Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-six février deux mille quinze.

Numéro 40315 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER de Luxembourg du 14 août 2013,

comparant par Maître Benoît ARNAUNE-GUILLOT, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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 MULLER,

comparant par Maître François TURK, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 11 novembre 2014.

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

A ayant été, en tant qu'opérateur de production, aux services de la société à responsabilité limitée B depuis le 7 novembre 1994 a été licencié avec effet immédiat le 30 août 2010.

Dans la lettre de licenciement, la société B exposa que le 12 août 2010, elle a appris que A exerce depuis juillet 2009, parallèlement à son travail chez B une activité complémentaire rémunérée, en l'occurrence un débit de boissons avec snack et petite restauration à (…), par le biais d'une société à responsabilité limitée C dont il est le gérant technique et qu'il a constitué le 2 juillet 2009 ensemble D, un ancien salarié de B ; qu'au lieu de mettre son énergie à la disposition de son employeur, il exploite ce commerce sans l'accord préalable de B et sans même l'avoir informée.

Selon la société employeuse, ce comportement est d'autant plus intolérable que A a incité D à se joindre à lui, de même qu'il a convaincu un autre salarié de B, E, d'exercer une activité parallèle à leur travail pour pouvoir arrondir leurs fins de mois et qu'il s'en est même vanté auprès de son chef d'équipe, F et auprès du contre-maître, G.

Elle soutient que lors de l'éclaircissement de cette affaire, elle a encore appris que A a exercé cette activité pendant ses nombreuses et longues périodes d'incapacité qui ont eu lieu à partir d'octobre 2009.

Selon la société B, la régularité et la durée de ces incapacités de travail sont absolument inacceptables et le fait que A a, pendant ces prétendues périodes d'incapacité de travail, touché des indemnités de maladie et exercé en parallèle une activité rémunérée pour le compte de sa propre société constitue *« incontestablement »* une faute grave justifiant son licenciement avec effet immédiat.

Ce comportement frauduleux nuirait encore à B, étant donné qu'en raison des périodes d'incapacités de travail importantes de A, les cotisations qu'elle doit payer au Centre commun de la sécurité sociale augmentent.

A aurait encore adopté le même comportement frauduleux à l'époque où elle a demandé et obtenu le chômage partiel pour ses salariés.

La société B ajoute que lors de l'entretien préalable du 23 août 2010 A n'a contesté aucun de ces reproches et qu'il a même déclaré que son activité parallèle ne s'est pas limitée à la seule société C.

La société B en conclut comme suit :

« Par conséquent, nous mettons fin, avec effet immédiat, à notre relation de travail, alors que vous nous avez caché votre activité complémentaire, que vous nous avez menti sur la réalité de vos diverses incapacités de travail, alors même que vous exerciez cette activité complémentaire, que vous n'avez pas respecté les procédures en vigueur dans votre section et que vous avez incité vos collègues de travail à adopter le même comportement frauduleux. »

Par requête du 21 septembre 2011, A a fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer, du chef de son licenciement qu'il qualifia d'abusif, les montants indemnitaires plus amplement qualifiés dans la susdite requête.

Il contesta tant la précision que le caractère réel et sérieux des motifs de son licenciement.

Par jugement du 23 novembre 2012, le tribunal du travail a retenu que la lettre de licenciement était suffisamment précise. Il a relevé que si le fait d'avoir une deuxième activité professionnelle, au demeurant non concurrente à celle de son employeur, ne constitue pas en soi une cause de licenciement avec effet immédiat, il en va différemment si, sous le couvert d'une prétendue incapacité de travail déclarée auprès de son employeur moyennant certificats médicaux répétés et bien qu'il soit toujours sous contrat de travail auprès de cet employeur, le salarié a durant cette maladie été en activité et ce notamment dans une société qu'il a personnellement constituée. Il a enfin relevé que l'autre motif tenant au fait d'avoir incité et convaincu divers collègues de travail à venir travailler dans ce commerce pour arrondir leurs fins de mois, dans la mesure où il n'est pas allégué que ces salariés ont exercé cette activité parallèle pendant leurs heures de travail, ne constitue pas une cause de licenciement avec effet immédiat.

