Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-deux mai deux mille quatorze.

Numéro 39476 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 ou ses gérants actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLÉ de Luxembourg du 15 janvier 2013,

comparant par Maître Claude PAULY, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

**B**, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit GALLÉ,

comparant par Maître Sandra CORTINOVIS, avocat à la Cour à Luxembourg.

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 17 octobre 2013.

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

Par requête du 11 octobre 2010 B s'estimant abusivement licencié, convoqua son ancien employeur la société à responsabilité limitée A devant le tribunal du travail d'ESCH/ALZETTE pour lui réclamer les montants repris dans la prédite requête.

B fit exposer qu'il fut engagé le 11 décembre 2009 en qualité de chef de rang par le restaurant C à Bascharage et fut licencié avec effet immédiat par lettre recommandée du 12 juin 2010 pour absence injustifiée depuis le 3 juin 2010, absence ayant entraîné une gêne importante dans le déroulement du service aux clients de l'employeur.

Le salarié soutint avoir été en période de maladie dûment portée à la connaissance de l'employeur au moment de son licenciement, de sorte que ce dernier n'était pas autorisé à le licencier ; il contesta encore la gravité de la faute invoquée et formula une offre de preuve aux fins d'établir l'information de l'employeur conformément aux exigences légales en la matière.

L'offre de preuve est de la teneur suivante :

*« B malade le 3 juin 2010 a fait appeler Madame B afin qu'elle informe la société A de l'absence de B pour cause de maladie.*
*Elle s'est entretenue avec Yves SAUE, sous-directeur de la société A et l'a informé que B ne viendrait pas travailler ce jour, pour cause de maladie et qu'elle rappellerait dans la journée afin d'informer la société de la durée de l'absence de B.*
*Dans l'après-midi à 17.26 heures, Madame B a rappelé la société A et s'est entretenue avec D, réceptionniste de la société A afin de confirmer l'état de maladie de B et de préciser qu'il bénéficie d'un certificat médical d'arrêt de maladie valable jusqu'au 15 juin 2010.*
*Elle a ensuite déposé, immédiatement, le certificat médical à la poste, afin qu'il parvienne au plus vite à la société A. »*

L'employeur contesta la prédite offre de preuve.

Par jugement du 4 décembre 2012 le tribunal du travail a :
déclaré le licenciement de B abusif, déclaré la demande de B tendant au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis fondée à concurrence du montant de

3.730 €, déclaré la demande de B tendant au paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel non fondée, déclaré les demandes de B tendant au paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral fondée à concurrence du montant de 500 €, la demande de B tendant au paiement d'une indemnité pour congés non pris fondée à concurrence du montant de 987,25 €, déclaré la demande de B tendant au paiement d'arriérés de salaires du chef de retenues illégales fondée pour le montant de 735 €, la demande de B tendant au paiement des arriérés de salaires pour la période du 1er juin au 12 juin 2012 fondée pour le montant de 578 €, partant a condamné la s.à r.l. A à payer à B du chef des causes susénoncées la somme de 6.530,25 € avec les intérêts légaux à partir du 11 octobre 2010, jour de la demande en justice jusqu'à solde,
pour le surplus, quant à la demande tendant au paiement d'une indemnité pour heures supplémentaires et jours fériés, a admis B à prouver par l'audition de témoins les faits suivants :
*« que B a effectué quotidiennement des heures supplémentaires travaillant de 10.30 heures à 15.30 heures, au lieu de 14.30 heures et de 18.30 heures à, au maximum, 23.30 heures, au lieu de 22.30 heures.*
*Ainsi a-t-il travaillé les 18, 19, 20, 23, 24, 27, 30 et 31 décembre 2009.*
*Ainsi a-t-il également travaillé le 1er, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 30, 31 janvier 2010 et les 3, 4, 5, 6, 7, 10 février 2010 et les 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 29, 30 mai 2010 et les 1er et 2 juin 2010. »*

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a constaté que le salarié n'avait pas rapporté la preuve par l'attestation testimoniale rédigée par son épouse d'avoir fait parvenir à son employeur en temps utile un certificat de maladie, de sorte qu'il a décidé que le licenciement n'était pas intervenu en violation des dispositions protectrices de l'article L.121-6(3) du code du travail.

Il a par contre retenu que l'attitude du salarié, si elle constituait bien une imprudence, n'était cependant pas, en l'absence d'antécédents, de nature à justifier un renvoi avec effet immédiat privant le salarié de son droit au préavis légal et il a déclaré le licenciement abusif.

Le tribunal du travail lui a accordé une indemnité compensatoire de préavis de deux mois, 500 euros pour le préjudice moral ; il a par contre rejeté la demande du salarié relative au préjudice matériel comme n'étant pas fondée.

