

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 61/20 - VIII – Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du quatre juin deux mille vingt

Numéro 44492 du rôle.

Composition:

MAGISTRAT1.), président de chambre;
MAGISTRAT2.), premier conseiller;
MAGISTRAT3.), premier conseiller;
GREFFIER1.), greffier assumé.

Entre:

PERSONNE1.), demeurant à F-(...),

appelant aux termes d'un acte d'appel de l'huissier de justice HUISSIER DE JUSTICE1.) d'(...) du 6 février 2017,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, demeurant à (...),

et:

la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son/ses gérant(s),

intimée aux fins du prédit acte HUISSIER DE JUSTICE1.),

comparant par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, demeurant à (...).

LA COUR D'APPEL:

PERSONNE1.) (ci-après « le salarié ») était embauché comme cuisinier par la société à responsabilité limitée SOCIETE2.) suivant contrat de travail du 30 septembre 2005. Ce contrat de travail a été transféré avec effet au 1^{er} septembre 2012 à la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (ci-après « l'employeur »). Il y a eu reprise de l'ancienneté du salarié au 30 septembre 2005. Le salarié a été licencié avec effet immédiat par l'employeur par lettre recommandée du 29 avril 2015.

Par requête déposée au greffe de la justice de paix d'Esch/Alzette le 27 juillet 2015, le salarié a fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail d'Esch/Alzette afin de le voir condamner à lui payer du chef de licenciement qu'il qualifie d'abusif le montant de 4 x 2.644,55 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis, le montant de 2.644,55 euros à titre d'indemnité de départ ainsi que les montants respectifs de 4.000 euros et de 5.000 euros à titre de préjudices matériel et moral, tous ces montants avec les intérêts au taux légal à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde. Le salarié a également réclamé une indemnité de procédure de 2.000 euros.

Par un jugement du 1^{er} juillet 2016, le tribunal a déclaré cette demande recevable et a ordonné une mesure d'instruction.

Par un jugement du 23 décembre 2016, le tribunal, statuant contradictoirement mais en l'absence de comparution du salarié, a déclaré irrecevables les observations écrites formulées par le salarié dans un courrier daté au 7 novembre 2016, a déclaré le licenciement en question justifié et a débouté le salarié de sa demande. Le tribunal a également déclaré non fondées les demandes respectives des parties en paiement d'une indemnité de procédure.

Par exploit d'huissier de justice du 6 février 2017, le salarié a relevé appel du jugement du 23 décembre 2016.

Il conclut à la réformation du jugement et à voir déclarer le licenciement abusif. Partant, il sollicite la condamnation de l'employeur au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis 10.578,20 euros, d'une indemnité de départ de 2.644,55 euros et d'une indemnité pour préjudices matériel et moral de 2 x 5.000 euros.

Le salarié conteste les faits invoqués par l'employeur à la base du licenciement. Il expose ne jamais avoir reçu dans toute sa carrière de plainte de parents ou d'avertissement quant à la qualité de son travail avant le 7 avril 2015. Au contraire, son professionnalisme aurait été illustré par l'octroi de primes annuelles conséquentes.

Ses conditions de travail auraient commencé à se dégrader fin 2014 et il aurait commencé à faire l'objet de pressions de la part de l'employeur lorsqu'il aurait refusé de signer un avenant à son contrat de travail devant s'appliquer au 1^{er} janvier 2015, dont l'objet aurait été de faire peser sur les cuisiniers la responsabilité pénale découlant d'un règlement européen concernant les allergènes. Ce point est offert en preuve par le salarié.

L'avertissement reçu le 7 avril 2015 aurait été injustifié.

Les pressions de l'employeur et la dépression consécutive seraient la cause de son incapacité de travail du 8 avril au 24 avril 2015. L'incapacité de travail aurait été prolongée du 27 avril 2015 au 8 mai 2015.

Si en première instance, le salarié a soutenu avoir prévenu son employeur de cette prolongation par SMS et s'il a versé un print-out d'écran d'ordinateur reprenant ses consultations médicales, il affirme en instance d'appel avoir informé l'employeur de cette prolongation par téléphone et avoir immédiatement envoyé le certificat médical d'incapacité de travail par la poste. L'information de l'employeur n'aurait pas été tardive. L'employeur, dûment informé de l'incapacité de travail, n'aurait pas été en droit de le licencier. Or, il aurait été licencié pour faute grave par courrier du 29 avril 2015, c'est-à-dire pendant la période de protection dont il affirme avoir bénéficié aux termes de l'article L.121-6 du Code du travail.

En ordre subsidiaire, le salarié formule une offre de preuve afin d'établir que le 29 avril 2015, date de l'expédition de la lettre de licenciement avec effet immédiat, l'employeur était en possession du certificat médical d'incapacité de travail du salarié pour la période du 27 avril au 30 avril 2015.

Le salarié fait valoir par ailleurs qu'une même faute ne pourrait donner lieu à deux sanctions successives, à savoir un avertissement et un licenciement. A la date du 7 avril 2015, aucun motif de licenciement avec effet immédiat n'aurait pu être constaté par l'employeur et celui-ci aurait d'ailleurs opté pour un avertissement. Les reproches touchant à l'hygiène du salarié et à son environnement de travail auraient été mentionnés dans l'avertissement du 7 avril 2015 et ne sauraient servir de justification au licenciement. Aucun fait nouveau ne se serait produit entre l'avertissement et le licenciement, ce qui serait logique, vu l'incapacité de travail du salarié à partir du 8 avril 2015.