Face aux contestations de A quant à la réalité des motifs lui reprochés, le tribunal a, avant tout autre progrès en cause, admis la société B à son offre de preuve par témoins tendant à établir sa version des faits.

Par jugement du 28 juin 2013, le tribunal a, après avoir examiné l'ensemble des témoignages recueillis retenu que les reproches avancés par la société B à l'égard de A, en l'occurrence de s'être adonné à une activité parallèle durant son incapacité de travail pour maladie, étaient établis à suffisance.

Le tribunal a partant déclaré le licenciement avec effet immédiat du 30 août 2010 régulier et a débouté A de l'ensemble de ses demandes.

Par exploit d'huissier du 14 août 2013, A a interjeté appel des deux jugements. L'appelant conclut, par réformation des jugements entrepris, à entendre déclarer le licenciement irrégulier et abusif et partant à entendre condamner la société B à lui payer la somme totale de 59.881,81 euros + pm, sinon la somme de 52.894,59 + pm, sinon toute autre somme à dire d'experts ou à adjuger ex æquo et bono, avec les intérêts légaux, la majoration des intérêts légaux ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.000 euros.

La société B soulève l'irrecevabilité de l'appel pour être tardif. Elle conclut en ordre subsidiaire à la confirmation des jugements entrepris. Elle demande également une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Il résulte du certificat de notification que le jugement du 28 juin 2013 a été notifié le 5 juillet 2013 à A, de sorte que le délai d'appel de 40 jours a commencé à courir le 5 juillet 2013 à minuit et a expiré le 14 août 2013 à minuit.

L'appel relevé le 14 août 2013, soit le dernier jour utile, est partant recevable.

L'appel du jugement du 23 novembre 2012 est également recevable, étant donné qu'il s'agit d'un jugement avant-dire droit qui n'était appelable qu'ensemble le jugement du 28 juin 2013 concernant le fond du litige.

- **<u>Quant à l'incapacité de travail de A :</u>**

A l'appui de son appel, A fait valoir qu'il n'a jamais été réprimandé et n'a fait l'objet d'aucun contrôle médical à l'initiative de son employeur pour vérifier la réalité et le sérieux de son incapacité de travail. En outre, il aurait toujours informé son employeur de son incapacité de travail et lui aurait adressé dans le délai imparti les certificats médicaux. Il n'aurait eu aucune obligation légale à donner encore d'autres informations quant à sa maladie et ce serait en vain que l'employeur tenterait actuellement de justifier cette obligation par une supposée *« désorganisation »* de l'entreprise.

La société B, de son côté, fait valoir que A était absent pour prétendue cause de maladie presque sans interruption du 1er octobre au 15 août 2010. Pendant ces 10 mois ½ d'absence, il n'aurait pas jugé utile de prendre un quelconque contact avec son employeur, son chef d'équipe, le bureau du personnel ou encore son supérieur hiérarchique, que les certificats de travail ont tous été établis par un omnipraticien et que pour la première fois en instance d'appel, l'appelant verserait un courrier

d'un radiologue qui semblerait relever qu'il a été victime d'une fracture du 5e métacarpien de la main gauche. En outre, d'après les informations parvenues au témoin F, l'appelant souffrait de problèmes de gorge et d'oreille. Or, aucune des personnes qui ont fréquenté A durant cette période n'aurait remarqué un quelconque souci de santé de quelque nature que ce soit. Il ne serait de ce fait pas surprenant qu'après un contrôle réalisé par la CNS le 5 juillet 2010, le médecin du contrôle médical de la sécurité sociale ait déclaré l'appelant apte à reprendre le travail dès le 12 juillet 2010. Or, le 12 juillet 2010, après s'être présenté à son lieu de travail, A aurait toute de suite pris congé le reste de la journée ainsi que le lendemain le 13 juillet 2013, et dès le 14 juillet 2010, il se serait à nouveau remis en maladie pendant un mois supplémentaire. Les certificats versés constitueraient clairement des certificats de complaisance.

