

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-six février deux mille quinze.

Numéro 40779 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 F-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette du 16 décembre 2013,

intimé sur appel incident,

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

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit REYTER,

appelante par incident,

comparant par Maître Brice OLINGER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 4 novembre 2014.

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

A aux services de la société anonyme B SA depuis le 31 octobre 2010 en qualité de chef de cuisine a été licencié le 14 mai 2012 avec un préavis de deux mois expirant le 14 juillet 2012.

La société X à son salarié d'avoir progressivement abandonné son poste de chef de cuisine pour s'occuper de différentes statistiques comptables alors que la fonction de « comptable » ne fait pas l'objet de son contrat de travail et qu'elle ne lui a jamais demandé d'effectuer ces tâches pour lesquelles elle a recours à une fiduciaire. Elle lui reprocha encore d'avoir pris l'initiative de demander à des fournisseurs de facturer des marchandises commandées par des sociétés différentes sur le compte d'une seule société ayant pour conséquence de perturber le bon fonctionnement de la société, d'avoir pris des jours de congés sans en informer son employeur et d'avoir ainsi donné un mauvais exemple aux autres salariés quant à la nécessité de respecter la procédure de demande de congé, d'avoir omis de payer une facture personnelle ayant eu pour conséquence que l'employeur s'est vu notifier une mise en demeure de payer le montant en souffrance par une société de recouvrement et d'avoir tenu des propos injurieux à l'encontre de l'employeur dans une lettre non datée reçue par ce dernier le 14 mai 2012.

Par requête du 17 septembre 2012, A fit convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette pour l'entendre condamner à lui payer du chef de son licenciement qu'il qualifia d'abusif les montants indemnitaires plus amplement décrits dans la requête introductive d'instance ainsi que différents montants à titre d'heures supplémentaires, de suppléments pour travail de dimanche et de majoration de son salaire.

Il contesta tant la précision que le caractère réel et sérieux des motifs lui reprochés. Il ne contesta pas le motif principal lui reproché, à savoir d'avoir abandonné progressivement son poste dans la cuisine et sa fonction de chef de cuisine pour s'occuper exclusivement de la comptabilité du restaurant, mais fit valoir que c'est conformément aux directives de son employeur qu'il a changé de poste pour s'occuper des achats et que C a été désigné comme chef de cuisine pour le remplacer définitivement.

La société B contesta toute modification du contrat de travail de A. Elle contesta également toutes les revendications financières de son ancien salarié.

Par jugement contradictoire du 3 décembre 2013, le tribunal du travail a déclaré le licenciement de A abusif, a déclaré la demande de A en paiement de dommages-intérêts pour préjudice matériel non fondée ; a déclaré la demande de A en paiement de dommages-intérêts pour préjudice moral fondée à concurrence de 5.000 euros ; a condamné la société B à payer à A de ce chef la somme de 5.000 euros avec les intérêts légaux à partir du 17 septembre 2012, jour de la demande en justice, jusqu'à solde ; a déclaré la demande de A basée sur l'article 240 du NCPC fondée et justifiée pour la somme de 500 euros ; a condamné la société B à payer à A de ce chef la somme de 500 euros; a déclaré les demandes de A non fondées pour le surplus.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a retenu que A ne rapporte pas la preuve de l'existence d'une modification du contrat de travail entre parties, mais que l'employeur devait nécessairement avoir eu connaissance du changement de fait intervenu progressivement et s'il n'a pas ordonné ce changement du moins a-t-il toléré le comportement de A, sans la moindre objection jusqu'au jour du licenciement. En ce qui concerne les autres griefs, le tribunal a retenu que la prise de congés sans autorisation avait fait l'objet d'un avertissement et que les propos tenus par A dans sa lettre du 14 mai 2012 s'inscrivaient dans le contexte d'une réplique à un avertissement qu'il estimait injustifié, de sorte à ne pas présenter un caractère excessif de nature à justifier un licenciement.

