Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-sept mars deux mille onze.

Numéro 35948 du rôle

Présents:

Charles NEU, premier conseiller,
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 Carlos CALVO de Luxembourg du 6 avril 2010,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Vic KRECKE, 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 ou ses gérants actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit CALVO,

appelant par incident,

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, 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 CALVO,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 11 novembre 2010.

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

Par requête déposée le 12 mars 2009, A a fait convoquer son ancien employeur, la société B s.à r.l. devant le tribunal du travail de Luxembourg pour entendre déclarer abusif le licenciement du 17 décembre 2008 et s'entendre indemniser pour les montants de 3.787,54.-euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis, 4.000.-euros à titre de dommage moral, 3.015,37.-euros à titre de dommage matériel et 372,74.-euros à titre d'indemnité compensatoire de congé non pris.

A l'audience des plaidoiries du 29 juillet 2009, l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, conclut à la condamnation de B à lui rembourser la somme de 6.106,61.-euros avancées à A à titre d'indemnités de chômage pendant la période de décembre 2008 à avril 2009 inclus.

Par jugement contradictoire du 29 novembre 2009, le tribunal de travail a condamné B à payer à A la somme de 372,74.-euros du chef d'indemnité compensatoire de congé non pris. En ce qui concerne le licenciement du 17 décembre 2008, il a retenu que la lettre de congédiement, bien que succincte, était suffisamment précise au regard du reproche y formulé, à savoir l'abandon du poste de travail par A. Il a, pour le surplus, admis B à son offre de preuve par témoins tendant à établir la réalité du fait reproché à A.

Par jugement du 12 mars 2010, le tribunal de travail, après avoir écarté des débats le témoignage d'C, associé et cogérant de B, a constaté au vu du témoignage de D

que le licenciement de A était justifié. Il a par conséquent rejeté sa demande en indemnisation et a dit fondée celle de l'ETAT dirigée à son encontre en remboursement de la somme de 6.106,61.-euros.

Pour statuer ainsi, il a retenu que le comportement de A, à savoir un abandon, malgré la présence de clients dans le restaurant, était incompatible avec le bon fonctionnement du restaurant exploité par B et qu'il ne s'agissait pas d'un incident isolé.

Par exploit d'huissier du 6 avril 2010, A a régulièrement interjeté appel des deux jugements.

Il conclut, par réformation, à entendre dire fondée sa demande en indemnisation du chef de licenciement abusif. Il demande également une indemnité de procédure de 2.000.-euros.

B interjette appel incident du jugement du 12 mars 2010 en ce que les premiers juges ont écarté des débats le témoignage d'C. Elle conclut, pour le surplus, à la confirmation des deux jugements et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000.-euros.

L'ETAT conclut, principalement, à la confirmation du jugement entrepris et, subsidiairement, à s'entendre rembourser par B les indemnités de chômage avancées à A.

Par contrat de travail à durée indéterminée ayant pris effet au 1er septembre 2004, A a été engagé aux services de B, en tant que commis de cuisine.

Il a pris deux congés parentaux successifs à plein temps du 1er novembre 2007 au 3 avril 2008 et du 7 juin 2008 au 3 décembre 2008.

Après la reprise de son travail, il a reçu le 8 décembre 2008 un premier avertissement au motif qu'il était arrivé 5 minutes trop tard. Le lendemain, il a reçu un deuxième avertissement pour avoir refusé de faire une salade et être arrivé 5 minutes en retard.

Le 17 décembre 2008, il a reçu un *« troisième avertissement et lettre de licenciement »* avec effet immédiat pour être parti à 22.35 heures, bien qu'C lui eût demandé de faire la permanence de fermeture du restaurant.

La précision des motifs à la base du licenciement et l'offre de preuve par témoins

A conteste d'abord la précision des motifs gisant à la base de son licenciement avec effet immédiat. Dans la lettre de licenciement, l'employeur n'aurait pas précisé l'heure à laquelle il avait souhaité que son salarié quitte son poste, voire les conséquences qu'avait eues le prétendu abandon de poste sur le fonctionnement du restaurant. De ce fait, le tribunal n'aurait pas été en mesure de contrôler la réalité des motifs invoqués dans la lettre de licenciement et d'apprécier la gravité de la faute commise.

