Arrêt N° 132/16 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix novembre deux mille seize.

Numéro 41847 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Michèle WANTZ du 21 novembre 2014,

comparant par Maître Nicolas BAUER, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch,

e t :

B, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit WANTZ,

comparant par Maître Patrick BIRDEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 24 mai 2016.

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

Vu l'arrêt du 28 janvier 2016.

B a été aux services de la société A S.A. en qualité de chef de cuisine suivant contrat de travail à durée indéterminée du 25 mai 2004.

Aux élections des délégations du personnel du 12 novembre 2008, il a été élu délégué effectif.

En date du 20 janvier 2009, la société A S.A. a prononcé à l'égard de B une mise à pied pour faute grave.

Par requête du 17 février 2009, la société A S.A. a fait convoquer B à comparaître devant le tribunal de travail d'Esch-sur-Alzette aux fins de voir dire que la mise à pied du 20 janvier 2009 est justifiée et de prononcer, en conséquence, avec effet à cette date, la résolution, sinon la résiliation du contrat de travail conclu entre parties.

Elle a encore réclamé une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Par jugement du 29 septembre 2009, le tribunal de travail a, avant tout autre progrès en cause, admis l'offre de preuve testimoniale présentée par l'employeur.

Par jugement du 21 octobre 2014, le tribunal de travail a annulé la mise à pied prononcée le 20 janvier 2009 et a dit non fondée la demande de la société A S.A. en résolution du contrat de travail ainsi que sa demande en paiement d'une indemnité de procédure. Il a, par contre, condamné la société A S.A. à payer à B le montant de 1.000 euros sur base de l'article 240 du NCPC.

Pour ce faire, le tribunal de première instance a retenu que l'employeur n'a pas réussi à prouver les faits invoqués pour justifier la mise à pied, à savoir les vols de deux saumons fumés et de deux bûches ainsi que le fait d'avoir trafiqué le plan de travail établi pour pouvoir bénéficier d'un congé le 27 décembre 2008 dans la soirée. Le tribunal de première instance a encore ajouté qu'il n'a pas à statuer sur la demande subsidiaire de la société A S.A. tendant à la production des fiches d'affiliation du salarié au Luxembourg, en France et au Canada étant donné qu'il n'est pas saisi d'une prétention indemnitaire de la part du salarié.

De ces jugements, la société A S.A. a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 21 novembre 2014.

Par réformation du jugement entrepris, l'appelante demande à la Cour de dire que la mise à pied prononcée le 20 janvier 2009 est fondée, de même que sa demande en résolution du contrat de travail. Subsidiairement, et pour le cas où la demande en résolution du contrat ne devait pas être déclarée justifiée, elle demande à la Cour de débouter le salarié de l'intégralité de ses revendications, sinon, le cas échéant de lui enjoindre de fournir un historique d'affiliation auprès du Centre Commun de la sécurité sociale, un historique d'affiliation au régime français ainsi qu'à l'URSAFF, de même qu'un historique d'affiliation au régime canadien. Finalement, la société A S.A. requiert l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

B conclut à l'annulation de la mise à pied prononcée le 20 janvier 2009 et à voir dire non fondée la demande en résolution du contrat de travail. Il demande, en outre, l'octroi d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

A l'appui de son appel, la société A S.A. fait valoir que les motifs de la mise à pied ne se limitent pas à la disparition de deux filets de saumon et de deux bûches de Noël ainsi qu' au « traficotage » du planning de travail, mais encore aux faits suivants :

« *-permis les va-et-vient dans la cuisine, le laboratoire, et la chambre froide de personnes étrangères à la société, en l'absence des patrons et à leur insu,*
-volé et revendu deux filets de saumon,
-volé et revendu deux bûches pâtissières,
-exécuté des manœuvres pour dissimuler ces vols,
-été absent de façon injustifiée pendant une journée,
-modifié le planning pour camoufler cette absence,
-menti à son employeur ».

Ces faits, seraient d'autant plus graves alors, qu'en tant que chef de cuisine et en tant que délégué du personnel, B devait servir de modèle pour les autres salariés de l'entreprise. Ces faits auraient entraîné une perte de confiance totale, immédiate et définitive de sa part en son salarié justifiant la résolution du contrat de travail.