Il y aurait également lieu de considérer que la lettre de licenciement ne ferait mention ni d'un problème relatif à la liste des allergènes ni de retards dans la préparation des plats pour les enfants ayant des allergies. Ces faits seraient donc à écarter. En effet, les motifs d'une lettre de licenciement ne pourraient être complétés a posteriori.

Les faits invoqués à la base du licenciement se fonderaient principalement sur les constatations de Madame TEMOIN1.) en date du 13 mars 2015 et précéderaient donc le licenciement de plus d'un mois, ce qui serait contraire à l'article L.124-10(6) du Code du travail. De tels faits ne sauraient justifier le présent licenciement.

Les motifs énoncés dans le courrier de licenciement seraient nombreux mais non précis et le licenciement serait, partant, abusif.

Les motifs à la base du licenciement ne seraient ni réels ni sérieux, vu le résultat de la mesure d'instruction.

Les manquements reprochés au salarié concerneraient des obligations qui, d'une part, n'auraient pas été prévues dans le contrat de travail et qui, d'autre part, relèveraient de la compétence d'un chef de cuisine et non pas de celle d'un simple cuisinier comme le salarié.

Le fait pour le salarié d'avoir été le supérieur hiérarchique du témoin TEMOIN2.) ne changerait rien à son statut de cuisinier, celui-ci n'ayant été qu'une aide de cuisine. Dans ce contexte, le salarié souligne ne jamais avoir affirmé être le supérieur hiérarchique de l'ensemble de ses collègues, contrairement à ce que l'employeur soutiendrait. Le témoin TEMOIN1.) n'aurait pas travaillé directement avec le salarié et ne serait pas à même de se prononcer sur son statut. L'appréciation – contestée – des deux témoins quant à la qualité de chef de cuisine du salarié ne suffirait pas à établir que tel eût réellement et ipso facto été le cas. En revanche, le contrat de travail, le certificat de travail et les fiches de salaire du salarié le qualifieraient tous de cuisinier. Lors de la reprise du contrat de travail par l'employeur en septembre 2012, le salarié aurait conservé la qualité de cuisinier. En vertu de l'article 1341 du Code civil, l'employeur aurait dû produire un écrit documentant la fonction de chef de cuisine du salarié, ce qu'il omettrait de faire.

En résumé, l'employeur n'établirait pas que le salarié ait été chef de cuisine.

Concernant la valeur probante des dépositions des deux témoins, le salarié donne à considérer qu'ils se trouveraient tous deux dans un lien de subordination par rapport à l'employeur, de sorte que la neutralité de leurs déclarations serait sujette à caution. Leurs déclarations ne seraient pas pertinentes au vu des reproches contenus dans la lettre de licenciement, qui, tel que déjà indiqué, ne mentionnerait ni un problème relatif à la liste des allergènes ni des retards de préparation des plats pour les enfants allergiques.

De plus, les témoins se contrediraient dans la mesure où le témoin TEMOIN1.) aurait affirmé que la liste des allergènes serait affichée dans toutes les cuisines tandis que le témoin TEMOIN2.) aurait déclaré que cette liste n'avait pas été affichée par la direction au sein de la maison-relais où le salarié travaillait. Cette liste n'étant pas affichée, il aurait été impossible d'en tenir compte. De plus, personne n'aurait demandé au salarié d'afficher une telle liste. Aucune obligation n'aurait été mise à sa charge en matière d'allergènes.

Le témoin TEMOIN1.) n'aurait été présente qu'une heure en cuisine. Son audition n'établirait pas le moindre manquement du salarié au niveau de l'hygiène et de l'état de la cuisine. Sur ce point, ce témoin aurait d'ailleurs déclaré ne rien avoir constaté d'anormal lors de sa visite.

Subsidiairement, les motifs invoqués à l'appui du licenciement ne seraient pas suffisamment graves pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

En effet, il y aurait lieu de tenir compte de l'ancienneté du salarié de presque dix ans au moment du licenciement. Même à supposer l'absence injustifiée du 27 avril 2015 établie, il s'agirait d'un fait isolé ne pouvant en aucun cas justifier un licenciement avec effet immédiat.

En vertu de son ancienneté, le salarié estime en instance d'appel être en droit de prétendre à une indemnité compensatoire de préavis de quatre mois de salaire ($4 \times 2.644,55 = 10.578,20$ euros) ainsi qu'à une indemnité de départ d'un mois de salaire (2.644,55 euros), augmentée au dernier état de ses conclusions du 22 octobre 2019 au montant de 2.956,23 euros, sur base de la moyenne de treize mensualités de salaire qui auraient été touchées pendant la période d'avril 2014 à mars 2015.

