



ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 21 MARS 2011

R.G. 2007/AM/ 20832

Contrat de travail d'employé -Licenciement pour motif grave – Comportement fautif pluriel – Examen du respect du délai de trois jours – Preuve par présomptions admise pour attester de la date de connaissance effective et certaine dans le chef de l'employeur des faits constitutifs de motif grave reprochés au travailleur – Nouveaux faits découverts après la notification d'un avertissement au travailleur mais antérieurs à cet avertissement et révélés par un rapport dressé après cet avertissement – Production de documents ordonnée à un tiers au litige pour vérifier le fondement des griefs constitutifs de motif grave – Demande reconventionnelle introduite devant le premier juge portant sur le remboursement de primes d'assurance dont il est allégué qu'elles ont été détournées par le travailleur – Demande prescrite pour avoir été formée plus d'une année après la rupture des relations contractuelles.

Article 578,1° du Code judiciaire.

Arrêt contradictoire, statuant sur le respect du délai de trois jours, sur la demande d'octroi du pécule de sortie et sur la demande reconventionnelle et ordonnant à un tiers la production de documents.

EN CAUSE DE :

La S.A. X.

Appelante au principal, intimée sur incident,
comparaissant par son conseil Maître ALIX loco
Maître DE SAN, avocat à Lasne-Chapelle-
Lambert,

CONTRE :

Monsieur J.N.,

Intimé au principal, appelant sur incident,
comparaissant en personne et assisté de son conseil
Maître ZUINEN loco Maître LEROY, avocat à
Charleroi,

La Cour du travail, après en avoir délibéré, rend ce jour l'arrêt suivant :

Vu les antécédents de la procédure et notamment :

- L'appel interjeté contre le jugement contradictoire prononcé le 19 juin 2007 par le Tribunal du Travail de Charleroi, section de Charleroi, appel formé par requête déposée au greffe le 31 août 2007 ;
- L'arrêt prononcé le 21 décembre 2009 par la Cour de céans, autrement composée, qui après avoir déclaré les appels principal et incident recevables, avant de statuer quant à leur fondement, ordonna par application des dispositions de l'article 992 du Code judiciaire, la comparution personnelle des parties (Monsieur T.L. pour la partie appelante et Monsieur J.N.) aux fins d'être entendues, notamment sur :
 - l'étendue de la mission d'encaissement dévolue à Monsieur J.N.;
 - l'obligation d'ouverture d'un compte centralisateur (obligation imposée à Monsieur J.N. suite au premier avertissement du 15/05/1997), mais, également, sur le système VCS ainsi que sur la fréquence des contrôles opérés par l'appelante sur la mission d'encaissement de Monsieur J.N.;
 - la nature des missions de contrôle attribuées à Monsieur L. en 2001, l'étendue des investigations qu'elles engendrèrent et la date de communication du rapport daté du 26/06/2001 et de ses annexes à Monsieur S. et Madame C.

Vu le procès-verbal de comparution personnelle des parties dressé le 22 mars 2010 ;

Vu, pour Monsieur N., ses conclusions après arrêt du 21 décembre 2009 et après la comparution personnelle des parties reçues au greffe le 28 février 2010 ;

Vu, pour l'appelante, ses secondes conclusions de synthèse d'appel reçues au greffe le 19 janvier 2011 ;

Entendu les conseils des parties, en leurs dires et moyens, à l'audience publique du 7 février 2011 au cours de laquelle fut reprise ab initio en raison de la composition différente du siège ;

Vu les dossiers des parties ;

RAPPEL DES FAITS DE LA CAUSE ET DES ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE :

Il appert des conclusions des parties, de leurs dossiers ainsi que des explications recueillies à l'audience que Monsieur N., né le1958, a été engagé par l'Assurance Liégeoise, en qualité d'agent encaisseur-producteur, par contrat de travail d'employé, conclu le 22 août 1983, avec effet au 1^{er} septembre 1983.

Ce contrat prévoyait notamment en son article 2c) que Monsieur J.N. avait pour mission :

d'encaisser, aux échéances et suivant les directives qui lui seront communiquées :

- les primes afférentes aux affaires frais funéraires de sa circonscription,
- les primes afférentes aux affaires toutes branches réalisées par lui,
- les primes afférentes aux affaires toutes branches lui confiées en gestion,

de rechercher, en toutes branches, de nouveaux assurés pour la Société, en prospectant notamment et plus particulièrement, les Affiliés « Frais funéraires » de sa circonscription,

d'assumer la gestion des affaires « Frais funéraires » de sa circonscription, de même que celles des affaires toutes branches qu'il aura introduites à la Société dans le cadre de sa mission ou lui confiées en gestion par la Société.

L'article 18 de ce contrat concerne l'encaissement et est rédigé comme suit :

1. Directives.

Le Préposé s'engage à respecter et à appliquer les directives de la Société.

2. Contrôle.

Le Préposé s'engage à se soumettre aux contrôles de ses comptes, à quelque moment que ce soit, et à restituer les quittances impayées à toute réquisition du délégué habilité de la Société.

3. Responsabilité.

- *Le Préposé accepte l'entière responsabilité des quittances lui remises. Il ne peut s'en dessaisir que contre paiement en espèces ou contre reçu du délégué habilité par la Société ;*
- *Le Préposé reconnaît expressément que l'encaissement se fait par le compte et au nom de la Société et que les primes perçues restent la propriété exclusive de celle-ci. Il ne peut donc en déduire quoique ce soit sans accord préalable. Les fonds encaissés sont donc considérés comme dépôt confié et nullement comme dus en compte et ce quelles que soient les modalités pratiquées entre la Société et le Préposé pour le règlement effectif des sommes dues réciproquement. Toutes les sommes perçues par le Préposé pour le compte de la Société doivent lui être versées (sans la moindre retenue) : soit par versement au compte de chèques Postaux*

000/0001016/46 ou à l'une des caisses de la Société ou par l'intermédiaire d'une banque, au minimum les 5, 10, 15, 20 et 25 de chaque mois (ou la veille s'il s'agit d'un jour férié). Un dernier versement sera opéré lors du contrôle mensuel. Tout manquant (non justifié par l'intéressé) constaté lors d'un contrôle quelconque sera considéré comme une faute grave dans le chef du Préposé.

4. Compte-courant mensuel.

De convention expresse, les créances et dettes réciproques qu'elle qu'elles soient, entreront dans le compte courant mensuel, à charge de la partie débitrice d'en payer le solde à l'autre partie, lors des opérations de clôture de ce compte.

Les conditions de rémunération et de remboursement de frais sont longuement détaillées aux articles 5, 6 et 7 de ce contrat.

A noter qu'un premier transfert d'activités de l'Assurance Liégeoise fut opéré le 1^{er} juin 1994 par le regroupement des réseaux exclusifs et du personnel de l'Urbaine UAP et de l'Assurance Liégeoise au sein d'une seule compagnie, appelée UAB.

Un second transfert d'activités fut réalisé, en date du 1^{er} janvier 2000 vers l'actuelle appelante qui se définit comme une société filiale de l'assurance AXA, agent d'UAB.

L'appelante indique qu'au cours des dernières années d'exécution du contrat de travail, la qualité du travail fourni par Monsieur J.N. laissa singulièrement à désirer et ce particulièrement en ce qui concerne sa fonction d'encaisseur c'est-à-dire dans son travail de visite des clients n'acquittant pas leurs primes.

C'est ainsi que l'appelante fut contrainte de lui adresser un premier avertissement en date du 15 mai 1997 après qu'une régularisation opérée au mois d'avril 97 ait permis de relever que le montant des retards de paiement s'élevait à 1.414.203 francs soit 52,17 % de son portefeuille.

Aux termes de ce courrier d'avertissement formel, l'appelante imposa, afin de tenter d'améliorer la surveillance du travail de Monsieur N., que ce dernier ouvre un compte bancaire à la BBL devant être affecté exclusivement à la perception des primes et sur lequel tous les paiements de clients devaient être centralisés.

Monsieur J.N.dut, en outre, donner mandat à l'appelante sur ce compte laquelle imposa, également, à Monsieur J.N.qu'à partir de cette ouverture de compte tous les clients soient avertis qu'ils devraient dorénavant effectuer leur paiement sur ce compte unique et non sur l'un ou l'autre compte de l'appelante comme c'était le cas précédemment.

Ce dernier avertissement ne fut apparemment pas contesté par Monsieur N.

L'appelante fait valoir qu'au cours de l'année 2001, cette obligation d'ouverture d'un compte centralisateur fut généralisée à tous les délégués avec des instructions précises.