Ce serait encore à tort que le tribunal aurait admis l'offre de preuve par témoins présentée par l'employeur qui ne pourrait pas pallier le manque de précision de la lettre de licenciement en rapport avec l'heure à laquelle A aurait dû quitter son poste et les conséquences qu'auraient eu son départ anticipé sur le fonctionnement du restaurant.

B, au contraire, conclut à la confirmation du jugement en ce qui concerne la précision des faits invoqués à base du licenciement et fait valoir que l'employeur peut en cours d'instance apporter des précisions supplémentaires.

La présence au travail constituerait pour tout salarié une obligation de résultat. Or, A aurait quitté son poste de travail, avant la fin de son service, sans l'autorisation de son employeur. Il aurait, en outre, en pleine connaissance de cause violé une instruction préalable.

Aux termes de l'article L.124-10.(3) du code du travail, la lettre de licenciement avec effet immédiat doit énoncer avec précision le ou les faits reprochés au salarié et les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave.

En l'espèce, la lettre de congédiement du 17 décembre 2008 intitulée *« 3eme avertissement et lettre de licenciement »* est de la teneur suivante :

« A,

Alors que je t'avais demandé de respecter l'horaire de travail, arrivée et sortie, dans tous les cas, et que je suis le seul à qui tu en référais, hier soir, tu es parti à 22h35 alors que je t'avais demandé de faire la permanence de fermeture, et ceci prouve ton manque de respect des règles (...).

C ».

Ainsi que l'ont retenu à juste titre les premiers juges, cette lettre de licenciement bien que succincte est suffisamment précise au regard de la nature du reproche y formulé.

Elle met en évidence le rappel à A du respect de l'horaire de travail ainsi que l'abandon par ce dernier à 22.35 heures de son poste de travail, nonobstant l'instruction expresse de son employeur d'assurer ce soir-là la permanence de la fermeture du restaurant.

En ce qui concerne, par ailleurs, les circonstances dans lesquelles le fait reproché s'est produit, s'il est exact que leur indication est importante en ce qu'elle permet d'apprécier le caractère de gravité de la faute alléguée, il n'en demeure pas moins que l'article L.124-11.(3) du code du travail permet à l'employeur d'apporter en cours d'instance des précisions complémentaires par rapport aux motifs énoncés.

C'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont accueilli l'offre de preuve par témoins telle que formulée et précisée par B, les faits offerts en preuve se rapportant tous au manquement indiqué dans la lettre de licenciement.

L'admissiblité du témoignage d'C

B fait grief aux premiers juges d'avoir à tort écarté le témoignage d'C au motif qu'au moment de l'enquête du 18 janvier 2010, il était gérant de la défenderesse constituée sous forme d'une société à responsabilité.

Elle fait valoir qu'une identité de personne entre B et C n'existerait pas du seul fait des fonctions exercées par ce dernier au sein de la société. La simple allégation d'un intérêt dans le chef du témoin serait par ailleurs insuffisante pour écarter son témoignage.

A conclut à la confirmation du jugement sur ce point.

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 vrai que la notion de partie en cause doit être interpêtée restrictivement comme ne visant en principe que les personnes directement engagées dans l'instance judiciaire et qu'une société commerciale a une personnalité distincte à la fois de celle de la personne physique habilitée à la représenter et de son gérant.

En l'espèce, il résulte des pièces versées en cause qu'Cdétenait 49 des 100 parts sociales, qu'il était l'un des gérants de la société et qu'il a signé les avertissements ainsi que la lettre de licenciement de A.

Dans ces circonstances, C doit être assimilé à la partie B elle-même qu'il représente et son témoignage ne saurait être accueilli en vertu du principe que nul ne saurait être entendu dans sa propre cause.

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

La preuve du fait à la base du licenciement et l'appréciation de la gravité de la faute

Au soutien de son appel, A fait valoir que le témoin D n'a jamais confirmé les faits lui reprochés dans la lettre de licenciement et il n'aurait jamais dit qu'il y avait encore des clients ce soir-là au restaurant. Le témoin, par contre, aurait affirmé que 90% du temps, les salariés pouvaient partir après avoir demandé l'autorisation au patron à 10.30 heures, puisque la demi-heure, suivant un arrangement, voire un usage entre salariés et employeur, s'écoulant de 22.30 heures à 23.00 heures, serait une compensation des jours fériés travaillés par les salariés.