Pour les jours de congé réclamés par le salarié, le tribunal lui a, sur base de la fiche de salaire du mois de juin 2010 renseignant un solde de 91,58 heures de congé, fiche de salaire qui constitue un aveu extra judiciaire, alloué un montant de 987,25 euros ; il a cependant rejeté la demande afférente pour la période de préavis.

Il lui a encore alloué du chef d'arriérés de salaires, plus précisément du chef de retenues illégales sur salaire pour les repas pris par le salarié dans le restaurant le soir et le midi, la somme de 735 euros, au motif que l'article 5 de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies-arrêts des rémunérations de travail ne prévoit pas cette retenue qui devait donc être déclarée illégale.

Il lui a finalement alloué des arriérés de salaire d'un montant de 578 euros pour la période allant du 1er juin 2010 au 12 juin 2010 jour de la notification du licenciement au salarié.

Concernant les demandes du salarié en paiement des jours fériés travaillés et des heures supplémentaires accomplies, il a admis l'offre de preuve par témoins du salarié.

Ce jugement a été régulièrement entrepris par la société A par acte de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 15 janvier 2013.

L'appelante demande de dire son appel fondé, partant par réformation, de déclarer le licenciement avec effet immédiat de B du 12 juin 2010 régulier et justifié, partant de rejeter ses demandes en indemnité compensatoire de préavis, en dommages-intérêts au titre du préjudice matériel et moral et de la voir décharger de toutes les condamnations prononcées à son encontre ;
subsidiairement, si par impossible le licenciement de B devait être déclaré abusif, elle conclu à voir confirmer le jugement en ce qu'il a déclaré non fondée la demande de la partie intimée en dommages-intérêts pour préjudice matériel, par réformation voir déclarer non fondée la demande de la partie intimée en dommages-intérêts pour préjudice moral, subsidiairement réduire le montant afférent à de plus justes valeurs ;
en tout état de cause, voir déclarer non fondées les demandes de B en indemnité pour congés non pris, en paiement d'arriérés de salaires du chef de retenues illégales d'un montant de735 € ; pour autant que de besoin, lui donner acte qu'elle offre par toutes voies de droit les faits suivants :
*« chaque jour où il a travaillé pendant l'exécution de son contrat de travail, B a pris ses repas midi et soir au restaurant C »,*
déclarer cette offre de preuve pertinente et concluante, partant l'admettre,
donner acte à la société A s.à r.l. qu'elle se réserve le droit de communiquer la liste des témoins en cours d'instance,et finalement voir déclarer non fondée la demande de B en paiement d'arriérés de salaires pour la période du 1er juin 2010 au 12 juin 2010.

Pour l'appelante une absence injustifiée de 10 jours serait à considérer comme faute grave de nature à justifier un congédiement avec effet immédiat ; elle conteste les montants alloués au salarié du chef de préjudice moral.

Concernant la demande du salarié en paiement de jours de congé non pris, elle soutient que c'est à tort que le tribunal du travail s'est uniquement, en présence du livre des congés signé par le salarié et stipulant que 108 heures de congé ont été prises par le salarié, basé sur la fiche de rémunération du mois de juin ; l'appelante conteste encore que le chiffre 108 ait été inséré postérieurement à la signature du livre des congés par le salarié.

Relativement à la retenue illégale pour repas pris au restaurant par le salarié, l'appelante considère qu'il ne s'agit pas d'une retenue illégale mais d'un avantage en nature compris dans le salaire brut de 2.000 euros prévu par l'article 3 du contrat de travail des parties.

Elle formule encore une offre de preuve par témoins aux fins de prouver que le salarié a pris ses repas chaque jour de travail dans le restaurant midi et soir.

Concernant les arriérés de salaire pour la période du 1er juin au 12 juin 2010, l'appelante les conteste au motif que le salarié, absent de son poste de travail à partir du 3 juin 2010, n'avait pas droit au paiement de son salaire en vertu de l'adage « pas de travail pas de salaire ».

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

B a été licencié avec effet immédiat le 12 juin 2010 en raison d'une absence injustifiée depuis le 3 juin 2010, soit depuis 10 jours, absence qui aurait d'après l'employeur considérablement perturbé l'organisation du service aux clients dans le restaurant dans lequel le salarié exerçait la fonction de chef de rang depuis le 11 décembre 2009.

Le salarié maintient son argumentation de première instance consistant à soutenir avoir été en congé de maladie suite à un accident du travail survenu le 11 février 2010 et avoir informé son employeur le premier jour de la prolongation de son incapacité de travail, soit le 3 juin 2010, ainsi que d'avoir fait parvenir son certificat de prolongation de maladie dans le délai légal de 3 jours, de sorte qu'il bénéficiait de la protection contre le licenciement institué par l'article L.121-6 du code du travail, ce qui reste contesté par l'employeur.

