

Rep.N° 2011/2362

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 14 SEPTEMBRE 2011

4^{ème} Chambre

DROIT DU TRAVAIL - contrats de travail-employé
Arrêt contradictoire
Définitif

En cause de:

Monsieur O ♂

**Appelant au principal,
Intimé sur incident,**
représenté par Maître Christiaan Delporte, avocat à Bruxelles.

Contre :

LA S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK, dont le siège social est
établi à 1000 Bruxelles, Avenue Louise, 489 ;

**Intimée au principal,
Appelante sur incident,**
représentée par Me A.F. Brasselle loco Maître Baudouin Paquot,
avocat à Bruxelles.

★

★

★

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

Vu produites en forme régulière les pièces de la procédure légalement requises;

Vu l'appel interjeté par Monsieur G contre le jugement prononcé le 15 décembre 2009 par la deuxième chambre du Tribunal du travail de Bruxelles, en cause d'entre parties, appel formé par requête reçue au greffe de la Cour le 22 mars 2010;

Vu les dossiers des parties;

Vu les conclusions additionnelles et de synthèse de Monsieur G reçues au greffe de la Cour le 31 janvier 2011;

Vu les deuxième conclusions additionnelles et de synthèse d'appel de la S.A. PARIBAS PRIVATE BANK reçues au greffe de la Cour le 28 février 2011;

Entendu les parties en leurs dires et moyens à l'audience publique du 12 avril 2011 et à l'audience publique du 7 juin 2011.

I. RECEVABILITE DES APPELS

L'appel principal et l'appel incident ont été interjetés dans les formes et délais légaux.

Ils sont partant recevables.

II. L'OBJET DES APPELS

Il convient de rappeler que Monsieur G a été engagé le 17 juin 2005 en qualité de directeur des investissements, par la S.A. BNP PARIBAS. Des avenants prévoyant notamment des frais de représentation, la mise à disposition d'un véhicule de société et une clause de non-concurrence, ont été conclus à la même date, le moment d'entrée en fonction ayant quant à lui été fixé au 3 octobre 2005.

La S.A. BNP PARIBAS a notifié à Monsieur G le 8 juillet 2008, son congé moyennant paiement d'une indemnité de rupture équivalente à trois mois de rémunération.

Le formulaire C4 établi le 24 juillet 2008 mentionne comme motif précis de chômage : « profil non en adéquation avec le poste ».

Le 14 août 2008, Monsieur G cita son employeur devant le Tribunal du travail de Bruxelles afin de le voir condamné à lui payer :

- la somme de 46.032,93 € brut à titre d'indemnité complémentaire de congé, à augmenter des intérêts légaux depuis le 8 juillet 2008 et des intérêts judiciaires ;
- la somme de 65.865,68 € à titre d'indemnité de non-concurrence, à augmenter des intérêts judiciaires ;
- la somme de 65.865,68 € à titre d'indemnité de stabilité d'emploi, à augmenter des intérêts judiciaires ;

- les dépens liquidés à la somme de 5.139,62 € à titre de frais de citation et d'indemnité de procédure.

Le Tribunal du travail a, aux termes du jugement prononcé le 15 décembre 2009, dit la demande de Monsieur G relative à l'indemnité compensatoire de préavis recevable et partiellement fondée condamnant la S.A. BNP PARIBAS à lui payer la somme de 33.196,08€ étant le solde restant d'une indemnité compensatoire de préavis correspondant à six mois de rémunération.

Le Tribunal exclut toutefois du calcul de la rémunération de base de Monsieur G le montant de 3.718,44€ que celui-ci percevait à titre d'indemnité de frais et qu'il estimait devoir être pris en considération pour ce calcul.

Monsieur G fut débouté de sa demande relative à l'indemnité compensatoire de non-concurrence de 65.950,84€ augmentée des intérêts judiciaires ainsi que de sa demande relative à l'indemnité de stabilité d'emploi prévue par la C.C.T. du 2 juillet 2007 de 65.590,84€ augmentée des intérêts judiciaires.

Monsieur G a interjeté appel de ce jugement.

S'il acquiesce au jugement en ce que celui-ci a octroyé une indemnité compensatoire de préavis complémentaire de trois mois, il sollicite cependant la Cour de le réformer en ce qu'il exclut l'indemnité de frais qu'il percevait, de sa rémunération, et le déboute de sa demande d'indemnité de non-concurrence majorée d'intérêts et de sa demande d'indemnité de stabilité d'emploi également majorée des intérêts judiciaires.

Monsieur G sollicite également la condamnation de la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK aux dépens de l'appel.

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK a formé appel incident de ce jugement.

Elle fait d'abord grief au premier juge d'avoir inclus dans la rémunération de Monsieur G servant de base au calcul de son indemnité de rupture, un montant forfaitaire de 13.342,53€ valorisant l'avantage en nature que représente l'octroi d'options sur actions, une somme de 450€ par mois valorisant l'avantage que représente l'utilisation à titre privé du véhicule de société ainsi qu'une somme de 50€ par mois correspondant à l'usage à titre privé du téléphone portable.

