Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-sept janvier deux mille onze.

Numéro 34924 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 L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 2 juin 2009,

comparant par Maître Pol URBANY, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) la société à responsabilité limitée B s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Maria DENNEWALD, 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 ENGEL,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 1er juillet 2010.

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

Par un jugement rendu le 20 avril 2009, le tribunal de travail de Luxembourg, statuant contradictoirement et en continuation d'un jugement rendu le 24 juin 2008 par le même tribunal, dans un litige opposant, d'une part, A et, d'autre part, la société à responsabilité limitée B s.à r.l. (ci-après : la B) en présence de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG (ci-après : l'ETAT), a déclaré le licenciement du 15 octobre 2007 régulier, partant a dit non fondées les demandes d'A en indemnisation et en paiement d'indemnités de préavis et de départ, a dit fondée la demande de l'ETAT en remboursement des indemnités de chômage prestées de décembre 2007 à octobre 2008, partant a condamné A à payer à l'ETAT la somme de 36.703.-euros, outre les intérêts légaux à partir du 10 mars 2009, jusqu'à solde et a dit non fondées les demandes respectives d'A et de la B en allocation d'indemnités de procédure.

Par exploit d'huissier du 2 juin 2009, A a interjeté appel de ces deux jugements.

L'appelant conclut à la réformation du jugement du 24 juin 2008 en ce que le tribunal de travail a ordonné des enquêtes et contre-enquêtes sur les points 1), 2), 3), 5) et 6) énumérés dans la lettre de licenciement.

Il conclut, par réformation du jugement du 20 avril 2009, à déclarer le licenciement du 15 octobre 2007 abusif et à dire fondées ses demandes en indemnisation pour le montant total de 254.708.-euros, outre les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

Il demande encore une indemnité de procédure de 15.000.-euros pour les deux instances.

B soulève l'irrecevabilité de l'appel interjeté contre le jugement du 24 juin 2008. Elle conclut pour le surplus à la confirmation du jugement du 20 avril 2009, sinon à entendre dire justifié un licenciement avec préavis avec allocation d'une indemnité de préavis et d'une indemnité de départ.

Elle demande, de son côté, une indemnité de procédure de 5.000.-euros pour les deux instances.

L'ETAT conclut, en ordre principal, à la confirmation du jugement de première instance et, en ordre subsidiaire, à la condamnation de la B au règlement de la somme de 36.703.-euros qu'il a avancée à titre d'indemnités de chômage, avec les intérêts légaux tels que de droit.

La recevabilité des appels

La B soulève l'irrecevabilité de l'appel dirigé contre le jugement du 24 juin 2008 au motif que, dans sa motivation, le tribunal de travail a tranché la question de l'imputabilité des reproches formulés par l'employeur à l'encontre d'A et en a conclu que la demande est valable de ce point de vue. Ce faisant, le tribunal de travail aurait tranché une partie du principal.

Comme A aurait, suite à ce jugement, assisté aux enquêtes et contre-enquêtes sans formuler la moindre réserve d'appel, il serait actuellement forclos à relever appel de ce jugement.

A maintient ses conclusions d'appel.

Aux termes des articles 579 et 580 du nouveau code de procédure civile, 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 de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin au litige. Le délai d'appel quant aux autres jugements ne peut donc pas courir avant celui du jugement sur le fond.

Pour ce qui est de la qualification du jugement entrepris, il y a lieu de se référer uniquement au dispositif de la décision déférée (Juriscl. Proc.civ. Jugements avant-dire droit, fasc.530, no 40 et suivants).

Il n'est en effet permis de se référer aux motifs de la décision entreprise que dans la seule mesure où le dispositif est implicite et de nature à pouvoir être éclairé par les motifs, sans que ceux-ci ne puissent contenir eux-mêmes une décision (Juriscl. Proc. civ. op.cit. fasc.530, no 57).

Or, en l'espèce, le jugement du 24 juin 2008 ne rentre pas dans la catégorie des jugements qui peuvent être frappés d'appel immédiatement et indépendamment de la décision sur le fond. Il n'a pas tranché dans son dispositif une partie du principal, ni n'a statué sur une exception de procédure, une fin de non recevoir ou un autre incident mettant fin à l'instance.

Le délai d'appel contre ce jugement n'a dès lors commencé à courir qu'à partir de la notification à A du jugement sur le fond, soit à partir du 23 avril 2004.

Il s'ensuit que l'appel interjeté le 2 juin 2009 contre le jugement du 24 juin 2008 n'est pas tardif et que le moyen tiré de l'acquiescement au jugement n'est pas pertinent.

L'appel interjeté le même jour contre le jugement du 20 avril 2009 non critiqué quant à sa forme et délai est également recevable.

<u>Au fond</u>

Le litige se rapporte à la demande d'A à entendre déclarer abusif son licenciement avec effet immédiat du 15 octobre 2007 et à se voir allouer les sommes de 52.020.-euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis, de 17.350.-euros à titre d'indemnité de départ, de 160.338,02.-euros à titre de dommage matériel et de 25.000.-euros à titre d'indemnité pour dommage moral.

Il est constant que depuis le 19 août 1996 A était aux services de la B exploitant le restaurant connu sous les enseignes *« C »* et le *« D »* à Luxembourg en qualité de *« directeur de restaurant »*. En janvier 2007, il détenait 49 % du capital social.

Le 5 février 2007, les associés de la B, E, A et la société F S.A. ont décidé de céder l'ensemble de leurs parts sociales à la société anonyme de droit français G qui est une société du groupe H exploitant un certain nombre de restaurants et brasseries pour l'essentiel à Paris.

Le 14 février 2007, E a démissionné de ses fonctions de gérant unique de la société, I a été nommé gérant administratif et A a été nommé gérant technique avec effet immédiat, les deux gérants devant agir conjointement pour tout engagement de la société dépassant le montant de 10.000.-euros.

Dans sa lettre du 5 février 2007, l'acquéreur, la société G, a défini les conditions et modalités de la collaboration future d'A ainsi que ses pouvoirs futurs au sein de l'établissement luxembourgeois. Ces conditions ont été acceptées par A qui a paraphé et contresigné la lettre. Il y est prévu qu'A exercera les fonctions de co-gérant non associé et qu'il bénéficiera de la poursuite de son contrat de travail en tant que *« directeur d'établissement ».*

Le licenciement d'A intervient à la suite d'un audit effectué les 1er et 2 octobre 2007 au sein de l'établissement par J, *« directrice du support opérationnel »* du groupe H.

Dans sa lettre de licenciement du 15 octobre 2007, la B reproche à A d'avoir depuis des mois, en sa qualité de *« directeur de restaurant »*, manqué à ses obligations contractuelles, notamment en omettant de rendre compte à la direction générale du Groupe H sur un certain nombre de points relatifs à la gestion du personnel, le « *reporting* » et la gestion de l'exploitation du restaurant.

Se référant au prédit audit interne des 1er et 2 octobre 2007, la B reproche à A différents manquements, retards, erreurs et non-respect des procédures se rapportant à:

1) l'arrêté de comptes au 30 juin 2007,
2) le règlement des paies et des factures fournisseurs,
3) le rapport fin de mois,
4) l'état général des locaux du restaurant,
5) la gestion du personnel,
6) la gestion des caisses, la remise de fonds et les placements bancaires,
7) la licence de cabaretage et le contrôle des douanes,
8) l'ouverture d'un nouvel établissement *« K »* à Luxembourg.

L'imputabilité des faits reprochés

A conteste d'abord l'imputabilité des faits lui reprochés sub 1), 2), 3), 5) et 6) de la lettre de licenciement.