Quant au dommage matériel, le salarié demande la prise en compte d'une période de référence de six mois et expose avoir touché à partir du 11 août 2015 des indemnités de chômage brutes de 51,88 euros par jour. Aussi évalue-t-il son préjudice matériel au montant de 12.912,96 euros, qui correspond à la différence entre le total des salaires qu'il aurait touchés auprès de son employeur de mai 2015 à octobre 2015 (15.867,30 euros) et le total des indemnités de chômage perçues entre le 11 août 2015 et le 31 octobre 2015 (2.954,34 euros). Il en conclut qu'« *en réclamant une indemnité pour préjudice matériel de seulement 5.000 euros en première instance* », il « *a largement sous-évalué son préjudice* » et il demande le paiement dudit montant de 5.000 euros.

Pour ce qui concerne le préjudice moral, le salarié donne à considérer qu'il n'aurait jamais fait l'objet du moindre reproche avant fin 2014. Face à ce subit licenciement, il aurait dû vendre en urgence et au rabais sa maison en date du 9 janvier 2016 pour faire face aux mensualités de son prêt bancaire. L'absence de ressources et la perte financière soudaines consécutives au licenciement, son âge de 37 ans au moment du licenciement et la dépression engendrée par le licenciement justifieraient l'allocation du montant de 5.000 euros, tel que demandé dans la requête introductive d'instance.

Soulignant ne pas avoir eu l'opportunité de se présenter aux dernières plaidoiries de première instance et ne pas avoir pu faire valoir ses droits parce que l'employeur avait conclu au rejet de son courrier écrit, le salarié réclame la condamnation de l'employeur au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 euros pour chacune des deux instances.

L'employeur expose que depuis la date de la reprise du contrat de travail en 2012, le salarié, en sa qualité de chef de cuisine, aurait été en charge de la cuisine et de la cantine scolaire de la commune de LIEU1.), qui servait des repas aux écoliers de la maison-relais. Début mars 2015, les responsables de cette maison-relais se seraient plaints auprès de l'employeur de la violation répétée par le salarié des règles élémentaires d'hygiène, salubrité et sécurité alimentaire ainsi que d'une organisation chaotique.

Ces faits auraient été constatés par TMOIN1.), responsable des menus allergènes et dépêchée sur place le 13 mars 2015, ainsi que par la direction de l'employeur, également sur place le 16 mars 2015. Le 31 mars 2015, de nouvelles plaintes auraient été adressées à l'employeur par la maison-relais au sujet du travail et de la personne du salarié.

Lors d'une réunion du 1^{er} avril 2015 entre l'employeur et les responsables de la maison-relais, ceux-ci auraient exigé le remplacement à brève échéance du salarié, sous peine de résiliation des relations contractuelles les liant à l'employeur.

Lors d'une réunion du 7 avril 2015, le salarié aurait reconnu la majeure partie des reproches dont il était la cible mais les aurait minimisés. Le salut militaire du salarié à la fin de la réunion aurait confirmé dans son chef l'absence de prise de conscience de ses responsabilités. Suite à cette réunion, une lettre d'avertissement aurait été adressée au salarié, qui aurait été en congé de maladie du 8 avril au 24 avril 2015.

Le 9 avril 2015, l'employeur aurait reçu de nouvelles plaintes concernant le pointage par le salarié des heures de travail de ses collègues et la remise de son dossier des effectifs. Il se serait avéré que le salarié se présentait à son lieu de travail avec des retards quotidiens de 10 à 15 minutes.

Le 13 avril 2015, l'employeur aurait découvert lors d'un nouvel état des lieux de la cuisine du salarié l'absence de toute amélioration depuis le contrôle du 16 mars 2015 ainsi que la présence de jambon et de yaourts périmés.

Le 23 avril 2015, TMOIN2.) aurait informé l'employeur du comportement agressif du salarié à l'égard de ses collègues, du harcèlement sexuel que le salarié aurait fait subir à une collègue, de la consommation d'alcool importante et régulière du salarié sur le lieu de travail ainsi que de l'atteinte par le salarié à la vie intime de certaines collègues.

Confronté à l'ensemble de ces fautes, l'employeur n'aurait eu d'autre choix que de licencier le salarié.

Le jugement du tribunal du travail d'Esch/Alzette du 1^{er} juillet 2016 aurait déclaré le licenciement régulier au regard de l'article L.121-6 (3) du Code du travail et constaté que les motifs du licenciement avaient été indiqués avec suffisamment de précision et qu'ils n'avaient pas été invoqués tardivement. Le tribunal aurait également constaté que lesdits motifs, à les supposer établis, étaient d'une gravité de nature à justifier le licenciement.

L'appel ne portant que sur le jugement du 23 décembre 2016, le contenu du jugement du 1^{er} juillet 2016, en ce qu'il rejette certaines contestations du salarié, serait coulé en force de chose jugée. L'appel serait donc irrecevable en ce qu'il tend à rediscuter les points déjà toisés par le jugement du 1^{er} juillet 2016, notamment la gravité des motifs du licenciement. Il ne serait recevable que pour autant qu'il porte sur la réalité des motifs du licenciement et sur les conséquences qui en découlent.

Subsidiairement, en cas de recevabilité intégrale de l'appel, l'employeur sollicite la confirmation du jugement entrepris.

Il donne à considérer que l'offre de preuve qu'il a formulée en première instance serait une copie des termes de la lettre de licenciement, de sorte que les faits sur lesquels les témoins ont été interrogés figureraient nécessairement dans la lettre de licenciement du 29 avril 2015 et seraient donc pertinents.