L'appelante souligne qu'en vertu d'un accord avec la banque, cette dernière transférait, ainsi, chaque jour et globalement le total des sommes perçues sur le compte centralisé de chaque encaisseur en imputant automatiquement le total sur le compte de l'encaisseur concerné étant entendu que ce service offert par la banque ne permettait toutefois pas une imputation automatique pour chaque client individuellement : selon l'appelante, ce travail d'imputation détaillé était effectué par l'encaisseur lui-même sur un ordinateur lui appartenant mais se trouvant au domicile de l'encaisseur, l'encaisseur devant ensuite lui fournir ces informations pour lui permettre de prendre une décision sur la suite à donner à un contrat d'assurance dont une partie des primes restait impayée.

L'appelante fait valoir que lors du contrôle opéré fin juin 97, l'amélioration constatée dans le travail de Monsieur J.N. fut jugée insuffisante (l'intégralité des primes n'était pas versée sur le compte bancaire centralisé et un nombre important de celles-ci transitait encore par l'un ou l'autre compte de Monsieur N.), situation qui l'a conduite à adresser un nouvel avertissement, le 4 juillet 1997, à Monsieur J.N. relatif à la régularisation de ses comptes VP et GB du 26 juin 1997 et rédigé comme suit :

« Lors de cette régularisation le montant de vos quittances impayées passe de 1.414.203 Frs à fin avril à 1.149.188 Frs fin juin. En pourcentage ceci représente toujours 43,06 %.

Vous êtes d'accord avec nous que cela ne correspond absolument pas au redressement de la situation qu'on attendait de vous.

Nous constatons d'ailleurs beaucoup de quittances impayées dans la nouvelle production. Ce qui est absolument intolérable. En plus nous trouvons beaucoup de quittances impayées de plus de 4 mois, voire même depuis un an. Nous voulons que ces cas soient solutionnés en premier lieu. Nous avons donc pris, en votre présence, les mesures de redressement suivantes :

Tous les mercredis, et ce à partir du 7 juillet vous me faxez personnellement un tableau tel qu'il est possible de faire à n'importe quel moment via l'application informatique AEP 2000. Ce même tableau sera également faxé à Mr J.P. R., votre Inspecteur Général.

Le montant des quittances impayées antérieures à juillet doit être ramené de 1.149.188 à 700.000 fin août 1997 et celui des prolongations de juillet et août de 1.427.745 à 300.000. Une régularisation intermédiaire se fera fin août 1997.

Le 22 octobre 1997, lors de la régularisation d'octobre vous nous présenterez un impayé de maximum 300.000 pour les quittances antérieures à juillet et de 390.000 pour toutes les quittances de juillet à octobre y compris.

Vous vous êtes engagé à verser un minimum par semaine de 190.000 Frs en primes encaissées. Tous les mercredis nous ferons le point de votre situation.

Nous nous reverrons donc lors de la régularisation d'octobre 1997 pour

faire un bilan de vos efforts. Si le plan de redressement tel qu'il est décrit dans cette lettre n'est pas suivi nous n'attendrons pas le 22 octobre 1997 mais nous prendrons immédiatement les mesures qui s'imposent. Nous vous demandons de considérer la présente comme un avertissement dans le sens de notre règlement de travail ».

Le contenu de ce second courrier ne fut pas contesté par Monsieur N.

Un nouvel avertissement fut envoyé par l'appelante à Monsieur N., le 251998, et ce au terme d'un courrier libellé comme suit :

« Nous venons de prendre connaissance de vos résultats enregistrés lors de la dernière régularisation de fin octobre 1998.

Nous enregistrons :

- *Un impayé en Branche Populaire de : 415.741*
- *Un volume d'annulation de : 423.131.*

Ces chiffres nous paraissent excessifs et nous vous invitons à mettre tout en œuvre pour régulariser cette situation au plus tôt.

Si nous devons encore enregistrer d'aussi mauvais résultats fin décembre 1998, force nous serait de prendre des mesures de conservation de notre clientèle. Une réduction du volume de votre encaissement serait une solution envisageable.

En effet, nous ne pouvons assister passivement et indéfiniment à la dégradation du portefeuille ».

Ce courrier n'a entraîné davantage de réaction dans le chef de Monsieur N..

Plus aucune trace d'avertissement écrit n'est produite par la suite.

Au mois de janvier 2000, une partie du territoire d'activités de Monsieur J.N.fut transféré à Madame L.

Monsieur J.N. fut reconnu en état d'incapacité de travail à partir du 2 janvier 2001 et transmit à l'appelante des certificats d'incapacité de travail le couvrant jusqu'au 30 juin 2001.

En date du 1^{er} février 2001, l'appelante fit reprendre au domicile de Monsieur J.N. l'ordinateur mis à sa disposition par la société et le remit à Madame L. à qui elle confia la mission « d'agent dépanneur » (vu l'incapacité de travail de Monsieur N.) laquelle consistait à reprendre les encaissements de Monsieur J.N.et à adresser des lettres de rappel aux clients défaillants.

L'appelante fait valoir que dans le cadre de ce travail de remplacement, Madame L. a, notamment, rendu visite à deux clients renseignés comme n'étant pas en ordre de paiement, Monsieur G. M. et Madame M. M., et a pu constater qu'en opposition flagrante avec ses instructions, Monsieur J.N.continuait à percevoir des virements bancaires sur un compte personnel au détriment du compte centralisé (5 paiements ont été effectués par ces clients sur un compte bancaire personnel de Monsieur J.N.après le 5 avril 2000 alors que par courrier recommandé du 5 avril 2000, leurs contrats

avaient été suspendus pour défaut de paiement) et, d'autre part, conservait certains des versements de clients sans les transmettre à l'appelante.

Selon l'appelante, Madame L. l'a immédiatement informée de ce « détournement de fonds » par Monsieur J.N. ce qui l'a conduite à faire vérifier cette information par son responsable, Monsieur L. qui lui remit le 6 juin 2001 un premier rapport relatif aux versements effectués par le couple M.-M. et à leur destination.

Entretemps, le 5 juin 2001, une note interne intitulée « note d'instruction pour l'encaissement » fut signée par Monsieur S., administrateur-délégué de l'appelante. Cette note constituait un rappel des règles à respecter pour l'encaissement à savoir, notamment, favoriser les domiciliations bancaires ou les VCS, verser à la compagnie toute prime perçue et être en mesure d'informer de manière la plus complète possible la compagnie sur la situation de paiement de chaque client.

Suite à ce rapport, deux lettres recommandées identiques furent adressées à Monsieur J.N.: la première le 6 juin 2001 à Walcourt,, la seconde le 8 juin 2001 à Couvin,.....

Cette lettre était libellée comme suit :

« Monsieur,

Je me vois obligé de vous adresser une lettre de reproches suite à la constatation de certains faits dont vous trouverez ci-dessous la description.

Ces faits concernent les contrats n °.....au nom de Monsieur M.G. et au nom de M. M.. Ces contrats ont été réduits par mise en demeure le 5 avril 2000.

Suite à votre incapacité de travail, l'agent dépanneur a rendu visite à ces clients qui lui ont signalé avoir effectué plusieurs versements de cotisations sur votre compte bancaire n°360-.....-80 :

<i>versement en date du 7 avril 2000 :</i>	<i>12.760 BEF</i>
<i>virement en date du 5 juin 2000 :</i>	<i>1.595 BEF</i>
<i>virement en date du 11 juillet 2000 :</i>	<i>1.595 BEF</i>
<i>virement en date du 10 octobre 2000 :</i>	<i>1.595 BEF</i>
<i>virement en date du 7 mars 2001 :</i>	<i>1.595 BEF</i>
<i>TOTAL</i>	<i>19.140 BEF</i>

Une recherche sur votre P. C. ne montre aucune trace de ces paiements. D'après vos relevés, vous nous êtes redevables d'un montant de 17.545 BEF que vous avez encaissé et que vous n'avez jamais versé à la compagnie. Vous n'avez par ailleurs, jamais demandé la remise en vigueur de ces contrats malgré ces versements.

Il s'agit d'un manquement grave : vous détournez à votre profit des cotisations qui vous avaient été confiées par des clients pour compte de notre société alors que votre fonction d'encaisseur implique que nous puissions compter sur une totale honnêteté de votre part dans la comptabilisation des fonds qui vous sont remis, et dans le versement rapide de ceux-ci à la compagnie.

Nous allons procéder à une enquête dans votre clientèle afin de vérifier la régularité de vos comptes d'encaissement.

Nous vous informons que tout nouveau fait de cette nature sera nécessairement considéré comme un motif grave justifiant la rupture de votre contrat sans préavis ni indemnité.

La présente vous est adressée à titre d'avertissement au sens de l'article 4 de la Convention Collective Paritaire du 9 novembre 1987 sur la Sécurité de l'Emploi... »

L'appelante indique que suite à cet avertissement, Monsieur L. a été chargé d'effectuer un travail de vérification des différents contrats gérés par Monsieur J.N. ce qui le conduisit à rédiger un second rapport daté du 26/06/2001 et dont il est soutenu qu'il aurait été adressé ce jour-là par fax à Madame M.C. et Monsieur M. S., administrateurs de l'appelante, ces derniers attestant en outre avoir réceptionné les annexes de ce rapport le 26/06/2001.

