Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du douze décembre deux mille treize.

Numéro 38338 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 L-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 29 février 2012,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Claudine ERPELDING, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1)la société à responsabilité limitée B (B) s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL,

appelante par incident,

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit SCHAAL,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 9 juillet 2013.

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

A a été aux services de la société à responsabilité limitée B s.à r.l.(ci-après la société B) depuis le 11 mai 2010 en qualité de secrétaire mobile.

Par lettre recommandée du 3 février 2011, elle a été licenciée avec effet immédiat.

L'employeur lui reprocha de ne pas avoir respecté les conditions générales internes le 27 décembre 2011 en fumant des cigarettes dans les locaux de la société, d'avoir eu des absences non justifiées les 27 décembre 2011, les 12, 14, 24, 25 et 31 janvier 2011, les 1er, 2 et 3 février 2011 et un retard non excusé le 28 décembre 2010, d'avoir refusé de travailler les 16 et 20 janvier 2011, de ne pas avoir été joignable par téléphone mobile et e-mail le 28 décembre 2010 et d'avoir fait parvenir à son employeur une facture Mallmann du 1er février 2011 relative à son déménagement .

A contesta tant la régularité du licenciement au motif qu'il serait intervenu pendant son incapacité de travail que le caractère réel et sérieux des motifs invoqués.

Par requête du 24 mars 2011, elle fit convoquer la société B devant le tribunal du travail pour voir déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat du 3 février 2011 et pour voir condamner son ancien employeur à lui payer la somme de 4.100 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis, 1.000 euros à titre d'indemnité pour jours de congés non pris et 6.100 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice matériel et moral subis.

A l'audience des plaidoiries, l'ETAT du GRAND-DUCHE de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, demanda la condamnation de la partie succombant au litige à lui régler la somme de 9.761,84 euros au titre des indemnités de chômage versées à la requérante.

Par jugement contradictoire du 26 janvier 2012, le tribunal du travail a déclaré régulier le licenciement avec effet immédiat et non fondées les demandes de A en paiement de dommages et intérêts, d'une indemnité compensatoire de préavis et d'une indemnité pour jours de congés non pris. Il a dit fondée la demande de l'ETAT en tant que dirigée contre A et a condamné celle-ci à rembourser à l'ETAT la somme de 9.761,84 euros. Il a rejeté les demandes respectives sur base de l'article 240 du NCPC.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a retenu que A ne rapporte pas la preuve qu'elle a informé son employeur le 31 janvier 2011 de la prolongation de son incapacité de travail, ni qu'elle a envoyé le certificat d'incapacité de travail dans les trois jours subséquents, de sorte qu'elle ne saurait se prévaloir de la protection spéciale contre le licenciement. Il a encore retenu que compte tenu de la longue période d'incapacité de travail ayant déjà précédé celle à partir du 31 janvier 2011 et aussi au regard de la nature de l'emploi que A a occupé, elle aurait dû mettre en œuvre un soin particulier pour accomplir les exigences précises prévues par l'article L.121-6 du code du travail afin que l'employeur puisse à temps pourvoir à son remplacement. Dès lors, cette absence non justifiée de 4 jours, sans le moindre avertissement de l'employeur et sans information quant à la durée prévisible de cette absence, a laissé ce dernier dans l'ignorance la plus complète quant à l'organisation du travail et la répartition des tâches entre les autres membres du personnel et était de nature à constituer une faute grave justifiant le licenciement avec effet immédiat, sans qu'il n'y avait lieu d'examiner les autres faits allégués par l'employeur.

Par exploit d'huissier du 29 février 2012, A a régulièrement relevé appel de ce jugement.

Elle conclut, par réformation, à voir déclarer le licenciement du 3 février 2011 abusif et à s'entendre faire droit à ses prétentions indemnitaires. Elle demande encore une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

La société B interjette appel incident du jugement en ce que le tribunal de première instance n'a pas fait droit à sa demande en obtention d'une indemnité de procédure 1.000 euros. Elle conclut pour le surplus à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

L'ETAT ès qualités conclut à la confirmation du jugement entrepris. Pour autant que de besoin, il interjette appel incident contre le jugement et demande au cas où l'appel principal était fondé, la condamnation de l'intimée à lui rembourser le montant de 9.761,84 euros.

A l'appui de son appel, A fait valoir que le tribunal du travail aurait dû venir à la conclusion que l'intégralité de la lettre de motivation de l'employeur n'est pas précise et que compte tenu des preuves versées les griefs s'analysent en allégations fallacieuses ne reposant sur aucun élément probant.

Il résulte de la lettre de licenciement du 3 février 2011 que la société B a détaillé une série de faits reprochés à sa salariée, tous précisés quant à leur date de survenance et nature de la faute invoquée. De la sorte le moyen tiré de l'imprécision des motifs n'est pas fondé.