A l'appui de son appel, il fait valoir qu'il était seulement gérant technique et directeur de restauration (maître d'hôtel, responsable de la cuisine, des vins et de la salle), alors que la gestion administrative était assurée par I, ce dernier ayant été assisté par une secrétaire aide-comptable et un comptable interne à *« C »*. Or, comme la plupart des reproches seraient du domaine de procédures de comptabilisation et de situations comptables, de calculs de salaires etc., sans

incidence aucune sur le bon fonctionnement de *« C »,* ce serait à tort que ces reproches, de surcroît, non fondés, lui auraient été jugés imputables. La visite de J les 1er et 2 octobre 2007 aurait eu pour but de *« chercher la petite bête »* pour fournir, à tout prix, des faux prétextes de licenciement et permettre son remplacement par L du groupe H.

La B, au contraire, fait valoir que les fonctions d'A allaient bien au-delà de la simple tenue de la salle de restaurant et que non seulement il était considéré par le siège de Paris, les administrations luxembourgeoises, les employés de la société et les tiers comme le responsable de l'établissement à Luxembourg, mais encore qu'il se comportait et se considérait lui-même comme le patron de la B.

Ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, il résulte de la lettre du 5 février 2007 acceptée par A qu'il partagera avec un co-gérant, en l'occurrence I, la direction générale de la société en étant investi des pouvoirs nécessaires et les plus larges pour diriger et administrer la société, respectivement pour la représenter à l'égard des tiers et qu'au niveau interne, seules un certain nombre de décisions ne pourront être prises seul par l'un des co-gérants, tels l'établissement du budget annuel, l'acquisition ou la cession d'un actif immobilisé supérieur à 50.000.-euros, non prévu au budget annuel (…).

Il se dégage encore des pièces que non seulement le salaire d'A correspondait à une fonction dirigeante, mais qu'il assumait en fait une fonction de directeur d'établissement que ce soit dans l'organisation journalière du restaurant ou les relations avec le personnel, les clients et les administrations. Il était le responsable sur place sur qui reposait l'autorisation d'établissement. Il avait seul signature sur les comptes bancaires de la B jusqu'à un montant de 10.000.-euros, les salariés mécontents lui adressaient leurs courriers, de même que l'Inspection du travail et des Mines et le comptable interne.

Il en ressort également qu'A a été l'interlocuteur principal sur place de son employeur pour la mise en œuvre de toutes les procédures internes du groupe ayant trait à la gestion du personnel, au règlement des paies et des factures, à la comptabilité ou aux rapports de fin de mois.

En sa qualité de directeur d'établissement, il lui incombait dès lors de veiller à leur bon fonctionnement sur place, nonobstant le caractère administratif de certaines tâches et la nécessité de l'assistance d'une tierce personne pour leur accomplissement.

Contrairement à ses conclusions, le bon fonctionnement sur place des procédures internes du groupe, que ce soit au niveau de la gestion du personnel ou de la comptabilité, avait nécessairement une incidence sur le bon fonctionnement général de l'établissement dont il était le directeur.

C'est dès lors à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont retenu que les fautes reprochées à A dans la lettre de licenciement du 15 octobre 2007 relevaient de sa compétence.

Le délai pour invoquer une faute et les critiques quant à l'offre de preuve

A fait ensuite valoir que tous les faits invoqués dans la lettre de licenciement étaient connus par l'employeur bien avant le mois précédant le licenciement, de sorte qu'ils ne sauraient plus constituer un motif grave de résiliation.

Il résulte de l'article L. 124-10 (6) du code du travail que, sauf en cas de poursuites pénales, seule l'existence d'un fait ou d'une faute parvenus à connaissance de l'employeur dans le mois précédant le licenciement immédiat permet à l'employeur d'invoquer des faits ou des fautes antérieurs à l'appui du nouveau fait ou de la faute nouvelle.

En l'espèce, la lettre de licenciement du 15 octobre 2007 s'appuie sur un ensemble de faits qui ont été constatés lors d'un audit effectué les 1er et 2 octobre 2007 par J mandatée à cet effet à Luxembourg par la direction générale du groupe H. Ces faits sont parvenus à connaissance de l'employeur dans le mois précédant le licenciement immédiat.

Ils concernent plus particulièrement l'état général des locaux du restaurant constaté les deux jours en question, mais également des faits constatés dans la gestion générale de l'établissement dont certains s'étaient déjà manifestés antérieurement à cette date.

Dans la mesure où ces manquements antérieurs se rattachent aux nouveaux faits constatés les 1er et 2 octobre 2007 et reprochés à A dans l'exécution de ses fonctions de direction générale de l'établissement, ils sont admissibles pour justifier le licenciement.

A conclut encore au rejet de certains points formulés dans l'offre de preuve, tels les mauvaises odeurs ou le défaut de nettoyage et d'ordre général qui n'étaient pas contenus dans la lettre de licenciement.

Or, des faits non initialement articulés peuvent être invoqués s'ils ne font que compléter et corroborer les moyens déjà présentés.

Conformément aux conclusions de B, l'examen de l'offre de preuve testimoniale ne révèle pas de faits nouveaux qui ne seraient pas en rapport avec ceux décrits dans la lettre de licenciement.

Le moyen n'est partant pas fondé.

L'admissibilité des témoignages et la production des pièces

A fait encore grief aux premiers juges d'avoir accordé foi aux témoignages de J et L ainsi qu'aux pièces versées par leur employeur pour tenir établis les prétendus motifs du licenciement.

J étant la directrice au sein du groupe H, propriétaire de la B, et L assumant la fonction de gérant de la B, ils devraient être assimilés à la personne de l'employeur, leurs témoignages ne pouvant être retenus, en raison de leur lien de subordination absolu par rapport à l'employeur et de leur intérêt personnel à l'issue du litige.

Il en serait de même de la majorité des pièces versées par la B, ayant été établies par l'employeur lui-même, respectivement par le propriétaire de l'employeur, tel l'audit interne effectué par l'employeur pour servir de fondement au licenciement ou les divers courriers électroniques datés dans une brève période précédant le licenciement.

Il serait inacceptable qu'un tribunal de travail se serve de pièces établies par l'employeur lui-même pour tenir comme avérés les reproches dans le cadre d'un licenciement pour faute grave.

Par ailleurs, A aurait été dépouillé de tous possibles moyens de preuve, puisque la B aurait dès le 15 octobre 2007 confisqué son ordinateur et tous ses documents le privant ainsi de la possibilité de prouver par la correspondance échangée l'absence de critiques de la part de son employeur, la communication des données informatiques et l'échange de courriers sur différents points.

Après son licenciement, il aurait reçu la confirmation comme quoi celui-ci aurait été prémédité, bien avant la visite de J. Il résulterait, en effet, de l'attestation de M qu'en septembre 2007 un fournisseur était déjà informé de son proche licenciement.

La B, de son côté, conteste que lors de la reprise du restaurant *« C »,* elle avait déjà l'intention de *« liquider »* A. Si tel avait été le cas, il aurait été facile de le faire dès la reprise et de faire dépendre de sa démission l'achat de ses parts à grand frais.

Elle soutient que le fait que J est employée du groupe H et que L est le gérant salarié de l'intimée ne saurait empêcher leurs témoignages d'être retenus, ce d'autant plus qu'ils n'auraient aucun intérêt direct dans la société B ou dans une autre société du groupe H.

Il serait enfin normal pour l'employeur qui licencie pour faute grave d'exiger que les dossiers et les pièces de l'entreprise restent sur place.

Aux termes de l'article 405 du nouveau code de procédure civile, chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité de témoigner en justice.