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK fait également grief au premier juge d'avoir octroyé à Monsieur G une indemnité compensatoire de préavis complémentaire équivalente à trois mois de rémunération.

Enfin, elle reproche au premier juge de l'avoir condamnée à payer à Monsieur G une indemnité de procédure de 5.000€.

Elle sollicite partant la réformation du jugement déféré sur ces points, et sa confirmation pour le surplus.

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK invite la Cour à répartir les dépens,

en application de l'article 1017, al. 4 du Code judiciaire compte tenu de la très faible proportion dans laquelle Monsieur G a obtenu gain de cause, sur l'ensemble de ses demandes.

III. EN DROIT

1. L'indemnité complémentaire de préavis

Il convient de rappeler que les parties divergent quant aux éléments devant être pris en considération pour le calcul de la rémunération de base de Monsieur G, laquelle constitue un des éléments d'appréciation du délai de préavis convenable et du calcul de l'indemnité de rupture.

On observera toutefois que Monsieur G n'entend pas contester devant la Cour la durée du préavis convenable qui lui a été reconnu par le premier juge.

Il conteste seulement que le premier juge n'ait pas pris en compte pour le calcul du montant de son indemnité de rupture l'indemnité de frais prévue dans l'avenant n°1 à son contrat de travail. Cet avenant prévoyait qu'il se verrait attribuer « un montant forfaitaire de 309,87€ nets par mois pour frais de représentation exposés par lui et incombant à BNP Parisbas ».

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK conteste pour sa part la prise en considération par le premier juge, des warrants, de la voiture de société et du téléphone portable dans le calcul de la rémunération de Monsieur G.

- L'indemnité forfaitaire

Comme cela fut précisé ci-avant l'avenant n°1 au contrat de travail de Monsieur G prévoyait l'octroi d'un montant forfaitaire de 309,87€ pour les frais de représentation incombant à la S.A. BNP PARIBAS.

Monsieur G soutient qu'il s'agissait d'une rémunération déguisée dès lors que cette indemnité portait sur des frais qu'il ne supportait pas.

La S.A. BNP PARIBAS conteste le caractère rémunérateur de cette indemnité soutenant que dans l'exercice de ses fonctions de directeur des investissements, Monsieur G était amené à devoir exposer des frais que cette indemnité était destinée à couvrir.

L'indemnité était donc selon la S.A. BNP PARIBAS destinée à couvrir :

- les frais de réception, réunions au domicile privé du travailleur et frais minimes exposés dans le cadre de relations d'affaires (existantes ou potentielles) ;
- les frais de téléphone fixe ;
- les frais relatifs au bureau privé (amortissement, équipement et fournitures, matériel informatique, lignes ADSL) ;
- les frais pour lesquels il est d'usage de ne pas demander de facture (cadeaux pour visiteurs, cartes de visite, cotisations).

Le premier juge a considéré que Monsieur G n'établissait pas que la

somme versée à titre de frais de représentation constituait en réalité de la rémunération.

Sa décision sur ce point est motivée comme suit :

« Dès lors que le demandeur a signé un avenant à son contrat de travail prévoyant l'octroi de frais de représentation d'un montant mensuel de 309,87 € par mois, la preuve lui incombe de démontrer que ces frais constituaient de la rémunération déguisée. Le tribunal constate en tout cas que le demandeur a accepté ce montant sans contestation pendant la durée de son occupation au travail et ne s'est pas inquiété que ce montant ne soit soumis ni à la retenue d'un précompte professionnel ni à la retenue de cotisations de sécurité sociale. Ce n'est qu'une fois le contrat de travail rompu, qu'il a subitement invoqué que ces frais constituaient de la rémunération déguisée (ce qui justifierait une régularisation de sa part au niveau des impôts et de la sécurité sociale).

Il ne paraît pas anormal pour le tribunal qu'au niveau de fonction occupé par le demandeur (nécessitant de visiter une clientèle de prestige), divers frais soient pris en compte par son employeur qui correspondent à des dépenses réelles, sans que des justificatifs soient rentrés. Le demandeur n'établit pas que pour l'ensemble des frais énoncés ci-avant, il était autorisé à rentrer des notes de frais.

S'occupant de gestion discrétionnaire de patrimoine, il se conçoit aisément que des frais soient régulièrement exposés dans le cadre des relations avec la clientèle. Le demandeur ne prouve pas que pour des frais assez classiques (tels des cadeaux), il rentrait des notes de frais.

Quant aux frais relatifs au bureau privé à domicile, quand bien-même il ne s'agit pas à proprement parler de frais de représentation, cela ne permet pas de conclure à de la rémunération déguisée : eu égard à la nature de la fonction occupée, il est difficile de contester que l'usage d'un bureau privé ait été rendu nécessaire par l'exercice de la fonction.