En ce qui concerne le bien-fondé des motifs faisant l'objet du licenciement, et notamment celui tiré d'une absence injustifiée les 31 janvier, 1er et 2 février 2011, A soutient que même si son certificat médical datait seulement du 1er février 2011, la société B avait cependant parfaitement connaissance de sa maladie dès le 31 janvier 2011. Elle aurait en effet toujours informé son employeur en temps utile de sa maladie pour lui permettre de pourvoir à son remplacement. Tel aurait été également le cas pour son absence du 31 janvier 2011. Elle aurait informé son employeur par e-mail en utilisant l'adresse e-mail de l'entreprise. Suite à son licenciement, elle ne serait cependant plus en mesure d'en fournir la preuve, étant donné que ses codes d'accès auraient été supprimés. Son employeur aurait cependant été informé en temps utile de sa maladie, étant donné que sa première fiche de salaire de janvier 2011 mentionnerait qu'elle était absente jusqu'au 31 janvier 2011. En outre, elle aurait toujours adressé ses certificats de maladie, certes par lettre simple, à son employeur qui les aurait toujours reçus. La société B serait dès lors de mauvaise foi en prétendant n'avoir jamais reçu un courrier électronique l'informant de la prolongation de sa maladie.

La société B ne conteste pas avoir reçu le certificat de maladie concernant notamment la période du 19 janvier au 21 janvier 2011 et celui pour la période du 24 janvier au 30 janvier 2011. Néanmoins, concernant la période de maladie alléguée du 31 janvier 2011 au 6 février 2011, elle conteste que A l'ait informée le jour même de son absence le 31 janvier 2011 respectivement de la prolongation de sa maladie précédente et lui ait fait parvenir le certificat de maladie couvrant la période du 31 janvier 2011 au 6 février 2001, dans le délai de trois jours, soit au plus tard le 2 février 2011. Au contraire, il résulterait de l'attestation testimoniale de C que A n'est plus revenue travailler après le 30 janvier 2011 et a laissé son

employeur sans nouvelles et sans certificat de maladie jusqu'au quatrième jour de son absence, date à laquelle il a décidé de la licencier.

Pour bénéficier de la protection spéciale contre le licenciement, le salarié incapable de travailler pour cause de maladie doit, conformément à l'article L.121-6 du code du travail ou d'accident, le jour même de l'empêchement, en avertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci.

L'avertissement peut être fait oralement ou par écrit.

Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible.

Il appartient dès lors à A de prouver qu'elle a averti son employeur le premier jour de la prolongation de son incapacité de travail, soit le 31 janvier 2011, et qu'elle lui a fait parvenir dans les trois jours son certificat de maladie.

Or, s'il résulte de la première fiche de salaire de A pour janvier 2011 que celle-ci était malade jusqu'au 31 janvier 2011, il ne saurait en être déduit que la société B avait été informée en temps utile d'une prolongation du certificat de maladie à partir du 31 janvier 2011.

Il résulte en effet de la nouvelle fiche de salaire de janvier 2011 et d'un courrier entre avocats du 25 mars 2011 que la fiche de salaire initialement remise à A a due être rectifiée et qu'il est d'usage que les fiches de salaries sont établies entre le 20 et le 25 du mois en question.

Contrairement encore aux conclusions de A, aucune présomption ne saurait être déduite des échanges de courriels versés en cause desquels il résulte que pour des absences antérieures du 12, 17 et 19 janvier 2011, elle avait informé son employeur de son impossibilité de venir travailler. En effet, ces courriels ne renseignent pas sur les relations entre parties après l'expiration des certificats médicaux des 19 janvier 2011 et 25 janvier 2011.

Il ressort de l'attestation testimoniale de C que si A avait prévenu le témoin le 25 janvier 2011 après 20.00 heures de ce qu'elle serait encore en congé de maladie jusqu'au 30 janvier 2011, elle n'était cependant plus revenue travailler les jours suivant son congé de maladie et elle n'était pas non plus venue à l'entretien du 3 février 2011 auquel elle avait été convoquée par son employeur, ni avait donné de ses nouvelles ou remis un certificat de maladie dans les trois jours de son absence.

En ordre subsidiaire, A formule une offre de preuve par témoins tendant à prouver *« qu'elle a informé son employeur de son absence du 31 janvier 2011 pour cause de maladie et adressé en date du 1er février 2011 son certificat médical ».*

Or, cette offre de preuve ne précise pas quand et comment A aurait informé son employeur de son absence du 31 janvier 2011, ni offre de prouver que celui-ci aurait reçu son certificat de maladie avant le 3 février 2011. En outre, A n'a pas indiqué ni dans son acte d'appel, ni dans ses conclusions ultérieures le nom du (des) témoin(s) à entendre.

L'offre de preuve est dès lors à rejeter pour défaut de précision et de pertinence.

C'est dès lors à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a retenu que A n'avait établi ni d'avoir averti la société B le premier jour de sa de maladie, ni de lui avoir envoyé dans les trois jours un certificat de maladie, de sorte qu'elle n'était pas en droit de bénéficier de la protection spéciale contre le licenciement.