Il est admis que nul ne saurait être entendu comme témoin dans sa propre cause.

Or, la notion de partie en cause doit être interprétée restrictivement comme ne visant, en principe, que les personnes directement engagées dans l'instance judiciaire (cf. Cour 23 novembre 1994, Pas. 29, p.359).

Une société commerciale a une personnalité distincte à la fois de celle de la personne physique habilitée à la représenter, de son gérant, de ses salariés ou de ses associés.

Il n'est pas établi, ni allégué que J, directrice du support opérationnel du groupe H et L, gérant technique de la B depuis le 15 octobre 2007, soient associés, voire associés-majoritaires de cette société.

Dès lors, et en l'absence d'éléments mettant en doute la véracité de leurs déclarations, la simple allégation d'un intérêt dans le chef de ces témoins est insuffisante pour écarter ou mettre en doute l'objectivité de leurs dépositions (cf. Cour de cassation, 30 juin 2005, no 45/05).

En ce qui concerne les pièces versées par la B et régulièrement communiquées en cause, la seule circonstance qu'une partie dispose de pièces et l'autre n'en dispose pas ou seulement dans une moindre mesure n'est pas constitutive d'une violation des droits de la défense et n'équivaut pas automatiquement à une rupture de l'égalité des armes au procès.

B conclut encore au rejet des débats de l'attestation de M qui, malgré sa re-convocation, ne se serait pas présentée à l'audience de la contre-enquête, de sorte que l'actuel appelant aurait renoncé à son audition.

De même, l'attestation testimoniale de N heurterait le principe du contradictoire, étant donné qu'il ne se serait pas présenté à l'audience de la contre-enquête et que le mandataire d'A avait renoncé à son audition.

En ce qui concerne l'audition du témoin M, il résulte du procès-verbal de contre-enquête que ce témoin ne s'était pas présenté à l'audience de la contre-enquête du 26 novembre 2008, ni à celle du 17 décembre 2008 à laquelle il avait été re-convoqué, et que le mandataire d'A avait alors renoncé à son audition. Il n'en

ressort pas pour quelles raisons le témoin ne s'était pas présenté, respectivement s'il avait fait l'objet d'une convocation régulière.

Il découle également du procès-verbal de contre-enquête que le mandataire d'A avait renoncé à l'audition du témoin N. Dans son attestation testimoniale du 6 novembre 2009, ce témoin explique que jusqu'au 1er juin 2009, il avait travaillé pour la société O, spécialisée dans les produits d'entretien et dans l'hygiène, fournisseur du restaurant *« C »* et d'une partie du groupe H en France. Eu égard à sa position délicate dans laquelle il se serait trouvé avant d'être pensionné, il n'aurait pas pu se présenter comme témoin à l'audience jusqu'à sa pension. Actuellement, il pourrait librement s'exprimer.

Or, le fait qu'une enquête ait été tenue, voire que le témoin convoqué n'ait pu être entendu, n'interdit pas de recevoir des attestations sur les mêmes faits que ceux ayant fait l'objet de cette enquête, le contenu de ceux-ci pouvant être combattus par tous les modes de preuve tels qu'attestations ou enquête (cf. Cour 13 mars 1996 no 15808 du rôle).

Suivant ses dernières conclusions, A réitère ses demandes à entendre enjoindre à la B de verser les audits de contrôle de la C effectués dans les 12 mois suivant celui de son licenciement ainsi que de verser et de communiquer aux parties :

- un listing du personnel travaillant à la C au moment de son licenciement du 15 octobre 2007 ;
- et les mouvements sur cette liste sur une période d'une année après son licenciement (15 octobre 2007 au 15 octobre 2008) ;
- les fiches de paie des salariés depuis son licenciement ;
- une liste des revendications de salaires quant à des heures supplémentaires relatives à cette période (15 octobre 2007 au 15 octobre 2008) et formulées depuis le 15 octobre 2007 jusqu'à ce jour.

Conformément aux conclusions de la B, il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande qui n'est pas pertinente pour la solution du litige.

A conclut encore à constater que le mandataire de la B n'a pas répliqué à ses conclusions des 26 mai 2010 et 1er juin 2010 et qu'il a même expressément déclaré renoncer à contester les moyens de fait et de droit y repris.

Dans ses dernières conclusions du 1er février 2010, la B a conclu à entendre statuer conformément à ses conclusions antérieures et elle a contesté tous les montants réclamés. Une telle renonciation ne se dégage pas non plus des courriers adressés le 27 mai 2010 par le mandataire de la B et le 31 mai 2010 par celui d'A au magistrat de la mise en état.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

La preuve des faits à la base du licenciement

Eu égard aux contestations d'A, il convient d'analyser en détail les faits sur lesquels le licenciement est basé.

- 1) Le retard dans l'arrêté de compte au 30 juin 2006

La B reproche à cet égard à A d'avoir, malgré des relances en septembre et octobre 2007, tardé à fournir au bureau comptable, le cabinet P, les données nécessaires pour établir au 30 juin 2007 l'arrêté comptable de la B. Ces données auraient été indispensables afin de pouvoir les incorporer dans les arrêtés comptables du groupe H au 30 juin 2007.

A conteste le bien-fondé du reproche au motif qu'il résulte des déclarations du témoin J qu'elle n'était pas au courant des délais et des détails de cet aspect, que le rapport du 4 octobre 2007 ne fait pas mention d'un problème d'arrêté de compte au 30 juin 2006 et que le témoin L n'a pas pu faire de déclarations à ce sujet.

Par ailleurs, et pour peu qu'il y eût un léger retard pour l'établissement de l'arrêté de compte litigieux, celui-ci serait dû d'abord à la demande tardive du groupe H adressée au plus tôt en août 2007, voire en début du mois de septembre 2007 à l'P et non pas directement au comptable Q, ensuite en partie à la transmission différée de la demande par l'P à Q qui l'aurait reçue seulement au courant de septembre 2007.

Il y aurait lieu de tenir encore compte du fait que le léger retard pris dans la transmission des données par Q à l'P était dû au surcroît de travail ainsi qu'aux devoirs complémentaires à la gestion journalière que la reprise du commerce par un groupe multinational à structure complexe et, non encore expérimenté dans les mécanismes luxembourgeois, avait entraînés et auxquels il fallait répondre, ce qui aurait demandé un certain temps pour s'adapter.

Enfin, le retard pris par le comptable n'aurait été d'aucune relevance, étant donné que le groupe H lui-même n'avait pas encore fourni les informations du groupe à l'P au 2 octobre 2007 et que la deadline avait été prolongée et respectée, sans qu'aucun préjudice n'eût été engendré.

Dès lors, l'on ne saurait imputer à A la responsabilité dans l'établissement des comptes, voire retenir une faute grave dans le léger retard matériel qu'avait pris la clôture des comptes, ne s'agissant en l'espèce que d'aspects purement comptables dans le cadre des relations entre Paris - l'P et - le comptable de l'employeur, Q.

En ce qui concerne le déroulement des faits, la Cour se rallie à l'exposé exhaustif fourni par les juges de première instance.

Il se dégage en effet des déclarations du témoin R, employé auprès de la société P que l'établissement de l'arrêté de compte au 30 juin 2007 avait pris un retard suite à la demande qui lui avait été faite en août 2007 par S, directeur administratif et financier du groupe et que ce retard était dû en majeure partie au fait qu'il restait en attente des pièces comptables qui devaient lui être remises par B.

Il en ressort encore que S avait également informé B des pièces que Q, son comptable interne, devait remettre à la société P et qu'il y a eu un échange de mails entre l'P et Q pour presser ce dernier à remettre les documents en question.

