Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix octobre deux mille treize.

Numéro 37496 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 :

la société à responsabilité limitée 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 de Luxembourg du 9 juin 2011,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Bernard FELTEN, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à F-(…),

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

appelante par incident,

comparant par Maître Michel SCHWARTZ, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 16 avril 2013.

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

Revu l'arrêt du 31 janvier 2013 par lequel la Cour a invité les parties à prendre position sur la recevabilité de l'appel principal interjeté par la société à responsabilité limitée A s.à r.l. (ci-après : la société A) contre le jugement du 23 mars 2011.

La société A conclut à la recevabilité de l'appel au motif que le tribunal a tranché dans son dispositif sur le principal puisqu'il a déclaré le licenciement avec effet immédiat abusif et a condamné l'appelante d'ores et déjà à payer le montant de 3.495,79 euros. Le tribunal aurait également ordonné une mesure d'instruction tendant à établir la réalité des faits invoqués à l'appui de son licenciement avec préavis.

B rejoint ces conclusions.

Aux termes des articles 579, 580 et 355 du NCPC, les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal. Il en est de même lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non recevoir ou tout autre incident met fin à l'instance. Les autres jugements, et notamment ceux qui ordonnent ou refusent d'ordonner une mesure d'instruction, ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi.

Le principal s'entend des prétentions respectives des parties qui fixent l'objet du litige. Il en suit qu'en cas de pluralité de demandes, seules les dispositions du jugement tranchant une partie du principal d'une demande et ordonnant pour le surplus une mesure d'instruction quant à cette même demande ou à ce même chef de demande (si la demande comprend plusieurs chefs indépendants) revêtent le caractère d'un jugement mixte susceptible d'appel immédiat au sens des dispositions précitées, les autres dispositions ayant soit le caractère d'un jugement sur le fond, soit celui d'un jugement purement avant dire droit, avec les conséquences qui en découlent quant à la recevabilité de l'appel (cf. Cour 20 octobre 2010 no 29957 du rôle).

En l'espèce, l'appel de la société A porte sur deux demandes distinctes de B dont l'une tend à s'entendre indemniser du chef de son licenciement avec préavis du 28

novembre 2008 et l'autre tend à s'entendre indemniser de son licenciement avec effet immédiat du 8 décembre 2008.

Par son jugement du 23 mai 2011, le tribunal du travail a tranché une partie du principal, mais seulement dans l'une des deux demandes, en ce qu'il a déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat du 8 décembre 2008, fondée la demande de B en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis pour le montant de 3.495,79 euros et sursis à statuer quant à ses demandes en indemnisation de ses préjudices matériel et moral.

En revanche, en ce qui concerne le licenciement avec préavis du 28 novembre 2008, le tribunal du travail n'a pas tranché une partie du principal dès lors qu'il a seulement ordonné des enquêtes tendant à établir la réalité des faits invoqués par la société A à l'appui du licenciement avec préavis.

Il résulte de ce qui précède que l'appel de la société A est recevable pour autant qu'il porte sur le licenciement avec effet immédiat et qu'il est irrecevable pour le surplus comme étant prématuré.

- **La forclusion de la demande :**

La société A réitère en instance d'appel son moyen tiré de la forclusion de la demande au motif que la lettre de réclamation du 30 janvier 2009 n'a pas pu valablement interrompre le délai de forclusion de trois mois prévu par l'article L.124-11 du code du travail, étant donné que B se serait limitée à contester les motifs du licenciement, sans indiquer qu'elle considérait le licenciement comme abusif et comme pouvant obliger son ancien employeur à réparer le préjudice ainsi causé.

En vertu de l'article L.124-11(2) le délai de forclusion de trois mois pour intenter une action judiciaire est valablement interrompu *« en cas de réclamation écrite introduite auprès de l'employeur par le salarié, son mandataire ou son organisation syndicale. Cette réclamation fait courir, sous peine de forclusion, un nouveau délai d'un an. »*

Le 30 janvier 2009, le mandataire de B a adressé à la société A un courrier de la teneur suivante :

« La présente pour vous informer que ma mandante conteste formellement les motifs à la base du licenciement avec préavis daté du 29 novembre 2008 ainsi que les motifs du licenciement pour faute grave intervenu en date du 8 décembre 2008. Ma mandante se réserve tous moyens, droits, dus et actions ».