Il résulte des renseignements fournis ensemble les pièces versées en cause que depuis le 5 octobre 2009 jusqu'au 15 août 2010, A se trouvait de façon quasi continue en état d'incapacité de travail. Les 28 certificats d'incapacités de travail émanent tous du même médecin omnipraticien I, exception faite de deux certificats médicaux des 1er et 8 mars 2010 qui ont été établis par le docteur H, médecin spécialiste en chirurgie. A l'exception du premier certificat du docteur H du 1er mars 2010, aucun des autres certificats médicaux indique que la sortie est médicalement contre-indiquée.

Il est exact ainsi que le soutient A qu'il n'était pas légalement tenu de fournir d'autres informations à son employeur et qu'il n'avait pas fait l'objet d'un contrôle médical à l'initiative de celui-ci.

Cette constatation n'est cependant pas de nature à exclure que pendant la durée de ses incapacités de travail, A ait pu se soumettre à une activité parallèle, ce d'autant plus qu'il était autorisé à sortir de son domicile.

S'il résulte encore d'un avis adressé le 3 mai 2010 par le médecin-spécialiste en radiodiagnostic J au docteur H que A avait subi une fracture de la base du 5e métacarpien de la main gauche, force est de constater que cette fracture ne fut diagnostiquée qu'en mai 2010, soit plusieurs mois après le début des périodes d'incapacités de travail successives.

Les témoins entendus en première instance n'ont pas pu fournir de plus amples indications sur l'état de santé de A. Seul le chef d'équipe F a déclaré *« d'après mes souvenirs (certificats médicaux), le requérant souffrait de problèmes de gorge et d'oreille ».*

Il suit des considérations qui précèdent que les problèmes de santé invoqués par l'appelant ne sont pas non plus de nature à exclure qu'il ait pu s'adonner à une activité rémunérée durant ses périodes d'incapacités de travail.

- **<u>Quant à l'exercice d'une activité rémunérée de A pendant ses périodes d'incapacités de travail :</u>**

A, sans contester qu'il se soit rendu dans les locaux de la société C qu'il a créée, conteste toutefois qu'il s'y soit rendu pour y exercer une quelconque activité. Il reproche aux premiers juges de ne pas avoir, au vu des circonstances particulières de l'espèce, recherché s'il avait réellement travaillé et exercé une seconde activité durant sa période de maladie avérée. Or, aucun des témoins entendus lors de l'enquête principale n'aurait pu établir ce fait, hormis le témoin D dont le témoignage serait truffé de contradictions et démenti par les pièces du dossier et par les déclarations des autres témoins directs ayant effectivement travaillé au sein de la société C, notamment K son épouse, et L, mais aussi par celles d'M. Il y aurait encore lieu de s'interroger sur l'impartialité du témoignage de N qui en tant que chef du personnel et comme signataire de la lettre de licenciement, représenterait l'employeur. Il y aurait dès lors lieu soit de considérer le témoin comme partie au litige et d'écarter son témoignage, soit de considérer le licenciement comme non valable pour émaner d'une personne non habilitée pour ce faire.

En ordre subsidiaire, il y aurait lieu de procéder à une nouvelle audition des témoins entendus dans le cadre des enquêtes en première instance, afin que leurs dépositions respectives soient clarifiées et complétées.

La société B de son côté soutient que ses premières suspicions ne sont apparues qu'avec la réception de la décision de la CNS du 7 juillet 2010 par laquelle il fut porté à sa connaissance que le médecin-conseil du contrôle médical de la sécurité sociale avait déclaré A apte à reprendre le travail dès le 12 juillet 2010.

Selon l'intimée, ses soupçons se sont renforcés lorsque D - qui fut licencié le 9 février 2010 avec effet au 14 août 2010, en raison de ses innombrables retards et absences entre juillet 2009 et février 2010 -, la veille de son départ, soit le 12 août 2010, au cours d'une entrevue avec les responsables du bureau du personnel, aurait avoué qu'il travaillait tard le soir dans un café qu'il exploitait depuis l'été 2009, ensemble A. D aurait éprouvé sa situation comme étant particulièrement injuste, alors qu'il accomplissait au mieux son travail pour B et qu'il était malgré tout licencié et que A qui se moquerait de son employeur et de la CNS continuerait à faire partie du personnel de B et à toucher des indemnités pécuniaires de maladie.