Enfin, le fait que le demandeur ait pu bénéficier du remboursement de frais de représentation, même pendant les vacances, n'est pas suffisant en soi pour conclure à l'existence d'une rémunération déguisée : cela peut s'expliquer de différentes manières, telles une volonté de réduire les difficultés qui pourraient se présenter en cas de vacances de courte durée prises par l'employé tout au long de l'année plutôt qu'une fois par an, ainsi que l'invoque la défenderesse à l'audience ».

Monsieur G qui réitère ses moyens et arguments déjà exposés devant le premier juge précise à propos de la décision de celui-ci que :

« (...) Le raisonnement du Tribunal est à ce propos tout à fait surprenant, puisqu'il considère que « le demandeur ne prouve pas que pour des frais assez classiques (tels des cadeaux), il rentrait des notes de frais » (jugement a quo, 4^e feuillet) et que dès lors l'indemnité de frais ne constituerait pas de la rémunération déguisée, alors que c'est bien parce qu'il n'exposait aucun frais et dès lors ne pouvait rentrer aucune note de frais, que Monsieur G estime que l'indemnité forfaitaire de 309,87 €

constitue en réalité de la rémunération déguisée.

De même, il ne résulte pas nécessairement de la fonction qu'exerçait Monsieur G qu'il dû exposer des frais particuliers, qui ne lui auraient pas été remboursés par la société, dans le cadre de son activité professionnelle.

A cet égard, la société ne donne d'ailleurs aucun exemple un tant soit peu précis ou concret de prétendus frais de réception, de réunions ou de cadeaux d'affaires qu'aurait dû prendre charge Monsieur G.

Il en résulte que ce montant doit être intégré dans la base de calcul de l'indemnité de congé ».

La Cour ne peut suivre le premier juge en ce qu'il considère que l'indemnité forfaitaire ne serait pas de la rémunération.

En effet, Monsieur G expose que « *Contrairement à ce que soutient la société, [il] n'assurait aucun frais de réception à son domicile, ni n'a jamais exposé de frais pour des cadeaux* ».

Certes, Monsieur G a la charge de la preuve de ces allégations.

Il ne lui est toutefois pas possible de rapporter la preuve d'un fait négatif.

Monsieur G relève par ailleurs, en termes de conclusions, que « *la société ne donne (...) aucun exemple un tant soit peu précis ou concret de prétendus frais de réception, de réunions ou de cadeaux d'affaires qu'aurait dû prendre en charge Monsieur G* ».

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK qui n'a pas le charge de la preuve mais doit cependant collaborer à l'administration de celle-ci, ne rencontre nullement cet argument pourtant expressément élevé par Monsieur G

Or, c'est bien elle qui soutient que l'indemnité forfaitaire était destinée à des frais de réunions ou de cadeaux d'affaires.

Il en est de même en ce qui concerne les frais de téléphone fixe.

On peut en effet douter légitimement de la réalité de ces frais dès lors que Monsieur G bénéficiait de l'usage d'un téléphone portable de la société.

La Cour considère enfin qu'il ne peut non plus être raisonnablement soutenu que l'indemnité forfaitaire couvrait des frais pour un bureau privé de Monsieur G à son domicile, cette indemnité étant prétendument destinée à couvrir des frais qualifiés dans l'avenant au contrat, précisément de frais de représentation.

Il résulte de ce qui précède que cette indemnité constituait manifestement de la rémunération déguisée.

Elle doit partant être incluse dans la rémunération de base de Monsieur G

- Bonus sous forme de l'attribution de warrants

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK fait grief au premier juge d'avoir considéré le bonus octroyé sous forme de warrants à concurrence d'un montant de 13.342,53€, comme un avantage octroyé à titre de rémunération.

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK qui ne conteste pas que le caractère rémunérateur de l'option sur action a été reconnu par la Cour de cassation, rappelant elle-même en termes de conclusions l'arrêt rendu par cette dernière le 4 février 2002 (Cass., 4 février 2002, Chron.D.S., 2002, p. 320), soutient toutefois qu'il est impossible de déterminer l'avantage résultant de la chance de gain que constitue l'octroi de warrants, et qu'une évaluation ex aequo et bono ne peut être retenue.

La Cour ne peut suivre la thèse de la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK sur ce point.

En effet, la Cour de cassation admet la possibilité de recourir à la méthode d'évaluation ex aequo et bono à titre subsidiaire, c'est-à-dire s'il n'est pas possible de déterminer autrement le dommage (Cass., 20 février 2004, R.G. n° C.02.0524.F).