Le salarié serait mal fondé à contester qu'il occupait de manière effective le poste de chef de cuisine au sein de l'établissement auquel il était affecté. En effet, il ne contesterait pas avoir été le supérieur hiérarchique de l'ensemble des collègues travaillant dans l'établissement en question. Les témoins TEMOIN1.) et TEMOIN2.) auraient identifié sans équivoque le salarié comme étant chef de cuisine de la maison-relais de LIEU1.). Par ailleurs, le salarié aurait accepté de participer le 11 février 2015 à un séminaire de trois heures sur les allergènes et leur gestion dans le secteur Horeca, pour lequel il aurait été désigné précisément en sa qualité de chef de cuisine. De plus, le salarié resterait en défaut d'indiquer qui, selon lui, aurait eu la qualité de chef de cuisine. D'autre part, la mention « cuisinier » sur le certificat de travail et les fiches de salaire ne serait pas de nature à exclure que le salarié ait eu la qualité de chef de cuisine. Il en serait de même du contrat de travail, comportant la mention « cuisinier », qui serait trop ancien (2005), compte tenu de l'évolution de la carrière du salarié. Un chef de cuisine serait un cuisinier disposant d'un pouvoir de direction et d'organisation sur le personnel de cuisine travaillant sous ses ordres.

Concernant le non-respect de la procédure relative aux allergènes et le retard dans la préparation des repas, le salarié ne saurait se soustraire à sa responsabilité en la matière sous prétexte de ne pas avoir signé « *un avenant au contrat de travail concernant les responsabilités entourant la question des allergènes* ». La nouvelle législation introduite par le règlement (UE) n°1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires s'imposerait en toutes circonstances à tous les professionnels de la restauration, qui auraient dès lors eu l'obligation de déclarer les quatorze ingrédients alimentaires provoquant des allergies/intolérances et étant énumérés en annexe au règlement.

Cette nouvelle responsabilité aurait incombé au chef de cuisine et seul responsable de la cantine scolaire de la commune de LIEU1.) qu'était le salarié.

Celui-ci n'aurait jamais respecté cette obligation malgré les directives claires et précises en ce sens de l'employeur et malgré sa participation à la formation susmentionnée de trois heures en date du 11 février 2015. Le salarié ne saurait feindre avoir ignoré ses obligations en la matière. Le non-respect systématique des procédures relatives aux allergènes serait établi par l'audition des témoins, qui auraient tout au plus apporté certaines précisions par rapport aux motifs du licenciement.

Le retard systématique du salarié de 10 à 15 minutes par jour serait établi par la fiche de pointage versée en cause et par le témoignage de TEMOIN2.). Le

salarié, censé démarrer son service à 6.30 heures, serait régulièrement arrivé avec une demi-heure, voire une heure de retard.

Le fait pour le salarié d'avoir passé du temps sur les réseaux sociaux pendant le temps de travail serait établi par les dépositions de TEMOIN2.).

Ce serait à bon droit que le tribunal a considéré que l'employeur a établi la réalité d'une majeure partie des faits reprochés au salarié dans la lettre de licenciement et que le licenciement litigieux est justifié, vu la gravité des faits établis à charge du salarié.

Plus subsidiairement et quant aux montants réclamés, l'employeur se rapporte à prudence de justice pour ce qui concerne l'indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité de départ.

Il conteste le principe et le quantum du dommage matériel invoqué, faisant valoir que le salarié ne justifie pas quelles démarches il a effectuées afin de retrouver un emploi et qu'une période de référence de six mois est excessive et est à réduire à deux mois, étant donné que le secteur de la restauration serait perpétuellement à la recherche de personnel.

L'employeur conteste également le principe et le quantum du dommage moral allégué. Il souligne le comportement déplacé du salarié au cours de ses derniers mois d'embauche. En outre, l'employeur affirme avoir laissé au salarié une chance de s'améliorer en le convoquant dans un premier temps à une réunion et en lui adressant dans un second temps une lettre d'avertissement. Le salarié aurait pris le parti de ne pas corriger ses erreurs. Au contraire, son comportement aurait empiré dès les premières remontrances. Vu l'ensemble de ces circonstances, il n'y aurait eu aucune atteinte à l'honneur et à la dignité du salarié. La personne du salarié aurait toujours été respectée.

L'employeur conteste enfin les indemnités de procédure réclamées par le salarié. Il réclame pour sa part la condamnation du salarié au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance, interjetant ainsi appel incident, et de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

Concernant la recevabilité de l'appel, le salarié réplique que le dispositif du jugement du 1^{er} juillet 2016, unique élément déterminant pour apprécier si un jugement est appellable, n'a pas toisé le fond du litige, notamment les questions de la protection du salarié contre le licenciement en période de maladie et de la précision, de la tardiveté et de la gravité des motifs du licenciement. Ce jugement serait un jugement avant-dire droit qui n'aurait pas été immédiatement appellable.

En conséquence, l'appel serait recevable et la discussion en appel ne serait pas à limiter à l'analyse de la réalité des motifs du licenciement et aux conséquences qui en découlent, contrairement à ce que l'employeur soutient.