Ce rapport est notamment rédigé comme suit :

« Rapport sur l'activité de Mr J.N., relatif aux plaintes clients.

Il apparaît des contrôles effectués sur le terrain qu'un grand nombre de clients se plaignent des lettres de rappel de paiement envoyés par l'agent dépanneur.

Bon nombre de ces plaintes semblent fondées puisque l'enquête de terrain démontre, preuves à l'appui, que beaucoup sont en ordre de paiement.

J'ai découvert des anomalies graves, dans le fonctionnement de Monsieur N., certaines remontant à 1999.

Sa responsabilité est engagée à trois niveaux :

- 1. Financière : des paiements effectués par des clients (avant dépannage) n'apparaissent nulle part. Au moins un client (d'autres sont en attente d'identification) n'a pas été remboursé pour les mois de juillet versés indûment pendant trois ans.*
- 2. Mission : Monsieur J.N. n'est pas présent sur le terrain et ne règle pas les problèmes clients. Ceux-ci se plaignent de ne pas pouvoir le contacter facilement, de ne l'avoir jamais vu (même lorsqu'il y a des problèmes d'impayés).*
- 3. Transfert des infos lors du dépannage : Monsieur J.N. ne transmet pas systématiquement des infos de paiement des clients qui continuent de payer sur ses comptes.*

Suivent un relevé qualifié «non exhaustif des montants litigieux» et l'énumération du nom de 15 clients (incluant M-M.) pour un montant de 43.869 BEF. »

L'appelante convoqua Monsieur N., par pli recommandé du 26/06/2001 et envoyé ce jour-là, pour le 27/06/2001 aux fins de l'entendre sur « les anomalies graves dans le fonctionnement de son encaissement » et ce « avant de prendre les décisions qui s'imposent » mais Monsieur J.N. ne

R.G. 2007/AM/20.832

réserva pas suite à cette demande.

Par lettre recommandée datée du 28/06/2001 (et postée ce jour-là), l'appelante signifia à Monsieur J.N. son congé pour motif grave en ces termes :

« Monsieur,

Nous sommes au regret de vous informer que nous avons eu connaissance ce 26 juin 2001 de fautes qui constituent un motif grave nous permettant de résilier votre contrat de travail à effet immédiat, sans préavis ni indemnité compensatoire. Vous en trouverez ci-dessous la description.

Nous nous référons à notre lettre de reproches du 8 juin 2001 par laquelle nous vous annonçons que nous allions procéder à une enquête dans votre clientèle suite aux anomalies découvertes dans vos comptes d'encaissement.

Monsieur T. L., responsable commercial, nous a remis ce 26 juin 2001 son rapport sur votre activité. Il apparaît des contrôles faits sur le terrain qu'un grand nombre de clients se plaignent des lettres de rappel de paiement envoyées par l'agent « dépanneur » chargé de votre encaissement pendant votre incapacité de travail.

Ces plaintes sont fondées puisque l'enquête de terrain démontre, preuves à l'appui, que beaucoup sont en ordre de paiement. Des paiements effectués par des clients avant dépannage n'apparaissent nulle part dans votre comptabilité. D'autres paiements ont encore été effectués sur votre compte pendant le dépannage sans que vous en transmettiez l'information et le montant à l'agent dépanneur. Certaines anomalies remontent à 1999. Vous en trouverez ci-dessous un relevé non exhaustif :

Relevé non exhaustif des montants litigieux

<u>N° contrat</u>	<u>Nom client</u>	<u>Période</u>	<u>Sommes totales</u>
		9/10/99	1.392
		4/5/6/2001	1.296
		5/6/2000 et 9/8/2000	5.604
		15/11/2000	2.640
		6/6/99 et 8/10/99	1.316
		15/10/99	1.456
		7/1998/1999/2000	2.220
		5/06/01	1.130
		14/10/99	2.510
		5 et 6/2001	1.872
		4 et 5/2001	1.964
		mai-01	898
		14/10/99 et 14/09/99	1.578
		30/12/00	988
	M. G.	1. versement en date du 07/04/2000	12.760
		2. versement en date du 05/06/2000	1.595
		3. versement en date du 11/07/2000	1.595

4. versement en date du 1.595
10/10/2000

43.869

Il s'agit d'un manquement grave. Vous détournez à votre profit des primes qui vous ont été payées par des clients pour compte de notre société alors que votre fonction d'encaisseur implique que nous puissions compter sur une totale honnêteté de votre part dans la comptabilisation des fonds qui vous ont été remis et dans le versement rapide de ceux-ci à la société.

De plus:

- certains de ces contrats ont été réduits pour non paiement de primes d'où non couverture du client en cas de sinistre,*
- nous devons faire face à de nombreuses plaintes de clients qui se traduiront inmanquablement par une perte en porte feuille,*
- en matière de I., vos comptes présentent à ce jour un solde débiteur important malgré nos multiples demandes de versement :*
compte.....: 95.700 BEF
compte.....: 54.939 BEF
150.729 BEF
- vos compte d'encaissement fait apparaître à ce jour un crédit de 1.000.000 BEF (chiffre provisoire) que nous vous mettons en demeure de nous verser dans un délai de 7 jours.*

Nous avons tenté de vous entendre sur ces griefs, sans que vous répondiez à notre invitation.

Il s'avère que toute collaboration est devenue impossible, la confiance étant définitivement rompue.

A partir de ce 29 juin 2001, vous ne ferez plus partie de notre personnel.

Afin de déterminer le montant total de notre préjudice, nous devons pouvoir consulter les relevés de vos comptes privés sur lesquels des mouvements liés à votre activité professionnelle ont été enregistrés.

Nous vous prions donc de nous fournir dans les plus brefs délais tous les éléments nécessaires à notre enquête.

Les faits qui vous sont reprochés étant pénalement sanctionnés, nous nous réservons le droit de déposer plainte auprès du Procureur du Roi. »

Postérieurement au licenciement, l'appelante réceptionna un courrier du conseil de Monsieur N., daté du 27/06/2001 mais posté le 29/06/2001, aux termes duquel ce dernier contesta tant la forme que le contenu de la lettre du 08/06/2001, répondant comme suit aux reproches formulés dans le cadre de la gestion du dossier M. : « Les versements auxquels vous faites allusion sont effectivement des versements opérés par Monsieur M. sur le compte professionnel de Monsieur N.. Monsieur M. était en contentieux pour arriéré de paiements et il avait été convenu entre celui-ci et Monsieur J.N. qu'une fois l'arriéré apuré par mensualités, le contrat serait remis en vigueur. »

Par citation du 05/06/2002, Monsieur J.N. a assigné la S.A. X. devant le Tribunal du travail de Charleroi aux fins de l'entendre condamner à lui verser :

- la somme de 74.221,65 €, à titre d'indemnité compensatoire de préavis,
- la somme de 18.087,65 €, à titre de commissionnements et ce, à titre provisionnel sur une somme de 500.000 €, à titre définitif, sous réserve de majorer, minorer ou mieux libeller en cours d'instance,
- la somme de 12.394,68 €, à titre de dommages et intérêts du chef de licenciement abusif,
- la somme de 1 € provisionnel, à titre de rachat de portefeuille,
- la somme de 1 € provisionnel, à titre de commission de rappel en frais funéraires,
- la somme de 1 € provisionnel, à titre de prime de stabilisation,
- la somme de 1 € provisionnel, à titre de commission de rappel sur les U.A.B. pour l'an 2001,
- la somme de 1 € provisionnel, à titre de dommages et intérêts pour le non paiement des commissions de rappel sur les U.A.B. pour les années 1996 à 2000,
- la somme de 3.440,76 €, à titre d'indemnité de vacances 2001 et celle de 6.961,72 €, à titre d'indemnité de vacances pour l'année 2000,
- outre les intérêts compensatoires à dater du 28 juin 2001,
- le tout assorti de l'exécution provisoire.

Par conclusions du 28 novembre 2005, Monsieur J.N. a sollicité la condamnation de la S.A. X. à lui payer :

- la somme provisionnelle de 42.384,18 €, à titre d'indemnité de rupture (sur un principal de 80.000 €), augmentée des intérêts sur le montant brut du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement,
- la somme de 12.500 €, à titre d'indemnité pour licenciement abusif, augmentée des intérêts à dater du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement,
- la somme provisionnelle de 8.000 €, à titre de rachat de portefeuille (sur un principal de 50.000 €), augmentée des intérêts à dater du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement,
- la somme de 75.000 €, à titre de commissions de rappel, augmentée des intérêts à dater du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement,
- la somme de 10.402,48 €, à titre d'arriérés de pécule de vacances augmentée des intérêts à dater du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement,
- la somme provisionnelle de 18.087,65 €, à titre d'arriérés de commissions généralement quelconques (sur un principal de 50.000 €), augmentée des intérêts à dater du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement.

