Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du seize décembre deux mille dix.

Numéro 33684 du rôle

Présents:

Charles NEU, premier conseiller, président,
Ria LUTZ, conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à F-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO, de Luxembourg du 30 avril 2008,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Nicolas BANNASCH, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

appelante par incident,

comparant par Maître Pascal PEUVREL, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 29 juin 2010.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Revu l'arrêt rendu en cause le 29 avril 2010 qui a déclaré la demande d'A recevable et avant tout autre progrès en cause, sursis à statuer pour permettre aux parties de conclure sur la recevabilité de l'appel par rapport aux dispositions des articles 579 et 580 du nouveau code de procédure civile.

La B S.A. (ci-après : B) soulève l'irrecevabilité de l'appel, principalement, dans son intégralité, et subsidiairement, quant au chef de la demande concernant les arriérés de salaire.

A fait plaider que le jugement du 20 mars 2008 ayant tranché dans son dispositif une partie du principal est directement appelable dans son intégralité.

Aux termes des articles 579 et 580 du nouveau code de procédure civile, sauf dans les cas spécifiés par la loi, seuls peuvent être frappés d'appel immédiatement et indépendamment de la décision sur le fond, les jugements qui, dans leur dispositif, tranchent une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction et les jugements qui, statuant sur une exception, une fin de non recevoir ou tout autre incident, mettent fin au litige.

Il en résulte que l'appel est irrecevable lorsque le jugement ne met pas fin à l'instance et ne tranche, dans son dispositif, rien au principal.

Pour l'application de ce principe, il faut distinguer entre les différents chefs indépendants de la demande.

Par son jugement du 20 mars 2008, le tribunal de travail d'Esch-sur-Alzette, a déclaré non fondée la demande d'A contre B pour autant qu'elle tend au paiement de gratifications, d'heures supplémentaires et de dommages et intérêts et fondée en ce qu'elle tend au paiement du pourboire du mois d'avril 2005. En ce qui concerne la demande en paiement d'arriérés de salaires, il a admis la B à prouver par la production d'attestations testimoniales qu'A ne s'est plus présenté à son travail depuis le 2 mai 2005. Il a réservé la demande en paiement d'un pourboire pour la période du 1er au 15 mai 2005 ainsi que celle en délivrance du certificat de travail en attendant le résultat de la mesure d'instruction.

Il a encore déclaré non fondée la demande reconventionnelle en dommages et intérêts et déclaré le jugement commun à L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG.

Il en découle que le jugement du 20 mars 2008 n'est pas susceptible d'appel immédiat dans la mesure où les premiers juges se sont bornés à ordonner une mesure d'instruction pour déterminer le quantum de la créance alléguée du chef d'arriérés de salaires et de pourboires du 1er mai au 15 mai 2005 et ont sursis à statuer quant à la délivrance du certificat de travail et n'ont dans le dispositif rien tranché quant au principal de ces trois chefs de la demande.

Il s'ensuit que l'appel principal est irrecevable dans la mesure où il vise les arriérés de salaire et le pourboire du 1er au 15 mai 2005 ainsi que le certificat de travail et recevable pour surplus.

Il n'y a pas lieu de revenir sur le moyen tiré de l'irrecevabilité de la demande introductive d'instance, étant donné que ce volet a déjà été toisé par l'arrêt du 29 avril 2010 qui a déclaré la demande d'A recevable.

Il y a lieu de rappeler que suivant contrat à durée indéterminée du 23 juin 2003, A a été embauché aux services de B en tant que sommelier. Suivant écrit du 29 avril 2005, le contrat a été résilié de commun accord avec effet au 15 mai 2005.

Les parties restent en litige quant à différentes prétentions indemnitaires d'A.

<u>Quant à la gratification</u>

Au soutien de son appel A fait valoir que les parties avaient convenu du versement d'une rémunération mensuelle supplémentaire nette de 400 euros dès la fin du mois de juin 2003, que cet accord avait été acté par C, mais qu'il n'a toutefois jamais reçu cette gratification.

B soulève la prescription de cette demande.

Conformément aux dispositions des articles L.221-2. du code du travail et 2277 du code civil, les actions en paiement des rémunérations de toute nature dues au salarié se prescrivent par trois ans.