Comme le souligne Jean-François Neven qui rappelle que la Cour de cassation est très attachée au caractère subsidiaire de l'évaluation ex aequo et bono considérant, ainsi que cela fut rappelé ci-avant, que le juge ne peut y recourir que s'il constate l'impossibilité de déterminer autrement le dommage, « *Partant de ce que la chance de gain découlant d'une option sur action ne peut, même en s'appuyant sur les formules mathématiques (puisqu'elles supposent une certaine « modélisation ») être évaluée de manière exacte, le respect du caractère subsidiaire ne fait pas obstacle au recours à une évaluation ex aequo et bono* » (J.F. NEVEN, « A la recherche d'une méthode efficace de la participation financière des travailleurs » in Quelques propos sur la rupture du contrat de travail, Anthémis 2008, p. 370).

Dès lors qu'il apparaît que l'avantage que constitue l'octroi de warrants a été évalué par la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK elle-même à la somme de 13.342,53€, ainsi que cela résulte des mentions reprises sur la fiche de paie de Monsieur G , du mois de mai 2008, qu'elle a précisément établie, ce montant peut servir à une évaluation ex aequo et bono.

L'appel incident de la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK est par conséquent non fondé quant à ce.

- La voiture de société

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK considère que « *Le Tribunal a surévalué la valeur de cet avantage en acceptant l'évaluation faite par Monsieur G . Le jugement doit en conséquence être réformé sur ce point* ».

La Cour constate d'une part que l'évaluation faite par le Tribunal est tout à fait raisonnable, et d'autre part que l'allégation faite par la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK, reprise ci-avant, n'est nullement étayée ni justifiée.

Il convient dès lors de confirmer également le jugement sur ce point.

- L'usage privé du téléphone portable

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK entend fixer cet avantage à la somme de 12,50€ par mois, se référant aux règles d'utilisation en vigueur au sein de la Banque.

La Cour rappelle qu'ainsi que l'a pertinemment fait observer le premier juge les règles d'utilisation auxquelles la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK se réfère ont été établies postérieurement à la date du licenciement de Monsieur G.

Il ne ressort d'aucun élément que ces règles auraient été établies sur base d'une pratique antérieure à leur élaboration.

Il n'y a dès lors pas lieu de réformer sur ce point la pertinente et raisonnable évaluation opérée par le premier juge.

- Montant de l'indemnité complémentaire

Il convient de rappeler que Monsieur G ne conteste pas la durée du préavis convenable pris en considération par le premier juge pour le calcul de son indemnité compensatoire de préavis.

Monsieur G entend seulement voir prendre en compte pour la détermination de sa rémunération devant servir de base au calcul de cette indemnité, l'indemnité de frais qui était octroyée.

Il résulte de ce qui précède que cette demande est justifiée et que l'appel de Monsieur G est par conséquent fondé sur ce point.

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK conteste pour sa part la prise en considération pour la détermination de la rémunération de base de Monsieur G de l'indemnité de frais, de l'octroi de warrants, ainsi que l'évaluation faite par ce dernier des avantages que constituaient la voiture et l'usage du téléphone portable.

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK conteste également la durée du préavis convenable pris en considération par le premier juge pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis de Monsieur G.

Il résulte de ce qui précède que les prétentions de la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK afférentes au calcul de la rémunération de base de Monsieur G ne peuvent être accueillies.

En ce qui concerne la durée du préavis convenable considérée par le premier juge, la Cour constate qu'elle a été évaluée au regard des critères habituels devant être pris en compte, de façon tout à fait raisonnable et modérée.

Il n'y a donc pas lieu de la réduire.

Monsieur G est donc en droit de se voir octroyer l'indemnité de préavis que lui a reconnue le premier juge, majorée toutefois, pour son calcul, du montant de l'indemnité de frais que ce dernier n'a pas estimé devoir prendre en compte pour déterminer sa rémunération de base.

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK doit partant être condamnée à payer à Monsieur G, à titre d'indemnité complémentaire de congé la somme de 35.055,30€ bruts, à augmenter des intérêts au taux légal sur le brut depuis le 8 juillet 2008 jusqu'à son parfait paiement.

2. L'indemnité de non-concurrence

Après avoir rappelé le contenu des dispositions légales et conventionnelles applicables, le Tribunal a considéré que :

« Il résulte des termes mêmes de la clause de non-concurrence convenue entre parties que celle-ci n'a entendu déroger ni à la limitation géographique ni à la durée de l'effet de la clause de 12 mois prévues par l'article 65 §2 de la loi du 3 juillet 1978.

Le tribunal ne trouve pas trace dans cet avenant d'une volonté des parties de déroger aux dispositions de l'article 65 § 2, alinéa 9 de la loi du 3 juillet 1978. La définition de l'interdiction est identique à la définition donnée à la clause de non-concurrence par l'article 65 § 1 de la loi du 3 juillet 1978. Il ne peut dès lors être déduit des termes « après son départ de l'entreprise » aucune volonté des parties de déroger aux dispositions de l'article 65 §2, alinéa 9. Une remarque similaire doit être faite quant aux termes « 6 mois à partir du jour où il est mis fin aux relations de travail ». Ces termes qui ne visent que la durée, sont identiques au libellé de l'article 65 §2 alinéa 5,3°.