Par conclusions du 15 septembre 2003, la société X. a formulé une demande reconventionnelle pour obtenir :

Avant dire droit :

La production par Monsieur J.N. dans les 30 jours de la signification du jugement à intervenir l'intégralité des extraits bancaires pour les comptes suivants et ce depuis leur ouverture :

- compte BBL (ING) n° 360-.....
- compte BBL (ING) n° 360-.....
- compte Fortis n° 260-.....
- compte Poste n° 000-.....
- compte n°050-.....,

obligation assortie d'une astreinte de 100€, par jour de retard et par extrait manquant,

La désignation d'un expert comptable avec pour mission :

- de convoquer les parties,
- de prendre connaissance des documents produits par celles-ci et en particulier des extraits des 5 comptes bancaires utilisés professionnellement, à savoir compte BBL (ING) n° 360-....., compte BBL (ING) n° 360-....., compte Fortis n° 260-....., compte Poste n° 000-....., compte n°050-.....,
- d'analyser ces extraits et d'identifier les paiements provenant de clients de la société,
- de comparer ces montants avec les sommes versées à la société pendant la durée du contrat de travail,
- de faire la balance entre ces sommes et de déterminer le montant exact des sommes indûment retenues par Monsieur N.,

après avoir entendu les observations des parties, de déposer un rapport dans un délai de quatre mois après la notification de sa mission par le greffe.

Au fond, mais intitulé subsidiairement :

La condamnation de Monsieur J.N. à lui payer la somme de 19.795,50 €, sous réserve de modification en cours d'instance, à titre de remboursement de sommes indûment conservées, montant à majorer des intérêts compensatoires et judiciaires.

Aux termes du jugement dont appel prononcé le 19 juin 2007, le premier juge déclara la demande principale de Monsieur J.N. recevable et d'ores et déjà partiellement fondée, condamnant la S.A. X. au paiement :

- d'une somme brute de 42.384,18 € à titre d'indemnité de rupture, augmentée des intérêts au taux légal sur le montant net équivalent du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement, réservant à statuer sur le surplus de ce chef de demande ;
- d'une somme d'1 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif ;
- d'une somme brute de 10.402,48 € à titre de pécules de vacances, augmentée des intérêts au taux légal sur le montant net équivalent du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement.

Le premier juge a, par ailleurs, réservé à statuer sur les autres chefs de

demande et a ordonné la réouverture des débats pour les demandes visant le rachat du portefeuille, les commissions de rappel et les commissions dues pendant la maladie.

D'autre part, le premier juge déclara la demande reconventionnelle prescrite.

La motivation du premier juge peut être résumée comme suit :

- le licenciement pour motif grave est irrégulier à un double titre :
 - a) Le motif grave invoqué à l'appui de la lettre de rupture, avait déjà été invoqué auparavant dans la lettre de mise en demeure et d'avertissement que l'employeur avait adressée par pli recommandé les 6 et 8 juin 2001.
 - b) C'est de manière artificielle que l'employeur prétend apporter la preuve du respect du délai de 3 jours dès lors qu'il se fonde sur un document émanant de ses services pour prétendre que les nouveaux éléments repris dans la lettre de rupture ont été portés à sa connaissance le 26 juin 2001. Par ailleurs, la lettre des 6 et 8 juin 2001 démontre que l'employeur avait la certitude – peut-être erronée mais suffisante – à l'égard des détournements déjà à ce moment et sans qu'une enquête ne puisse rien changer ou ajouter à sa perte de confiance.
 - La preuve des détournements n'est pas apportée.
 - La gravité des motifs n'est pas établie dès lors que les quelques erreurs relevées par l'employeur portent sur un montant de 43.869 francs alors que les sommes encaissées par Monsieur J.N. étaient d'une importance considérable. Le premier juge rappela aussi que bien que soumis tous les deux mois à des contrôles systématiques aucune mise en demeure, aucun avertissement, aucune remarque n'avaient plus été formulés à Monsieur J.N. depuis le 25 novembre 1998.
 - Monsieur J.N. été victime d'un licenciement abusif : l'employeur a agi avec une légèreté anormale en licenciant Monsieur J.N. sans l'entendre préalablement tout en l'accusant gravement de détournements sans fournir d'éléments suffisants pour établir la réalité des faits. Dans la mesure où Monsieur J.N. n'établissait pas de manière précise son dommage, le premier juge lui alloua 1 € de dommage moral relatif à l'atteinte à sa réputation.
 - Les sommes brutes réclamées au titre de pécules de vacance ne sont pas contestées.
 - La demande reconventionnelle a été introduite plus d'une année après la cessation des relations contractuelles. Il n'y a pas lieu, selon le premier juge, de se poser la question de savoir si la demande pourrait avoir une base délictuelle permettant d'appliquer un délai de prescription quinquennale puisqu'en l'espèce les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas

établis.

La S.A. X. interjeta appel de ce jugement.

RAPPEL DE LA THESE DES PARTIES.

L'appelante reproche au premier juge :

- d'avoir considéré que le licenciement pour motif grave de Monsieur J.N. était irrégulier au regard du délai de 3 jours prescrit par l'article 35 de la L. du 3 juillet 1978 ;
- d'avoir considéré qu'elle ne rapportait pas la preuve des détournements commis par Monsieur J.N.;
- d'avoir considéré que le caractère de gravité des faits commis par Monsieur J.N. n'était pas rencontré ;
- d'avoir considéré que le licenciement de Monsieur J.N. revêtait un caractère abusif ;
- d'avoir considéré que la demande reconventionnelle formulée par ses soins était prescrite.

Monsieur J.N. sollicite, pour sa part, la confirmation du jugement dont appel sauf en ce qu'il a limité le montant octroyé à titre de dommage moral à 1 €.

Monsieur J.N. formule, dès lors, un appel incident aux fins de se voir octroyer la somme de 12.500 € fixée ex æquo et bono à titre d'indemnité pour licenciement abusif.

Enfin, par l'effet dévolutif de l'appel, Monsieur J.N. invite la Cour à se saisir des chefs de demande non tranchés par le premier juge et à condamner, partant, l'appelante à lui verser :

- les sommes de 50.000 € à titre principal et 8.000 € à titre provisionnel, à augmenter des intérêts à dater du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement pour le rachat de portefeuille ;
- la somme de 75.000 € à titre de commission de rappel à augmenter des intérêts à dater du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement ;
- la somme de 50.000 € à titre d'arriérés de commissions généralement quelconques à titre principal et la somme provisionnelle de 18.087,65 € à augmenter des intérêts à dater du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement.

ENSEIGNEMENT A DEDUIRE DE L'ARRET PRONONCE LE 21 DECEMBRE 2009 PAR LA COUR DE CEANS.

Aux termes de son arrêt prononcé le 21 décembre 2009, la Cour de céans,

après avoir déclaré les appels principal et incident recevables et considéré, dans ses motifs décisifs, que la lettre de rupture pour motif grave était rédigée avec une précision suffisante, estima nécessaire de postposer l'examen du respect de l'article 35, alinéa 4, de la L. du 3 juillet 1978 par l'appelante dans la mesure où, en l'espèce, elle estima indispensable à la découverte de la vérité judiciaire d'ordonner, en application des dispositions de l'article 992 du Code judiciaire, la comparution personnelle des parties, soit Monsieur J.N. et Monsieur T.L. (celui-ci en sa qualité de responsable commercial de l'appelante et auteur des rapports d'enquête ayant conduit l'appelante à procéder au licenciement pour motif grave de Monsieur J.N. étant le plus habilité aux yeux de la Cour à représenter l'appelante) auxquelles la Cour de céans entendit poser les questions utiles et nécessaires portant, notamment, sur :

- l'étendue de la mission d'encaissement dévolue à Monsieur J.N. (en ce compris le travail d'imputation qu'elle impliquait) ;
- l'obligation d'ouverture d'un compte centralisateur (obligation imposée à Monsieur J.N. suite au premier avertissement du 15/05/1997), mais, également, sur le système VCS ainsi que sur la fréquence des contrôles opérées par l'appelante sur la mission d'encaissement de Monsieur J.N. (pour quelles raisons précises n'est-il plus fait état de contrôles des « impayés » (opérations de régularisation pour la balance des comptes) entre novembre 98 et 2001 ?)
- la nature des missions de contrôle attribuées à Monsieur L. en 2001, l'étendue des investigations qu'elle engendrèrent et la date de communication du rapport daté du 26/06/2001 et des ses annexes à Monsieur S. et Madame C.