A invoquant le bénéfice d'une rémunération mensuelle supplémentaire à raison de 400.- euros par mois, son action en paiement est soumise à la prescription triennale.

L'action pour autant qu'elle tend au paiement des gratifications antérieures au 1er janvier 2004 est dès lors prescrite.

B conteste la demande pour le surplus affirmant que le salarié tente de façon malhonnête de s'emparer d'un écrit non daté établi et signé par C en faveur d'A et à la demande expresse de celui-ci pour qu'il puisse le donner à son banquier en vue de se voir accorder un prêt hypothécaire. Sous le terme *« rémunération mensuelle de 400.- euros nets supplémentaires par mois »*, il faudrait comprendre les pourboires mensuellement remis à A.

Il résulterait des attestations testimoniales versées en cause que dans le passé, elle aurait déjà établi des certificats identiques en faveur d'autres employés, uniquement à leur demande et pour les aider à obtenir un prêt. Elle formule en ordre subsidiaire une offre de preuve par témoins tendant à établir la réalité de ses dires.

Elle expose encore que le contrat de travail liant les parties ne fait mention d'aucune gratification et, si une telle gratification existait, elle serait forcément mentionnée dans le contrat de travail.

A résiste en faisant valoir que nonobstant l'absence de date du certificat litigieux, celui-ci avait été remis à la Caisse d'Epargne de Lorraine le 17 juillet 2003. Le montant de 400.- euros dépasserait de loin celui du pourboire mensuel. Il invoque la maxime *« nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude »*. Même à admettre que C ait remis des certificats de complaisance à d'autres salariés, cela ne permettrait pas de conclure qu'il se serait également vu délivrer un tel certificat. L'offre de preuve par témoins serait à rejeter comme étant un *« fourre-tout »* et tendant à rapporter une preuve négative.

Aux termes de l'article 1315 alinéa 1er du code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

La pièce litigieuse est de la teneur suivante :

« Nous soussignons, Mr. Et Mme C, exploitant du restaurant B à (…), certifiant que Mr. A perçoit une rémunération de 400.- euros nets supplémentaires par mois ».

Les pièces versées en cause ainsi que les explications des parties concordent sur les raisons pour lesquelles le prédit certificat a été établi, à savoir la remise à un établissement bancaire aux fins de permettre à A d'obtenir un prêt bancaire. Conformément aux conclusions de ce dernier, le montant indiqué est de loin supérieur au pourboire mensuel en cause. Toutefois, au vu des contestations circonstanciées de B, cet écrit ne permet cependant pas d'établir que la rémunération mensuelle convenue trois semaines auparavant eût fait l'objet d'une modification entre parties, ni quelles auraient été les modalités de la gratification alléguée.

Il y a partant lieu de confirmer, bien que partiellement pour d'autres motifs, le jugement entrepris sur ce point.

Quant aux pourboires

B relève appel incident et expose que c'est à tort que le tribunal du travail n'a pas fait droit à son offre de preuve formulée en première instance afin de prouver que le pourboire du mois d'avril 2005 avait été réglé. Ce serait partant à tort que le tribunal a déclaré fondée ce chef de la demande pour le montant de 250 euros.

Elle offre de prouver par témoins que le pourboire du mois d'avril 2005 a été réglé par C à A le 1er mai 2005 après le service, sur le lieu de travail, en espèces et dans une enveloppe, comme chaque mois et ceci en présence de toute l'équipe du restaurant.

Suivant ses conclusions ultérieures, elle conteste encore le montant de la créance alléguée.

A, de son côté, fait valoir que B n'avait jusqu'à ce jour jamais critiqué le quantum de la créance. L'absence de contestation sur ce point en première instance serait constitutive d'un aveu judiciaire. B entendrait actuellement semer la confusion entre pourboire et gratification. Or, au point 7 de son offre de preuve, elle serait en aveu de ne pas reverser de pourboire correspondant mensuellement à la somme de 400.- euros. Les attestations versées en cause ne permettraient pas non plus d'établir l'effectivité de ses dires.