Il se dégage également des mails de S envoyés le 2 octobre 2007 en copie et, le 3 octobre 2007 directement à A, qu'à ce moment elle était toujours en attente des documents pour finaliser la situation de la B au 30 juin 2007, notamment les justificatifs de la masse salariale au 30 juin 2007, des soldes fournisseurs et clients, l'état des charges à passer d'avance au 30 juin 2007 et l'état des factures à recevoir et des charges à payer au 30 juin 2007, tous ces documents relevant de la compétence de la B.

Il ressort enfin du mail envoyé le 5 octobre 2007 par R à S et à A qu'en définitive, la société P avait établi un bilan intérimaire au 30 juin 2007 en attirant l'attention sur le fait que pour certains postes, faute de pièces, elle avait procédé à une évaluation, respectivement avait repris les chiffres figurant aux bilans précédents.

Même à admettre un surcroît de travail et des questions à clarifier en raison de la reprise de B par un groupe de sociétés à structure plus complexe, il n'en demeure pas moins qu'A avait été mis au courant du retard pris dans la remise des documents comptables et de l'urgence à y remédier.

Comme l'ont relevé à juste titre les premiers juges, A aurait ainsi dû veiller à ce que les ordres, de surcroît urgents de l'employeur, soient exécutés par le personnel dont il assurait la direction, respectivement d'informer son employeur des difficultés rencontrées pour ce faire.

C'est dès lors à tort qu'A entend actuellement discuter du caractère tardif de la demande du groupe H, du défaut de communication de certaines informations concernant le groupe lui-même, voire de l'absence de préjudice résultant d'une prolongation du délai pour établir la situation comptable au 30 juin 2006.

- 2) Le règlement des paies et des factures fournisseurs

La B reproche d'abord à A de ne lui avoir jamais apporté d'informations concernant l'établissement des paies et de l'avoir ainsi laissé dans l'ignorance complète de la masse salariale effective.

Dans un mail du 11 octobre 2007, J aurait rappelé que les paies des salariés devaient être validées par le siège et que ce contrôle aurait été impossible, car le livre de présences des salariés n'aurait pas été rempli. Malgré un livre de présences non rempli et incomplet, A aurait signé le virement des paies de septembre 2007, bien que ce virement n'eût été ni contrôlé, ni validé par S.

Par ailleurs, les paies telles que réglées par A contiendraient des erreurs et ne correspondraient pas avec le livre des présences.

A résiste en faisant valoir que la formalité de la validation des paies n'avait été portée que tardivement à la connaissance du comptable Q par un mail du 11 octobre 2007, ce qui démontrerait encore que pour cet aspect, il n'aurait pas été la personne de contact du groupe, ni le gestionnaire. Par ailleurs, cette formalité n'aurait eu aucune incidence sur le bon fonctionnement du restaurant.

Dans son attestation testimoniale du 6 novembre 2009, Q a relaté qu'au moment de la reprise du restaurant par le groupe H, il avait eu pour consigne, de la part de S, de continuer la comptabilité et les salaires comme auparavant et qu'il ne lui avait jamais été demandé de faire valider les fiches de paie par le siège avant de les mettre en paiement.

Or, il résulte du mail que S avait adressé le 25 septembre 2007 directement à A que celle-ci s'étonne du fait de n'avoir pas eu, depuis la reprise du 14 février 2007, les validations de paies.

Il se dégage encore de la copie du livre des présences de septembre 2007 et d'un mail du 11 octobre 2007 adressé par J à Q qu'aucun contrôle ni validation des paies de septembre 2007 n'avait pu être effectué du fait que les présences du personnel n'avaient été saisies depuis le 14 septembre 2007.

Le listing des paies de septembre 2007 a ainsi été signé par A et exécuté le 10 octobre 2007, sans que la saisie des présences du personnel n'ait été faite depuis le 14 septembre 2007 et sans que le listing des paies n'ait été validé par la direction de Paris.

Les conclusions d'A sont dès lors contredites par les pièces versées en cause.

B reproche encore à A d'avoir enfreint les dispositions contractuelles en faisant scinder les gros achats en plusieurs factures en dessous de 10.000.-euros.

Lors de sa visite sur les lieux, J aurait découvert qu'il n'y avait aucun virement fait par A qui allait au-delà de 10.000.-euros. Les paiements figurant sur les relevés des fournisseurs auraient été faits en deux ou trois fois et correspondraient chaque fois à certaines des factures jointes au relevé.

Ce faisant, A aurait contourné la règle relative à la demande d'autorisation pour paiements supérieurs à 10.000.-euros. La conséquence en serait que le groupe H n'aurait pas pu renégocier les prix et aurait ainsi perdu une chance de faire des économies sur les achats.

A conteste avoir jamais procédé à une scission de factures pour contourner l'obligation de double signature pour les montants au-delà de 10.000.-euros. Il explique que *« C »*, petit restaurant, comparé aux grands établissements du groupe, n'aurait pas effectué des achats de groupe en gros, mais aurait toujours acheté des produits frais en quantités plus limitées. Par ailleurs, les pièces versées au dossier, pour autant que les factures soient annexées aux relevés, ainsi que les déclarations du comptable Q contrediraient les affirmations de J. Il en résulterait qu'il n'y avait nullement eu des scissions de factures, mais au contraire des paiements groupés.

Il résulte du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la B du 14 février 2007 que *« tout engagement de la société dépassant le montant de 10.000.-euros doit être pris par décision conjointe des deux gérants ».*

A ne disposait ainsi seul du pouvoir de signature que jusqu'à un montant de 10.000.-euros, seuil au-dessus duquel il devait avoir la contre-signature du gérant administratif I.

Le témoin Q a déposé qu'il n'est pas au courant qu'A aurait scindé des factures pour en diminuer les montants en dessous de 10.000.-euros et qu'il n'a pas vu dans le compte fournisseur une facture avec plusieurs paiements. Seule T aurait facturé au mois et il aurait pu arriver que les montants de ses factures aient dépassé 10.000.-euros.

Or, ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges les déclarations de Q suivant lequel seule T aurait établi des relevés de factures dont le montant dépassait 10.000.-euros sont contredites par les pièces versées en cause.

Il ressort en effet du libellé-même des factures du fournisseur U que celles-ci faisaient partie d'un relevé global périodique dont le solde débiteur s'élevait le 10

juillet 2007 à 23.729,85.-euros, le 20 juillet 2007 à 34.962,07.-euros, le 31 juillet 2007 à 27.004,76.-euros et le 10 août 2007 à 18.281.-euros.

Si, dès lors comme l'a indiqué le témoin Q, il n'y a pas eu scission d'une facture avec deux paiements, il n'en demeure pas moins que par l'effet du paiement de diverses factures se rapportant au relevé d'une créance globale d'un fournisseur, il y a eu scission du paiement relatif à cette créance.

Or, le respect de la validation des paiements supérieurs à 10.000.-euros avait également fait l'objet d'un rappel par le mail de S du 25 septembre 2007.

- 3) Les rapports fin de mois

La B soutient sur ce point que lors de la reprise de l'établissement par le groupe H en février 2007, les procédures internes du groupe avaient été remises et exposées à A et les accès informatiques lui avaient été expliqués et donnés, de sorte qu'il aurait été parfaitement au courant, tout comme les autres directeurs d'établissements, qu'il devait faire parvenir un *« reporting »* dit *« rapport fin de mois »* au siège à Paris. Malgré plusieurs relances, le groupe n'aurait pu obtenir le premier rapport de la B qu'à la fin du mois de septembre 2007, soit plus de 7 mois après la reprise par le groupe.

