge permanente de travail qu'elle devait réaliser.

La société B S.A. reproche dans sa requête en résolution du contrat de travail à son directeur financier :

- d'avoir utilisé sa carte de crédit professionnelle à des fins privées en mars 2006 à hauteur de 257,40 € et d'avoir donné lors d'une entrevue du 14 juillet 2006 de fausses indications sur l'utilisation de ce montant,

- de ne pas avoir pu retracer la disparition d'un solde de 3.505,22 € sur un montant total de 12.000 € prélevé par elle entre le 4 janvier et le 7 juillet 2006 sur les comptes bancaires de la société,

- de s'être accordée sans l'autorisation de son supérieur hiérarchique un prêt de 5.000 € le 26 septembre 2005 ;

- d'avoir retiré le 3 mai 2006 un montant de 2.500 € en liquide du compte bancaire de la société sans pouvoir justifier de l'affectation de 500 € ayant disparu;

- d'avoir effectué un transfert au profit de son compte privé à partir du compte bancaire de la société le 23 mai 2006 d'un montant de 5.000 €,

- de s'être approprié des liquidités de la cash box de la société avant de partir en vacances le 14 juillet 2006,

- d'avoir menti dans son CV quant à ses qualifications et son expérience professionnelles.

Remarques préliminaires.

En instance d'appel, l'appelante conteste les motifs du licenciement communiqués tant le 4 septembre 2006 que le 21 septembre 2006 dans la requête en résolution du contrat de travail et dans le courrier recommandé du 3 octobre 2006 pour être tardifs, imprécis et fallacieux.

A cet égard, la Cour relève d'abord qu'outre le fait que les licenciements prononcés le 4 septembre 2006 ont été annulés par ordonnance du président du tribunal du travail du 10 octobre 2006, décision coulée en force de chose jugée et définitive ce sens qu'elle ne règle pas la situation au provisoire mais définitivement (cf. C.A. 24 septembre 1998, n° 21378 du rôle), la Cour ne se trouve pas saisie de la régularité de ces licenciements, demande d'ailleurs irrecevable au vu des développements qui précèdent.

Il convient ensuite de noter que l'article L.337-1. paragraphe 2 du code du travail fait abstraction de tout formalisme. En l'absence de tout exigence légale de motivation de la mise à pied, on ne peut pas par analogie faire référence à l'obligation de préciser les motifs d'un licenciement inscrite à l'article L.124-10. paragraphe 3 du code du travail, les deux textes visant des situations différentes, l'un une suspension provisoire des relations de travail, l'autre la décision définitive et irrévocable d'un licenciement, de sorte qu'on ne peut pas sans disposition légale expresse appliquer les règles du susdit article à la situation visée par l'article L.337-1. paragraphe 2 du code travail.

Par ailleurs, l'imprécision des motifs invoquée a été implicitement mais définitivement toisée par le tribunal du travail dans la décision du 16 février 2007, non entreprise. Il en est de même de leur prétendue tardivité sur le fondement de l'article L.124-10. paragraphe 6 du susdit code rejetée par les juges du premier degré qui ont considéré que les motifs ont été porté à la connaissance de l'appelante quelques jours avant la mise à pied, de sorte que tous les développements y relatifs développés en instance d'appel sont à écarter pour être devenus sans objet.

Le bien-fondé de la demande en résolution du contrat de travail.

Dans le jugement du 16 février 2007, la juridiction du premier degré a considéré que le prêt de 5.000 € du 26 septembre 2005 non autorisé et non porté à la connaissance de l'employeur de même que le prélèvement d'un montant de 2.500 € le 3 mai 2006 sur le compte bancaire de la société dont la disparition d'un montant de 500 € n'a pu être retracée, sont à eux seuls d'une gravité suffisante de nature, à les supposer établis, à ébranler de façon définitive la confiance que la société doit avoir en son directeur financier.

