Arrêt N° 89/16 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du seize juin deux mille seize.

Numéro 42531 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-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN de Luxembourg du 22 décembre 2014,

comparant par Maître Richard STURM, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

comparant par Maître André MARC, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 19 avril 2016.

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

Exposant qu'il a été aux services de la société à responsabilité limitée B en qualité d'agent de nettoyage polyvalent à compter du 7 juillet 2003, A a, par requête du 18 juin 2013, fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail pour l'entendre condamner à lui payer, suite à son licenciement avec préavis du 10 mai 2013 qu'il qualifia d'abusif, différents montants plus amplement détaillés dans la prédite requête introductive d'instance.

Aux termes de la lettre de motivation du licenciement, il est reproché à A les faits suivants :

« En date du 23 avril 2013, M. C, responsable hiérarchique de M. A, pensant que ce dernier devait reprendre le travail ce jour-là, après une période de congé, l'a appelé pour s'enquérir de son absence.

M. A l'a alors informé qu'il était encore en congé au Cap Vert mais qu'il serait présent au travail le lendemain, jour de sa reprise. A aucun moment il n'a fait état d'un quelconque problème de santé.

Le lendemain, mercredi 24 avril, date prévue pour son retour au travail, M. A a appelé M. C à 7h15 - étant précisé qu'il aurait dû être présent à son lieu de travail à 8h00 - pour l'informer qu'il ne viendrait pas travailler ce jour-là, étant malade, et qu'il le rappellerait pour le tenir au courant après s'être rendu chez le médecin.

Or, bien que M. A ait annoncé qu'il rappellerait au courant de la journée, il ne s'est plus manifesté du tout.

M. C s'est donc retrouvé dans l'urgence de combler l'absence de M. A le 24 avril.

Sans autre nouvelle de M. A, M. C comptait sur son retour le lendemain. Ne voyant pas venir M. A, M. C s'est retrouvé confronté les 25 et 26 avril, puis de nouveau le lundi 29 avril, à la nécessité d'aménager son planning au dernier moment, ce qui a occasionné un bouleversement au niveau organisationnel comme au niveau opérationnel.

M. C a dû appeler trois grands clients - D à Alzingen, D à Mersch et E à Mersch - pour annuler les prestations prévues ou les reporter. M. C a ainsi opéré des mouvements de personnel entre les différents sites: il a dû arrêter le chantier D à Alzingen pour récupérer M. F et le placer au chantier de M. G où M. A était prévu. De plus, il était planifié d'exécuter des travaux de nettoyage auprès des deux clients à Mersch, D et E.. Or, M. C a dû annuler ces interventions. Les deux clients n'ont pas du tout apprécié ce changement de programme, et notamment le client E qui avait déjà vidé ses vitrines en vue du nettoyage. Ce bouleversement de programme en dernière minute va à l'encontre de l'image professionnelle à laquelle tient B S.A..

En vertu de l'article L.121-6 (2) du Code du travail, le salarié est tenu de soumettre un certificat médical à son employeur le troisième jour au plus tard. Or, aucun certificat médical n'est parvenu jusqu'au 26 avril, troisième jour d'absence de M. A.

M. A n'a pas davantage averti son employeur et ne s'est toujours pas présenté à son lieu de travail le lundi 29 avril, provoquant pour la société B les difficultés citées plus haut afin de remplir ses obligations auprès de ses clients.

Les certificats médicaux couvrant les absences du 24 au 26 avril, puis du 29 avril au 3 mai 2013 ne nous sont parvenus que le 30 avril. Je rappelle qu'au jour de l'envoi de la convocation à l'entretien préalable, M. A, ne s'était toujours pas manifesté auprès de son employeur, laissant ce dernier dans l'incertitude quant à son retour.

Un tel comportement, soulignant l'indifférence du salarié à l'égard de son employeur constitue un motif réel et sérieux de licenciement. »

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 l'employeur pour autant qu'il s'agisse de la partie malfondée au litige, à lui payer le montant de 9.957,30 euros au titre des indemnités de chômage avancées au salarié.

A invoqua en premier lieu le caractère abusif de son licenciement au motif qu'il serait intervenu en période de protection légale contre le licenciement, étant donné qu'il aurait été en arrêt de maladie depuis le 24 avril 2013 suivant des certificats d'incapacité de travail successifs communiqués chaque fois à l'employeur. Il invoqua en deuxième lieu le caractère abusif du licenciement alors que l'employeur ne lui aurait pas fourni les motifs dans le délai légal d'un mois. Il contesta enfin la précision des motifs du licenciement ainsi que le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement.

Faisant valoir qu'il a été engagé avec une reprise d'ancienneté à compter du 7 juillet 2003, A réclama encore à son ancien employeur une indemnité de départ et une indemnité de préavis complémentaire. Il réclama enfin le paiement d'une indemnité pour congés non encore pris, des heures supplémentaires et une indemnité de procédure.

