Exempt- appel en matière de droit du travail

Audience publique du treize janvier deux mille onze

Numéro 35248 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Roger LINDEN, conseiller;
Théa HARLES-WALCH, conseiller;
Paul WAGNER, greffier.

Entre:

la société à responsabilité limitée A, anciennement A S. à r. l., établie et ayant son siège social à L-, représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 22 juillet 2009,

comparant par Maître Mathias PONCIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

B, commerçante, demeurant à L-,

intimée aux fins du prédit exploit HOFFMANN,

comparant par Maître Nicolas DECKER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Saisi le 4 avril 2008 d'une requête déposée par B (ci-après B) tendant à la condamnation de son employeur, la société à responsabilité limitée A, (ci-après : la A) à lui payer, suite à son licenciement avec effet immédiat du 27 janvier 2008 qualifié d'abusif, la somme de 26.024,48, augmentée en cours d'instance, le tribunal du travail de Luxembourg, après avoir déclaré précis le deuxième fait contenu dans la lettre de licenciement et imprécis les premier et troisième, a, par jugement du 23 février 2009, admis l'employeur à la preuve par témoins des faits reprochés à la salariée.

Suite aux enquêtes tenues les 18 mars et 27 avril 2009, le tribunal du travail a, dans son jugement subséquent du 15 juin 2009 déclaré le licenciement abusif. Il a en conséquence condamné la A à payer à la requérante une indemnité compensatoire de préavis de quatre mois de l'ordre de 7.060,17 €, une indemnité de départ de 1.754,08 € et des dommages-intérêts de 1.000 € du chef de la réparation du préjudice moral. Il a rejeté ses demandes en réparation du préjudice matériel et en allocation d'une indemnité de procédure et condamné la A aux frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier du 22 juillet 2009, la A a régulièrement interjeté appel contre les deux jugements. Elle fait grief à la juridiction du premier degré d'avoir déclaré imprécis deux des trois motifs invoqués à la base du licenciement avec effet immédiat et conclut, par réformation du jugement du 23 février 2009, à les voir déclarer précis. Elle reproche ensuite au tribunal d'avoir mal interprété les déclarations des témoins recueillies et demande, par réformation du jugement du 15 juin 2009, à voir déclarer régulier le licenciement prononcé et se voir décharger des condamnations prononcées. Elle réclame une indemnité de procédure de 1.000 €.

B conclut à la confirmation du premier jugement. Elle demande la confirmation du jugement du 15 juin 2009 en ce que le tribunal a déclaré abusif le licenciement, relève appel incident et réclame à titre de réparation du préjudice matériel la somme de 11.269,32 €, du préjudice moral celle de 5.500 €, de même que 750 € à titre d'indemnité de procédure. Elle sollicite une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel.

I. Le jugement du 23 février 2009.

Dans la lettre de licenciement, l'employeur se réfère à un avertissement du 11 janvier 2008 donné à la salariée et lui reproche un *« comportement indigne »* envers ses supérieurs hiérarchiques, ledit avertissement faisant grief à la salariée d'avoir les 22 décembre 2007 et 10 janvier 2008 *« fait des remarques indignes et insolentes »* envers ses supérieurs. Le tribunal a écarté ce grief pour manque de précision. Il a encore écarté pour manque

de précision le troisième reproche ayant consisté pour certains clients dont un dénommé Strasser à s'être plaints de ce que la salariée ne leur aurait pas remis de ticket de consommation lors de l'encaissement des consommations.

C'est cependant à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a déclaré imprécis tant le premier que le troisième motif de sorte que l'appel n'est pas fondé.

Le jugement est à confirmer.

II. Le jugement du 15 juin 2009.

L'employeur reprochait à sa salariée d'avoir les 17, 18, 19 et 22 janvier 2008 enregistré dans la caisse enregistreuse de la A un nombre inférieur de menus à ceux commandés en cuisine et, étant donné que l'argent en caisse correspondait aux menus y enregistrés, d'avoir en conséquence empoché la différence.

Après analyse des témoignages et des pièces versées, le tribunal a d'abord constaté que l'employeur ne versait des pièces que pour les journées des 18 et 22 janvier 2008 de sorte que les faits allégués qui se seraient produits les 17 et 19 janvier 2008 ne pouvaient pas, à défaut d'autres éléments de preuve probants, servir de justification au licenciement. En ce qui concerne les journées en question des 18 et 22 janvier 2008, la juridiction du premier degré a retenu, après avoir écarté certains témoignages pour se trouver en contradiction avec les pièces versées, que l'employeur avait tout au plus établi une différence de caisse portant sur un seul menu à 9 € de sorte qu'il a conclu au caractère abusif du licenciement prononcé.