A conteste avoir eu connaissance, dès la reprise, d'une obligation de faire un rapport mensuel outre celui à faire par le comptable Q, voire que le *« Livre des procédures internes du groupe H »* lui ait été mis à disposition en février 2007 au plus tard.

Au contraire, il résulterait des pièces que c'était seulement au mois d'août 2007 qu'il avait été informé de la demande du groupe d'un rapport de fin de mois à établir par lui, ce qu'il aurait fait, dès qu'il avait reçu un rappel le 19 septembre 2007. Ce serait également au plus tard par le mail du 24 septembre 2007 qu'aurait commencé la collecte des faux motifs de licenciement.

Or, s'il n'est pas établi avec une certitude absolue qu'A ait reçu au moment de la reprise le livre des procédures internes du groupe, il se dégage toutefois d'un mail du 2 août 2007, qu'V du service *« Opérationnel Brasseries & Restaurants »* avait adressé à A la trame pour dresser les rapports fin de mois.

En outre, et nonobstant les déclarations du témoin Q au sujet de la transmission mensuelle d'une documentation comptable renseignant sur le journal des salaires, les charges, les achats, les recettes, les immobilisations, les stocks et les relevés bancaires, il se dégage des mails des 19 et 24 septembre 2007 qu'A avait tardé à transmettre le rapport fin de mois d'août 2007.

- 4) L'état général des locaux du restaurant

Lors de son audit des 1er et 2 octobre 2007, J a constaté que l'état général de propreté et de fonctionnement du restaurant n'était pas à la hauteur du standing de l'établissement.

D'après le témoin, le mobilier des terrasses extérieures était sale et entassé contre les troncs d'arbres et le sol couvert de feuilles mortes n'était pas balayé, alors que les terrasses des restaurants aux alentours étaient installées et utilisées. Selon le témoin, le vivier, visible de l'extérieur, était dans un état de saleté certain, le papier dans le porte-menu à l'extérieur était sale, le tapis de sol de l'entrée était tellement usé que l'on voyait le plastique dessous, plusieurs lampes électriques étaient grillées sous la marquise.

Dans l'office, le stockage des produits n'aurait pas été fait selon les règles de l'art. Sur une étagère il y aurait eu des amuses bouches non «*filmés* », des pots à lait, du beurre, le tout sans étiquetage.

Le lundi 1er octobre, il y aurait encore eu du poisson dans les chambres froides étiqueté à la date du jour de la dernière livraison du jeudi avant. Les vins y auraient été stockés dans leur emballage en carton.

Elle aurait senti une odeur nauséabonde qui serait remontée du local poubelles où il y aurait eu un nombre important de caisses en polystrène ayant contenu du poisson.

Le personnel de cuisine aurait porté des tenues sales, tachées, dès leur prise de poste. Les vestiaires du personnel auraient été très sales.

Le mardi, 2 octobre 2007, vers 7.00 heures du matin, des produits surgelés auraient été livrés et déposés devant l'établissement et l'équipe de cuisine ne serait arrivée qu'à 8.00 heures.

A l'arrivée du témoin le 1er octobre 2007, les bureaux de la direction auraient été dans un grand désordre et un état de saleté important. Il aurait même constaté la présence de gamelles pour le chien d'A.

A conteste ces affirmations au motif qu'elles sont purement gratuites, voire tout simplement malicieuses pour donner un semblant de bien-fondé au licenciement. Elles reposeraient exclusivement sur les déclarations des témoins J et L ainsi que sur quelques photos truquées, prises le lundi matin, avant l'arrivée du personnel. Pour le surplus, toutes ces affirmations auraient été contredites par les témoins appelés à déposer dans le cadre des contre-enquêtes.

En ce qui concerne le bien-fondé des griefs visant l'état des locaux, la Cour se rallie à l'analyse minutieuse des faits opérée par les premiers juges sur base des constatations du témoin J les 1er et 2 octobre 2007 et des déclarations des autres témoins appelés à témoigner lors des enquêtes et contre-enquêtes.

S'il est exact que les photos prises par J lors de sa visite sont pour la plupart de mauvaise qualité et que certains griefs formulés par la B au sujet de l'étiquetage du poisson, le remplacement du tapis à l'entrée du restaurant, le passage nécessaire du chien d'A par la cuisine ne se sont pas avérés fondés, il n'en demeure pas moins que sur les autres griefs les déclarations de J et de L n'ont pas été énervés par celles des autres témoins entendus lors des contre-enquêtes.

La Cour renvoie à cet égard aux développements exhaustifs des premiers juges qui par une saine appréciation de l'ensemble des déclarations sont arrivés à la conclusion que certains points témoignaient d'un manque de rigueur dans l'entretien du site.

A fait encore valoir que 4 semaines avant celui du 1er octobre 2007, un audit de surprise dans les locaux de la C avait donné un résultat brillant de 86 points sur 100. Ce score excellent n'aurait jamais par la suite été atteint sous la gestion de L, le nouveau gérant mis en place par le groupe H. Il y aurait encore lieu d'enjoindre à la B à verser les audits de contrôle effectués dans les 12 mois suivant le licenciement.

La B, de son côté, conteste le caractère probant de cet audit au motif qu'il aurait été annoncé et limité à la cuisine.

Il résulte de l'audit-qualité effectué le 29 août 2007 par W du groupe H que le pourcentage de conformité obtenu à cette date pour l'économat s'élevait à 69%, celui obtenu pour la cuisine à 88% et celui obtenu pour le total de l'unité à 86%. Il s'en dégage encore que le contrôle concernait pour l'essentiel le rangement et le stockage des matières premières, l'hygiène du personnel, les préparations froides et chaudes ainsi que le nettoyage de la cuisine. Au vu toutefois des contestations de la B et de l'absence d'éléments de preuve sur ce point, il n'est pas établi qu'il s'agissait d'un audit surprise de l'établissement.

Par ailleurs, et à admettre même qu'à la fin du mois d'août l'état de la cuisine ne prêtait guère à des critiques, cet élément ne suffit pas à démentir les constatations faites les 1er et 2 octobre 2007 sur l'état des locaux.

Il ressort encore de l'attestation testimoniale du témoin N qu'à travers ses fonctions de consultant, il avait été emmené à effectuer régulièrement des contrôles du respect de l'hygiène dans l'ensemble de l'établissement desquels il faisait un

rapport oral à A sur d'éventuels problèmes, manquements du personnel ou points à surveiller. Ces contrôles auraient montré que *« C »* était bien entretenue, qu'elle respectait les règles et consignes d'hygiène et s'il existait, comme dans tout restaurant, occasionnellement des points à améliorer, A aurait toujours veillé à faire le nécessaire. Le témoin a encore relaté que lors de sa dernière visite le jeudi 27 ou vendredi 28 septembre 2007, l'ensemble de l'établissement était parfaitement entretenu, tant en salle que dans les arrières et aurait respecté les normes fixées dans ce type d'établissement où une clientèle haut de gamme et exigeante aurait ses habitudes.

Or, cette appréciation quant au bon état général de l'établissement ne saurait pas non plus ébranler les constatations précises faites sur place par J au début de la semaine suivante dans le cadre de son audit.

Les audits de contrôle effectués dans les 12 mois suivant le licenciement d'A manquant de pertinence pour la solution du litige, il n'y a pas lieu d'enjoindre à l'intimée de les produire en cause.

- 5) <u>La gestion du personnel et les heures supplémentaires</u>

Concernant les plannings du personnel, la B reproche à A de n'avoir pas respecté la procédure du groupe qui consiste à établir et à afficher des plannings conformément à la législation en vigueur.

