Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du douze février deux mille quinze.

Numéro 39855 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 Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 18 avril 2013,

défenderesse aux fins d'une requête en intervention de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg du 16 septembre 2013,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Pierrot SCHILTZ, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1)B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit TAPELLA,

défendeur aux fins de la susdite requête en intervention,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Paulo FELIX, 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,

demandeur aux termes d'une requête en intervention du 16 septembre 2013,

appelant par incident,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 21 octobre 2014.

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

B aux services de la société à responsabilité limitée A s.à r.l. en tant qu'aide-maçon depuis le 17 novembre 2008 a été licencié le 4 octobre 2011 avec effet immédiat par courrier posté à 16.00 heures dans les termes suivants :

« Par la présente, nous avons le regret de résilier votre contrat de travail pour motif grave avec effet immédiat.
Les motifs de licenciement sont les suivants :
Vous n'avez pas averti la société de votre absence par téléphone le mardi 4 octobre 2011.
Vous êtes absent de notre société depuis ce matin sans indications de motifs et sans nous avertir.
Vous avez perturbé tout notre planning.
Etant donné que ces faits ne cessent de se répéter, malgré nos avertissements écrits et verbaux, et vu les conditions spéciales de votre contrat de travail, nous vous informons que nous ne sommes plus disposés à vous garder dans notre société.
(...) ».

Par requête du 21 octobre 2011, B fit convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail de Luxembourg pour l'entendre condamner, du chef de son licenciement qu'il qualifia d'abusif, à lui payer les montants indemnitaires plus amplement spécifiés dans sa requête introductive d'instance. Il demanda également une indemnité de procédure et l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

A l'audience des plaidoiries, il réduisit sa demande en indemnisation de son préjudice matériel à la somme de 6.472,19 euros et réclama le montant de 1.091,20 euros à titre d'indemnité de congé non pris.

Il demanda au tribunal de déclarer abusif le licenciement pour être intervenu en période de protection légale due à son incapacité de travail. Il soutint avoir téléphoné à son employeur le matin même du 4 octobre 2011 pour l'informer de son absence pour cause de maladie.

En ordre subsidiaire, il contesta que son absence ait été suffisamment grave pour justifier son licenciement avec effet immédiat.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, réclama à la partie mal-fondée au litige le remboursement de la somme de 18.371,33 euros à titre d'indemnités de chômage avancées à B pendant la période d'octobre 2011 à septembre 2012.

Par jugement contradictoire du 19 mars 2013, le tribunal a déclaré le licenciement avec effet immédiat abusif et a dit la demande de B fondée pour les montants de 1.710,16 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis, 1.090,90 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice matériel, 1.500 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral et 1.091,20 euros à titre d'indemnité compensatoire de congés non pris.

Il a condamné la société A à payer à B la somme totale de 5.392,26 euros, outre les intérêts légaux ainsi qu'une indemnité de procédure de 750 euros.

Il a encore condamné la société A à payer à l'ETAT ès qualités la somme de 5.779,74 euros correspondant aux indemnités de chômage versées au cours de la période de quatre mois couverte par l'indemnité compensatoire de préavis et l'indemnisation du préjudice matériel.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a retenu que la protection spéciale de l'article L.121-6(3) ne jouait pas étant donné que le requérant n'établissait pas avoir informé oralement ou par écrit son employeur de son incapacité de travail du 4 octobre 2011, antérieurement à l'envoi de la lettre de licenciement, mais que le licenciement intervenu le premier jour d'absence, à 16.06 heures était manifestement prématuré, ce à plus forte raison que la lettre de licenciement n'évoque pas non plus de faits concrets qui se seraient produits avant l'incident du 4 octobre 2011.

En ce qui concerne le préjudice matériel, le tribunal a fixé la période de référence compte tenu de la situation du marché de l'emploi à l'époque, de l'âge du requérant

et de l'absence de preuve d'efforts significatifs en vue de la recherche d'un nouvel emploi à quatre mois.

De ce jugement la société A a relevé appel suivant exploit d'huissier du 18 avril 2013.

Elle conclut par réformation à dire le licenciement régulier et à débouter B de ses demandes. Elle demande également une indemnité de procédure de 2.000 euros.

L'ETAT intervient volontairement en instance d'appel. Il soulève l'irrecevabilité de l'appel de la société A pour cause d'acquiescement.

En ordre subsidiaire, l'ETAT interjette « pour autant que de besoin » appel incident contre le jugement de première instance en ce que le tribunal n'a pas fait droit à sa demande pour le montant total réclamé de 9.572,7 euros. Il conclut par réformation à voir condamner la société A à lui régler un solde redû de (9.572,7 – 5.779,74 =) 3.792,96 euros. Plus subsidiairement et au cas où le licenciement serait déclaré régulier, il demande à ce que B soit condamné à lui payer le montant redû.