D'après la lettre de licenciement et l'offre de preuve admise par le tribunal du travail, il était reproché à la salariée d'avoir le 17 janvier 2008, commandé 7 menus, mais n'en avoir enregistré que 4 de sorte qu'ayant seule accès à la caisse et étant donné que le montant se trouvant dans la caisse correspondait au total des menus y enregistrés, elle n'aurait pas remis à l'employeur l'équivalent des trois menus non enregistrés. Pour la journée du 18 janvier, elle aurait commandé 13 menus, mais n'en aurait enregistré que neuf. Pour celle du 19 janvier, elle aurait passé commande de neuf menus, mais n'en aurait enregistré que huit et pour la journée du 22 janvier 2008, la salariée aurait passé commande de dix menus, mais n'en aurait enregistré que huit.

L'employeur reprochait partant à sa salariée d'avoir encaissé le prix de plus de menus que ceux qu'elle avait enregistrés, empochant au passage la différence. D'après l'énoncé de l'offre de preuve, elle n'aurait ainsi pas

remis l'équivalent de (3+4+1+2) dix menus. Il ressort des pièces que le prix du menu du jour se chiffrait à neuf euros.

C'est tout d'abord à bon droit que le tribunal du travail a retenu que l'employeur, même si d'après les déclarations des témoins Mars Umbri et Emilia Oliveira, tous les tickets de cuisine des journées en question ont été « spécialement » conservés, n'avait versé aucun de ces tickets de commande destinés à la cuisine pour les journées des 17 et 19 janvier 2008 et qu'aucun autre élément probant ne permettait de retenir que la salariée avait empoché le prix des quatre menus non enregistrés.

C'est encore à raison que le tribunal a, contrairement à ce que l'intimée continue de soutenir en instance d'appel, considéré que les tickets de commande remis à la cuisine les 18 et 22 janvier 2008 l'avaient été par la salariée et qu'elle avait également seule accès à la caisse enregistreuse, les déclarations des autres témoins ayant entre autres fait état de ce que ces tickets n'étaient pas toujours conservés et se retrouvaient souvent par terre, respectivement de ce qu'il arrivait que des menus commandés faisaient l'objet d'un retour en cuisine et n'étaient partant pas facturés respectivement de ce que d'autres salariés avaient simultanément accès à la caisse enregistreuse, ne se rapportant pas aux deux journées en question, durant lesquelles l'attention de l'employeur a spécialement porté sur les agissements de la salariée.

Le tribunal a retenu sur base du journal de caisse que la salariée avait enregistré durant la journée du 18 janvier 2008 douze menus et durant celle du 22 janvier onze menus, l'employeur ayant soutenu dans la lettre de licenciement qu'elle avait passé commande le 18 janvier de treize menus, mais n'en avait enregistré que neuf et le 22 janvier passé commande de dix menus, mais n'en avait enregistré que huit.

Pour ce faire, la juridiction du premier degré a comptabilisé pour chacune de ces deux journées *trois menus préfacturés* au motif que *« Ces enregistrements ont été biffés à la main après l'impression du rapport de caisse. L'employeur n'explique cependant pas dans quelle mesure ces enregistrements ne seraient pas à prendre en considération dans le cadre du comptage des menus du jour commandés et cuisinés à la date en question.*

La mention « préfacturé » laisse, en effet, entendre que la serveuse n'a pas encaissé les fournitures en question dans sa caisse du jour, mais que celles-ci ont été facturées par un autre moyen par la A A au client respectif.

En pareille hypothèse, il est logique que la serveuse ait commandé un nombre supérieur de plats du jour à la cuisine que ceux qu'elle a encaissés ».

La non prise en compte de ces trois menus préfacturés pour chaque journée porterait le nombre des menus enregistrés le 18 janvier à neuf et le 22 janvier à huit, sur un total commandé de treize respectivement de dix.

L'appelante reproche au tribunal de ne pas avoir soumis cet aspect du litige à un débat contradictoire, l'intimée n'en ayant pas fait état en première instance, le tribunal ayant mené ce raisonnement uniquement sur base de la pièce versée par l'employeur.

Elle fait valoir qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte ces menus étant donné qu'ils seraient servis dans le restaurant et non pas au café où officiait l'intimée. Elle donne encore à considérer dans ses conclusions du 7 janvier 2009 que: *« Il y a lieu de souligner qu'un menu préfacturé qui intéresse le restaurant comme c'est le cas en l'espèce, ou un tout autre espace, demeure un menu préfacturé, c'est-à-dire qu'il ne correspond pas à un menu facturé qui a fait l'objet d'un encaissement.*

Les menus préfacturés comme le nom l'indique ne correspondent pas aux menus facturés qui devaient être pris en compte en tant que menus du jour enregistrés par Madame B en caisse.