La Cour considère, à l'instar du tribunal du travail, que l'ensemble des pièces versées en cause par les deux parties (échanges de courrier électronique, extraits bancaires) et les différentes testimoniales rédigées par Diane Ries,

Pierre Wolff, Isabelle Saint-Antoine, Edwin de Boer et Isabelle Sturm, écrites, datées et signées de la main de leur auteur et comportant les énonciations prescrites par l'article 402 du NCPC garantissant l'authenticité et le sérieux de ces attestations, fournissent les éléments d'appréciation nécessaires à la solution du litige, de sorte qu'il n'y a pas lieu de procéder à leur audition, par voie d'enquête, l'appelante se bornant à les contester, mais n'apportant aucun élément susceptible d'établir ses contestations en indiquant éventuellement des témoins à entendre dans le cadre d'une contre-enquête. Dans ces circonstances l'audition, par voie d'enquête, des auteurs de ces attestations dans le but de donner à l'appelante la possibilité de les nuancer, est à écarter, pareille audition ne constituant qu'une faculté pour le juge.

Quant au principe d'égalité des armes tel qu'invoqué par A dans ses conclusions du 25 septembre 2008 (p7), la Cour considère qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6.1 de la Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme et de la sauvegarde des libertés fondamentales, dès lors que contrairement à ce que fait plaider l'appelante elle aurait pu se faire assister par une personne de son choix lors de l'entretien préalable du 4 septembre 2006 ou le faire reporter au lendemain et se ménager ses preuves.

A. Les motifs invoqués à la résolution du contrat de travail.

1. ***Avance sur salaire d'un montant de 5.000 € du 26 septembre 2005.***

Les pièces et attestation auxquelles la Cour peut avoir égard, établissent à suffisance ce motif de licenciement.

C'est en vain qu'A prétend avoir obtenu l'accord oral de l'administrateur délégué de la société Pierre Wolff pour cette avance, accord démenti par ce dernier dans son attestation testimoniale. D'autre part, un courriel du 22 septembre 2005 précise que Pierre Wolff était à l'étranger ce jour de sorte qu'il n'a pas pu donner son consentement à cette avance le jour même où l'appelante a confirmé à Paulo Gomes de la fiduciaire BDO l'avance sur salaire, confirmation demandée le 21 septembre 2005 par ce dernier. Son affirmation qu'elle était dans l'impossibilité morale de se faire délivrer une confirmation écrite du prétendu accord sans mettre directement en doute la parole de l'administrateur délégué dont elle était la subordonnée, est à écarter des débats pour n'être pas crédible, la confidentialité devant régner entre supérieur hiérarchique et subordonnée n'étant pas ébranlée par une confirmation écrite d'un prêt d'une telle envergure.

En ce qui concerne les deux versions du courriel prétendument envoyé le 22 septembre 2005 vers 16.12 heures à Paulo Gomes en réponse à sa demande, que ce dernier conteste avoir reçu, la Cour constate, à l'instar de la partie intimée, que les différents courriers électroniques versés par l'appelante au

dossier en instance d'appel n'ont pas la même teneur et le contenu du courrier effectivement reçu le même jour à 14.56 est encore différent.

La Cour n'entend pas procéder à l'audition de Paulo Gomes, telle que souhaitée par A, sur les différents courriels envoyés le 22 septembre 2005 et sur le modalités de paiement du système « *Multi-Line* », ni déférer à sa demande en obtention des courriels échangés entre Paulo Gomes et l'appelante à propos des décomptes de salaire et paiements afférents pendant la période du 21 au 23 septembre 2003, ces mesures d'instruction s'avérant superfétatoires, dès lors qu'il est établi par les éléments du dossier que A s'est octroyé malhonnêtement, sans accord de la direction et en comptant sur les failles du système de paiement en vigueur, d'ailleurs pointées dans le catalogue des mesures d'amélioration élaboré à cet égard par Edwin de Boer, un montant de 5.000 €.

C'est encore en vain que A fait valoir pour atténuer la gravité de la faute commise que les avances sur rémunération étaient une pratique courante au sein de l'entreprise, notamment en ce qui concerne le paiement des salaires des ouvriers, qu'elle disposait d'un pouvoir de signature individuelle, que les noms des bénéficiaires des acomptes sur salaire se trouvaient dans un fichier conservé dans le coffre de l'entreprise dont Pierre Wolff avait une clef, dès lors que ces considérations ne justifient pas le comportement du directeur financier.