Quant au fond, le salarié réplique que l'employeur plaiderait un certain nombre de faits non contenus dans la lettre de licenciement, ce que l'employeur reconnaîtrait dans ses conclusions du 24 décembre 2018 (comportement

agressif à l'égard des collègues, harcèlement sexuel d'une collègue, consommation d'alcool importante et régulière sur le lieu de travail et atteinte à la vie intime de certaines collègues). Ces faits seraient contestés et il y aurait lieu d'en faire abstraction, l'employeur n'étant pas en droit de faire état ultérieurement de motifs nouveaux n'étant pas compris dans la lettre de licenciement. L'usage de l'offre de preuve pour rapporter la preuve de prétendus faits non invoqués dans la lettre de licenciement serait prohibé.

Pour ce qui concerne les manquements en rapport avec les procédures relatives aux allergènes, l'employeur ne ferait qu'une vague référence au règlement européen n°1169/2011, sans en expliquer les implications, et ce règlement ne serait d'aucune pertinence pour apprécier le caractère réel des motifs du licenciement. Il ne serait pas démontré en quoi ce règlement aurait opéré un transfert de responsabilité de la nouvelle organisation des cuisines sur le personnel occupant des fonctions de cuisinier.

D'autre part, la participation du salarié à une formation sur les allergènes ne saurait opérer un transfert vers le salarié des obligations pesant sur l'employeur. Le salarié conteste d'ailleurs avoir reçu de quelconques directives en la matière de la part de son employeur. La lettre d'avertissement du 7 avril 2015 ne ferait pas état de manquements concernant les procédures relatives aux allergènes.

Quant aux horaires de travail, le contrat de travail stipulerait que l'horaire de travail normal est de 8.00 heures à 16.30 heures. La seule et unique fiche de pointage versée par l'employeur pour le mois de mars 2015 – à la supposer exacte – documenterait des arrivées du salarié entre 6.30 heures et 7.30 heures. Il ne saurait donc être question de retards quotidiens et récurrents dans le chef du salarié. La déposition du témoin TEMOIN2.) sur ce point ne serait ni précise ni pertinente.

Quant au temps prétendument passé par le salarié sur les réseaux sociaux, les dépositions du témoin TEMOIN2.) ne seraient pas pertinentes.

Le salarié réplique encore que sa qualité de chef de cuisine ne saurait être déduite de sa participation à une formation de trois heures sur la réglementation applicable en matière d'allergènes. Ensuite, il n'aurait pas été à même d'indiquer l'identité de la personne étant chef de cuisine pour la simple raison que l'employeur aurait laissé ce poste vacant par choix économique. En tout état de cause, la charge de la preuve de sa qualité de chef de cuisine reposerait sur l'employeur.

Le salarié s'oppose enfin au paiement des indemnités de procédure réclamées par l'employeur, faute pour celui-ci de démontrer l'existence d'une quelconque iniquité au sens de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

L'employeur réplique, quant aux retards du salarié à son poste de travail, que le contrat de travail sur lequel le salarié se base pour documenter ses horaires de travail a été signé le 30 septembre 2005 avec la société à responsabilité limitée SOCIETE2.), qui n'aurait plus été d'actualité. En dix ans, les conditions de travail du salarié auraient évolué. En tout état de cause, l'article 5 alinéa 2 de ce contrat

prévoit que l'horaire de travail est mobile, selon les besoins de l'employeur et les usages de la branche.

En pratique, le salarié aurait eu l'obligation de se présenter à son poste de travail à 6.30 heures, tout comme les autres membres du personnel de cuisine. Ceci serait confirmé par le témoin TEMOIN2.) qui aurait précisé que « *PERSONNE1.) n'arrivait jamais à l'heure* » et que « *je commençais à 6.30 heures du matin seule et il arrivait parfois même avec une heure de retard* ».

De plus, le salarié, se fondant sur une prise de service à 8 heures, n'expliquerait pas pour quelle raison il se présentait tous les matins entre 6.30 heures et 7.30 heures à son poste de travail.

A cette argumentation, le salarié réplique que l'horaire de travail constituerait un élément substantiel d'un contrat de travail, qui ne pourrait être modifié que moyennant le respect des formalités prévues à l'article L.121-7 du Code du travail. Il ne serait pas prouvé qu'une telle procédure de modification ait été effectuée, de même qu'il ne serait pas établi que le service du salarié ait débuté à 6.30 heures. La notion d'horaire mobile serait incompatible avec l'obligation de se présenter à une heure fixe.

L'employeur réplique encore, concernant les faits non contenus dans la lettre de licenciement (comportement agressif à l'égard des collègues, harcèlement sexuel d'une collègue, consommation d'alcool importante et régulière sur le lieu de travail et atteinte à la vie intime de certaines collègues), qu'il serait en droit de les invoquer en vue de compléter en cours de procédure les motifs figurant dans la lettre de licenciement.

L'appréciation de la Cour d'appel

L'appel relevé par le salarié est régulier pour avoir été relevé dans les formes et délai de la loi.

- Cet appel ne vise que le jugement du 23 décembre 2016, à l'exclusion du jugement du 1^{er} juillet 2016.

Dans son dispositif, le jugement du 1^{er} juillet 2016 a déclaré la demande recevable et a ordonné une mesure d'instruction. L'appel immédiat contre ce jugement aurait été irrecevable (Cour d'appel 6 janvier 1988, P.27, p.207) s'il avait été formé. Cependant, il est un fait que le salarié n'a pas non plus entrepris ce jugement au moment où il a interjeté appel contre le jugement du 23 décembre 2016.