En ce qui concerne l'indemnisation, le tribunal a retenu que A avait à partir de l'expiration du préavis droit à une pension d'invalidité et qu'il n'était pas établi que sa situation matérielle et financière après le licenciement était en relation causale avec le licenciement. Il a fixé le dommage moral à 5.000 euros et a déboute le salarié de sa demande en paiement d'heures supplémentaires et heures de dimanche au motif notamment que le relevé unilatéral versé par A émanant de lui, quoique signé par les autres salariés en ce qui les concerne, ne vaut pas titre de preuve. Il a enfin retenu que l'augmentation de salaire réclamée à partir du mois d'avril 2011 ne résultait d'aucun élément du dossier.

De ce jugement, A a relevé appel suivant exploit d'huissier du 16 décembre 2013. L'appelant conclut, par réformation, à entendre condamner la société B à lui payer les montants évalués, sous toutes réserves, à la somme de 4.704,00 euros à titre de rémunération des heures supplémentaires, la somme de 13.950 euros à titre d'arriérés de salaires et la somme de 950,32 euros à titre de supplément de travail le dimanche, le tout avec les intérêts légaux tels que de droit à partir de la demande en justice jusqu'à solde et dire que le taux d'intérêt sera automatiquement augmenté de trois points à partir du troisième mois qui suit l'arrêt à intervenir.

Il demande également une indemnité de procédure de 2.500 euros.

La société Binterjette appel incident du jugement en ce que le tribunal n'a pas admis que le licenciement était régulier.

Elle conclut, par réformation, à entendre dire non fondée la demande de A en paiement d'un dommage moral, sinon à entendre réduire cette condamnation à de plus justes proportions. Elle demande encore la réformation du jugement entrepris en ce qu'elle a été condamnée au paiement d'une indemnité de procédure. Elle conclut pour le surplus à la confirmation du jugement.

Quant au licenciement :

La société Bconclut à la réformation du jugement au motif que l'abandon du poste de chef de cuisine cumulé à l'initiative du salarié de demander à des fournisseurs de facturer des marchandises à une autre société, à la prise de congé sans en informer son employeur, à la poursuite de l'employeur par une société de recouvrement en raison d'une facture personnelle du salarié restée impayée et finalement à la tenue de propos injurieux à l'encontre de l'employeur, le tout en l'espace de deux mois est suffisamment grave pour justifier le licenciement avec préavis.

A réplique qu'il n'a jamais abandonné son poste de chef de cuisine pour s'adonner à des activités de comptabilité, du moins pas de sa propre initiative et certainement pas à l'insu de son employeur qui aurait d'ailleurs participé à de nombreuses réunions à ce sujet. Il aurait reçu le 3 mai 2012 un avertissement pour des faits totalement différents du changement d'affectation invoqué pour la première fois dans le cadre de la lettre de communication des motifs après qu'il ait réclamé la prise en compte des heures supplémentaires prestées. Il aurait ainsi été licencié sous de vains prétextes, parce qu'il avait voulu faire valoir ses droits légitimes en annonçant dans son courrier adressé à l'employeur en mai 2012 qu'il n'acceptait plus d'être exploité. Il appartiendrait à l'employeur de rapporter la preuve d'un fait objectivement fautif.

Il se dégage de la chronologie des faits que le conflit entre parties a commencé par l'avertissement écrit du 3 mai 2012 que l'employeur a adressé à A peu avant son licenciement du 5 juin 2012 au sujet d'une prise de congé sans autorisation le 30 avril 2012. Ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, cette faute qui a été sanctionnée par un avertissement ne peut être invoquée par l'employeur pour justifier un licenciement, à moins que le salarié ne se soit rendu coupable d'un fait nouveau qui est suffisamment grave pour faire revivre les anciens griefs et constituer avec ceux-ci un motif réel et sérieux de licenciement.

Contrairement cependant à l'appréciation des premiers juges, la Cour estime que le ton et le langage irrespectueux et injurieux, employé par A dans sa lettre de réponse

reçue par l'employeur le 4 mai 2012, dépasse les limites de la liberté d'expression du salarié, quand-bien même celle-ci s'inscrit dans le contexte d'une réplique à un avertissement, respectivement d'une demande en paiement d'heures supplémentaires.

Il s'agit dès lors d'un fait nouveau suffisamment grave pour faire revivre les faits à la base de l'avertissement.