Il y a lieu d'abord de relever que l'absence de critique du montant de la créance alléguée en première instance ne constitue pas pour autant un aveu judiciaire. Le point 7 de l'offre de preuve de B n'est pas non plus pertinent, étant donné qu'il tend à établir que la rémunération mentionnée dans le certificat litigieux correspondait

au montant des pourboires versés aux salariés, variables en leur montant et sans précision quant à leur mode de règlement.

Il résulte du témoignage d'D que son époux percevait 250 euros par mois environ de pourboire et que *«ceux-ci étaient gérés par les patrons directement ».*

Les témoins E, F et G ont attesté qu'ils ont reçu leur pourboire dans une enveloppe le 1er mai 2005.

Il résulte encore du témoignage de C qu'A a également reçu le soir du 1er mai 2005, la totalité de ses pourboires, sous enveloppe, dans la cuisine du restaurant, de la main de son patron, comme tous ses collègues de travail.

Même s'il s'agit en l'espèce du témoignage de l'épouse de l'administrateur-délégué de B, également exploitante du restaurant, aucun élément de la cause ne permet de remettre en doute sa sincérité et son objectivité sur ce point.

Ces témoignages ne sont pas ébranlés par les déclarations imprécises faites à cet égard par le témoin H.

La demande d'A tendant au paiement d'un montant de 250.-euros à titre de pourboire pour le mois d'avril 2005 n'est dès lors pas fondée et il y a lieu de réformer le jugement entrepris sur ce point.

<u>Quant aux heures supplémentaires</u>

A réclame à titre d'heures supplémentaires prestées du 1er juin 2003 au 30 avril 2005 le montant de 16.039,85.- euros, montant qu'il réduit en instance d'appel à concurrence de 46 heures supplémentaires à 15.494,87.- euros en expliquant que son mandataire n'avait pas été au courant de la fermeture du restaurant au mois de septembre 2003.

Il affirme avoir effectué 11,30 heures supplémentaires par semaine à la demande expresse de son employeur. Les heures supplémentaires auraient toujours eu lieu sur des plages horaires prédéterminées par son employeur, comme l'attesteraient les autres salariés. Le tribunal aurait à tort écarté les attestations testimoniales produites en la cause, lesquelles démontreraient toutefois à suffisance l'effectivité des heures prestées à la demande de l'employeur. En ordre subsidiaire, A sollicite l'audition des auteurs des attestations testimoniales.

B soulève la prescription de la demande.

Les heures supplémentaires faisant partie de la rémunération mensuelle, il y a lieu de constater la prescription triennale de l'action d'A pour toutes les heures supplémentaires alléguées avant le 1er janvier 2004.

B conteste encore toute prestation d'heures supplémentaires effectuées sur sa demande. Elle soutient qu'il est impossible qu'A ait pu effectuer des heures supplémentaires, au vu de son activité commerciale de vente de vin parallèle qu'il menait à côté de son emploi, voire durant son travail dans le restaurant, sans l'accord exprès de son employeur.

Elle offre de prouver ce fait par la voie testimoniale.

Conformément aux conclusions d'A, la question de la vente de vin à titre personnel et le démarchage de clients qu'il a pu effectuer pendant ses heures de travail est indépendante de celle de la prestation d'heures supplémentaires de travail pour son employeur.

Il se dégage des déclarations concordantes de I et de J qu'A a régulièrement fait des heures supplémentaires à la demande de son employeur, selon une même plage horaire, sans avoir pu les récupérer et sans en avoir été rémunéré.

Or, les plages horaires hebdomadaires invoquées par les témoins manquent cependant de précision quant aux années, mois et semaines en cause et ne tiennent pas compte des jours de fermeture, ni des jours de congé d'A.

Dans ces conditions, tant l'audition des auteurs des attestations testimoniales, que leur contre-preuve s'avère non concluante.

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont débouté A de ce chef de la demande, de sorte qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

<u>Quant au harcèlement moral</u>

B relève appel incident en ce que le tribunal du travail n'a pas admis son moyen tiré du libellé obscur de cette demande.