L'intimée relate que suite à cette entrevue, elle a convoqué l'appelant à un entretien préalable au licenciement pour l'écouter en ses dires et explications. Au cours de cet entretien, A aurait avoué qu'il a travaillé dans son entreprise personnelle tout au long de son incapacité de travail en y accomplissant notamment, mais non exclusivement, le travail comptable. Il se serait vanté d'être *« intouchable »* vu

qu'il connaissait personnellement les membres de la famille O, soit les actionnaires principaux de B. Il aurait en outre proféré des menaces à l'encontre de N, chef du personnel ayant assisté à l'entretien préalable en lui rappelant qu'elle a un mari et un fils et qu'elle ne voulait certainement pas qu'il leur arrive quelque chose.

Il résulte du témoignage de N, chef du personnel auprès de la société B que :

« Le requérant est revenu travailler en été 2010 selon mes souvenirs, car il n'était plus pris en charge par la caisse. Au même moment, un autre salarié, Monsieur D, nous a signalé qu'il travaillait avec le requérant dans un snack dont le requérant était actionnaire principal, parallèlement à son travail chez B en soirée et durant la journée. Par ailleurs, M. G avait été informé par des collègues du requérant que ce dernier se vantait de gagner sa vie ailleurs.
Lors de l'entretien préalable, le requérant a confirmé qu'il travaillait dans le snack, mais uniquement pour faire la comptabilité et ce même en période de maladie.
Il s'est également vanté d'être intouchable, car protégé par des actionnaires principaux de la société (famille O). »

N, chef du personnel, qui a signé la lettre de licenciement et qui ne représente pas la société B en justice, n'est pas à considérer comme partie en cause.

Dans la mesure où elle a agi dans la lettre de licenciement comme mandataire de son employeur, la lettre de licenciement est à considérer comme étant émanée de l'employeur.

Les déclarations de N sont corroborées par le témoignage et l'attestation testimoniale de G, contremaître production, qui avait assisté à l'entretien préalable et qui a déclaré que *« Ce n'est que lors de l'entretien préalable que le requérant a dit expressément qu'il faisait la comptabilité du snack »*. Le témoin a encore précisé que A s'était même vanté, à plusieurs reprises, auprès de ses collègues de travail *« de travailler pour son propre compte alors qu'il était en maladie ».*

Le témoin D a déclaré que :
« On a travaillé ensemble avec le requérant dans le snack de l'été 2009 (exploitation effective en septembre, octobre 2009) à l'été 2010 approximativement, moment de mon entretien préalable au licenciement (..) Lorsque je travaillais chez B, c'est le requérant ou une aide qui travaillait dans le snack. Après mon travail chez B, je prenais la relève. Le requérant s'occupait de tout ce qui était administratif (commandes, fournisseurs, factures,…) Moi, je m'occupais du service et de la petite restauration (…). Je faisais en fait le gérant technique et le requérant faisait le gérant administratif ».

Ces déclarations ne sont pas contredites par les pièces, dans la mesure où il en résulte qu'initialement A avait été nommé gérant technique et D gérant administratif de la société, mais que cette situation a changé le 17 août 2009 lorsque l'épouse de A a été nommée gérante technique et A a été nommé deuxième gérant administratif de la société et le 27 novembre 2009 lorsque D a cédé ses parts et démissionné de son poste de gérant administratif en faveur de E. Nonobstant ces changements statutaires, il n'empêche que D a pu continuer, comme il l'a affirmé, à travailler dans le snack avec l'appelant, «*jusqu'à l'été 2010 approximativement, moment de mon entretien préalable* ». Ainsi que le fait valoir la société B, le témoin a très bien pu se souvenir de la date de la fin de leur collaboration, étant donné qu'elle coïncide avec la date de la prise d'effet de son propre licenciement et qu'en invoquant son *« entretien préalable au licenciement »,* le témoin a dû nécessairement se référer à l'entrevue du 12 août 2010 qui avait précédé son départ de la société B le 15 août 2010 lors duquel il avait fourni des explications quant à l'exploitation du snack.