Rappelons également que Madame Oliveira, lors de son audition, a exclu toute confusion entre le ticket provenant du restaurant de ceux provenant du café « pour la simple raison que ces tickets étaient établis sur des tickets différents; papier à carbone pour le restaurant et Gerolsteiner pour le café .

Dans ces conditions, Monsieur Umbri ou encore Madame Oliveira ne pouvaient se tromper entre les bons de commande pour la partie café et les bons de commande rédigés sur papier carbone qui concernaient le restaurant ».

L'intimée admet que des menus sont servis dans les deux espaces, mais elle soutient, sans être sur ce point contredite par l'appelante, que le restaurant et le café disposaient de deux caisses enregistreuses différentes. Les témoins Fernandes et Marie ont également confirmé l'existence de deux caisses enregistreuses.

Il est dans ces conditions étonnant de relever que de tels menus préfacturés se retrouvent comptabilisés dans la caisse enregistreuse du café, aucun des témoins n'ayant par ailleurs déclaré que l'intimée travaillait concomitamment aussi bien restaurant qu'au café.

D'ailleurs aucune des parties n'a fourni d'explications cohérentes quant à la question de savoir ce que recoupe le terme de « menu préfacturé » et notamment s'il vise des menus ayant déjà fait l'objet d'une facture ou d'un

règlement anticipé ou s'il s'agit d'un menu d'ores et déjà commandé, mais non encore réglé ou commandé et déjà réglé ou réglé à l'avance, mais uniquement mis en compte lorsque le client se présente effectivement pour prendre sa collation.

La pertinence respectivement l'absence d'explications convaincantes fournies par les parties pour amener la Cour à prendre respectivement ne pas prendre en compte ces menus dans la comptabilisation de ceux enregistrés par l'intimée ne lui permettent pas de favoriser l'une plutôt que l'autre version.

L'employeur ayant cependant la charge de prouver la faute de la salariée et en l'espèce de démontrer qu'il n'y aurait pas lieu à prise en compte de ces menus, preuve qu'il ne réussit pas à établir, la Cour décide, tout comme le tribunal du travail, de les prendre en compte, étant donné qu'ils sont renseignés sur le journal de caisse.

La Cour en déduit que pour la journée du 18 janvier 2008, il existait une différence d'un seul menu (13 commandés, douze enregistrés) et aucune différence le 22 janvier 2008, la salariée ayant même enregistré plus de menus que ceux apparemment commandés.

Le tribunal du travail est à confirmer en ce qu'il a retenu que le manquement établi à charge de la salariée ne constituait pas un motif grave qui permettait à l'employeur de la licencier avec effet immédiat de sorte qu'il convient de confirmer la décision du tribunal qui a déclaré abusif le licenciement intervenu.

III. L'indemnisation.

Le tribunal a correctement alloué à la salariée une indemnité compensatoire de préavis non respecté de quatre mois ainsi qu'une indemnité de départ correspondant à un mois de salaire. C'est encore à bon droit qu'il a rejeté la demande en réparation du préjudice matériel en ce qu'il a fixé la période de référence se trouvant en relation causale avec le licenciement à quatre mois, entièrement couverte par l'indemnité compensatoire de préavis. L'appel incident de la salariée de ce dernier chef n'est partant pas fondé.

Le dommage moral de la salariée est, par réformation de la décision entreprise, à fixer eu égard à son ancienneté de services, à 1.500 € de sorte que l'appel incident est fondé de ce chef.

Il en est de même de l'appel incident de la salariée qui reproche au tribunal de ne pas lui avoir alloué d'indemnité de procédure. Il convient, par réformation, de condamner l'employeur à lui payer de ce chef la somme de 750 €.

La demande des parties en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel n'est pas fondée au vu du sort réservé à leur appel respectif.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat chargé de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident ;

dit non fondé l'appel principal en ce qu'il entreprend les deux jugements ;

confirme le jugement du 23 février 2009 ;

dit partiellement fondé l'appel incident d'B en ce qu'il vise le jugement du 15 juin 2009 ;

réformant:

fixe à 1.500 € le dommage moral redu à B et l'indemnité de procédure à 1.000 € ;

condamne la société à responsabilité limitée A, anciennement A, à lui payer ces deux montants, avec les intérêts légaux sur la somme de 1.500 € du jour de la demande en justice jusqu'à solde ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

rejette les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ;

condamne la société à responsabilité limitée A, anciennement A, aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Nicolas Decker, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.