Suivant l'employeur, la réalité de ces reproches est établie par les déclarations des témoins C, D et E, qui, contrairement aux témoins du salarié, ont fait des déclarations précises et concluantes.

Les témoignages de F, de G, d'H, de I et de J recueillis par la juridiction de première instance, plein d'incohérences et de contradictions en elles-mêmes et par rapport aux attestations que les témoins avaient établies, seraient, par contre, à rejeter pour défaut de crédibilité.

Les témoins F et G auraient, par ailleurs, eu tout intérêt à mentir, étant donné qu'ils ont été les complices des vols commis par B.

L'intimé fait valoir que la société A S.A. ne pourrait invoquer d'autres reproches que ceux contenus dans une lettre du 27 décembre 2008, à savoir les prétendus vols de deux saumons et de deux bûches, motifs repris dans la requête du 19 janvier 2009, dans laquelle un prétendu « traficotage » du plan de travail avait encore été ajouté.

Il conteste pour le surplus les motifs invoqués et fait plaider que, mis à part les témoins E et D, tous les témoins entendus confirment de manière générale, soit sur des points de détail, sa version des faits, à savoir, qu'il n'a que dépanné F, exploitant « K » à Lexy en France.

Suivant le salarié, la remise des saumons s'est faite en public devant les clients de la brasserie et ses collègues de travail. B nie avoir empoché de l'argent en relation avec la remise de ces saumons et explique que la marchandise a été retournée en nature à son employeur par la livraison en date du 30 décembre 2008 de deux saumons fumés par le fournisseur L à la demande du « K ». Il affirme que F lui a seulement remis 200 euros en date du 23 décembre 2008 pour payer les corbeilles qu'elle avait achetées par son intermédiaire.

B conteste, en outre, avoir remis des bûches à F ou à G et explique avoir uniquement montré par fierté professionnelle à ses visiteurs les bûches que lui et son équipe étaient en train de confectionner pour les fêtes de Noël. L'intimé conteste finalement l'absence injustifiée du 27 décembre 2008 et explique qu'il a pris une journée de récupération, de sorte qu'il était libre toute la journée.

Il ajoute que contrairement aux témoins E et D qui ont un intérêt à le dénigrer, le premier devant justifier la décision de licenciement et le deuxième espérant récupérer son poste de travail, les autres témoins entendus seraient des personnes tierces n'ayant aucun intérêt à mentir. Le témoignage de E serait d'ailleurs à écarter des débats, au vu du fait qu'il est non seulement administrateur et « héritier » de la société, mais qu'il a également provoqué son licenciement.

L'article L. 415 -11. (2) du Code du travail fait abstraction de tout formalisme en ce qu'il n'exige pas de la part de l'employeur qu'il motive la mise à pied, de sorte qu'il suffit qu'il communique les motifs lors des débats devant le tribunal du travail sur la demande en résolution du contrat de travail, à condition cependant que la requête introductive d'instance contienne « l'exposé sommaire des moyens » requis par l'article 145 du nouveau code de procédure civile.

Suivant la requête en résolution du contrat de travail 19 février 2009 et la motivation du jugement du 29 septembre 2009, la reproche à B d'avoir remis le 23 décembre 2008, après 22 heures 15, en cachette de ses collègues de travail et à l'insu de son employeur deux filets de saumon fumé à F et d'avoir empoché en contrepartie deux billets de 20 euros. L'employeur reproche également au salarié d'avoir remis en cachette deux bûches à G et, afin de dissimuler ses agissements et d'expliquer la disparition des deux bûches, d'avoir déclaré par la suite à une collègue de travail que le cuisinier H avait maladroitement laissé tomber deux bûches. Il reproche finalement à B l'absence injustifiée à son poste de travail le 27 décembre 2008 lors du service du soir et d'avoir trafiqué le planning de travail afin de valider ex post son absence.