Ce courrier exprime sans équivoque la désapprobation de B quant au bien-fondé des deux licenciements intervenus à son encontre dont elle se réserve tous droits et actions.

C'est dès lors à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a retenu que ledit courrier valait réclamation au sens de l'article L.124-11 (2) du code du travail, qu'il en a déduit que le délai de forclusion avait été valablement interrompu et que l'action judiciaire avait été introduite dans les délais de la loi.

- **La précision des motifs du licenciement avec effet immédiat en relation avec le comportement provocateur de B :**

En ce qui concerne la précision des motifs du licenciement avec effet immédiat, la société A fait grief au tribunal du travail d'avoir écarté pour défaut de précision les motifs de licenciement concernant l'état d'esprit provocateur de B les derniers jours de son travail.

Elle fait valoir que contrairement à la motivation du jugement entrepris ces faits auraient été suffisamment précis, alors que B aurait eu les éléments suffisants pour savoir ce qui lui était reproché et pour savoir si elle a affirmé vouloir être licenciée ou non. L'on ne saurait être plus exigeant au niveau de la précision pour les licenciements avec effet immédiat que pour les licenciements avec préavis. Tous les faits reprochés à B auraient constitué des actes volontaires de provocation de sa part destinés à se faire licencier.

Elle réitère son offre de preuve tendant à établir les faits suivants:

« que les jours ayant précédé le mercredi 3 décembre, Madame B a dit à plusieurs reprises devant ses collègues Madame C, Madame D et Madame E qu'elle souhaitait être licenciée ;
qu'ainsi, le vendredi 28 novembre 2008, elle a dit à Madame G, près du comptoir de caisse, et devant Madame C et Madame D : « J'attends que Monsieur F me vire. » ;
que les jours précédant son licenciement, le travail s'est déroulé dans un mauvais était d'esprit, Madame B cherchant la provocation ;
qu'ainsi, le 21 novembre 2008 aux environs de 12 h, Madame B a utilisé son téléphone portable à des fins privées pour visiblement consulter ou envoyer un SMS, dans le magasin, devant Monsieur F arrivant à ce moment là et ses collègues Madame G, Madame C et Madame D ;
que de même, en date du 29 novembre 2008, alors que Madame G avait pris soin de nettoyer le magasin parfaitement afin qu'il soit prêt pour l'ouverture à 9 heures, Madame B, arrivant à environ 10 heures, critique la façon dont le sol en carrelage a été lavé par Mme G et ce, devant Madame C ;

que devant une telle volonté de contester sa hiérarchie et de se mettre en opposition face à ses collègues, l'employeur n'avait d'autre solution que de licencier Madame B. »

B conclut à la confirmation du jugement. Elle soutient que les motifs tenant à son prétendu comportement provocateur au cours des derniers jours de travail et quant à l'utilisation de son téléphone portable à des fins privées manqueraient de la précision temporelle que l'appelante tenterait vainement de corriger en formulant une offre de preuve.

L'offre de preuve serait à rejeter alors que différents faits remonteraient en fait à une période antérieure au premier licenciement ; que nombre de faits et de précisions auraient été rajoutés ; qu'en ce qui concerne l'utilisation du téléphone à un usage privé il s'agirait tout au plus d'un fait isolé qui se serait déroulé dans la journée du 28 novembre 2008 et que sa prétendue critique sur la manière du lavage du sol constituerait un ajout pur et simple par rapport aux termes de la lettre de motivation.

En l'espèce, la société A reproche à B son comportement provocateur pendant les jours précédant son licenciement avec effet immédiat, notamment d'avoir déclaré auprès de ses collègues de travail qu'elle souhaitait être licenciée, voire qu'elle attendait qu'elle soit licenciée par M. F et qu'elle utilisait le téléphone portable à des fins privées.