Il convient en conséquence de confirmer le jugement quant à ce volet.

2. *L'avance de 2.500 € du mois de mai 2006.*

La Cour renvoie aux développements des juges de première instance quant à la matérialité de ce reproche, qu'ils ont correctement apprécié au regard des pièces versées par les parties, sauf à préciser que l'offre de preuve par témoins libellée au dispositif des conclusions de l'appelante notifiées le 25 septembre 2008 sont à écarter pour défaut de pertinence, les faits en preuve n'établissant pas, tel que soutenu à tort par la salariée, l'origine de la différence de caisse de 500 € que l'employeur n'arrive pas à retracer.

3. Les autres motifs.

C'est encore par adoption des motifs du tribunal du travail que la Cour retient comme avérées :

- l'utilisation de la carte visa de la société à des fins personnelles ;
- la disparition de la cash box conservée par le directeur financier d'un montant de 3.502,22 €, dont A ne fournit aucune explication plausible ;
- l'omission consciente de la salariée de préciser son nom comme bénéficiant de l'avance sur salaire sur le virement de 5.000 € du 23 mai 2006 ;

B. La gravité des fautes établies.

La Cour rejoint l'opinion de la juridiction du premier degré en ce qu'elle a considéré que les différents reproches ci-dessus analysés et invoqués à l'appui de la résolution judiciaire du contrat de travail sont d'une gravité suffisante de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail entre l'employeur et son directeur financier, ayant pouvoir de signature, qui doit gérer les finances de la société de façon correcte et honnête, sans qu'il y ait encore lieu de s'attarder sur les fausses indications figurant dans le CV de l'appelante.

Ni la surcharge de travail allégué, ni le prétendu harcèlement moral subi de la part de Edwin de Boer, non établi, ne sont de nature à atténuer cette faute.

En ce qui concerne le premier point, la Cour relève que si A devait constamment faire face à un volume de travail non réalisable, tel qu'elle le soutient en l'état actuel de la procédure et non établi au vu des explications de l'intimée et des pièces versées, il lui appartenait d'en référer immédiatement à ses supérieurs hiérarchiques pour y remédier. L'offre de preuve par témoins telle que libellée à cet égard en instance d'appel est à rejeter pour n'être pas pertinente au regard de la considération développée ci-dessus.

A fait valoir que ses ennuis au travail ont commencé à l'époque où Edwin de Boer a rejoint la société au mois de juin 2006 en sa qualité de « *SENIOR Financial Controller Region Europe »* avec la mission de prendre connaissance (training) des différents départements de la société, « *to give advice and suppport to local management in order to further optimize the company's achievements* » et de vérifier en conséquence les opérations financières de chaque société du groupe. Il résulte des différents courriels qu'elle a envoyés, qu'elle ne supportait pas que son travail fasse l'objet d'un contrôle et qu'elle refusait cette procédure au point de s'en plaindre auprès de Pierre Wolff et que Jonathan Harvey, responsable au sein du groupe, a dû intervenir pour justifier de la mission d'Edwin de Boer (cf. pièce 39 de la farde I de Maître Christian Jungers). Elle l'accuse de l'avoir harcelé moralement avec la connivence de l'employeur.

Cette assertion laisse d'être établie.

En effet, la mise en œuvre du pouvoir du chef d'entreprise peut susciter chez les salariés qui en subissent les conséquences, parfois désagréables, des mécontentements, des ressentiments et créer des tensions ou engendrer des situations importantes de stress pouvant conduire à une augmentation sensible des arrêts de travail pour dépression ou fatigue nerveuse, notamment pour un salarié qui supporte mal des manifestations normales et légitimes du pouvoir de direction, ce qui est le cas en l'occurrence. Il résulte d'ailleurs de la fiche de congés et absences pour l'année 2006 de l'appelante versée par l'intimé que cette dernière était absente pour raison de maladie du 22 au 26 mai, du 9 au 11 août ainsi que du 22 août au 31 août de cette année.