En ordre plus subsidiaire, A fait valoir que son absence au lieu de travail pendant les journées des 31 janvier 2011, 1er et 2 février 2011 sans que la société B eût disposé d'un certificat de maladie ne constitue pas, en l'absence d'un autre reproche, une faute suffisamment grave pour justifier le licenciement avec effet immédiat.

La société B au contraire fait valoir que cette absence, tout comme celles survenues au courant de son dernier mois de travail, avait nécessairement causé une désorganisation de l'entreprise, respectivement des plannings de travail et l'avait obligée d'envoyer à la place de A une autre secrétaire en urgence afin que le client ne soit pas pénalisé.

Ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, au vu de la longue période d'incapacité de travail de A ayant précédé celle à partir du 31 janvier 2011 et au regard notamment de la nature spécifique de la fonction qu'elle exerçait en tant que secrétaire mobile travaillant auprès d'autres clients, elle aurait dû mettre en œuvre un soin particulier pour répondre aux exigences tant de son contrat de travail que de l'article L.121-6 du code du travail.

En effet, et même si l'article 10 du contrat de travail en stipulant que *« lorsque cette incapacité de travail se prolonge, le salarié doit en informer immédiatement l'employeur »,* ne mentionne pas expressément la nécessité d'informer l'employeur avant le début du travail, il va sans dire que cette information devait être faite de

façon utile et au plus tard le jour-même de l'absence afin de permettre à l'employeur de pourvoir dans les plus brefs délais au remplacement de sa secrétaire mobile.

Or, il résulte de l'attestation testimoniale de C que les absences de A depuis le 12 janvier 2011 avaient déjà causé des perturbations au niveau du respect des rendez-vous auprès de certains clients, soit parce que A n'avait averti son employeur que la veille vers 23.30 heures de ce qu'elle ne pouvait pas venir travailler le lendemain, soit parce qu'elle avait téléphoné le jour-même du rendez-vous vers 10.10 heures seulement pour dire qu'elle ne pouvait pas venir.

C'est dès lors encore à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a déduit que cette faute était suffisamment grave pour justifier un licenciement avec effet immédiat et qu'il devenait superfétatoire d'examiner les autres faits allégués par l'employeur à la base de son licenciement.

Il y a lieu partant encore de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté A de sa demande en paiement d'une indemnité de préavis et de dommages et intérêts pour licenciement abusif.

- **L'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris.**

A demande la réformation du jugement entrepris en ce que le tribunal du travail a dit non fondée sa demande en paiement du montant de 1.000 euros à titre d'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris.

La société B soulève en ordre principal l'irrecevabilité de la demande au motif que A ne fournit aucune précision quant au nombre de jours réclamés et la période concernée pour ses congés non pris.

Suivant ses dernières conclusions, A soutenant qu'elle a travaillé 8 mois et pris seulement 2 jours de congés, réclame le paiement de 1.491 euros correspondant à 14,64 jours de congés, sur base d'une durée journalière de 8,6 heures et d'un taux horaire de 11,85 euros.

Elle fait valoir que cette demande est fondée et justifiée, alors qu'il ne ressort pas de la fiche de salaire que le solde de ses congés lui a été payé.

Au vu des précisions fournies en instance d'appel, la demande est recevable.

La société B conclut en ordre subsidiaire au rejet de la demande en invoquant les dispositions de l'article L.233-9 du code du travail et en faisant valoir que A réclame le paiement de jours de congés pour l'année 2010. Or, elle n'aurait jamais

formulé une demande tendant au report de ses congés de l'année 2010 vers l'année 2011.

En outre, il résulterait de la fiche de salaire de A du mois de janvier 2011 qu'aucun report de congé ne lui avait été accordé.

Aux termes de l'article L.233-9 du code du travail, *le congé doit être accordé et pris au cours de l'année de calendrier. Il peut cependant être reporté à l'année suivante à la demande du salarié s'il s'agit du droit au congé proportionnel de la première année lequel n'a pu être acquis dans sa totalité durant l'année en cours.*

En l'espèce, A n'établit ni qu'elle a fait une demande de report de congé, ni la raison pour laquelle son congé proportionnel de la première année n'a pas pu être acquis dans sa totalité durant l'année en cours, conformément à l'article L.233-9 précité.

Sa demande en allocation d'une indemnité compensatoire pour jours de congés non encore pris n'est dès lors pas fondée.

Il y a partant lieu de confirmer encore sur ce point, bien que pour un autre motif, le jugement entrepris.

- **Le recours de l'ETAT :**

Au vu de l'issue du litige, c'est à juste titre et pour les motifs que la Cour fait siens que le tribunal du travail a condamné A au montant de 9.761,84 euros à titre de remboursement des indemnités de chômage perçues pendant la période de mars 2011 à septembre 2011.

- **Les indemnités de procédure :**

E ce qui concerne les demandes respectives en obtention d'indemnités de procédure, c'est encore à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a dit non fondées les demandes de la société B et de A sur base de l'article 240 du NCPC.

La société B ne justifiant pas davantage l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel n'est pas davantage fondée.

A succombant dans son appel, elle est encore à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident;

les dit non fondées;

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

condamne A à tous les frais et dépens de l'instance.