Il apparaissait, en effet, indispensable à la Cour de céans non seulement d'appréhender de manière exacte l'étendue de la mission d'encaissement dévolue à Monsieur J.N. mais, également, de pouvoir recueillir les explications techniques requises aux fins de comprendre le mécanisme de « détournement » de primes reproché à Monsieur J.N. par l'appelante au départ de ses « comptes d'encaissement » alors que, selon toute apparence, un compte centralisateur accessible aux deux parties avait été ouvert en 1997 auprès d'ING (ex BBL) à la demande expresse de l'appelante (voyez son courrier recommandé du 15 mai 1997) et sur lequel devaient être versés tous les paiements de primes effectués par la clientèle.

En outre, la comparution personnelle avait, également, pour objet de vérifier le respect par l'appelante du délai de trois jours visé à l'article 35, alinéa 4, de la L. du 3 juillet 1978 en interrogeant Monsieur L. sur la date de communication de son rapport daté du 26 juin 2001.

ENSEIGNEMENT A DEDUIRE DE LA COMPARUTION PERSONNELLE DES PARTIES :

La comparution personnelle des parties ordonnée d'office par la Cour de céans a permis de mettre en évidence les éléments suivants :

1.

- Les tâches dévolues à Monsieur J.N. consistaient à assurer la préparation des tournées (ce qui impliquait un travail de préparation et de visite de la clientèle), à procéder à l'encaissement des primes des dossiers en I. ainsi qu'en la production de nouveaux contrats ;

- les parties se sont accordées pour reconnaître que le travail des agents encaisseurs s'est opéré de façon manuelle jusqu'à l'introduction en 1997 de l'application informatique AED 2000 ;

A cet effet, Monsieur L. a expliqué à la Cour que l'application informatique installée en 1997 était destinée à faciliter le transfert de fonds, permettant ainsi à l'appelante d'avoir une vue globale de chaque portefeuille mais qu'elle ne procédait pas à l'imputation desdits versements entre les différents clients, affirmation contestée toutefois par Monsieur J.N. qui a, néanmoins, admis qu'il « était possible de cacher à la compagnie le paiement de sommes modiques » effectué par la clientèle ;

2. La comparution personnelle des parties a, également, permis de confirmer le contrôle opéré par l'appelante sur Monsieur J.N. (un contrôle de balance a été effectué tous les mois à partir du 26 juin 1997, c'est-à-dire un examen de la différence entre les primes dues et les primes non payées sur base des quittances) ainsi que les circonstances dans le cadre desquelles Monsieur L. a été invité à enquêter sur la gestion du portefeuille de Monsieur J.N. : à cet effet, Monsieur J.N. a été contrôlé de manière rapprochée entre 1997 et 1998 au motif que son taux d'encaissement était trop bas, ce contrôle ayant disparu en 1999 au moment où la situation se normalisa par l'annulation des « dossiers difficiles » gérés par Monsieur N., ce qui engendra une diminution substantielle du volume « d'impayés ».

3. Il est également acquis et non contesté qu'au début de l'année 2001, Monsieur J.N. est tombé malade, situation qui conduisit l'appelante à désigner Madame L. en tant qu'agent dépanneur vu la prolongation de l'état d'incapacité de travail de Monsieur N..

Monsieur L. qui a participé à la désignation de Madame L. a expliqué que l'appelante avait, dans un premier temps, dû vérifier la liste des clients en défaut de paiement et a, ensuite, chargé Madame L. de les contacter personnellement pour tenter d'obtenir le paiement des primes toujours renseignées comme impayées lors du dernier contrôle de balance.

C'est dans ce contexte, a expliqué Monsieur L., que Madame L. a pu rencontrer le couple M-M. qui lui a présenté cinq preuves de paiement pour un total de 19.140 frs dont il n'avait jamais été tenu compte par

Monsieur J.N. qui renseignait toujours ces primes comme impayées ce qui avait entraîné la réduction des contrats financiers souscrits par ce couple à partir du 5 avril 2000.

Lorsque Madame L. en a avisé Monsieur L. et après qu'il ait pu rencontrer personnellement le couple M-M. et vérifier l'existence du problème, Monsieur L. a confirmé, lors de la comparution personnelle des parties, avoir prévenu la direction générale de l'appelante de ce « dysfonctionnement » ce qui a justifié l'envoi du courrier recommandé du 6 juin 2001 (notifiant à Monsieur J.N. un avertissement).

Monsieur L. a, également, confirmé avoir été mandaté après le 6 juin 2001 par l'appelante pour poursuivre les investigations après les constatations opérées par ses soins lors de l'examen de la situation du couple M-M., situation qui l'a conduit à visiter 14 clients considérés comme n'ayant pas acquitté leurs diverses primes ou qui s'inquiétaient de ne plus avoir eu de nouvelles de leur agent percepateur.

4. Monsieur L. s'est, par la suite, expliqué sur la manière dont l'appelante avait pris connaissance de son rapport confirmant à ce propos « avoir transmis un rapport circonstancié par fax le 26 juin 2001 à Monsieur S. qui, vu la gravité des faits, l'a convoqué immédiatement pour l'entendre en ses explications » en présence de Madame C., responsable du service juridique.

5. Monsieur L. a, également, souligné, que ses investigations lui avaient permis de constater que les comptes privés de Monsieur J.N. étaient toujours actifs dès lors qu'un certain nombre de clients continuaient à les utiliser pour leurs versements alors qu'il lui avait été demandé à la mi-1997 de clôturer les anciens comptes.

A cet effet, la Cour de céans a pu constater que la plus extrême confusion règne sur l'identification exacte du compte centralisateur dès lors que les parties s'opposent entre elles sur l'identité du titulaire du compte 360-.....: en effet, il est apparu, au cours de la comparution personnelle, selon les déclarations formulées par Monsieur L., que « le compte ING (ex BBL) 360-.....pourrait être un compte privé de Monsieur J.N. », l'appelante reprochant explicitement à ce dernier d'avoir conservé ses comptes privés alors qu'il lui avait été demandé à la mi-1997 de procéder à leur clôture.

Monsieur J.N. a, toutefois, formellement contesté cette affirmation prétendant, tout au contraire, que ce compte 360-.....était le compte centralisateur ouvert depuis 1997 sur lequel étaient versées quasiment toutes les primes d'assurance (environ 95 % de l'ensemble des primes encaissées par ses soins sous forme VCS) de telle sorte qu'il n'aurait jamais pu se rendre coupable du moindre détournement.

Le compte BBL 360-.....aurait été, selon Monsieur N., un compte privé sur lequel aucune prime n'a jamais été versée.

La thèse de Monsieur J.N. a, toutefois, été formellement démentie par l'appelante dans le cadre de ses conclusions de synthèse après comparution personnelle des parties.

DISCUSSION – EN DROIT :

I. Fondement de la requête d'appel.

I.1. Quant au respect par l'appelante du double délai de trois jours.

Selon l'article 35 alinéa 4 de la L. du 3 juillet 1978 « peut seul être invoqué pour justifier le congé sans préavis et avant l'expiration du terme, le motif grave notifié dans les trois jours ouvrables qui suivent le congé ».

La L. permet donc à l'auteur du congé pour motif grave de décomposer celui-ci en deux temps : le congé suivi de la notification.

La Cour de cassation a rappelé ce principe.¹

En l'espèce, le double délai légal est limité à un seul délai dès lors que la lettre de rupture contient, également, l'énonciation des fautes graves constitutives de motif grave.

Par application de l'article 35 alinéa 8 de la L. du 03/07/1978, il appartient toutefois à l'appelante, auteur de la notification, de prouver qu'elle a respecté le délai légal.

Or, comme l'a fort justement rappelé H. DE PAGE, on n'exige pas de celui qui supporte la charge de la preuve une démonstration absolue. Prouver c'est établir une vraisemblance suffisante qui emporte la conviction du juge et, lorsque ce résultat est atteint, le juge donne à l'autre partie à s'expliquer pour, éventuellement, créer, à son tour, une vraisemblance contraire (H. DE PAGE, « Traité élémentaire de droit civil belge », Bruxelles, Bruylant, 1962-1973, 3^{ème} édition, Tome III, n° 729).

A cet effet, dans la mesure où la L. n'exclut aucun mode légal de preuve, l'appelante peut, évidemment, recourir à la preuve par présomptions dont la notion est évoquée aux articles 1349 à 1353 du Code civil (voyez par identité de motifs l'enseignement dispensé par la Cour de cassation selon lequel la faute grave constitutive de motif grave est un fait juridique qui se prouve par toutes voies de droit (Cass., 13 octobre 1986, Pas., 1987, I, p. 164 et Cass., 24 septembre 1979, Pas., I, p. 106) et notamment par témoins (Cass., 18 mars 1991, Pas., I, p. 663 et Cass., 24 novembre 1997, Ors, 1998, n° 1et 2) et par présomptions (Cass. 13 octobre 1986, Pas., 1987, I, p. 164).