Les déclarations de D coïncident encore avec les propres dires de A au sujet de l'exploitation du snack, tels que ceux-ci ont été relatés par N.

A conteste encore l'affirmation de la société B suivant lesquelles D et E ont été licenciés *« pour des manquements professionnels en rapport direct avec leur activité parallèle dans le snack »*, au motif que D n'a pas engagé de procédure à l'encontre de son licenciement avec préavis légal et que le licenciement avec effet immédiat de E a été déclaré abusif pas la Cour d'appel.

Or, ainsi que le fait valoir la société B, il résulte de la lettre de motivation du 11 mars 2010 que le licenciement avec préavis de D était motivé par les nombreux retards. D n'a pas contesté ces motifs, de sorte qu'il y a lieu d'admettre qu'il a accepté son licenciement. En ce qui concerne le licenciement du 30 août 2010 avec effet immédiat de E, il résulte de l'arrêt du 17 octobre 2013 que le motif grave lui reproché consistait dans l'omission délibérée de pointer sa production afin de dissimuler son faible rendement et que ce licenciement a été déclaré abusif au motif que la société B avait invoqué une prétendue faute grave dont elle devait pourtant avoir connaissance depuis plus d'un mois.

Les déclarations des autres témoins ne sont pas de nature à démentir ces éléments.

Les déclarations vagues du témoin M suivant lequel *« le requérant fréquentait le snack, mais je ne l'ai pas vu travailler dans ce snack »* ne sont pas de nature à contredire une exploitation effective du commerce par A.

Il s'y ajoute que les déclarations de l'épouse de A, K, selon lesquelles c'est elle seule qui travaillait dans le snack et qu'une fille y travaillait également pendant un mois avant de tomber enceinte sont contredites par celles du témoin L qui a affirmé

avoir travaillé au côté de l'épouse du requérant d'octobre 2009 à environ octobre 2010.

Le fait que K a signé le 31 août 2010, soit le lendemain du licenciement de A, un contrat de travail avec la société CO avec effet rétroactif au 1er septembre 2009 n'est pas de nature à rendre ses déclarations plus crédibles.

C'est dès lors encore à juste titre que les premiers juges ont retenu que compte tenu de ces incohérences ainsi que des liens unissant le témoin K au requérant, il y avait lieu d'apprécier les déclarations de ce témoin avec la plus grande circonspection.

Il suit des considérations qui précèdent et sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une mesure d'instruction complémentaire que c'est à juste titre que les premiers juges ont pu déduire des éléments de preuve leur soumis que les reproches avancés par la société B à l'égard de A, à savoir de s'être adonné à une activité parallèle durant son incapacité de travail pour maladie, étaient établis à suffisance.

Dans la mesure où il appert encore que l'activité de A ne s'est pas limitée à une aide occasionnelle, mais qu'il a dès le début de la constitution C employé tous ses efforts dans la gestion du commerce et qu'il se vantait même à l'égard de ses collègues de travail qu'elle lui permettait pendant ses périodes d'incapacité de travail successives d'arrondir les fins de mois, il devient surabondant d'examiner quels étaient les gains réels tirés de cette activité parallèle.

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont retenu que les reproches étaient suffisamment graves pour justifier un licenciement immédiat, eu égard à la perte de confiance importante de l'employeur dans son salarié et ce nonobstant son ancienneté.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré le licenciement du 30 août 2010 justifié et qu'il a débouté A de ses demandes en dommages et intérêts, indemnité de départ et indemnité compensatoire de préavis.

C'est encore à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont déclaré la demande de A en obtention d'une indemnité compensatoire de congé non pris non fondée.

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

Il paraît inéquitable de laisser à charge de la société B les frais par elle exposés et non compris dans les dépens, de sorte qu'il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 800 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 non fondé ;

partant **confirme** les jugements entrepris ;

dit non fondée la demande de A sur base de l'article 240 du NCPC ;

dit fondée la demande de la société à responsabilité limitée B Luxembourg s.à r.l. sur base de l'article 240 du NCPC ;

condamne A à payer à la société à responsabilité limitée B s.à r.l. une indemnité de procédure de 800 euros ;

condamne A à tous les frais et dépens de l'instance.