En mai 2007, J, accompagnée de X, aurait remis à A, à Q et au chef de cuisine de la C la trame informatique des plannings. Ils auraient expliqué comment les remplir et auraient mis en place le planning de l'ensemble du personnel pour le mois de mai 2007. Or, A n'en aurait plus mis en place et aurait continué à user son système Excel.

Un salarié, Y, aurait alerté l'actionnaire sur les horaires excessifs qui étaient pratiqués au sein de *« C »* et l'Inspection du Travail et des Mines aurait dû rappeler à A la réglementation applicable en matière de durée hebdomadaire de travail et de règlement des heures supplémentaires.

Aussi, dans son rapport sur les salaires du mois de septembre 2007, l'P aurait relevé une quinzaine d'anomalies constatées dans les fiches de salaires dudit mois.

Pour la salariée Z, il y aurait eu des courriers adressés par son avocat à A dont la direction du groupe avait ignoré l'existence et auxquels il n'y aurait pas eu de réponse.

Un certain nombre de primes auraient encore été versées, sans que celles-ci n'aient été validées par la direction du groupe H.

A, au contraire, soutient que l'affaire des salariés était un coup monté. Le préjudice principal allégué serait celui d'heures supplémentaires normales prestées dans chaque établissement de restauration, surtout si un groupe puissant refuse de mettre à disposition du personnel complémentaire.

Or, il résulterait des déclarations des témoins AA et BB, qu'après son licenciement, le groupe H, par l'intermédiaire de son nouveau gérant technique L, avait incité les salariés à faire des relevés d'heures supplémentaires, rien que pour amplifier les motifs fallacieux du licenciement. Cependant, après avoir obtenu ces relevés, les heures supplémentaires n'auraient pas été payées. Au contraire, le personnel aurait continué comme auparavant de faire des heures supplémentaires, sans qu'elles ne soient honorées.

Ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, il résulte du mail du 5 mars 2007 que J avait adressé à A et à la secrétaire de « *C* » le fichier comportant la trame de planning du personnel avec la recommandation de l'utiliser comme support pour établir le planning ainsi que leurs besoins éventuels en personnel. Il ressort encore des mails des 6 et 13 mars 2007 ainsi que du 29 mai 2007 que J donnait ses conseils pour l'élaboration du planning du personnel, l'insertion des jours de repos hebdomadaire et la saisie dans le livre des présences.

Lors de son audition, J a expliqué que la règle en vigueur au sein du groupe est d'afficher les horaires de travail du personnel 2 semaines à l'avance. Ces plannings, signés par les salariés, comporteraient l'heure d'arrivée et de départ ainsi que le temps de repas du personnel. Ils serviraient à s'assurer de la durée effective du travail du personnel et à veilleur à ce que la durée légale de travail soit respectée. Ils seraient signés tous les jours par chaque collaborateur, ce qui permettrait d'identifier si des heures supplémentaires ont été prestées à la demande de l'employeur. A la fin du mois, ces plannings avec le livre des présences serviraient de base à l'établissement des fiches de rémunération.

Le témoin a souligné l'importance pour le groupe H de disposer du livre des présences et des plannings de travail aux fins de pouvoir contrôler la rémunération du personnel, apprécier la nécessité de procéder à de nouveaux recrutements, respectivement apprécier l'opportunité du paiement d'éventuelles primes ou d'accorder des avancements au personnel.

Il se dégage encore de la déposition de J que lors de sa visite à Luxembourg le 1er octobre 2007, elle a constaté que les documents qui avaient été élaborés par les représentants du groupe et ceux de *« C »* n'avaient pas été utilisés et qu'une seule feuille était affichée portant sur une semaine de travail.

Cette déposition n'est pas énervée par celle des témoins CC, DD et BB qui ont déposé que le planning du personnel affiché par A et photographié par J était bien celui du groupe, ces témoins n'ayant, à part une description de l'aspect extérieur du document ou la manière de son affichage, fourni d'autres précisions quant aux exigences du groupe.

J a encore relaté qu'elle a constaté des versements de primes ou de commissions qui n'avaient pas fait l'objet d'un aval de la direction du groupe.

Elle aurait également découvert un courrier de l'Inspection du Travail et des Mines concernant une plainte au sujet du nombre d'heures supplémentaires prestées par un employé, respectivement de l'absence d'affichage des heures de travail et divers autres courriers d'avocats dont la direction n'avait pas été informée.

Il résulte, par ailleurs, des dépositions des témoins BB, DD et de CC ainsi que des attestations testimoniales de EE et de AA qu'après le départ d'A, le nouveau gérant technique L avait demandé au personnel de faire un relevé des heures supplémentaires prestées, mais qu'elles n'avaient pas été honorées par la suite, à l'exception des jours de repos hebdomadaire.

D'après ce dernier, il aurait été impossible de vérifier le fondement des revendications des salariés, en l'absence d'enregistrement des heures supplémentaires et des congés payés.

Il ressort enfin des déclarations de BB et de AA qu'ils n'avaient jamais demandé le paiement d'heures supplémentaires à A, étant donné qu'ils estimaient que le métier engendrait ces prestations.

Or, il se dégage de ces éléments, et sans qu'il n'y ait lieu d'examiner encore les fiches de paies de BB et de CC à partir d'octobre 2007 ou de comparer les déclarations faites en première instance par L à celles contenues dans son attestation testimoniale du 20 février 2010 au sujet de la réalité et du mode de paiement des heures supplémentaires sous sa propre gérance, voire d'apprécier à cet égard la crédibilité de ses déclarations, qu'A avait omis de prendre les mesures nécessaires pour assurer le contrôle des heures supplémentaires prestées par le personnel.

Il ressort encore du rapport de l'P concernant les salaires du mois de septembre 2007 qu'un certain nombre d'anomalies avaient été constatées lors de leur vérification.

Il en découle qu'A a omis de respecter les instructions de son employeur quant à la mise en œuvre du nouveau logiciel de gestion du personnel et la tenue du livre des

présences et qu'il a omis d'informer son employeur des difficultés rencontrées dans la gestion du personnel.

- 6) La gestion des caisses, remise de fonds et placements bancaires

La B reproche encore à A que lors de son contrôle le 1er octobre 2007, J a constaté des écarts dans les fonds de caisse sans qu'il ne soit possible d'en connaître les raisons. En outre, le coffre de l'établissement n'aurait pas été utilisé. Les saisies de caisse de septembre 2007 n'auraient pas correspondu aux différentes remises en banque. Les fonds de la quasi-totalité de la semaine seraient restés au sein de l'exploitation, ce même lors de la fermeture hebdomadaire de l'établissement. Enfin, S, directrice administrative et financière du groupe, n'aurait pas été tenue au courant des mouvements sur le compte de dépôt à terme.

A conteste les affirmations du témoin J au motif qu'elles sont contredites notamment par celles du témoin Q.

Or, c'est par une saine appréciation des déclarations tant de Q que de J que les juges de première instance ont retenu qu'à part l'existence du compte à terme et de la ligne de crédit pour laquelle la violation par A de ses obligations découlant du contrat de travail n'est pas assez caractérisée, LA B établit que celui-ci n'a pas respecté les ordres reçus en matière de gestion de la caisse.

- 7) La transcription de la licence volante

La B soutient à cet égard que, suite à sa nomination de gérant technique, l'avocat du groupe avait fait parvenir le 16 mai 2007 à A les informations utiles pour constituer le dossier d'autorisation de cabaretage indispensable à l'exploitation du restaurant. Après plusieurs relances, seul un dossier incomplet aurait pu être transmis au brasseur, propriétaire de la licence volante, avec une lettre les invitant à se mettre directement en relation avec A pour compléter le dossier. Le 18 septembre 2007, le dossier n'aurait toujours pas été complet et le restaurant aurait risqué de ce fait la fermeture par l'administration des douanes à défaut d'être couvert par une licence de cabaretage.