Les présomptions de l'homme procèdent d'un raisonnement par induction du juge et comprennent tous les éléments de fait connus auxquels le juge

¹ Cass., 6/2/1915, Pas. I, p. 141.

peut avoir égard pour en déduire des conséquences portant sur la réalité d'un autre fait inconnu dont la preuve directe n'est pas établie et qui sert de base à une demande ou à une défense. Comme le précise H. DE PAGE, les présomptions de l'homme englobent donc « tous les indices extérieurs, les signes, les gestes, les attitudes, les actions qui peuvent être révélateurs de l'état de chose inconnu ou qui permettent de le conjecturer » (H. DE PAGE, op. cit., n° 718 quater C).

Ce concept légal implique l'adoption d'un raisonnement qui se déroule en trois étapes :

- 1) Le raisonnement adopté par le juge doit avoir pour point de départ un fait certain et connu (Cass., 19/05/1983, Pas., I, p.137). La preuve de ce fait connu ne pourrait, toutefois, résulter d'une connaissance particulière du juge qui ne relèverait pas de faits notoires (Cass., 23/01/2004, Pas., I, p.137).
- 2) A partir de ce fait connu, le juge peut appliquer un raisonnement inductif pour admettre la preuve que la partie entend rapporter et il apprécie souverainement sa force convaincante étant entendu qu'il ne peut pas dénaturer la notion légale de présomption c'est-à-dire « déduire des faits constatés par lui des conséquences sans aucun lien avec eux ou qui ne seraient susceptibles, sur leur fondement, d'aucune justification » (Cass., 22/10/2004, Pas., I, p.1641).
- 3) Le raisonnement doit apporter au juge une certitude quant à l'existence du fait recherché qu'il induit du fait connu. Il méconnaîtrait l'article 1353 du Code civil s'il se contentait d'une simple probabilité à cet égard (Cass., 16/06/2003, Pas., I, p.1189).

L'article 1353 du Code civil recommande de ne tenir compte que de présomptions « graves, précises et concordantes ». Mais il s'agit simplement d'un conseil donné au juge dont ne se déduit aucune restriction précise à son pouvoir d'appréciation. En effet, le juge peut parfaitement se contenter d'une seule présomption (Cass., 30/01/1962, Pas., I, p. 630) et peut déduire une présomption d'un ensemble d'éléments même si pris isolément, ces éléments ne fournissent pas une certitude suffisante (Cass., 07/11/1983, Pas., 1984, I, p.256) (voyez : P. VAN OMMESLAGHE, « Droit des obligations », Tome 3, « Régime général de l'obligation – Théorie des preuves », Bruxelles, Bruylant, 2010, p.2419 ; D. MOUGENOT, « Droit des obligations - La preuve », Bruxelles, Larcier, 2002, p. 285).

Monsieur J.N.soutient que le délai de trois jours ouvrables à partir de la connaissance des faits imposé par l'article 35 n'aurait pas été respecté dès lors que :

- a) l'appelante ne démontre pas que les membres de la direction habilités à prendre la décision de le licencier aient eu connaissance du rapport définitif de Monsieur L. le 26 juin 2001 ;
- b) il apparaît des pièces et des dires mêmes de l'appelante qu'un premier rapport aurait déjà été adressé par Monsieur L. lequel a engendré la lettre d'avertissement du 6 juin 2001. Or, le

« prétendu » fait reproché dans cette lettre d'avertissement du 6 juin 2001 n'est pas, selon Monsieur N., différent de ceux reprochés dans la lettre de rupture pour motif grave.

Selon Monsieur N., l'appelante avait, dès lors, dès le 6 juin 2001 une connaissance suffisante et certaine des faits puisqu'elle qualifiait elle-même sa prétendue faute de « manquement grave ».

Par conséquent, la prétendue seconde enquête effectuée par Monsieur L. dont le rapport aurait été remis à la direction de l'appelante le 26 juin 2001 « n'apporte, selon Monsieur N., rien de plus au niveau de la connaissance des faits constitutifs de motif grave : partant, le délai de trois jours n'a pas été respecté puisque son point de départ est fixé au 6 juin 2001 », conclut Monsieur N..

La Cour de céans considère que la thèse soutenue par Monsieur J.N. ne résiste pas à l'analyse des pièces du dossier de l'appelante et du témoignage de Monsieur L..

Le courrier d'avertissement adressé le 6 juin 2001 à Monsieur J.N. par Monsieur S., administrateur-délégué de l'appelante, fait suite aux constatations de l'existence d'un dysfonctionnement dans la gestion du dossier M-M. opérées par Monsieur L. après que Madame L. lui ait soumis les pièces attestant de versements effectués par ce couple qui n'auraient pas été comptabilisés par Monsieur J.N. et dont tout porte à croire qu'ils auraient, selon l'appelante, été encaissés personnellement par Monsieur J.N. sans lui être transmis.

Ce fait unique constaté par l'appelante a été qualifié par ses soins de « manquement grave » sans toutefois être constitutif d'un licenciement pour motif grave dès lors que l'appelante a explicitement précisé aux termes de ce courrier du 6 juin 2001 que ce fait découvert par les investigations entreprises par Monsieur L. allait engendrer la mise en branle « d'une enquête dans la clientèle afin de vérifier la régularité de ses comptes d'encaissement ».

L'appelante concluait ce courrier d'avertissement par cette mise en garde solennelle : « nous vous informons que tout nouveau fait de cette nature sera nécessairement considéré comme un motif grave justifiant la rupture de votre contrat de travail sans préavis ni indemnité ».

Ainsi, la lettre d'avertissement du 6 juin 2001 concernait exclusivement le ou les contrat(s) du couple M-M. et visait des reproches précis qualifiés de « manquements graves » qui n'étaient toutefois pas considérés comme constitutifs d'un licenciement pour motif grave en raison de leur caractère isolé au moment où ils ont été prétendument découverts.

Suite à ce premier avertissement, Monsieur L. a été invité à procéder à des investigations plus approfondies portant sur la « régularité des comptes d'encaissement » de Monsieur J.N. ce qui conduisit Monsieur L. à adresser un second rapport le 26 juin 2001 aux personnes habilitées au sein de la concluyente à procéder à un licenciement, soit Monsieur S. et Madame C.

Si ce second rapport réévoquait la situation du couple M-M., il n'en demeure par moins qu'il mettait en évidence de nouvelles fautes commises par Monsieur J.N. dans la gestion de pas moins 14 dossiers durant la période s'étendant de septembre 1999 à juin 2001.

Le premier juge considère que « c'est de manière artificielle que l'employeur prétend apporter la preuve du respect du délai de trois jours » en évoquant un second rapport réceptionné par ses soins le 26 juin 2001.

« D'autre part, fait valoir le premier juge, la lettre du 6 juin 2001 démontre que l'employeur avait la certitude – peut être erronée mais suffisante – à l'égard des détournements déjà à ce moment et sans qu'une enquête supplémentaire ne puisse rien changer ou ajouter à sa perte de confiance » de telle sorte, selon le premier juge, que « le licenciement pour motif grave est irrégulier ».

La Cour de céans ne partage pas l'analyse du premier juge et les conséquences qu'il a entendu en déduire sur la régularité du licenciement intervenu.

En effet, la Cour de céans est confrontée à un « comportement fautif pluriel » reproché à Monsieur J.N.: la découverte de nouveaux faits multiples (certes commis par le passé, mais dont l'appelante ignorait, selon elle, l'existence avant de recevoir le second rapport dressé par Monsieur L.) l'a conduite à considérer que l'ensemble des faits lui dénoncés n'avait acquis le caractère de gravité exigé par l'article 35 de la L. du 3 juillet 1978 que dans la mesure où ils ont été joints au premier reproche dénoncé aux termes de la lettre d'avertissement notifiée le 6 juin 2001 à Monsieur N.

Les faits précis déjà invoqués dans la lettre d'avertissement ont été mentionnés dans la lettre de rupture pour motif grave dans la mesure où, selon l'appelante, de nouveaux faits fautifs ont été découverts à posteriori révélant l'ampleur exacte des abus commis, selon elle, par Monsieur N.

Aux termes d'un arrêt prononcé le 20 novembre 2006 (JTT, 2007, p. 190), la Cour de cassation a considéré explicitement que « la circonstance selon laquelle un comportement n'avait donné lieu qu'à un avertissement ne faisait pas obstacle à ce qu'un fait antérieur, mais dont la partie qui « donne congé n'a eu connaissance qu'après l'avertissement, puisse être invoqué pour justifier le congé sans préavis ».

Cet arrêt est conforme à l'enseignement traditionnel de la Cour de cassation selon lequel « le fait qui justifie le congé sans préavis est le fait accompagné de toutes les circonstances qui sont de nature à lui conférer le caractère d'un motif grave » (Cass., 14 mai 2001, Pas., I, p ; 848).

Pour que le juge soit tenu de vérifier si les faits invoqués à titre de motif grave sont, avec toutes les circonstances de la cause, de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible la poursuite des relations contractuelles, il faut mais il suffit que ces faits soient connus dans le délai de trois jours qui précèdent le licenciement et qu'ils soient fautifs.