Il se dégage encore des explications fournies que le comportement querellé se situe en partie entre le licenciement avec préavis et le licenciement avec effet immédiat, voire même peu avant le licenciement avec préavis. Or, à défaut par l'appelante d'indiquer les circonstances dans lesquelles les propos et agissements provocateurs reprochés à B ont eu lieu, la contre-preuve des faits allégués devient impossible, de même qu'une appréciation objective du comportement fautif reproché. Il s'y ajoute que le dernier fait offert en preuve relatif à la critique par B du nettoyage du sol constitue un fait nouveau non repris dans la lettre de licenciement.

Il s'ensuit que l'offre de preuve formulée par la société A est à rejeter pour défaut de pertinence et qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté les motifs ci-avant examinés pour défaut de précision.

- **Le caractère réel et sérieux du licenciement avec effet immédiat pour absence injustifiée:**

La société A fait grief au tribunal du travail d'avoir déclaré le licenciement avec effet immédiat abusif, nonobstant l'absence injustifiée de plusieurs jours de B et sans tenir compte des circonstances particulières ayant entouré le licenciement.

En ce qui concerne en particulier l'absence injustifiée, l'appelante fait valoir que B n'a pas prouvé avoir informé son employeur dans les trois jours de sa maladie ; B aurait seulement envoyé un « sms » le 3 décembre 2008 à H, épouse du gérant de son employeur, sans lien avec la société A pour l'informer qu'elle ne serait pas là ce jour, qu'elle se sentirait mal et devrait aller consulter un médecin et que depuis cette date, elle n'aurait plus donné de nouvelles de sa part, laissant ainsi son employeur *« en plan »* en pleine période de fêtes.

Elle offre de prouver par la voie testimoniale qu'elle est restée depuis le mercredi 3 décembre 2008 sans autre nouvelle de la part de B et quelles ont été les répercussions de cette absence sur son activité commerciale à l'approche des fêtes de fin d'année.

B de son côté soutient qu'elle avait pris soin d'informer la société A dès le premier jour de sa maladie en envoyant le 3 décembre 2008 un « sms » à l'épouse du gérant H qui était régulièrement présente dans le magasin. Elle aurait en outre, par l'intermédiaire de son mari, déposé à la poste le 3 décembre 2008 le certificat médical établi le même jour par le Dr. I et réceptionné par la société A le vendredi 5 décembre. Elle formule une offre de preuve tendant à établir sa version des faits.

Il y a lieu d'abord de relever qu'il n'y a pas lieu de revenir sur le prétendu comportement provocateur de B pendant les jours précédant son licenciement avec effet immédiat pour les motifs ci-avant retenus.

Aux termes de l'article L.121-6 (1) et (2) du code du travail, le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement d'en avertir personnellement ou le représentant de celui-ci (…). Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant de son incapacité de travail et sa duré prévisible.

A défaut de présentation du certificat médical avant l'expiration du troisième jour d'absence du salarié, les dispositions protectrices de la loi cessent d'être applicables à l'égard de l'employeur, conformément à l'article L.121-6 (3).

En l'espèce, il résulte de la lettre de licenciement du 8 décembre 2008 que la société A avait été valablement avertie le premier jour de l'absence de B, puisqu'elle reconnaît avoir reçu cette information par l'intermédiaire de l'épouse du gérant à laquelle B avait envoyé un « sms » le 3 décembre 2008.

Il résulte encore du certificat de maladie établi le 3 décembre 2008 par le Dr. I que B était en arrêt de travail du 3 décembre 2008 au 4 janvier 2009.

A supposer encore comme l'ont fait à bon escient les premiers juges que la société A n'ait réceptionné le susdit certificat de maladie qu'après qu'elle eût envoyé la lettre de licenciement, soit après le 8 décembre 2008, il n'en demeure pas moins, que le licenciement était prématuré.