S'il est établi comme étant reconnu par l'employeur lui-même dans la lettre de licenciement que l'épouse de B a téléphoné à l'employeur le 3 juin 2010 pour l'informer que son mari bénéficiait d'une prolongation de maladie, il laisse toujours en instance d'appel d'être prouvé que le salarié a soumis à son employeur le certificat de maladie afférent dans le délai légal de 3 jours.

En effet, l'offre de preuve formulée par le salarié ainsi que l'attestation judiciaire rédigée par l'épouse du salarié ne sont pas pertinentes, comme l'a retenu à bon droit la juridiction de première instance, dès lors qu'elles tendent respectivement à prouver et établir l'envoi dans les délais légaux du certificat médical mais non la réception par l'employeur dans ce délai du certificat litigieux, de sorte que c'est à bon droit et pour des motifs que la Cour fait siens que le tribunal du travail a décidé qu'en l'absence de cette preuve, le salarié ne pouvait bénéficier de la protection contre le licenciement de l'article L.121-6( 3) du code du travail.

Le jugement est à confirmer sur ce point.

L'appelante fait ensuite grief à la juridiction de première instance d'avoir décidé que le salarié avait cependant fait des diligences pour informer son employeur de son état de maladie et qu'un certificat de maladie avait bien été envoyé le premier jour de maladie confirmant partant l'état réel de maladie du salarié, pour retenir que le salarié n'a dès lors commis qu'une imprudence, laquelle en l'absence d'antécédents, ne justifiait pas un renvoi avec effet immédiat privant le salarié de son droit au préavis légal.

L'appelante maintient ses moyens développés en première instance selon lesquels une absence de 10 jours sans certificat de maladie constitue, dans la mesure où elle perturbe considérablement l'organisation du travail au sein du restaurant, une faute grave.

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a retenu que l'imprudence commise par le salarié consistant à ne pas soumettre le certificat de prolongation de maladie à l'employeur dans le délai légal de trois jours ne constituait pas un motif grave de licenciement sans préavis, ce d'autant plus que l'employeur qui se trouvait confronté à une maladie de longue durée, n'était pas pris de court et pouvait partant s'attendre à une prolongation et dès lors organiser au mieux le remplacement de son salarié.

Le jugement est partant à confirmer à cet égard.

Il est encore à confirmer en ce qu'il a alloué, suite au licenciement abusif, une indemnité compensatoire de préavis de 2 mois correspondant à un montant de 3.730,00 euros au salarié.

Le tribunal a également sainement apprécié la situation tant matérielle que financière du salarié suite au licenciement, pour rejeter la demande tendant au paiement de dommages et intérêts pour le préjudice matériel subi ainsi que pour lui allouer un montant de 500 euros en réparation du préjudice moral, compte tenu notamment de sa très faible ancienneté de service.

L'appelante reproche encore aux juges de première instance d'avoir, sur base de la fiche de salaire de juin 2010, indiquant un solde de congés en faveur du salarié de 91,58 heures, accordé ce montant à ce dernier alors qu'il résulte de la fiche de congé signée par B qu'il a pris 108 heures de congés au mois de janvier 2010.

L'intimé quant à lui maintient sa demande initiale de 6 x 25/12 x 8 soit 96 heures ou 12 jours de congés non pris, dès lors un montant de 1.156 euros, prétendant n'avoir pas pris de congé pendant toute la période d'engagement allant du 16 décembre 2009 au 12 juin 2010; il réclame en plus une indemnité de congé pour la période de préavis non respecté.

Il conteste la validité de la fiche de congé qui aurait, d'après lui, été remplie par l'employeur après qu'il l'ait signé.

Les dispositions légales sur le congé annuel payé des salariés oblige l'employeur de tenir un livre sur le congé légal des salariés. Cette obligation a pour conséquence qu'en cas de contestation sur le congé redû au salarié, la charge de la preuve, incombe à l'employeur, cette preuve étant administrer par la production du livre des congés.

En l'espèce, l'employeur verse une fiche du livre des congés de laquelle il résulte que le salarié a pris en janvier 2010, 108 heures de congé et n'a partant plus droit à un solde de congé comme il le prétend.

Ce dernier a contresigné le livre des congés, mais il prétend que la mention concernant le nombre d'heures de congés pris par lui (108 heures) a été apposée sur la fiche postérieurement à sa signature.

Il conteste partant la validité et la force probante de cette pièce sans cependant en rapporter le preuve.