Elle affirme que la demande de ce chef, tout comme l'offre de preuve, serait imprécise et qu'aucun fait suffisamment précis ne serait reproché à l'employeur pour que celui-ci ait pu savoir, à la seule lecture de la requête adverse, ce qu'on lui reprochait exactement pour qu'il puisse préparer utilement sa défense.

Or, c'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont retenu que le libellé de la demande introductive d'instance est suffisamment précis pour que la défenderesse n'ait pu se méprendre sur la portée de celle-ci et préparer utilement sa défense.

Au fond, B conteste encore tout comportement à l'égard d'A qui pourrait relever d'un harcèlement moral.

Il y aurait lieu d'écarter les attestations testimoniales versées à ce sujet, ce d'autant plus que l'une d'elles émanerait de son ancien salarié I ayant eu des démêlés judiciaires avec B.

Au contraire, il ressortirait des attestations testimoniales versées par l'intimée que le travail au restaurant K s'effectue dans une ambiance chaleureuse et familiale et même que d'anciens employés reviennent y travailler avec une grande joie.

A, au contraire, soutient que les remarques acerbes et constantes de C rendaient le climat de travail insupportable. C aurait crié tous les jours à son encontre, aurait été tyrannique et l'aurait insulté quotidiennement devant ses collègues, le traitant notamment d'incompétent, de faignant, de serveur de série B. Or, il aurait toujours effectué correctement et consciencieusement les tâches qui lui auraient été confiées, de sorte que ces critiques quotidiennes n'auraient pas été justifiées. C aurait fréquemment traité ses salariés de « cons ». Le 15 mars 2004, il aurait traité A de *«connard »* et de *« petit merdeux* » et le 20 décembre 2004, de *« vieil ours* ».

Il réitère son offre de preuve par témoins et demande l'allocation d'un montant de 5.600 euros du chef de harcèlement moral.

Or, ainsi que l'ont retenu à juste titre les premiers juges, les attestations testimoniales de I et de J son rédigées en des termes vagues et imprécis.

En ce qui concerne l'offre de preuve, celle-ci ne tend pas à prouver dans quelle mesure les insultes alléguées aient pu, par leur répétition, créer un environnement intimidant, humiliant et dégradant à l'égard de la personne d'A susceptible de constituer un harcèlement moral.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré l'offre de preuve irrecevable et débouté A de sa demande.

<u>Quant à la demande reconventionnelle</u>

B expose que c'est à tort que le tribunal du travail a déclaré non fondée sa demande reconventionnelle en obtention de dommages et intérêts en réparation du

préjudice subi du fait du harcèlement moral opéré par l'appelant tant à l'égard du personnel, en l'occurrence F, que des clients du restaurant. Elle offre de prouver qu'A *«effectuait sans autorisation le commerce de vin en nom personnel à l'intérieur même du restaurant pendant son service et qu'il harcelait ses collègues, même sexuellement ».*

Elle réclame le montant de 5.000 euros.

A conteste cette demande au motif que B n'établit aucun fait précis.

En l'absence de plus amples précisions en instance d'appel, c'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont écarté les attestations testimoniales et l'offre de preuve y relative.

Il y a partant lieu de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

A succombant dans son appel, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour la première instance et 1.000.- euros pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

B ne justifiant pas en quoi il serait inéquitable de supporter les frais par elle exposés et non compris dans les dépens, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 3.000.- euros n'est pas non plus fondée.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi conclut qu'il n'a pas de revendications à formuler. Il y a lieu de lui déclarer commun le présent arrêt.

PAR CES MOTIFS :

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

Statuant en continuation de l'arrêt du 29 avril 2010,

Dit irrecevable l'appel principal en ce qui concerne les volets relatifs aux arriérés de salaire, le pourboire du 1er au 15 mai 2005 et le certificat de travail ;

Le dit non fondé pour le surplus ;

Dit l'appel incident partiellement fondé ;

Par réformation :

Dit non fondée la demande d'A en paiement du montant de 250.-euros à titre de pourboire du mois d'avril 2005 ;

Confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

Dit non fondées les demandes respectives d'A et de la société anonyme B S.A. sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

Déclare l'arrêt commun à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi,

Condamne A à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Pascal PEUVREL et de Maître Georges PIERRET qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.