En conclusion, le tribunal estime que la clause prévue dans l'avenant n° 3 au contrat de travail du 17 juin 2005 est une clause commune de non-concurrence, laquelle ne peut sortir ses effets s'il est mis fin au contrat, soit pendant la période d'essai, soit après cette période par l'employeur sans motif grave, ou par le travailleur pour motif grave.

Dès lors que le licenciement du demandeur a eu lieu moyennant paiement d'une indemnité de préavis, la clause de non-concurrence ne pouvait sortir ses effets.

L'indemnité revendiquée n'est pas due ».

Monsieur G soutient que la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK répond aux conditions d'application de l'article 86§2 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail lequel dispose qu'

« En ce qui concerne les entreprises et les employés visés ci-après, il peut être dérogé, dans les formes et conditions fixées par une convention conclue au sein du Conseil national du travail, aux dispositions de l'article 65, § 2, alinéa 5, 2° et 3°, ainsi qu'aux dispositions du § 2, alinéa 9, du même article, en ce qu'elles prévoient que la clause ne produit pas ses effets lorsqu'il est mis fin au contrat soit pendant la période d'essai, soit

après cette période, par l'employeur sans motif grave. Ces clauses dérogatoires donnent droit au paiement d'une indemnité par l'employeur, sauf si ce dernier renonce à l'application effective de la clause de non-concurrence.

Les entreprises auxquelles cette clause dérogatoire peut s'appliquer sont celles qui répondent à une des deux ou aux deux conditions suivantes :

- a) *avoir un champ d'activité international ou des intérêts économiques, techniques ou financiers importants sur les marchés internationaux.*
- b) *disposer d'un service de recherche propre.*

Dans ces entreprises, la clause dérogatoire peut s'appliquer aux employés occupés à des travaux qui leur permettent, directement ou indirectement, d'acquérir une connaissance de pratiques particulières à l'entreprise, dont l'utilisation en dehors de l'entreprise peut être dommageable à cette dernière ».

Monsieur G. soutient par ailleurs que « *c'est à tort que la société – suivie par le Tribunal sur ce point (...) – estime que pour pouvoir être qualifiée de clause de non-concurrence dérogatoire, il aurait fallu que la clause de non-concurrence inscrite en annexe du contrat de travail de Monsieur GILLET déroge dans les formes et les conditions fixées par la convention collective de travail numéro 1bis à la condition de l'aire géographique, et/ou à la condition de la durée d'application de la clause commune de non-concurrence. L'article 86§1 instaure uniquement la possibilité pour certaines entreprises à l'égard de certains travailleurs de déroger à certaines conditions imposées par la clause de non-concurrence commune (étendue géographique et/ou durée). Il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation. Ainsi donc, même si les parties n'ont pas usé de cette possibilité de déroger à l'étendue géographique au-delà du territoire national ou au-delà d'une période de 12 mois, il n'en demeure pas moins que la clause, en l'espèce, est une clause dérogatoire ».*

La Cour constate que les parties remplissent certes les conditions prévues par l'article 86§2 précité leur permettant de déroger à certaines conditions imposées par la clause de non-concurrence commune, la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK ayant un champ d'activité international et des intérêts économiques et financiers importants sur les marchés internationaux, et Monsieur G. ayant exercé une fonction lui ayant permis d'acquérir une connaissance de pratiques particulières à l'entreprise dont l'utilisation en dehors de celle-ci pouvait être dommageable à celle-ci.

Toutefois si les parties avaient bien la possibilité de déroger à certaines conditions imposées par la clause de non-concurrence commune, il ne résulte cependant pas des termes de l'avenant prévoyant la clause, qu'elles aient eu à quelque moment l'intention ni la volonté de déroger à ces conditions.

Monsieur G. ne peut être suivi lorsqu'il soutient que « *même si les parties n'ont pas usé de cette possibilité de déroger à l'étendue géographique au-delà du territoire ou au-delà d'une période de 12 mois, il n'en demeure pas moins que la clause, en l'espèce, est une clause dérogatoire ».*

Comme le précise pertinemment la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK « *Prétendre, ainsi que le fait Monsieur G, qu'une clause de non-concurrence est dérogatoire même si les parties n'ont pas usé de la possibilité de déroger à l'étendue géographique au-delà du territoire national et/ou la durée d'application de la clause ordinaire de non-concurrence (au-delà de 12 mois), reviendrait à poser pour principe qu'une clause de non-concurrence est dérogatoire et n'est exceptionnellement une clause commune (ou ordinaire) de non-concurrence que si et pour autant que les parties le précisent lors de la conclusion de ladite clause. Un tel postulat est totalement erroné et en pleine contradiction avec les termes mêmes qualifiant les clauses de non-concurrence* ».