B soulève l'irrecevabilité de l'appel interjeté par la société A au motif que l'appelante n'a pas mis en intervention l'ETAT, nonobstant ses invitations à le faire. Il se rallie pour le surplus aux conclusions de l'ETAT quant au moyen d'acquiescement au jugement dans le chef de la société A.

B interjette appel incident contre le jugement en ce que le tribunal du travail n'a pas fait intégralement droit à ses demandes en indemnisation du préjudice matériel et moral réclamés. Il demande à voir fixer la période de référence à six mois. Il conclut pour le surplus à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 euros.

La société A soulève l'irrecevabilité de l'appel interjeté par l'ETAT pour défaut de qualité dans son chef.

-**<u>quant à la recevabilité des appels :</u>**

B soulève l'irrecevabilité de l'appel principal au motif que l'ETAT, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, n'a pas été mis en intervention à l'instance d'appel.

Selon l'article L.521-4.(7) du code du travail, l'ETAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, peut intervenir à tout moment dans l'instance engagée.

Comme il n'y a pas indivisibilité entre la demande du salarié et la demande de l'ETAT, l'intimation de l'ETAT par l'employeur n'est pas obligatoire.

Il se dégage par ailleurs de l'article L.521-4.(7) du code du travail que la présence de l'ETAT dans l'instance dès l'assignation ou dès l'acte d'appel n'est pas exigée.

Il ne saurait donc être reproché à la société A de n'avoir pas intimé l'ETAT dans son acte d'appel.

Le moyen tiré du défaut d'intimation de l'ETAT n'est pas fondé.

L'ETAT soulève, de son côté, l'irrecevabilité de l'appel principal au motif qu'ayant été dans l'ignorance de la procédure d'appel engagée par la société A, il a procédé à l'exécution par la voie d'huissier du jugement du 19 mars 2013 et que la société A, sans autres réserves, a réglé le décompte de l'huissier CALVO d'un montant en principal de 5.779,74 euros, augmenté des intérêts de 351,09 euros, soit au total le montant de 6.130,83 euros, et qu'elle a partant acquiescé au jugement entrepris.

B se rallie à ces conclusions. Il fait valoir qu'en payant, sans la moindre réserve, le montant de 5.779,74 euros, outre les intérêts, à l'ETAT, l'appelante a, de fait, admis le caractère abusif du licenciement avec effet immédiat, et dès lors aussi acquiescé au jugement de première instance quant au fond du litige. Il soutient que les revendications de chacune des parties sont intimement liées et indissociables et que l'on ne saurait admettre que l'acquiescement de l'appelante au jugement entrepris ne serait valable pour l'une et non pour l'autre partie.

La société A résiste au motif qu'elle a effectué un paiement par erreur à l'ETAT et que ce paiement fait à la partie mise en intervention ne remet pas en question la procédure d'appel dirigée contre le salarié quant au fond du litige.

L'acquiescement à un jugement ne se présume pas, mais doit résulter de faits ne laissant aucun doute sur l'intention de la partie d'accepter la décision attaquée. Il appartient à la partie qui invoque l'acquiescement à un jugement de prouver que l'exécution sans réserve d'une partie du jugement a été fait en connaissance de cause de tous les chefs de la décision.

Il se dégage des pièces versées qu'en date du 7 août 2013, la société A a procédé au paiement du montant de 6.130,83 euros représentant le montant en principal et intérêts de la condamnation en remboursement des indemnités de chômage prononcée et au profit de l'ETAT. Ce paiement a eu lieu après que l'ETAT ait fait procéder le 31 juillet 2013 à la signification par voie d'huissier de la grosse en forme exécutoire du jugement.

Toutefois, au vu du caractère contraignant de la procédure de signification-exécution entamée par l'ETAT, le paiement intervenu, même sans réserves, au profit de l'ETAT, ne démontre pas une volonté certaine et non équivoque de l'appelante d'accepter le jugement dans tous ses chefs et notamment quant au caractère abusif du licenciement et quant à la décision de condamnation intervenue au profit du salarié.

Il s'ensuit que le moyen tiré de l'acquiescement du jugement entrepris n'est pas fondé.

L'appel principal introduit dans le délai prévu par la loi est dès lors recevable.

Concernant l'irrecevabilité de l'appel incident de l'ETAT soulevée par la société A, il résulte de ce qui précède que l'ETAT demande par la voie d'une requête en intervention volontaire, la réformation du jugement en ce qui concerne les montants alloués.