B, au contraire, conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce que les premiers juge ont déclaré le licenciement justifié.

Le témoin D a confirmé lors de son audition avoir vu A partir du restaurant à 22.30 heures. Il a relaté qu'en principe, le cuisinier reste jusqu'à 23.00 heures, qu'on peut exceptionnellement partir à 10.30 heures, après avoir reçu l'autorisation et qu'à 90 % du temps, on pourrait partir après avoir demandé au patron quand il n'y a plus de clients au restaurant. La demi-heure serait la compensation des jours fériés qu'on travaille.

Le témoin a encore précisé que ce jour A lui avait demandé le paiement des jours fériés travaillés au lieu de recevoir en compensation une demi-heure le soir et qu'il avait transmis ce message au patron.

Il se dégage de cette déposition que le jour en question A n'a pas attendu la fin de son service, à 23.00 heures, mais est simplement parti à 22.30 heures, après avoir demandé d'être rémunéré pour les jours fériés en lieu et place du congé compensatoire accordé par l'employeur et sans avoir justifié d'une autorisation préalable de son employeur, ni d'une excuse valable.

La question de savoir si au moment de son départ il y avait encore des clients au restaurant et s'il lui appartenait en tant que commis de cuisine de préparer le dessert des clients devient dès lors sans relevance.

Ce départ anticipé non autorisé et non autrement explicité par A constitue une faute dans son chef.

A fait encore valoir que l'incident survenu n'était pas de nature à constituer le motif grave rendant immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail.

Il soutient qu'en admettant même qu'il aurait dû en principe solliciter l'autorisation de son employeur avant de partir à 22.30 heures, il resterait le fait que celui-ci aurait régulièrement permis à ses employés de ce faire pour compenser les jours fériés travaillés. En outre, dans ses conclusions du 29 juin 2010, B aurait elle-même affirmé que les conséquences de cet abandon de poste sur le fonctionnement du restaurant n'étaient pas un élément déterminant pour apprécier la gravité de la faute.

Le litige en question au contraire mériterait le qualificatif de *« chronique d'un licenciement annoncé ».* Après sa longue absence de 6 mois pour congé parental, lors de la reprise, l'employeur lui aurait clairement fait comprendre qu'il lui reprochait cette absence. Dès son retour le 6 décembre 2008, il aurait ainsi fait l'objet de deux avertissements pour des retards de 5 minutes sur l'horaire de travail et pour un refus d'ordre. Or, après quatre ans d'ancienneté, les motifs allégué manqueraient de sérieux.

B, de son côté fait valoir que l'on ne saurait reprocher à un employeur de rappeler à un salarié, après une longue absence suite à deux congés parentaux, la règle élémentaire de respecter les horaires de travail et de se conformer aux instructions reçues.

En vertu de l'article L.124-10.(2) du code du travail est considéré comme motif grave pour justifier une résiliation du contrat de travail sans préavis 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 des griefs reprochés à A dans sa lettre de licenciement. En agissant comme il l'a fait et ce nonobstant deux avertissements préalables pour non respect de l'horaire normal de

travail, A a manifesté un comportement récalcitrant de nature à compromettre la confiance de l'employeur quant au caractère fiable de son salarié après une longue absence et de ce fait a rendu définitivement impossible le maintien des relations de travail.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

Eu égard au caractère régulier du licenciement intervenu le 17 décembre 2008 à l'égard de A, ses demandes en dommages et intérêts ainsi qu'en obtention d'une indemnité compensatoire de préavis ne sont pas non plus fondés.

C'est également à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont fait droit à la demande de l'ETAT en tant que dirigée contre A en remboursement de la somme de 6.106,61.-euros, du chef des indemnités de chômage perçues.

Il suit des développements qui précèdent que l'appel principal de A et l'appel incident de B ne sont pas fondés.

Il y a partant lieu de confirmer les jugements entrepris.

A succombant dans son appel, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 2.000.-euros n'est pas fondée.

B ne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 2.000.-euros n'est pas non plus fondée.

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 les appels principal et incident,

Les dit non fondés,

Partant, **confirme** les jugements entrepris,

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

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