Les inscriptions du livre des congés n'ont de valeur probante que dans la mesure où leur véracité n'apparaît ni contredite ni douteuse; elles ne sont en aucune manière de nature à faire foi jusqu'à inscription de faux.

En présence de ce livre de congé contesté dans sa validité, les fiches de salaires peuvent, dans les circonstances de l'espèce, être considérées comme preuve du congé non pris.

La fiche de salaire du mois de juin 2010 établie par l'employeur renseigne un solde de congé en faveur du salarié de 91,58 heures au moment ou la relation de travail a pris fin.

C’est partant à bon droit, en présence des contestations du salarié quant à la validité de la fiche de congé, que le tribunal du travail s’est basé sur la fiche de salaire du mois de juin 2010 dont les mentions constituent un aveu extra judiciaire de l’employeur pour accorder à l’intimé 91,58 heures de congé soit la somme de 987,25 euros

C’est également  à bon escient qu’il a rejeté la demande afférente pour la période de préavis non respecté au motif que l’indemnité de congés non pris se calcule par rapport à la fin de la relation de travail et non pas en fonction du délai de préavis que l’employeur aurait légalement dû respecter dans la mesure où le congé légal est octroyé en vue de récupérer les efforts fournis par le travail effectif du salarié.

Le jugement est à confirmer sur ces deux points.

L’appelante considère encore que ce serait à tort que la demande du salarié en paiement d’un montant de 735 euros correspondant à des arriérés de salaire du chef de retenues illégales a été déclarée fondée par le tribunal du travail ; elle soutient que le salarié a pris tous ses repas au restaurant, ce qui constitue un avantage en nature qui serait prévu à l’article 3 du contrat de travail liant les parties stipulant que «  la rémunération mensuelle brute , y compris les avantages en nature est … » ; qu’il ne s’agirait partant non pas d’une retenue illégale sur le salaire de B mais un avantage en nature qui était compris dans le salaire brut de 2.000 euros à concurrence de 135 euros par mois et que dans la mesure où il aurait fourni de la nourriture au salarié, la valeur correspondant à la prestation respective pourrait être déduite de sa rémunération.

Elle offre de prouver par témoins que le salarié a pris ses repas en pension complète au restaurant.

L’intimé conteste tant  avoir bénéficié de cet avantage en nature que l’indication de cet avantage au contrat de travail.

C’est à bon droit que le tribunal du travail a rappelé que l’article 5 de la loi modifiée du 11 novembre 1970 sur les cessions et saisies-arrêts des rémunérations de travail ainsi que les pensions et les rentes énumère limitativement les retenues que l’employeur est autorisé de faire parmi lesquelles ne figurent pas les retenues opérés du chef de nourriture.

Néanmoins, les avantages en nature qui représentent des prestations fournies aux salariés tels la fourniture de nourriture ou de logement constituent un élément du salaire dont la valeur peut être déduite de la rémunération du salarié à condition toutefois que le contrat de travail du salarié prévoit expressément un décompte exact et détaillé quant au montant de la rémunération en numéraire et quant à la

valeur de la rémunération en nature conformément à l'article L.121-4(2) alinéa 7 du code du travail.

Il suit des considérations qui précèdent qu'il faut que la valeur de la rémunération en nature soit mentionnée au sein du contrat de travail de façon précise afin qu'elle puisse être effectivement imputable sur le salaire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il s'y ajoute qu'en présence de la contestation du salarié sur la réalité de cet avantage en nature, il incombe à l'employeur d'en rapporter la preuve ; or l'offre de preuve formulée par ce dernier n'est pas pertinente dans la mesure ou n'y figure ni les noms ni les qualités des témoins qu'il entendait faire auditionner.

Il en suit que le jugement est à confirmer partiellement pour des motifs différents, en ce qu'il a déclaré la demande du salarié du chef de retenues illégales fondée et justifiée pour un montant de 735 euros.

C'est finalement à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a alloué au salarié la somme de 578 euros correspondant aux arriérés de salaires pour la période allant du 1er juin 2010 au 12 juin 2010 au motif que le contrat de travail a pris fin à cette date.

La Cour relève que l'adage invoqué par l'employeur pour lui refuser ce paiement à savoir « pas de travail, pas de salaire » ne trouve pas à s'appliquer dès lors que le salarié était malade à cette époque et a produit, certes tardivement, un certificat de maladie le déclarant incapable de travailler et l'empêchant partant de fournir un travail effectif.

Le jugement est partant à confirmer sur ce point.

N'ayant pas prouvé en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens, les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du NCPC sont à rejeter.

**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 recevable,

le dit non fondé,

**confirme** le jugement entrepris,

rejette les demandes des parties basées sur l'article 240 du NCPC,

condamne la société A s.à r.l. aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Sandra CORTINOVIS qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.