Les faits à la base de l'avertissement dénotent par ailleurs le caractère désinvolte de A qui, après avoir fixé une réunion avec les chefs de cuisine au lundi 30 avril 2012, l'annule ensuite au motif qu'il y aurait beaucoup de travail, étant donné que le lendemain le 1^{er} mai serait un jour férié, mais que lui-même ne se présentera pas le 30 avril 2012 pour assumer ses responsabilités en tant que chef de cuisine en faisant valoir par après qu'il avait passé une grande partie de cette journée à clôturer les comptes des restaurants au lieu d'apporter son soutien à l'équipe des cuisiniers.

En ce qui concerne le motif principal du licenciement, à savoir que A a progressivement abandonné son poste de chef de cuisine pour s'occuper exclusivement de la comptabilité du restaurant, force est de constater que si au départ les initiatives de A pour organiser des réunions afin de discuter de la qualité et des produits à acheter étaient appréciées par l'employeur qui assistait à ces réunions en ce qu'elles constituaient un signe de son dévouement, A n'établit pas pour autant qu'il y avait eu modification de la fonction du salarié en « *directeur des achats* » ou en comptable. En effet, ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, les rapports de réunion où A figure comme « *directeur des achats* » ne constitue qu'un document unilatéral établi par A. Les attestations testimoniales versées par A ne permettent pas non plus de tirer cette conclusion.

Au contraire, il y a lieu d'admettre que l'activité principale de A demeurait celle de chef de cuisine. Il résulte en effet des déclarations de C, second de cuisine du restaurant « *The E* », que s'il exerçait des tâches du chef de cuisine, tels les commandes et la gestion des stocks il agissait cependant sur ordre du chef de cuisine A, et n'avait pas été nommé par la direction « *chef de cuisine* ». Le témoin a encore déclaré qu'à ce jour, il était toujours second de cuisine, même s'il avait pris de plus en plus de responsabilités dans la cuisine, vu les absences fréquentes du chef de cuisine.

Il résulte par ailleurs de l'attestation testimoniale du maître d'hôtel D que celui-ci avait, sur demande de la direction, rappelé à A que son activité principale au sein du restaurant « *E* » devait être celle de chef de cuisine.

Or, il se dégage des pièces que A s'est arrogé de plus en plus de droits qui allaient au-delà de ses attributions normales de chef de cuisine et qu'il prenait des initiatives même à l'insu de son employeur, notamment en demandant aux

fournisseurs de regrouper toutes les factures concernant les cinq restaurants sur une seule et unique facture, ce qui a eu pour conséquence que la société B a dû appeler les fournisseurs et envoyer des lettres en s'excusant et en leur demandant d'établir de nouvelles factures distinguant toutes les livraisons suivant le restaurant concerné aux fins de pouvoir respecter la tenue de comptabilités distinctes des différentes succursales de la société B ou encore de commander des vêtements de travail sans en avoir informé son employeur, de sorte que la société B s'est vu adresser une mise en demeure pour régler la facture afférente restée impayée.

Il résulte des considérations qui précèdent que ce sont les agissements intempestifs du salarié de nature à nuire aux intérêts de l'entreprise qui ont rendu impossible le maintien de la relation de travail entre parties.

Il y a partant lieu de déclarer le licenciement avec préavis régulier.

La demande de A en paiement de dommages et intérêts pour préjudice matériel et moral subis du chef de son licenciement n'est dès lors pas fondée.

Il y a dès lors lieu à réformation du jugement entrepris.

Quant aux autres chefs de la demande :

A a établi un décompte suivant lequel il réclame pour la période de novembre 2010 à février 2011 le paiement d'une somme totale de 4.704 euros à titre d'heures supplémentaires. Il réclame également le paiement de la somme de 950,32 euros pour avoir travaillé à dix reprises le dimanche pendant la période de novembre 2011 à février 2012, sans majoration de salaire.

A l'appui de ses demandes, il verse des feuilles de pointage concernant l'ensemble du personnel pour la période de novembre 2010 à février 2011. Il fait valoir que contrairement à la motivation des premiers juges, ces fiches dans la mesure où elles relèvent les heures prestées par tous les salariés de l'entreprise ne sont pas des relevés unilatéraux. Il aurait été licencié avant d'avoir pu récupérer ses heures supplémentaires et l'employeur aurait nécessairement admis la réalité des heures supplémentaires dans son courrier de motivation, étant donné qu'il n'avait émis aucune critique par rapport aux revendications du salarié faites dans son courrier du 14 mai 2012.