Il n'en résulte cependant pas que le fait d'avoir autorisé des personnes étrangères à la société de pénétrer la cuisine, le laboratoire, et la chambre froide à l'insu des patrons a été invoqué comme motif de licenciement. L'employeur en a seulement fait état pour décrire les manœuvres ayant conduit, d'après lui, aux vols ci-avant énumérés.

Il n'y a partant lieu de n'examiner que les seuls reproches de vols et de « traficotage » du planning du 17 décembre 2008, les autres reproches de la liste n'étant que l'illustration ou la conséquence des trois reproches formellement invoqués.

Pour prouver les reproches invoqués à l'égard de B, la société A S.A. se réfère aux déclarations des témoins E, D et C. Le salarié qui affirme, par contre, que sa version des faits résulte des autres témoignages recueillis en cause, s'oppose à la prise en compte du témoignage de E pour être administrateur et héritier de la société A S.A. et pour avoir provoqué son licenciement.

Il est vrai que la personne physique habilitée à représenter un être moral en justice est partie en cause et ne peut être entendue comme témoin.

Dans la société anonyme, l'organe représentatif de la société est le conseil d'administration et le membre individuel n'a pas de pouvoir de représentation, sauf s'il s'agit de l'administrateur-délégué, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, E étant simple administrateur de la société A S.A..

Le témoignage de E peut donc être pris en considération, sauf qu'il appartient à la Cour d'apprécier souverainement la sincérité de son témoignage, d'attribuer à ses déclarations recueillies le degré de crédibilité qu'elles lui paraissent mériter et de n'accorder aucun crédit à sa déposition dès lors que le témoignage paraît manquer de l'impartialité requise.

Il en est de même en ce qui concerne la crédibilité des déclarations des témoins D, F et G, dont aucun n'est partie au litige.

Par ailleurs, le simple fait que les dépositions de certains témoins sont en contradiction avec d'autres n'est pas à lui seul suffisant pour les écarter d'emblée.

Tous les témoignages seront donc pris en considération.

Tout comme la juridiction de première instance, la Cour constate qu'il ne résulte d'aucun témoignage que B ait volé, respectivement remis sans les facturer deux bûches de Noël à G au cours de la soirée du 23 décembre 2008.

H, entendu en première instance après l'établissement de son attestation testimoniale, a, par contre, confirmé qu'aucune bûche n'a quitté le restaurant et qu'il a seulement laissé tomber une bûche même s'il a encore précisé que sur les 13 bûches confectionnées il y en avait encore 12 le lendemain alors que la bûche tombée avait été jetée à la poubelle.

Il ne résulte pas non plus d'un des témoignages recueillis que B a trafiqué le plan de travail établi afin de pouvoir bénéficier de congé dans la soirée du 27 décembre 2008. Il résulte, par contre, des déclarations du témoin J que c'est lui qui s'occupe de l'élaboration du plan de travail et que c'est également lui qui a ajouté la mention « 2008 » sur la pièce no 7 pour la journée du 27 décembre 2008.

La présence de 6 salariés telle que reprise sur plan de travail pour la soirée du 27 décembre 2016 (dans ses deux versions) a d'ailleurs été assurée par la seule présence des dénommés S, J-N, O, B, N et A (à midi) ainsi que C (le soir), de sorte qu'il n'est pas établi non plus que B devait travailler au cours de cette soirée.

Quant au prétendu vol de deux saumons, la Cour relève, à l'instar du tribunal de première instance, que B ne conteste pas avoir remis deux saumons fumés à F pour la dépanner. Ces saumons ont été posés sur la table voisine de celle occupée par G, F et sa famille et ont été remis à la vue du personnel et des clients du restaurant tel que cela résulte du témoignage d'H, de C, d'D, de F et de G. La remise à titre de dépannage a été confirmée par F et G. Les témoins H et G, engagée antérieurement comme plongeuse auprès de la société A S.A. ont, par ailleurs confirmé l'existence d'une pratique au sein de l'entreprise selon laquelle des dépannages sont assurés.

Il résulte en outre de la déposition du témoin J que ce dernier a réceptionné deux saumons du fournisseur L en retour des saumons remis à F et cette dernière affirme avoir réglé la facture de la firme L concernant la livraison de ces deux saumons à la société A S.A.. La facture L du 30 décembre 2008 a d'ailleurs été adressée au « K » avec la précision que la livraison est à faire exceptionnellement à la Brasserie « M », partant à la société A S.A.