A résiste en faisant valoir que le mandataire de la B s'occupait de ce volet déjà depuis début juillet 2007.

Il critique le manquement lui reproché comme étant faussement allégué par l'employeur, étant donné que l'absence de la formalité litigieuse n'aurait jamais pu engendrer la fermeture du restaurant, mais tout au plus suspendre la vente au sein

de l'établissement du débit de boissons alcooliques. Or, aucun procès-verbal de contravention n'aurait jamais été dressé par l'agent des douanes.

Enfin, il y aurait lieu de comparer l'inertie de la B et de son mandataire en rapport avec celle reprochée à A, étant donné qu'en juillet 2007 déjà, le mandataire de la B avait demandé à A de participer à la constitution du dossier et qu'il ne s'en était plus occupé par après.

Or, deux mois après, le 29 septembre 2007, A aurait été inscrit dans les registres des Douanes comme gérant de *« C »*, de sorte qu'au moment de l'audit du 1er octobre, le problème était déjà résolu.

Le même empressement n'aurait cependant plus eu lieu après le licenciement et la révocation d'A en ce qui concerne l'inscription des nouveaux gérants.

Enfin, il y aurait lieu de constater qu'il appartenait en principe à I, gérant administratif de la société à s'occuper de ces volets administratifs, A étant gérant technique.

En ce qui concerne la relation des faits, la Cour se réfère à l'exposé précis fait par les juges de première instance.

Il s'en dégage que le dossier relatif à la licence de cabaretage n'a été finalisé qu'à la fin du mois de septembre 2007 qu'après que la B était intervenue auprès de l'avocat de la B ainsi qu'après un passage d'un représentant de la douane à l'établissement.

S'il est exact qu'aucun procès-verbal de contravention n'avait été dressé en l'espèce contre l'exploitant, il n'en demeure pas moins que depuis la démission du gérant précédent plusieurs mois s'étaient déjà écoulés, de sorte que l'impatience du propriétaire de la licence de cabaretage n'était certes pas sans raison et qu'il aurait appartenu de ce fait à A, principal intéressé, de s'en inquiéter à son tour et, d'y remédier, respectivement d'entreprendre les démarches nécessaires à cet effet et d'informer la direction à Paris des difficultés rencontrées pour ce faire.

En effet, et au plus tard, par la lettre reçue le 12 juillet 2007 de la part du mandataire de B, A était informé du détail des pièces manquantes au dossier, de nature essentiellement générales sur la société et la personne du gérant technique.

C'est dès lors à juste titre que les premiers juges sont arrivés à la conclusion que B a rapporté la preuve que le retard pris dans la délivrance de l'autorisation de cabaretage et le péril en découlant pour son employeur étaient imputables à A.

- L'établissement « *K* » à Luxembourg

Il est reproché à cet égard à A d'avoir dans le cadre des travaux à décider pour ce futur établissement validé des décisions pour lesquelles il n'avait pas reçu de mandat.

A conclut au caractère non fondé de ce reproche, aucun des témoins n'ayant pu se prononcer à ce sujet. Il soutient que pour la mise en état de cet immeuble, il avait reçu un mandat distinct, sans rapport aucun avec son contrat de travail, pour s'occuper *« in situ »* des travaux convenus dans le contrat de bail et en particulier dans le cahier des charges y annexé.

Sur ce point et, indépendamment de la question de l'ampleur du mandat reçu, il y a lieu de retenir, à l'instar des premier juges et par adoption de leurs motifs que le comportement d'A démontrait encore son absence de communication avec son employeur.

Appréciation des faits à la base du licenciement

En vertu de l'article L.124-10 (2) est considéré comme motif grave pour justifier une résiliation du contrat de travail sans préavis ou avant l'expiration du terme, tout fait ou faute qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail.

Dans l'appréciation des faits ou fautes procédant de la conduite professionnelle du salarié, les juges tiennent compte du degré d'instruction, des antécédents professionnels, de sa situation sociale et de tous les éléments pouvant influer sur la responsabilité du salarié et des conséquences du licenciement.

Il résulte des développements qui précèdent que B a rapporté la preuve de la majorité des griefs reprochés à A dans sa lettre de licenciement du 15 octobre 2007.

Il s'en dégage notamment qu'après huit mois de gestion de l'établissement suite à sa reprise par le groupe H, A, son principal responsable sur place, n'avait pas réussi à adapter celle-ci aux instructions de son employeur, notamment en ce qui concerne le respect des procédures internes du groupe relatives à l'arrêté de compte intérimaire, des rapports fin de mois, le planning du personnel, le paiement des factures et des paies. En outre, lors de l'audit-surprise des lundi et mardi 1er et 2 octobre 2007, il avait pu être constaté un certain manque de rigueur, voire un état peu soigné de cet établissement renommé pour la qualité de ses mets.

En effet, ainsi que l'ont souligné les premiers juges, A ayant eu, à partir du 14 février 2007 le statut de salarié de B, dont le seul actionnaire est le groupe H, il lui

incombait d'exécuter les ordres de celui-ci et de lui communiquer les informations requises.

Toutefois, ainsi que le fait plaider A, il s'en est également dégagé que la reprise de l'établissement par le groupe H qui est un groupe français, à structure complexe, imposant des formalités ainsi que des systèmes informatiques et de communication nouveaux, avait nécessairement engendré un surcroît de travail dans la gestion journalière de l'entreprise et des problèmes d'adaptation qu'il s'agissait de résoudre. En outre, comme l'a souligné le témoin Q, *« C »* avait un statut particulier au sein du Groupe H, puisqu'elle était le premier et seul établissement du groupe à l'étranger lequel continuait à réaliser sa comptabilité et ses salaires *« en interne »* et non pas centralisés au siège, les fournisseurs étaient majoritairement différents par rapport aux autres restaurants et enfin, la totalité des systèmes informatiques propres au groupe n'étaient pas encore installés en octobre 2007.

Or, il est constant en cause qu'à part quelques rappels sur des points particuliers, A n'a jamais reçu de son employeur, ou de son gérant administratif, aucun avertissement, voire une lettre d'instruction claire et univoque pour lui permettre d'améliorer soit l'organisation, soit l'état de *« C ».*

Par ailleurs, la B n'a fait valoir aucun préjudice d'ordre financier tel une baisse du chiffre d'affaires de l'établissement ayant résulté pour elle d'une gestion commerciale qui ne répondait pas à ses directives d'organisation et de communication.

Au contraire, il résulte des nombreuses attestations testimoniales versées par A que « *C* » continuait à fonctionner à la grande satisfaction d'une clientèle fidèle qui faisait l'éloge de son responsable A.

Il s'ensuit que B ne rapporte pas la preuve que les griefs reprochés à A étaient de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail et à justifier un licenciement pour faute grave.

La B conclut en ordre subsidiaire de retenir que les faits établis dans le chef d'A justifient un licenciement avec préavis.

Or, conformément aux conclusions d'A, le congédiement est un acte unilatéral et irrévocable, qui une fois notifié échappe à la volonté de son auteur qui ne peut plus y revenir.

En l'espèce, B a notifié à A un licenciement avec effet immédiat qui s'avère abusif, celui-ci ne saurait dès lors être requalifié en licenciement avec préavis.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de réformer la décision entreprise et de retenir qu'en l'espèce le licenciement avec effet immédiat du 15 octobre 2007 d'A était abusif.