La société B s'oppose à la demande au motif que A n'a jamais contesté les fiches de salaire qui ne mentionnent pas la prestation d'heures supplémentaires. Elle

conteste également les relevés versés par le salarié au motif qu'ils ne sont pas contresignés par l'employeur et dès lors ne lui sont pas opposables.

Il y a lieu d'abord de relever qu'une acceptation des heures supplémentaires par la société B ne saurait être déduite du fait que celle-ci a gardé le silence suite au courrier qui lui avait été adressé par A le 14 mai 2012, vu le caractère très vague des revendications du salarié au sujet de la prestation d'heures supplémentaires.

D'après les relevés versés en cause, les heures supplémentaires devaient être récupérées. Ceci résulte également de l'attestation testimoniale de F *« A ce jour aucune heures supplémentaires ou de dimanche travaillé n'ont jamais été payées, mais plutôt récupérées au E »*.

Les fiches de salaires versées en cause ne renseignent pas de prestation d'heures supplémentaires.

Au vu des contestations de la société B, A ne rapporte pas la preuve que les relevés d'heures supplémentaires et/ou de dimanche en ce qui le concernent ont été soumis pour accord à l'employeur, et que ces heures ont été effectivement prestées.

A n'établit dès lors pas le bien-fondé de ses demandes en paiement d'heures supplémentaires et/ou heures de dimanche.

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

A demande encore la somme de 13.950 euros à titre d'arriérés de salaires. Il fait valoir que la société B avait repris l'intégralité des engagements de la société G qui s'était engagée à une augmentation de salaire de 900 euros à compter d'avril 2011.

La société B conteste la demande au motif qu'elle n'a jamais accepté que le salaire de l'appelant soit augmenté.

Ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, ni le contrat de travail entre parties, ni celui conclu antérieurement avec la société G ne font état d'un engagement formel ou d'une obligation de l'employeur de payer à A une augmentation de salaire de 900 euros.

A offre encore de prouver par l'audition du témoin H les faits suivants:

« qu'un premier contrat de travail avait été conclu avec la société G le 31 octobre 2010 avant que celui-ci ne soit repris par la société B le 6 décembre 2010 ;

qu'il avait été convenu dès la signature de ce premier contrat que le salaire serait révisé à hauteur du montant de 3.000 € net à partir du 2 avril 2011 ; que la société B en a été informée par la société G au moment de la reprise du contrat de travail de A. »

Ainsi que le fait valoir la société B cette offre de preuve est d'ores et déjà contredite par les documents versés en cause et par l'attestation écrite de H, de sorte qu'il n'y a pas lieu de l'admettre.

A conclut encore en dernière subsidiarité et au vu de son impossibilité morale d'apporter la preuve du montant de l'augmentation de salaire qui avait été convenue entre parties à voir fixer ex æquo et bono la majoration de son salaire à 450 euros par mois à compter de juillet 2012, et de lui allouer partant au total la somme de 6.975 euros.

Le contrat conclu avec la société G sub point 17 prévoit que: *« révision du salaire prévue au 02 avril 2011 »*.

Comme on ne se trouve qu'en présence d'une déclaration d'intention de réviser le salaire, une évaluation ex æquo et bono ne s'avère pas possible en l'absence d'éléments concrets d'appréciation.

La demande subsidiaire de A n'est dès lors pas non plus fondée.

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

Au vu de l'issue du litige, A est à débouter de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure pour la première instance, de sorte qu'il y lieu de réformer le jugement entrepris sur ce point.

Pour le même motif, la demande de A en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

La société Bne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel n'est pas 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 ;

dit l'appel principal non fondé ;

dit l'appel incident fondé ;

par réformation :

dit le licenciement avec préavis du 5 juin 2012 régulier ;

dit non fondée la demande de A en dommages et intérêts du chef de préjudices matériel et moral subis;

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

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

dit non fondées les demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne A à tous les frais et dépens des deux instances.