L'intervention de l'ETAT en appel sur base de l'article L.521-4.(7) du code du travail est réservé pour le cas où l'ETAT n'a pas été partie en première instance. Si l'ETAT a été partie en première instance, et s'il entend en l'absence d'appel dirigé contre lui, mettre en cause le jugement de première instance, il doit procéder par voie d'appel principal. Il ne peut cependant procéder par voie d'intervention et interjeter appel incident.

L'intervention et l'appel incident sont partant irrecevables.

L'appel incident de B non contesté dans sa forme et délai est par contre recevable.

-**<u>quant au licenciement :</u>**

La société A fait grief au tribunal d'avoir estimé que le licenciement intervenu le 4 octobre 2011 par courrier remis à la poste à 16.06 heures était prématuré.

Elle soutient que l'annexe au contrat de travail à durée indéterminée signé entre parties le 13 novembre 2008 prévoit expressément que le contrat *« sera annulé dès que l'ouvrier ne se présentera pas ou sera absent du lieu de travail sans raison valable ».*

Elle fait valoir qu'elle a envoyé le 10 mai 2010 à B un premier avertissement en raison d'une absence non justifiée et qu'elle lui a envoyé le 24 février 2011 un deuxième avertissement en raison d'une nouvelle absence injustifiée le 22 février

2011, de sorte que la nouvelle absence sans raison valable constituerait une faute grave dans le chef du salarié justifiant son renvoi avec effet immédiat, après qu'elle avait encore attendu jusqu'à 16.00 heures de l'après midi pour obtenir une éventuelle information quant à une maladie de son salarié et alors même qu'elle n'avait pas été obligée d'attendre la fin de la journée avant de licencier.

B conteste la validité de l'annexe au contrat de travail pour être abusive, au motif qu'elle a pour seule vocation d'affranchir l'employeur des dispositions impératives du code du travail et de se faire justice soi-même. L'employeur n'aurait pas été en droit de le licencier dès le premier jour d'absence sans attendre l'information par le salarié de son absence. Selon l'intimé, l'article L.121-6 du code du travail prévoyant l'obligation du salarié d'informer son employeur le jour-même de l'empêchement devrait en effet être interprété dans l'intérêt du salarié et en tout état de cause ne pas lui porter préjudice.

L'article L.121-3 du code du travail déclare nulle et de nul effet toute clause contraire aux dispositions de son « Titre II- Contrat de travail » comprenant les dispositions relatives à la protection en cas d'incapacité de travail du salarié.

Il en résulte que les dispositions conventionnelles ne peuvent pas être moins favorables au salarié que les dispositions légales.

Force est de constater que la clause litigieuse qui confère à l'employeur le droit d'*« annuler »* le contrat de travail « *dès que l'ouvrier ne se présentera pas ou sera absent du lieu de travail »* est moins favorable au salarié que l'article L. 121-6 (1) du code du travail qui lui permet le jour même de son absence d'en avertir son employeur. Il s'y ajoute qu'il n'appartient pas à l'employeur mais au juge d'apprécier le caractère de gravité du comportement fautif allégué dans le chef du salarié.

La clause litigieuse ne saurait dès lors trouver application pour fonder un congédiement immédiat du salarié.

Pour pouvoir se prévaloir de la protection contre le licenciement prévue à l'article L.121-6 du code du travail, le salarié a l'obligation d'une part, d'informer son employeur le premier jour de son absence et d'autre part, de lui remettre le troisième jour au plus tard le certificat d'incapacité de travail.

En l'espèce, B affirme, mais n'établit pas avoir averti son employeur le premier jour de son absence, soit le mardi 4 octobre 2011, de son incapacité de travail.

Il n'établit pas non plus que le certificat médical d'incapacité de travail du 4 octobre 2011 soit parvenu à l'employeur au plus tard dans les trois jours de son empêchement.

C'est partant à bon droit que les premiers juges ont retenu que la protection spéciale prévue à l'article L. 121-6 du code du travail ne jouait pas en l'espèce.

La Cour rejoint encore l'appréciation des premiers juges qui ont retenu à bon escient que la société A a manifestement agi de façon prématurée en ce qu'elle n'avait pas attendu la fin de la première journée d'absence du salarié pour voir si celui-ci la contacterait pour l'informer des raisons de son absence. Le seul fait de l'avoir licencié le jour où le salarié pouvait encore toujours s'excuser est abusif.