En effet, et même si l'absence de B se situa en période de fin d'année comportant une forte activité commerciale, il n'en demeure pas moins que la salariée avait prévenu son employeur le premier jour de son absence qu'elle ne se sentait pas bien et qu'elle allait consulter un médecin.

C'est dès lors à bon droit et sans qu'il n'y ait lieu de procéder encore à une mesure d'instruction complémentaire que le tribunal du travail a retenu que l'absence injustifiée de B n'était pas suffisamment grave pour justifier son licenciement avec effet immédiat du 8 décembre 2008.

- **L'indemnité de préavis :**

Le tribunal du travail a fixé sur base d'un salaire brut moyen de 1.806,16 euros, l'indemnité compensatoire de préavis devant revenir à B à partir du 1er décembre 2008 au 31 janvier 2009 à 3.495,79 euros.

La société A conteste ce montant au motif que B avait un salaire brut de 1.410 euros et qu'elle travaillait 35 heures.

B conteste également le montant lui alloué au motif que son salaire mensuel brut moyen au cours des trois derniers mois ayant précédé son licenciement s'élevait à 1.773,91 euros. Elle demande encore de lui allouer une indemnité de préavis pendant la période du 3 décembre 2008 au 15 février 2009, de sorte qu'elle aurait droit à un montant total de 4.318,47 euros.

Il y a lieu d'abord de relever que c'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a retenu sur base des fiches de salaire de juillet 2008 à décembre 2008 versées en cause un salaire mensuel brut moyen de 1.806 euros et qu'il a retenu que B avait droit à une indemnité de préavis du 1er décembre 2008 au 31 janvier 2009 en retenant que le délai de préavis commençait à courir conformément aux dispositions de l'article L.124-3.(3) du code du travail, le 1er décembre 2008 et se terminait le 31 janvier 2009.

C'est encore à juste titre et pour le motif que le Cour adopte que le tribunal a retenu qu'il n'y avait pas lieu d'intégrer à l'indemnité de préavis une indemnité de congé non pris.

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

- **L'indemnité pour jours de congés non pris :**

B demande encore le paiement de la somme de 243,36 euros du chef d'indemnité de jours de congés non pris pour la période du 1er décembre 2008 au 15 février 2009.

B ayant fait l'objet d'un licenciement avec préavis le 29 novembre 2008 qui a commencé à courir le 1er décembre 2008 jusqu'au 31 janvier 2009, elle a droit à une indemnité pour jours de congés non pris de : 4,16 jours de congé x 7 heures journalières x 11,91 (salaire horaire moyen (1.806,16 : 151,55 sur base d'un contrat de travail de 35 h/semaine) = 346,52 euros.

Etant donné que B n'a demandé qu'un montant de 243,36 euros, sa demande est dès lors à déclarer fondée pour ce montant.

- **Le préjudice moral :**

B conclut par réformation à s'entendre allouer le montant de 5.000 euros à titre de préjudice moral au motif que le pretium doloris lié à ses deux licenciements peut être évalué séparément.

Le tribunal de première instance a sursis à statuer sur la demande en indemnisation des préjudices matériel et moral du chef de licenciements abusifs en attendant le résultat de la mesure d'instruction ordonnée.

La Cour ne disposant pas en l'état actuel de tous les éléments pour apprécier à sa juste valeur le préjudice moral en relation avec le licenciement immédiat de B, il convient encore de confirmer sur ce point le jugement entrepris.

Chacune des deux parties succombant dans son appel respectif, elles sont à débouter de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure.

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,

déclare l'appel principal irrecevable pour autant qu'il porte sur le licenciement avec préavis du 28 novembre 2008 ;

le déclare recevable pour le surplus,

reçoit l'appel incident ;

dit l'appel principal non fondé;

dit l'appel incident partiellement fondé ;

dit la demande du chef d'indemnité pour congés non pris fondée pour le montant de 243,36 euros ;

partant, condamne la société A s.à r.l. à payer à B la somme de 243,36 euros ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

dit non fondées les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC ;

condamne la société A s.à r.l. à tous les frais et dépens de l'instance.