En l'espèce, il est incontestable au regard des éléments soumis à la Cour de céans que le rapport de Monsieur L. du 26 juin 2001, en ce qu'il a permis de révéler à l'appelante, l'existence d'un ensemble de fautes qui auraient été commises par Monsieur N, s'ajoutant à celle ayant fait l'objet d'un avertissement lui signifié le 6 juin 2001, constitue le point de départ du délai de trois jours visé à l'article 35 de la L. du 3 juillet 1978.

La preuve de la date de réception du second rapport dressé par Monsieur L. est, à suffisance établie, selon la Cour de céans, par la production aux débats de la page de garde du fax attestant de son envoi le 26 juin 2001 à 9 H 51', cet élément étant corroboré tout à la fois par l'accusé de réception daté et signé de la main des destinataires de l'envoi (Monsieur S. et Madame C.) et par le témoignage de Monsieur L. recueilli lors de la comparution personnelle des parties : il s'agit, selon la Cour, d'autant d'éléments qui constituent des présomptions graves, précises et concordantes permettant d'avoir une certitude absolue sur la date de réception par l'appelante du second rapport dressé par Monsieur L..

Le licenciement pour motif grave notifié par courrier recommandé posté le 28 juin 2001 est donc intervenu dans le délai de trois jours de la connaissance suffisante et certaine des griefs constitutifs de motif grave reprochés à Monsieur J.N. et dénoncés le 26 juin 2001 par Monsieur L. à Monsieur S. et à Madame C..

Il s'impose, dès lors, de réformer le jugement dont appel en ce qu'il a estimé que l'appelante n'avait pas respecté le délai de trois jours visé à l'article 35, alinéa 4 de la L. du 3 juillet 1978.

I.2. Quant au fondement des fautes graves constitutives de motif grave mentionnées dans la lettre de rupture :

Monsieur J.N. conteste le fondement des fautes graves invoquées par l'appelante pour justifier son licenciement pour motif grave.

Les fautes relevées dans la lettre de rupture peuvent être synthétisées comme suit :

- des primes versées par des clients n'ont été ni transférées à l'appelante ni renseignées comme ayant été versées, ce qui a entraîné des « réductions de contrats » et l'absence de couverture des clients victimes de ces « réductions » ;
- des primes versées par certains clients sur un compte personnel de Monsieur J.N. ont été conservées indûment par ce dernier ;
- des primes versées indûment par certains clients ne leur ont pas été remboursées ;
- des primes perçues soit en liquide soit sur un compte personnel de Monsieur J.N. ont tardé à être transférées à l'appelante (I. : 150.729 frs ; contrats financiers : 1.000.000 frs (chiffre provisoire)) ;

- des demandes de clients ne furent pas être exécutées, ce qui se traduira par une perte en portefeuille suite aux plaintes formulées par ces derniers ;

Il appert du dossier de l'appelante (pièce 4 – annexe 1) que, par courrier recommandé daté du 15 mai 1997, Monsieur J.N. a été invité à clôturer ses comptes personnels et à signer un document BBL pour procéder à l'ouverture d'un compte centralisateur pour lequel l'appelante se voyait attribuer la qualité de mandataire : ce nouveau compte était le seul destiné à accueillir les versements de primes effectués par la clientèle.

L'appelante indique que « Monsieur J.N. n'a que très partiellement respecté cette obligation » (v. p. 22 des secondes conclusions de synthèse d'appel de l'appelante).

Il semble à la lecture de la lettre de congé pour motif grave que l'appelante, malgré l'invitation formelle adressée le 15 mai 1997 à Monsieur N., n'ait jamais réceptionné l'entièreté des primes sur un compte centralisateur accessible aux deux parties mais ait toléré le maintien des comptes propres à Monsieur J.N. sur lesquels continuaient à être versées des primes de la clientèle dès lors qu'il lui est reproché explicitement d'avoir détourné à son profit des primes lui versées par la clientèle (c'est-à-dire sur ses comptes privés) en ne les transférant pas à l'appelante : en effet, si le compte centralisateur avait servi à accueillir l'ensemble des encaissements effectués sur base des virements à communication structurée, la Cour n'aperçoit pas comment il aurait pu être reproché à Monsieur J.N. d'avoir retenu par-devers lui des primes.

Il est, toutefois, impossible à la Cour de vérifier parmi les deux comptes bancaires ING celui qui a servi de compte centralisateur dès lors qu'il a pu être constaté, lors de la comparution personnelle, que la plus grande confusion régnait à ce propos laquelle n'a pas été levée par le mail d'ING adressé le 28 juillet 2010 au conseil de l'appelante : en effet, sa lecture permet de relever que le compte 360-.....- 52 a appartenu à la concluante et le compte 360-.....- 80 à Monsieur N., ce qui semble signifier qu'aucun compte n'aurait été ouvert par Monsieur J.N. pour lequel l'appelante aurait été désignée mandataire.

Certes, la Cour de céans n'ignore évidemment pas qu'il n'est aucunement fait grief à Monsieur N., aux termes de la lettre de licenciement, de n'avoir pas ouvert de compte centralisateur et d'avoir conservé ses comptes privés.

Mais la Cour souhaiterait, néanmoins, vérifier auprès d'ING l'identité exacte des titulaires des deux comptes ING mentionnés sur le mail d'ING du 28 juillet 2010 et ce d'autant que Monsieur J.N. soutient que le véritable compte centralisateur était en réalité le compte identifié sous le n° 310-.....-62 (ouvert auprès de la BBL) compte dont l'existence n'a jamais été évoquée jusqu'ores.

Les investigations de la Cour apparaissent d'autant plus justifiées que le premier juge s'est notamment fondé sur l'existence d'un mandat dans le

chef de l'appelante sur un compte ING (lequel ?) pour écarter les accusations de détournement proférées à l'encontre de Monsieur N..

A cet effet, la Cour entend s'appuyer sur les dispositions des articles 877 et suivants du Code judiciaire pour solliciter auprès d'ING les renseignements requis tels que détaillés dans le dispositif du présent arrêt aux fins d'identifier le compte centralisateur.

Il s'impose, dès lors, de réserver à statuer sur le fondement des fautes graves constitutives de motif grave reprochées à Monsieur N..

I.3. Quant à la recevabilité et au fondement de la demande reconventionnelle introduite devant le premier juge par l'appelante :

Par conclusions du 15 septembre 2003 déposées devant le premier juge, l'appelante a formé une demande reconventionnelle comprenant plusieurs chefs de demande à savoir :

- ordonner à charge de Monsieur J.N. la production d'extraits de divers comptes bancaires, sous peine d'astreinte ;
- ordonner la désignation d'un expert-comptable investi de la mission de procéder à l'analyse des extraits bancaires dont la production était sollicitée aux fins de déterminer le montant exact des sommes indûment retenues par Monsieur J.N. ;
- subsidiairement, solliciter la condamnation de Monsieur J.N. au paiement d'une somme de 19.795, 50 € à titre de remboursement de sommes indûment conservées.

Le premier juge a déclaré la demande reconventionnelle prescrite pour avoir été introduite plus d'une année après la rupture des relations contractuelles.

L'appelante estime que le premier juge s'est fondé à tort sur le délai de prescription prévu à l'article 15 de la L. du 3 juillet 1978 dans la mesure où la demande reconventionnelle a été formulée sur une base délictuelle.

L'appelante considère, en effet, « que la perception par Monsieur J.N. sur un compte personnel et non autorisé l'a été d'une façon manifestement délictuelle puisque cette perception et sa non-rétrocession sont constitutives d'un détournement de fonds et donc d'un délit et ce indépendamment de la question de savoir si le licenciement pour motif grave était régulier ou non ».

Le raisonnement adopté par l'appelante est totalement erroné en droit.

Conformément à l'article 15 de la L. du 3 juillet 1978, les actions naissant du contrat sont prescrites un an après la cessation de celui-ci ou cinq ans

après le fait qui a donné naissance à l'action sans que ce dernier délai puisse excéder un an après la cessation du contrat.

Cet article s'applique aux actions fondées sur le contrat de travail et sur les obligations qui résultent de règlements de travail ou de conventions collectives de travail dès lors qu'elle sont considérées comme des obligations résultant du contrat de travail et qu'elles trouvent leur origine dans le contrat de travail.

Conformément à l'article 2244 du Code civil, la prescription est interrompue par une citation en justice.

L'introduction de la demande principale n'interrompt pas la prescription de la demande reconventionnelle (voyez : G. CLOSSET-MARCHAL « Demande principale et demande incidente : dépendance ou autonomie ? » in « Le procès au pluriel », C.I.D.J., Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 34). C'est le dépôt des conclusions contenant la demande reconventionnelle qui a pour effet d'interrompre la prescription (Cass., 17 septembre 1990, R.D.S., 1990, p. 435).