Il ne saurait être tenu compte d'éventuelles autres absences ou retards antérieurs du salarié qui résulteraient de deux avertissements, respectivement d'une attestation testimoniale, à défaut par la société A d'avoir évoqué dans la lettre de licenciement des faits concrets relatifs à ces prétendues absences ou retards. Il en va de même quant à l'affirmation par l'employeur en des termes vagues *« vous avez perturbé tout le planning* », aucune difficulté concrète de planning n'étant décrite dans la lettre de licenciement.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu le caractère abusif du licenciement avec effet immédiat.

- **<u>Quant aux montants :</u>**

Le jugement entrepris a dit fondée la demande de B du chef de préjudice matériel pour le montant de 1.090,90 euros.

B fait grief aux premiers juges d'avoir limité la période de référence à quatre mois et non pas à six mois tel que réclamé en première instance et d'avoir retenu qu'il n'avait pas fait d'efforts significatifs en vue de la recherche d'un nouvel emploi. Il demande à tenir compte de sa situation particulière, notamment du fait qu'il est venu exercer sa profession de maçon au Luxembourg, qu'eu égard à son faible niveau d'études et des notions en langue française, il a dû postuler spontanément par le biais d'entretiens oraux auprès de nombreux employeurs potentiels, principalement dans le secteur du bâtiment et que néanmoins il a retrouvé un emploi à la fin de l'année 2012.

La société A fait valoir que B ne s'est même pas donné la peine de s'inscrire auprès de l'Administration de l'emploi et qu'il n'a pas fait de recherche active. Elle argumente que la seule attestation de témoignage versée en cause n'est en tous les cas pas suffisante pour démontrer qu'il a fait toutes les diligences nécessaires pour trouver un nouvel emploi.

A titre subsidiaire, il y aurait lieu de réduire l'indemnité pour dommage matériel au strict minimum.

S'il résulte des pièces, que B s'est effectivement inscrit à l'Administration de l'emploi à partir du 17 octobre 2011 pour rechercher un emploi d'aide maçon ou en tant que travailleur dans le domaine agricole, il ne verse cependant qu'une seule attestation testimoniale de refus par l'exploitante d'un café suivant laquelle il s'était présenté le 22 novembre 2011 pour demander, sans succès, un emploi.

Même à admettre le caractère réel des difficultés alléguées du salarié pour retrouver un emploi, il n'en demeure pas moins, que celui-ci ne justifie pas, comme l'ont retenu à juste titre les premiers juges, avoir fait des efforts significatifs en vue de la recherche d'un nouvel emploi dans de meilleurs délais.

Il en suit que c'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont fixé la période de référence à quatre mois et qu'ils ont calculé le dommage matériel réel subi par B en tenant compte de l'indemnité compensatoire de préavis allouée et des indemnités de chômage perçues.

En ce qui concerne le dommage moral, la société A le conteste et B demande à le voir fixer à 5.000 euros, compte tenu de son ancienneté de presque trois ans et des circonstances du licenciement.

Il y a lieu encore de confirmer par adoption de ses motifs le jugement entrepris en ce qu'il a fixé le dommage moral subi par B à 1.500 euros.

La société A conteste l'indemnité pour congés non pris réclamée par B, au motif que celui-ci avait d'ores et déjà pris tous les jours de congés lui redus.

Or, c'est à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont retenu sur base de la fiche de salaire du mois de septembre 2011 que B avait droit à un solde de 11 jours de congé et que la société A n'établissait pas avoir procédé au paiement du montant correspondant à 11 jours de congés.

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

Il y a enfin lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu qu'il serait inéquitable de laisser à charge de B les frais non compris dans les dépens et qu'ils lui ont alloué une indemnité de procédure de 750 euros.

Il serait également inéquitable de laisser à charge de B tous les frais par lui exposés en instance d'appel et non compris dans les dépens, de sorte qu'il a y a lieu de faire droit à la demande afférente pour le montant de 900 euros.

La société A succombant dans son appel, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 2.000 euros pour les deux instances n'est pas fondée.

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'intervention et l'appel incident de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi irrecevables ;

reçoit l'appel principal de la société à responsabilité limitée A s.à r.l. et l'appel incident de B ;

les dit non fondés ;

partant **confirme** le jugement entrepris ;

dit non fondée la demande de la société à responsabilité limitée A s.à r.l. sur base de l'article 240 du NCPC ;

dit fondée la demande de B sur base de l'article 240 du NCPC ;

partant condamne la société à responsabilité limitée A s.à r.l. à payer à B une indemnité de procédure de 900 euros pour l'instance d'appel ;

laisse les frais de l'intervention volontaire de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi à sa charge ;

condamne la société A s.à r.l. à tous les autres frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Paulo FELIX qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.