L'employeur tente cependant de mettre en doute la remise à titre de dépannage en renvoyant aux affirmations d'D suivant lesquelles le témoin avait observé la remise de deux billets de 20 euros par F à B et que les saumons remis à la connaissance de B provenaient de la firme « N » qui aurait pu livrer dès le 24 décembre des saumons en retour.

L'affirmation d'D suivant laquelle les saumons remis à F étaient des saumons de la firme « N », est cependant contredite par les dépositions de F et de G ainsi que par l'attestation d'H suivant lesquelles les saumons remis à F provenaient de la firme L, qui, contrairement à l'affirmation de l'appelante, a été un fournisseur régulier de la société A S.A. tel que cela résulte des pièces 7 a et 7 b versées en cause par le mandataire de B et de l'attestation testimoniale de J.

Il est vrai qu'D affirme, par ailleurs, avoir observé à travers « *une fenêtre teinte dans un sens c'est-à-dire on peut regarder de l'extérieur vers l'intérieur, mais pas inversement* » la remise de deux billets de vingt euros par F à B dans le « local pâtisserie ». Or, même à supposer qu'D avait la possibilité de voir F remettre à B deux billets de vingt euros de l'extérieur par une fenêtre teintée alors que d'après le même témoin la remise d'argent n'a duré que trois à quatre secondes, il n'est pas établi, comme l'a fait remarquer à juste titre le tribunal de première instance, qu'il s'agissait du paiement des deux saumons.

Il suit de ce qui précède que la preuve du vol domestique par B de deux saumons n'a pas non plus été rapportée par l'employeur.

La Cour rejoint également le tribunal de travail en ce qu'il a retenu que même si le dépannage ne s'est pas effectué selon la procédure interne de la société A S.A. suivant laquelle il faut faire un bon de livraison et avoir l'accord de la direction pour faire un dépannage , mais à l'insu de l'employeur, il reste que ce fait ne constitue pas une faute grave dans le chef du salarié -délégué de nature à justifier une mise à pied.

Le tribunal de première instance est donc à confirmer en ce qu'il a retenu que la mise à pied du 20 janvier 2009 n'était pas justifiée, qu'il l'a annulée en conséquence et déclaré non fondée la demande de la société A S.A. en résolution du contrat de travail.

Dans un ordre subsidiaire, l'employeur se réfère à la jurisprudence suivant laquelle le salarié qui s'engage dans un nouveau contrat de travail pendant la procédure de résolution du contrat de travail, a nécessairement renoncé à rester engagé par l'employeur qui l'a mis à pied, et que l'engagement auprès d'un nouvel employeur est dans ce cas à assimiler à une démission tacite du salarié de son poste de travail, pour demander des informations quant à la situation professionnelle de B après sa

mise à pied. En effet, d'après l'employeur, *« l'affaire deviendrait sans objet »* si ce dernier devait être considéré comme démissionnaire.

Á l'instar du tribunal de première instance, la Cour n'est pas saisie d'une quelconque prétention indemnitaire de la part de B, ce dernier n'ayant formulé ni de demande en maintien ni en paiement de salaire, de sorte que la demande subsidiaire de l'employeur est actuellement sans objet.

La société A S.A. n'ayant pas obtenu gain de cause, c'est à juste titre que la juridiction de première instance n'a pas fait droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance.

Le tribunal de travail est encore à confirmer par adoption de ses motifs en ce qu'il a alloué à B une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance.

Il en suit que l'appel est à déclarer non fondé.

Eu égard à l'issue du litige, la société A S.A. n'a pas non plus droit à une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Etant donné qu'il serait inéquitable de laisser à charge de B l'entièreté des frais non compris dans les dépens, il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'appel.

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 déclare non fondé,

confirme les jugements déférés,

rejette la demande de la société A S.A. basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne la société A S.A. à payer à B une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'appel,

condamne la société A S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Patrick BIRDEN qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.