Lorsque la cause, l'objet et la qualité des parties sont différents pour chaque action, l'interruption de la prescription d'une des actions est, en principe, sans influence sur l'autre.

L'interruption de la prescription est, donc, en principe, relative dès lors qu'elle ne vaut que pour l'action en paiement de la dette concernée et ne s'étend pas à d'autres actions que les parties, créanciers et débiteurs, pourraient avoir l'un envers l'autre : l'effet interruptif de la prescription réalisé par la citation introductive d'instance ne se transmet donc pas d'une demande à une autre.

Ainsi, l'adversaire introduira sa demande reconventionnelle avant l'expiration du délai de prescription initial sous peine de tardiveté : en effet, la citation originaire de Monsieur J.N. n'a produit aucun effet interruptif dont l'appelante pourrait se prévaloir en faveur de sa demande reconventionnelle car son action ne constitue pas une simple défense à l'encontre de la demande principale formée par Monsieur N..

En l'espèce, en effet, l'objet de la demande originaire est la qualification du droit concret de Monsieur J.N. : par contre, il faut entendre par cause de la demande les faits juridiques et/ou les actes juridiques sur lesquels la demande est fondée.

Dans le cadre du présent litige, Monsieur J.N. a développé divers chefs de demande (indemnité compensatoire de préavis, indemnité pour licenciement abusif, pécules de vacances, rachat de portefeuille, commissions de rappel et commissions dues durant la période de maladie) alors que, de son côté, l'appelante a formé une demande reconventionnelle aux termes de laquelle elle a sollicité la production de pièces et la désignation d'un expert-comptable aux fins de chiffrer les sommes indûment retenues par Monsieur J.N. (qu'elle fixe subsidiairement à 19.795, 50 €).

Il s'agit incontestablement d'actes et de faits juridiques distincts et, dès lors, de deux demandes distinctes.

La demande reconventionnelle étant foncièrement distincte de la demande principale, elle ne pouvait constituer un simple moyen de défense contre la demande principale de sorte que la demande de l'appelante était soumise au champ d'application de l'article 15 de la L. du 3 juillet 1978 et n'a pu bénéficier de l'effet interruptif de la prescription assuré par la citation en justice de Monsieur N..

L'enseignement de la Cour de cassation est sans équivoque aucune à cet égard : « Si en vertu de l'article 2244 du Code civil, une citation en justice interrompt la prescription, cette interruption ne profite, toutefois, qu'à celui qui a accompli l'acte interruptif de telle sorte qu'elle n'interrompt pas la demande reconventionnelle de celui contre lequel on souhaite prescrire. En considérant que la demande de la défenderesse n'est pas prescrite à l'égard de la demanderesse parce qu'elle a été introduite comme moyen de défense contre la demande principale de la demanderesse (alors qu'il s'agit d'une demande totalement distincte) l'arrêt viole l'article 2244 du Code civil » (Cass., 3 mars 2003, Pas., I, p. 445).

Dès lors que l'appelante a formé une demande reconventionnelle devant le premier juge par conclusions déposées au greffe le 15 septembre 2003, soit plus d'une année après la rupture des relations contractuelles, cette demande reconventionnelle doit être déclarée prescrite en application de l'article 15 de la L. du 3 juillet 1978.

La demande reconventionnelle de l'appelante ne s'appuie évidemment pas sur une base délictuelle comme elle le prétend à tort mais, au contraire, exclusivement sur une base civile à savoir l'existence d'un contrat de travail conclu entre parties.

Les juridictions du travail sont, en effet, incompétentes *ratione materiae* pour qualifier pénalement les éventuels manquements dont se serait rendu coupable Monsieur N.. Les juridictions du travail sont exclusivement compétentes pour connaître d'une action fondée sur un délit lorsque l'inexécution d'obligations sociales est sanctionnée pénalement par la législation sociale. Dans cette hypothèse, le demandeur peut conférer un fondement délictuel à sa demande car elle trouve appui dans la violation des dispositions sociales sanctionnées pénalement imputable personnellement à la personne assignée.

L'appelante n'a évidemment pas saisi les juridictions du travail d'une demande trouvant appui dans la violation de dispositions sociales sanctionnées pénalement mais bien, selon elle, dans un comportement délictueux prêté à Monsieur J.N. et sanctionné par le droit pénal commun.

L'appelante est, dès lors, sans droit aucun pour prétendre donner un fondement délictuel à sa demande reconventionnelle.

Le jugement dont appel doit être confirmé sur ce point.

II. Fondement de l'appel incident de Monsieur J.N. et des autres chefs de demande non tranchés par le premier juge et dont la Cour de céans est saisie par l'effet dévolutif de l'appel par application de l'article 1068, alinéa 1, du Code judiciaire.

Il s'impose de réserver à statuer quant à ce.

III. Quant au chef de demande portant sur les pécules de vacances de sortie.

Monsieur J.N. est en droit de prétendre à l'entière des pécules de vacances de sortie qui s'élèvent selon les attestations de vacances (pièce 1a – sous-farde 3) à la somme de 3.440,76 € bruts et à la somme de 6.961,72 € bruts soit un total de 10.402,48 € bruts, somme à majorer des intérêts au taux légal sur les montants nets dus du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement.

Le jugement dont appel doit être confirmé sur ce point.

PAR CES MOTIFS,

La Cour,

Statuant contradictoirement,

Vu la L. du 15 juin 1935, sur l'emploi des langues en matière judiciaire, notamment l'article 24.

Déclare l'appel principal de l'appelante d'ores et déjà fondé en ce qu'il fait grief au premier juge d'avoir considéré qu'elle n'avait pas respecté le délai de trois jours visé à l'article 35, alinéa 4, de la L. du 3 juillet 1978 ;

Réforme le jugement dont appel sur ce point ;

Dit, dès à présent, pour droit que l'appelante a respecté le délai de trois jours visé à l'article 35, alinéa 4, de la L. du 3 juillet 1978 ;

Avant de statuer sur le surplus de l'appel principal, invite par application des dispositions des articles 877 et suivants du Code judiciaire la S.A. ING BELGIUM, dont le siège social est établià répondre aux

questions suivantes et à produire en copie les documents étayant ses réponses :

1- La S.A UAB dont les droits et obligations ont été repris par la S.A. X. (dont le siège social est sis à(société inscrite au registre de commerce de Liège sous le N° RCL et filiale de la S.A. AXA Royale Belge)) s'est-elle vu conférer mandat pour avoir accès au compte 360-.....-80 ouvert auprès de la BBL ? Dans l'affirmative, quel était le titulaire de ce compte financier et durant quelle période a-t-il été actif ?
La S.A. ING produira aux débats la copie du document attestant de l'ouverture de ce compte et celui attestant de sa clôture.

2- La S.A. UAB était-elle seule titulaire du compte 360-.....-52 sans qu'un tiers (personne physique) ait pu y avoir accès en qualité de mandataire et durant quelle période ce compte a-t-il été actif ?
La S.A. ING produira aux débats la copie du document attestant de l'ouverture de ce compte et celui attestant de sa clôture.

3- Qui a ouvert le compte financier 310-.....-62 auprès d'ING et quelles personnes précises pouvaient-elles y avoir accès ? Pendant combien de temps, ce compte a-t-il été actif ?
La S.A. ING produira aux débats la copie du document attestant de l'ouverture de ce compte et celui attestant de sa clôture.

La S.A. ING BELGIUM disposera d'un délai de deux mois à dater de la notification du présent arrêt pour répondre aux questions lui posées et pour produire aux débats la copie des documents étayant ses réponses auxdites questions.

Déclare la demande reconventionnelle formée par l'appelante prescrite ;

Confirme sur ce point le jugement dont appel ;

Condamne l'appelante à verser à Monsieur J.N. la somme brute de 10.402,48 € à titre de pécules de vacances, somme à majorer des intérêts au taux légal sur le montant net équivalent du 28 juin 2001 jusqu'à parfait paiement ;

Confirme le jugement dont appel quant à ce ;

Réserve à statuer sur le fondement de l'appel incident de Monsieur J.N. et sur celui des autres chefs de demande non tranchés par le premier juge et dont la Cour de céans est saisie par l'effet dévolutif de l'appel consacré par l'article 1068, alinéa 1, du Code judiciaire ;

Réserve les dépens ;

Renvoie la Cause ainsi limitée au rôle particulier de la 2^{ème} chambre ;

Ainsi jugé et prononcé, en langue française, à l'audience publique du 21 mars 2011 par le Président de la 2^{ème} Chambre de la Cour du travail de Mons, composée de :

Monsieur X. VLIEGHE, Conseiller, président la Chambre,
Monsieur P. DUPONT, Conseiller social au titre d'employeur,
Monsieur Cl. CHARON, Conseiller social au titre de travailleur employé,
Madame Ch. STEENHAUT, Greffier,

qui en ont préalablement signé la minute.