L'appel de Monsieur G ne peut dès lors pas être déclaré fondé sur ce point, le jugement devant être confirmé à ce propos.

3. L'indemnité de stabilité d'emploi

Monsieur G a soutenu devant le premier juge que la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK n'avait pas respecté la procédure prévue par l'article 2 de la convention collective de travail conclue le 2 juillet 2007, alors qu'elle était consciente de son obligation de respecter cette procédure l'ayant précisément convoqué à un entretien, en l'informant de son droit d'être assisté d'un délégué syndical.

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK a pour sa part soutenu qu'elle n'avait pas l'obligation de respecter la procédure prévue par la convention collective précisée, dès lors que Monsieur G avait été licencié en raison de son manque de qualités commerciales nécessaires à l'exercice des fonctions qui lui étaient attribuées, et non en raison d'une quelconque faute professionnelle.

Elle a précisé qu'elle avait néanmoins respecté la procédure invoquée par Monsieur G, vu qu'elle avait invité celui-ci à un entretien, l'informant de son droit d'être assisté d'un délégué syndical et qu'au cours de l'entretien, elle l'avait informé des raisons qui avaient motivé son licenciement.

Monsieur C a entendu contester l'argumentation de la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK en soutenant devant le premier juge que l'insatisfaction de son employeur par rapport aux résultats qu'il avait obtenu devait être interprétée comme un grief d'ordre professionnel ou une faute professionnelle au sens de la convention collective de travail précitée.

Il a partant sollicité la condamnation de la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK à lui payer l'indemnité forfaitaire prévue par la C.C.T. du 2 juillet 2007 soit un montant de 65.865,68€ augmenté des intérêts judiciaires.

Le Tribunal n'a pas fait droit à cette demande.

Sa décision sur ce point est motivée comme suit :

« Si la convention collective de travail n'a pas défini la notion de faute professionnelle, le tribunal estime qu'il convient d'y faire rentrer toute violation claire des normes en vigueur au sein de l'entreprise (par exemple

celles établies par le règlement de travail) et des normes applicables dans le secteur bancaire, en rapport avec le profil et la fonction du travailleur. Ainsi par exemple, une méconnaissance d'une obligation de confidentialité (qui ne serait pas retenue comme motif grave par l'employeur) constituerait une faute professionnelle justifiant le respect de la procédure. La carence disciplinaire tient davantage dans le non-respect des instructions récurrentes de la hiérarchie.

Le tribunal constate que le dernier rapport d'évaluation du demandeur du 12 décembre 2007 mettait en évidence comme « points d'efforts majeurs » sa flexibilité et son discours commercial, renvoyant à une note d'entretien du 26 novembre 2007, laquelle mentionnait :

«

- 1. être plus flexible et trouver des solutions afin de répondre aux attentes des clients (...).*
- 2. s'impliquer davantage dans la promotion de l'offre et être au service des private bankers et gestionnaire.*
- 3. s'informer et communiquer plus systématiquement avec le métier, notamment dans les échanges de présentations ».*

La défenderesse dépose par ailleurs un mail du 25 janvier 2008 (soit in tempore non suspecto) retenant « la non-adéquation du poste ».

Ce motif, dont le demandeur était informé 8 mois avant son licenciement, a été mentionné dans le C4.

Le tribunal estime que ces motifs à l'origine du licenciement du demandeur ne constituent pas « une faute professionnelle ». Si ces motifs ont un rapport avec la fonction du demandeur et sont donc d'ordre professionnel, ils ne constituent pas une faute. Si faute professionnelle il y a avait eu, il paraît d'ailleurs difficile d'imaginer que la défenderesse lui aurait proposé de nouvelles fonctions à Luxembourg (qu'il n'a finalement pas acceptées).

En conclusion, la défenderesse ne se trouvait pas dans un cas où la procédure visée à l'article 2 §2 de la convention collective de travail devait trouver à s'appliquer. La circonstance que la défenderesse ait malgré tout invité le demandeur à un entretien préalable par un e-mail adressé la veille, en l'informant qu'il pouvait se faire accompagner d'un délégué syndical, ne permet pas de conclure à l'existence d'une faute professionnelle.

L'indemnité postulée sur pied de l'article 2 §3 de la convention collective de travail n'est dès lors pas fondée ».

Monsieur G considère que la notion de fautes professionnelle doit nécessairement recevoir une définition plus large, sous peine de rendre la C.C.T. inapplicable.

Il soutient qu' « (...) il ressort de l'esprit de cette C.C.T., qu'il faut entendre par faute professionnelle toute exécution défectueuse du travail reprochée au travailleur ou toute insuffisance professionnelle pour laquelle un licenciement est envisagé et pour lequel le travailleur devrait pouvoir se défendre. Par l'adoption de cet article 2§1^{er} les partenaires sociaux ont entendu limiter les

possibilités de licenciement individuel afin d'assurer la stabilité de la main d'œuvre et le respect des règles d'équité (...) ».