Or, il peut être nécessaire de relever appel d'un jugement avant-dire droit ensemble avec le jugement qui ouvre la voie de l'appel. Tel est le cas si, comme en l'espèce, le jugement avant dire droit porte dans ses motifs une appréciation sur certains points que l'appelant veut faire réexaminer par la juridiction d'appel. En effet, si le seul dispositif est considéré pour savoir si le droit d'appel existe, les motifs sont cependant pris en considération pour apprécier si un jugement avant dire droit produit à l'égard de certains points l'autorité de la chose jugée.

Dès lors, si l'appelant veut rediscuter ces points en instance d'appel, il doit frapper d'appel le jugement qui contient ces motifs. Si l'appel est dirigé seulement contre le jugement définitif, comme cela est le cas en l'occurrence, le contenu du jugement antérieur ne peut pas être discuté (Thierry Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg n° 1281).

Dans la motivation du jugement du 1^{er} juillet 2016, le tribunal a considéré que le licenciement était régulier au regard de l'article L.121-6 (3) du Code du travail et que les motifs du licenciement ont été énoncés dans la lettre de licenciement avec la précision requise par la loi. Il a considéré que les faits décrits dans la lettre de licenciement, à les supposer établis, seraient suffisamment graves pour justifier le licenciement intervenu. Quant à la question de savoir si les motifs du licenciement ont été invoqués par l'employeur endéans le délai d'un mois à partir du moment où il en a eu connaissance, le tribunal a énoncé le principe découlant de l'article L.124-10 (6) du Code du travail et a, en admettant l'offre de preuve, implicitement toisé cette question et admis que l'employeur n'a pas contrevenu à l'article précité.

Il s'ensuit que ni la question de l'absence de protection du salarié contre un licenciement en période d'incapacité de travail, ni celle de la précision des motifs du licenciement, ni celle de la tardiveté de ces motifs ne seront rediscutées en instance d'appel. Par voie de conséquence, l'offre de preuve du salarié tendant à établir qu'au moment de l'expédition de la lettre de licenciement avec effet immédiat, l'employeur était en possession du certificat médical d'incapacité de travail du salarié, est à déclarer irrecevable.

En revanche, la libre appréciation de la gravité des motifs du licenciement reste acquise à la Cour, cette appréciation étant fonction du résultat de la mesure d'instruction.

- Le salarié est fondé à soutenir qu'une même faute ne peut donner lieu à deux sanctions successives, c'est-à-dire à un avertissement et à un licenciement. En effet, les motifs du licenciement invoqués par l'employeur ne doivent pas encore avoir fait l'objet d'un avertissement, qui est à considérer comme constituant déjà une sanction en soi. L'employeur, en se décidant pour un avertissement après chaque série de griefs formulés contre son salarié, estime que la conduite de ce dernier n'est pas assez grave pour mériter le licenciement. Au-delà de la faute commise par le salarié, l'avertissement documente aussi la volonté de l'employeur de poursuivre la relation de travail et d'accorder une nouvelle chance au salarié. L'employeur ne peut revenir sur cette appréciation et prononcer par la suite un licenciement sur base des mêmes faits. Cependant, l'employeur, qui licencie un salarié pour un fait pour lequel celui-ci n'a pas encore fait l'objet d'un avertissement, est autorisé à invoquer à l'appui du licenciement des faits antérieurs similaires qui ont déjà fait l'objet d'un avertissement.

En l'occurrence, le salarié a reçu de l'employeur un avertissement daté du 7 avril 2015 et rédigé dans les termes suivants :

« *Monsieur,*

Par la présente, nous nous voyons contraints de vous notifier un avertissement du chef de la faute et négligence graves suivantes :

Nous avons reçu le mercredi 1^{er} avril 2015 des plaintes de votre client vous concernant :

Tout d'abord, votre client constate régulièrement que la cuisine et votre tenue de travail sont sales ce qui n'est pas conforme en matière d'hygiène et de sécurité alimentaire.

Ensuite, votre client a remarqué à plusieurs reprises que vous sortez pour fumer en tenue de travail pendant vos heures de travail et surtout pendant le service de midi au niveau du bâtiment de l'Administration Communale de LIEU1.), cela correspond à un abandon de poste puisque vous vazez à une occupation personnelle et que vous ne respectez pas une nouvelle fois les règles d'hygiène et de sécurité alimentaire.

Enfin, votre client nous a avertis sur le fait que vous passiez beaucoup de temps sur le réseau social Facebook pendant vos heures de travail en utilisant l'ordinateur professionnel mis à votre disposition uniquement pour le travail.

Ce présent courrier doit vous faire prendre conscience de l'importance de votre mission en matière de respect des règles d'hygiène et de sécurité alimentaire, et du respect de vos obligations contractuelles.

Souhaitant que vous réagissiez positivement à cette demande, nous vous prions d'agréer..... ».