Aussi dans le contexte économique mondialisé actuel marqué par un souci toujours plus grand de compétitivité des entreprises qui se traduit par des réorganisations incessantes, difficiles à vivre pour ceux et celles qui les subissent, des exigences de flexibilité des organisations du travail toujours accrues (exigence de polyvalence, appel à l'autonomie des salariés), le seul fait de donner des ordres, des consignes, nonobstant l'autonomie dont la salariée bénéficiait dans l'exercice de ses fonctions, des méthodes de travail qui exigent toujours plus des salariés, des formes nouvelles de management, ne caractérisent pas un harcèlement moral. Les salariés ont tendance d'assimiler le harcèlement moral au simple exercice par l'employeur de son pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps du travail, dès lors qu'en fait elles supportent mal les contraintes inhérentes au lien de subordination, exercée souvent, tel qu'en l'occurrence par une personne déléguée, qu'elles ressentent comme des pressions morales ou psychologiques.

Il relève incontestablement du pouvoir de l'employeur de contrôler l'activité de ses salariés. Il peut donc légitimement, dès lors que les techniques utilisées ne sont pas clandestines et/ou attentatoires aux libertés du salarié, mettre en place des systèmes de surveillance du travail effectué et rappeler à l'ordre les salariés lorsqu'il constate des carences ou un comportement fautif de leur part..

En l'espèce, A a mal vécu qu'une personne mandatée par le président du conseil d'administration du groupe contrôle ses activités. La Cour retient au regard des pièces du dossier que Edwin de Boer n'a fait qu'exercer la mission lui confiée et que A l'a dénigré auprès de ses supérieurs hiérarchiques au point qu'elle a reçu en date du 17 août 2006 un courriel de Jonathan Harvey lui expliquant la mission de cette personne, de sorte que le harcèlement moral allégué n'est pas établi au vu des éléments du dossier.

Il s'ensuit qu'il convient de retenir, à l'instar du tribunal du travail, que les fautes établies à charge de A ont rendu immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail, étant précisé qu'en tant que directeur financier la salariée devait respecter à la lettre les normes établies pour tout salarié en matière de gestion des finances, de sorte que la demande en résolution du contrat de travail conclu entre parties le 19 juin 2003 a, à juste titre, été déclarée régulière et justifiée.

L'examen de la demande de la salariée tendant à voir déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat du 3 octobre 2006 devient dès lors sans objet.

L'appel est partant non fondé.

Le recours de l'Etat.

Le jugement déféré est de même à confirmer en ce que la juridiction du premier degré l'a déclaré commun à l'Etat, ès qualités, dès lors qu'il résulte de

l'ordonnance du 22 décembre 2006 que l'attribution par provision de l'indemnité de chômage à l'appelante a été autorisée sur base du licenciement avec effet immédiat du 3 octobre 2006. Il convient de relever à cet égard que les dispositions relatives à la protection de la femme enceinte prévoient le maintien du salaire à la demande de la salariée jusqu'à la décision sur la résolution du contrat de travail, de sorte que l'intervention du fonds pour l'emploi ne se conçoit pas.

Les indemnités de procédure.

L'affaire étant toujours pendante en première instance et le tribunal du travail n'en étant pas dessaisi, il convient de déclarer irrecevable la demande de l'appelante tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance.

Au vue de l'issue du litige en instance d'appel, l'appelante ne peut pas prétendre au bénéfice de l'article 240 du NCPC.

Il serait en revanche inéquitable de laisser à la charge de l'intimée l'intégralité des frais non compris dans les dépens, dès lors qu'elle a dû recourir aux services rémunérés d'un avocat pour se défendre contre les prétentions injustifiées de la salariée. Il convient d'en fixer le montant à 1.000 €.

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 l'appel ;

le dit non fondé et ***confirme*** le jugement déféré ;

déclare irrecevable la demande en allocation d'une indemnité de procédure de A pour la première instance ;

rejette la demande afférente de A pour l'instance d'appel ;

la condamne à payer à la société anonyme B S.A. 1.000 € (mille euros) de ce chef ;

la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Christian Jungers et Georges Pierret, avocats constitués, sur leurs affirmations de droit.