Monsieur G considère que la définition que le Tribunal a retenu de la notion de faute professionnelle spécifique à cette C.C.T. est beaucoup trop restrictive.

Monsieur G précise que la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK était bien consciente du fait qu'il lui appartenait de respecter la procédure s'y étant d'ailleurs appliquée en le convoquant à un entretien après l'avoir informé qu'il lui était loisible de se faire assister par un délégué syndical de son choix.

Il considère que la procédure n'a toutefois pas été respectée dès lors que le directeur général de la société ne l'aurait pas informé des raisons qui ont abouti à ce que son licenciement soit envisagé, mais aurait uniquement évoqué les modalités de rupture en proposant par ailleurs une rupture du contrat de travail de commun accord moyennant le paiement d'une indemnité minimale.

Monsieur G qui précise que la décision de le licencier lui a été notifiée immédiatement après son refus de signer une convention de rupture de son contrat de travail de commun accord, soutient qu'il ne s'agissait pas, le jour de l'entretien, d'un licenciement *envisagé*, mais d'un licenciement déjà *décidé* par la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK.

La Cour entend d'abord rappeler que la convention collective de travail du 2 juillet 2007 portant des dispositions relatives à l'emploi dans le secteur bancaire pour les banques, dispose en son article 2§2 :

« Si l'employeur envisage de licencier un travailleur occupé dans les liens d'un contrat de travail à durée indéterminée et qui n'est plus en période d'essai, pour carence disciplinaire ou faute professionnelle, ce travailleur est invité à un entretien qui a lieu dans les 8 jours calendrier qui suivent l'invitation.

Le travailleur est informé qu'il peut se faire assister lors de cet entretien par un délégué de son choix. Au cours de cet entretien, le travailleur est informé des raisons qui ont abouti à ce que l'employeur envisage son licenciement ».

En cas de non respect de cette procédure imputable à l'employeur, celui-ci est, en vertu de l'article 2§3 de cette convention collective, redevable au travailleur d'une indemnité forfaitaire « égale au salaire courant de six mois ».

L'article 2§4 de cette même convention prévoit que les dispositions des deuxième et troisième paragraphes ne sont pas d'application en cas de licenciement pour motif grave.

La Cour relève d'emblée que c'est avec pertinence que la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK, précise en ce qui concerne la disposition applicable que « *La conjonction « ou » faisant le lien dans le C.C.T. entre la notion de « faute professionnelle » et celle de « carence disciplinaire » confirme en outre qu'il convient effectivement de ne pas s'écarter d'une interprétation stricte du texte légal selon lequel la notion de faute implique la transgression d'une norme légale, imposée (ou s'imposant) dans le cadre des relations professionnelles ou d'une norme de comportement qui est celle que doit observer toute personne*

normalement prudente et diligente ».

Or, le licenciement de Monsieur G n'a été envisagé ni en raison de carence disciplinaire ni en raison d'une faute professionnelle.

Monsieur G a été licencié parce que le poste qui lui avait été attribué ne correspondait pas à son profil.

Il ne ressort d'aucun élément que des erreurs, des manquements ou des négligences constituant une faute professionnelle auraient été reprochés à Monsieur G.

Comme cela se trouve précisément indiqué sur le formulaire C4 qui lui fut délivré, son profil n'était pas en adéquation avec le poste qui lui avait été attribué.

Des qualités commerciales ne peuvent être considérées comme une norme de comportement obligatoire dont le défaut devrait être imputé fautivement à Monsieur G.

L'absence de qualités commerciales ne peut être considérée comme une faute professionnelle au sens de la CCT du 2 juillet 2007.

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK n'avait donc aucune obligation de respecter la procédure prévue par la CCT dès lors qu'aucune faute professionnelle n'était invoquée.

Elle n'avait pas davantage l'obligation d'inviter Monsieur G à un entretien préalable.

La Cour entend préciser pour autant que de besoin que l'arrêt de la Cour de céans déposé par Monsieur G concerne un employé auquel est reproché un « manquement à l'exercice prudent et diligent de sa fonction » et plus particulièrement le « non respect des instructions de son manager », reproches qui ne peuvent nullement être comparés avec le constat d'un profil inadéquat à la fonction.

Il convient de préciser également, toujours pour autant que de besoin que le fait que Monsieur G a été invité à un entretien préalable, ne permet pas de conclure à l'existence d'une faute professionnelle.

Cet entretien s'est déroulé sans que la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK y ait été tenue.

4. Les dépens

La S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK sollicite à titre subsidiaire la compensation des dépens d'appel, en application de l'article 1017 alinéa 4 du Code judiciaire.