Ces trois types de griefs sont reproduits dans la lettre de licenciement du 29 avril 2015 (« l'état constamment et extrêmement sale de votre tenue et de votre cuisine » en page 1 de la lettre de licenciement; « vous fumiez quotidiennement pendant vos heures et en tenue de travail aux abords de la Maison-Relais, soit au vu et su des élèves, éducateurs et des parents, nonobstant l'interdiction formelle en ce sens au regard de votre contrat de travail ainsi que des règles strictes d'hygiène en matière alimentaire » en page 3 de la lettre de licenciement; « vous surfiez quotidiennement sur les réseaux sociaux pendant vos heures de travail, même voire surtout pendant les heures d'afflux des élèves » en page 3 de la lettre de licenciement).

Les déclarations des témoins n'ayant pas établi l'existence de faits nouveaux similaires qui auraient eu lieu après le 7 avril 2015, il n'y a pas lieu de tenir compte de ceux constatés avant cette date et qui ont déjà donné lieu à l'avertissement du 7 avril 2015.

Dans l'appréciation de la justification du licenciement litigieux, il convient donc de faire abstraction des griefs énumérés dans l'avertissement du 7 avril 2015, conformément aux plaidoiries du salarié.

- Quant au moyen selon lequel l'employeur plaiderait certains faits non contenus dans la lettre de licenciement (comportement agressif du salarié à l'égard des

collègues, harcèlement sexuel d'une collègue, consommation d'alcool importante et régulière sur le lieu de travail et atteinte à la vie intime de certaines collègues), ces faits ont été admis en preuve par le jugement du 1^{er} juillet 2016, bien que l'employeur soit uniquement admis à se référer aux motifs énoncés dans sa lettre de licenciement et ne soit pas en droit d'invoquer à l'audience des faits nouveaux, comme il l'a fait en l'espèce.

Toutefois et vu l'absence d'appel contre le jugement du 1^{er} juillet 2016, le moyen du salarié est à rejeter.

- Le moyen du salarié tiré de ce que la lettre de licenciement ne ferait mention ni d'un problème « relatif à la liste des allergènes » ni de retards dans la préparation des plats pour les enfants ayant des allergies est à rejeter étant donné que la lettre de licenciement fait état de « *non-respect systématique des procédures relatives aux allergènes, d'allergènes ni affichés, ni identifiés dans la trame des menus* », de « *retard quotidien dans le réapprovisionnement des buffets de sorte que les derniers élèves étaient privés de menus complets* » et de ce que « *certains plats n'étaient pas prêts* ».

- Préalablement à l'examen de la réalité des motifs du licenciement, il convient d'examiner si le salarié était cuisinier ou chef de cuisine.

Tant le contrat de travail du salarié du 30 septembre 2005 que le certificat de travail du 12 septembre 2012 qualifient le salarié de cuisinier. Le document du 6 août 2012, qui a informé le salarié du transfert de son contrat de travail, ne contient aucun avenant au sujet de la qualité et de la fonction de cuisinier du salarié. Un avenant ultérieur selon lequel le salarié aurait désormais été embauché comme chef de cuisine fait défaut. Les fiches de salaire du salarié concernant la période de mars 2014 à mars 2015 portent toutes la mention « cuisinier ». Il n'est pas non plus allégué et établi par les pièces du dossier que le salarié aurait bénéficié d'une augmentation de salaire autre que celle liée à l'indice des prix. Au vu de ces constatations, les appréciations des témoins TEMOIN1.) et TEMOIN2.) selon lesquelles le salarié était chef de cuisine ne sont pas de nature à remettre en question la nature de la fonction du salarié.

- Concernant la réalité des motifs du licenciement dont l'employeur est en droit de se prévaloir, notamment a) le motif de licenciement tenant au retard quotidien du salarié à raison de dix à quinze minutes par jour, le témoin TEMOIN2.) fait état de retards récurrents du salarié allant jusqu'à une heure, mais elle compare ces retards par rapport à son propre horaire, qui se situe à 6.30 heures. Ces déclarations ne sont pas pertinentes étant donné que le contrat de travail du salarié, non modifié par un quelconque avenant, fixe le début de l'horaire de travail du salarié à 8.00 heures et qu'une violation de cette clause par le salarié n'est donc pas établie par le témoin.

En revanche, la fiche de pointage du mois de mars 2015 versée par l'employeur fait – elle – état de sept retards du salarié, l'arrivée la plus tardive se situant à 8.26 heures. Ce grief est donc établi.

b) Les motifs du licenciement tenant au harcèlement sexuel d'une collègue ou à l'atteinte à la vie intime de certaines collègues ne sont pas établis. Concernant le motif tiré du comportement agressif du salarié à l'égard des collègues et d'une consommation d'alcool importante et régulière sur le lieu de travail, les déclarations de TEMOIN2.) quant au caractère agressif et désagréable du salarié, qui s'adressait au personnel de la cuisine en criant sont vagues et ne permettent pas de caractériser des faits circonscrits, partant, d'apprécier la gravité de ces faits.

c) Quant au motif du licenciement reposant sur le fait que « *les allergènes n'étaient ni affichés, ni identifiés dans la trame des menus, de sorte qu'il était très difficile de déterminer quels plats étaient destinés à quels enfants, sans préjudice du fait que certains plats n'étaient pas prêts et que d'autres ne correspondaient pas à l'allergène* », les déclarations des témoins sont les suivantes :

Le témoin TEMOIN1.) explique qu'elle était responsable de la gestion des menus, qu'au vu des nouvelles normes en vigueur, elle était chargée de déclarer les allergènes dans les plats des enfants et que son interlocuteur à la maison-relais de LIEU1.) était toujours PERSONNE1.).