Les montants indemnitaires et les indemnités de chômage

A réclame à titre d'indemnité de préavis la somme de (6 mois à 8.670.-euros=) 52.020.-euros et à titre d'indemnité de départ la somme de (2 mois à 8.670.-euros=) 17.350.-euros.

En vertu des articles L.124-6 et L.124-7 du code du travail, la partie qui résilie le contrat à durée indéterminée sans y être autorisée par l'article L.124-10 est tenue de payer à l'autre partie une indemnité compensatoire de préavis égale au salaire correspondant à la durée du préavis ainsi qu'une indemnité de départ.

L'ancienneté de service et le montant réclamé à titre de revenu mensuel brut n'ayant pas fait l'objet de critiques, cette demande est fondée en principe, sous réserve du bien-fondé de celle de l'ETAT.

A réclame encore à titre de dommage matériel la somme de 160.338,02.-euros.

Il fait valoir que jusqu'en octobre 2008, date où il a repris un nouvel emploi, il a touché une indemnité de chômage et que le préjudice matériel subi pendant cette période résulte de la différence entre son salaire préalable et l'indemnité de chômage. Depuis le 27 octobre 2008, le dommage matériel subi résulterait de la différence entre, d'une part, son salaire préalable et, d'autre part, l'addition du nouveau salaire brut et de l'aide au réemploi.

La B s'y oppose au motif qu'A n'aurait fait aucun effort pour trouver un nouvel emploi. Il ne verserait pas non plus de pièce à l'appui de son prétendu dommage matériel.

Il appartient à A d'établir qu'il a subi un dommage par suite du congédiement abusif. L'indemnisation du dommage matériel d'un salarié doit être aussi complète que possible. Néanmoins, le salarié licencié doit prouver qu'il a entrepris les démarches nécessaires pour retrouver un nouvel emploi, afin de pouvoir invoquer la relation causale entre l'éventuel préjudice matériel et le licenciement dont il a fait l'objet.

En effet, en cas de licenciement abusif seul le dommage qui se trouve en relation causale directe avec le licenciement est indemnisable, les pertes subies n'étant à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une époque qui aurait dû raisonnablement suffire pour permettre au salarié de trouver un nouvel

emploi, ce dernier étant obligé de faire tous les efforts nécessaires pour trouver un emploi de remplacement (cf. Cour 17 juin 1993, no 14001 du rôle).

En l'espèce, A verse son nouveau contrat de travail ainsi que les fiches de salaire et d'aide au réemploi à partir du 27 octobre 2008.

Il ne verse pas de pièces documentant les efforts et démarches actives qu'il a entrepris sur le marché du travail pour retrouver un nouvel emploi. Or, eu égard à ses qualifications professionnelles et à son expérience, il aurait pu rapidement retrouver un nouvel emploi dans le secteur de la gastronomie, voire dans une autre branche d'activité.

Il n'est dès lors pas établi que la perte de revenus alléguée par A, à la supposer établie, soit en relation causale avec son licenciement.

La demande en indemnisation du préjudice matériel n'est partant pas fondée.

A réclame également à titre de préjudice moral la somme de 25.000.-euros.

Eu égard toutefois aux circonstances de l'affaire et notamment le fait qu'A a contribué par son propre comportement à la rupture du contrat de travail, cette demande n'est pas non plus fondée.

A n'ayant pas repris en instance d'appel sa demande en paiement d'heures supplémentaires et de congés non pris, la juridiction d'appel n'en est pas saisie pour en statuer sur son bien-fondé.

L'ETAT, pris en sa qualité de gestionnaire du FONDS POUR L'EMPLOI requiert, à titre principal, en cas de confirmation du jugement de première instance quant à la justification du licenciement, la condamnation d'A et, en ordre subsidiaire, en cas de réformation sur ce point, la condamnation de B à lui payer la somme de 36.703.-euros, avancée au titre d'indemnités de chômage à partir de décembre 2007 jusqu'à octobre 2008.

Cette demande est basée sur l'article L.521-4 du code du travail.

Compte tenu du caractère abusif du licenciement, cette demande est fondée à l'égard de l'employeur pour le montant réclamé et il y a lieu de réformer en ce sens le jugement entrepris.

De son côté, B conclut à entendre porter en déduction cette somme des indemnités à allouer à A.

Conformément à l'article L.521-4.(5) du code du travail, le montant des indemnités de chômage que l'employeur est condamné à rembourser au FONDS POUR L'EMPLOI est porté en déduction des salaires, traitements ou indemnités que l'employeur est condamné à verser au salarié en application du jugement ou de l'arrêt, de sorte que l'indemnité de préavis que l'employeur est tenu de verser à A s'élèvera à 52.020 – 36.703= 15.317.-euros.

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

<u>Les indemnités de procédure</u>

B conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000.-euros.

Cette demande n'est toutefois pas fondée à défaut par elle de justifier l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

A conclut également à l'allocation d'une indemnité de procédure de 15.000.-euros A l'appui de cette demande, il fait valoir que le licenciement était *« parfaitement abusif et organisé d'une façon perfide »*. Au lieu de se séparer à l'amiable d'un employé excellent, brillant, compétent et assidu qui ne lui plaisait plus et qu'on avait seulement gardé pour assurer une passation des pouvoirs plus facile, on « *l'aurait liquidé d'une façon abjecte, brutale et injurieuse* ». Par la suite, l'employeur aurait refusé toute négociation d'un « *sort fairplay* ». Pour le surplus, l'employeur aurait construit de toutes pièces un dossier délibérément complexe avec de multiples accusations gratuites, le forçant par la-même, à une action en justice dispendieuse, requérant d'amples devoirs pour une défense appropriée de ses intérêts.

Il est exact qu'A a dû recourir aux services d'un avocat pour s'entendre faire droit, du moins en partie, à ses prétentions. Il n'en demeure pas moins que l'ampleur de sa défense et des devoirs à accomplir relevaient de son libre choix.

Eu égard à la complexité de l'affaire et des soins requis, il y a dès lors lieu d'allouer à A une indemnité de procédure de 1.500.-euros.

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,

Reçoit l'appel ;

Le dit partiellement fondé ;

Par réformation :

Dit le licenciement avec effet immédiat du 15 octobre 2007 abusif ;

Dit la demande d'A du chef d'indemnité compensatoire de préavis fondée pour le montant de (52.020 – 36.703=) 15.317.-euros ;

Dit la demande d'A du chef d'indemnité de départ fondée pour le montant de 17.350.-euros;

Partant, condamne la société à responsabilité B s.à r.l. à payer à A les montants de 15.317.-euros et de 17.350.-euros, soit la somme totale de 32.667.-euros avec les intérêts légaux à partir du 14 décembre 2007, jour de la demande en justice, jusqu'à solde ;

Dit la demande d'A du chef de préjudice matériel et moral non fondée et en déboute;

Dit fondée la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, dirigée contre la s.à r.l. B ;

Partant, condamne la société à responsabilité limitée B s.à r.l. à payer à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG la somme de 36.703.-euros brut avec les intérêts légaux à partir du 10 mars 2009, jour de la demande en justice, jusqu'à solde ;

Dit non fondée la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, dirigée contre A ;

Partant décharge A des condamnations intervenues à son encontre de ce chef en première instance ;

Confirme pour le surplus les jugements entrepris;

Dit non fondée la demande de la société à responsabilité limitée B s.àr.l. sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

Dit fondée la demande d'A sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

Partant, condamne la société à responsabilité limitée B s.à r.l. à payer à A une indemnité de procédure de 1.500.-euros.

Fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose à la société à responsabilité limitée B s.à r.l. avec distraction des dépens de l'instance d'appel au profit de Maître Georges PIERRET qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.