Monsieur G n'a pas rencontré les moyens et arguments de la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK sur ce point, n'ayant pas conclu à ce propos.

La Cour qui rappelle que la compensation dont il est question à l'article 1017 alinéa 4 du Code judiciaire, est pour le juge une faculté et non une obligation (Cass., 17 mars 1966, Pas., I, 920), constate qu'il est exact que Monsieur G succombe sur plusieurs points de son appel, celui-ci n'étant que très partiellement fondé.

Toutefois la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK succombe totalement, au sens de l'article 1017 alinéa 1 du Code judiciaire, à son appel incident.

La Cour estime dès lors seulement devoir limiter la condamnation de la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK aux dépens de l'appel, en ramenant le montant de l'indemnité de procédure liquidée par Monsieur G à 5.000€, à celui de 3.000€.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant contradictoirement,

Ecartant toutes conclusions autres, plus amples ou contraires,

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

Reçoit l'appel principal et l'appel incident,

Dit l'appel principal partiellement fondé, en ce qu'il y a lieu de prendre en considération l'indemnité de frais de représentation pour le calcul de la rémunération de Monsieur G servant de base au calcul de son indemnité compensatoire de préavis, cette indemnité de frais de représentation constituant, en l'espèce, une rémunération.

Le dit non fondé pour le surplus,

Dit l'appel incident non fondé,

En déboute la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK,

Réforme par conséquent le jugement déféré uniquement en ce que celui-ci fixe le montant de l'indemnité complémentaire de congé à 33.196,08€ bruts, ce montant devant être fixé à la somme brute de 35.055,30€ majorée des intérêts ainsi qu'il est dit dans le jugement déféré ;

Confirme le jugement déféré pour le surplus.

Condamne la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK aux frais et dépens de l'appel liquidés par Monsieur G à la somme de 5.000€ mais taxés par la Cour à la somme de 3.000€.

Délaisse à la S.A. BNP PARIBAS PRIVATE BANK ses propres dépens.

Ainsi arrêté par :

X. HEYDEN,

Conseiller,

Y. GAUTHY,

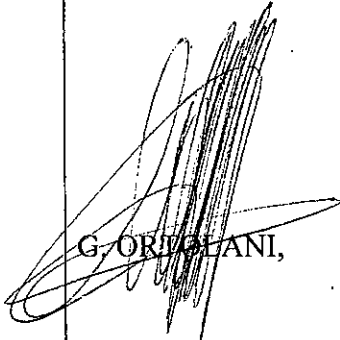
Conseiller social au titre d'employeur,

R. PARDON,

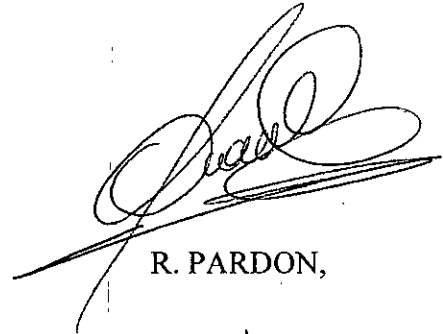
Conseiller social au titre d'employé,

Assistés de G. ORTOLANI,

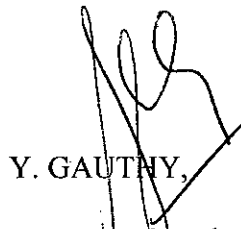
Greffier



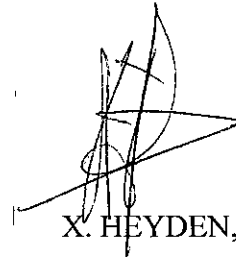
G. ORTOLANI,



R. PARDON,



Y. GAUTHY,



X. HEYDEN,

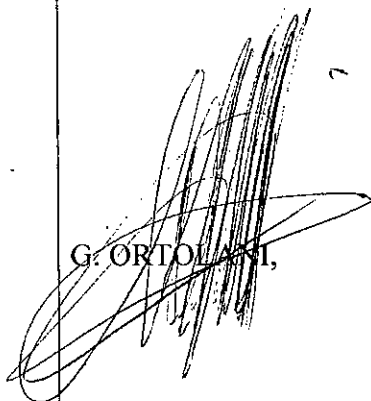
et prononcé, en langue française à l'audience publique de la 4^{ème} Chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 14 septembre 2011, où étaient présents :

X. HEYDEN,

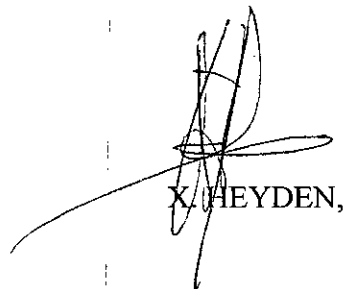
Conseiller,

G. ORTOLANI,

Greffier



G. ORTOLANI,



X. HEYDEN,