Elle déclare : « *à partir de janvier 2015, nous avons affiché dans toutes nos cuisines la liste avec les allergènes et nous demandions que cela soit fait systématiquement pour que les éducateurs puissent contrôler ce que les enfants mangeaient et c'est obligatoire au vu de la nouvelle législation* ». TEMOIN1.) déclare encore : « *le 13 mars 2015, j'ai constaté en me rendant à la maison-relais de LIEU1.) que les documents contenant les allergènes et qui devaient être affichés dans la cuisine ne l'étaient pas. Je suis restée une heure sur place pour voir comment PERSONNE1.) gérait les allergènes et j'ai constaté que les plats n'étaient soit pas préparés soit ils ne correspondaient pas aux allergènes qui devaient être servis. Il n'y avait rien qui pouvait être servi aux enfants qui avaient une allergie. PERSONNE1.) réagissait à la minute* ».

TEMOIN1.) déclare également : « *C'est avec lui que je préparais les menus et auquel je donnais les informations par rapport aux produits qui étaient achetés. PERSONNE1.) était aussi chargé d'effectuer tous les achats pour préparer les menus en question* ». Il découle encore des déclarations de ce témoin qu'au début de chaque année, PERSONNE1.) était informé des allergies des enfants qui fréquentaient la maison-relais de sorte qu'il savait à l'avance à quels produits ou à quels allergènes il devait faire attention et donc préparer leurs plats en fonction de leurs allergies.

Il ressort de ces dernières déclarations que contrairement à ce que le salarié soutient, celui-ci avait, pour la préparation des plats, des directives précises au sujet des allergies des enfants ainsi que des produits et allergènes susceptibles de poser problème.

Les déclarations de TEMOIN2.) complètent celles de TEMOIN1.).

TEMOIN2.) déclare que : « *Quant aux allergènes, je dois dire que PERSONNE1.), bien que responsable des menus allergènes, négligeait*

totallement leur préparation. Nous étions au courant des allergies des enfants qui fréquentaient la maison-relais et il était prévu que PERSONNE1.) prépare des plats à part pour ces enfants. Or, souvent les enfants arrivaient et aucun plat n'avait encore été préparé. Donc les enfants attendaient souvent une trentaine de minutes avant que PERSONNE1.) leur serve leur menu. Je confirme qu'il n'y avait pas d'affichage de la liste des allergènes en cuisine. Les éducateurs ont souvent averti PERSONNE1.) que cela ne pouvait plus continuer de cette manière mais il ne faisait aucun effort pour s'améliorer. Je peux indiquer que cette situation était récurrente à partir de Noël ».

En résumé, les dépositions des deux témoins ont permis d'établir que la liste d'allergènes n'était pas affichée, qu'il y a eu un constat de confusion des plats par rapport aux allergènes et que de manière récurrente depuis Noël 2014, les plats pour les enfants allergiques n'étaient pas préparés.

d) Concernant le motif de licenciement reposant sur l'absence injustifiée du salarié du 27 avril 2015 au 29 avril 2015, date du licenciement, le salarié explique cette absence par une prolongation de son incapacité de travail, qui n'est toutefois pas documentée par un certificat médical. En tout état de cause, il s'y ajoute le fait, considéré par le jugement du 1^{er} juillet 2016 comme avéré, selon lequel le salarié a manqué à son obligation d'avertir son employeur de la prolongation de son incapacité de travail, tout d'abord le premier jour, puis ensuite jusqu'à la date de son licenciement.

Le salarié est mal fondé à soutenir que ce manquement constitue un fait isolé, eu égard aux autres motifs de licenciement établis à son encontre.

Tous ces griefs, pris dans leur ensemble, sont d'une gravité telle qu'ils sont de nature à empêcher définitivement le maintien de la relation de travail entre les parties et à justifier le congédiement du salarié sans préavis.

Dans ces circonstances, l'offre de preuve du salarié consistant à établir que ses conditions de travail auraient commencé à se dégrader fin 2014 lors de son refus de signature d'un avenant à son contrat de travail n'est pas pertinente et est à déclarer irrecevable.

En conséquence, c'est à juste titre que le tribunal a considéré comme justifié le licenciement avec effet immédiat intervenu le 29 avril 2015. De ce fait, le jugement est également à confirmer en ce qu'il a déclaré non fondées les demandes du salarié en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et d'une indemnité de départ ainsi que les demandes en indemnisation du préjudice matériel et moral.

C'est également à bon droit et pour des motifs qu'il convient d'adopter que le tribunal a débouté les parties de leurs demandes en paiement d'une indemnité de procédure. L'appel incident de l'employeur est donc à rejeter.

Pour les mêmes motifs, les parties sont à débouter de leurs demandes en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement et en application de l'article 2(1) du règlement grand-ducal du 17/4/20 relatif à la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

dit les deux offres de preuve de PERSONNE1.) irrecevables,

dit les appels principal et incident non fondés,

confirme le jugement entrepris,

dit les demandes en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de PERSONNE1.) et de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) non fondées,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître AVOCAT2.), sur ses affirmations de droit.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par MAGISTRAT1.), président de chambre, en présence du greffier assumé GREFFIER1.).