La société B conclut au rejet de l'ensemble des demandes du salarié et demanda une indemnité de procédure de 500 euros.

Par jugement contradictoire du 16 octobre 2014, le tribunal du travail :

-a déclaré justifié le licenciement avec préavis de A intervenu le 10 mai 2013;
-a déclaré irrecevables les demandes de A en paiement d'une indemnité pour jours de congé non pris et en paiement d'heures supplémentaires;
-a déclaré non fondées les demandes de A en indemnisation de ses préjudices matériel et moral et celles en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis complémentaire de deux mois et d'une indemnité de départ;
- a débouté l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, de sa demande;
- a rejeté la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure et a rejeté la demande de la société B en allocation d'une indemnité de procédure.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a retenu que, s'il est constant en cause que A a certes appelé l'employeur pour l'informer qu'il serait absent le 24 avril 2013, il a cependant omis de recontacter l'employeur après la visite médicale pour l'informer, comme il l'avait promis, de la durée prévisible de son absence. Le tribunal a également constaté, au vu des pièces versées en cause, que A reste en défaut de prouver que la société employeuse avait réceptionné le certificat d'incapacité de travail le 26 avril 2013, soit dans le délai de trois jours et antérieurement à l'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable, de sorte à retenir que le salarié ne bénéficie pas de la protection spéciale.

Au vu de la comparaison de la date de réception par l'employeur de la lettre de demande en communication des motifs du licenciement avec la date d'envoi de la lettre de motivation et en application des dispositions de l'article 1260 du NCPC, le tribunal a constaté que le délai légal d'un mois prévu pour l'envoi de la lettre de motivation avait été respecté.

Le tribunal a encore relevé que la lettre de motivation suffisait aux conditions de précision exigées par la loi.

Quant à la réalité et le bien-fondé des motifs, le tribunal a retenu qu'il résulte de l'attestation testimoniale versée en cause que l'employeur avait été obligé, en raison

de l'absence de nouvelles de la part du salarié du 24 au 26 avril 2013, de modifier son planning à plusieurs reprises, qu'il a dû arrêter les chantiers de trois grands clients et que l'un des trois clients a été très mécontent car il avait déjà vidé ses vitrines pour le nettoyage prévu.

Le tribunal a partant retenu qu'au vu de l'absence du salarié, même justifiée postérieurement par les certificats médicaux, pendant trois jours de travail d'affilée et de la faible ancienneté du salarié (moins de deux ans au moment du licenciement), le licenciement était régulier.

En ce qui concerne l'ancienneté de services, le tribunal a constaté que le contrat de travail ne comportait aucune référence à la reprise d'ancienneté alléguée par le requérant au mois de juillet 2013, qu'aucune référence n'y est faite aux relations de travail antérieures avec la société B et que sur toutes les fiches de salaires établies à partir du mois d'avril 2012 figure encore la mention « entrée : 30.4.2012 ».

En ce qui concerne les demandes en paiement pour jours de congé non pris et heures supplémentaires, critiquées par la défenderesse comme étant nouvelles, le tribunal les a déclarées irrecevables.

Le licenciement avec préavis n'ayant pas été déclaré abusif, le tribunal a finalement déclaré le recours de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE Luxembourg, ès qualités qu'il agit non fondé sur base de l'article L-521-(5) non fondé.

Par exploit d'huissier du 22 décembre 2014, A a régulièrement interjeté appel du jugement lui notifié le 13 novembre 2013.

L'appelant conclut, par réformation, à voir dire que le licenciement du 10 mai 2013 est abusif et à s'entendre allouer une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et 1.000 euros pour l'instance d'appel.

La société B conclut à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000 euros.

- **<u>quant à la demande sur base de l'article L.124-2 du code du travail</u>**

A l'appui de son appel, A fait d'abord valoir que la société B n'est pas en mesure de fournir la preuve que l'entretien préalable au licenciement ait porté sur les griefs invoqués dans la lettre de motivation de son licenciement, qu'elle n'a pas versé de pièces justifiant le respect de la procédure prévue par l'article L.124-2 et suivants du code du travail et qu'en conséquence, le licenciement doit être déclaré irrégulier pour vice de forme et qu'il y a lieu de condamner l'intimée au paiement d'une indemnité équivalente à un mois de salaire.

La société B soulève l'irrecevabilité de la demande au motif qu'elle n'a pas fait partie de l'acte introductif d'instance, de sorte qu'elle doit être déclarée irrecevable sur base de l'article 592 du NCPC.

A résiste en se prévalant des dispositions de l'article 53 du NCPC au motif que sa demande actuelle se rattache à la prétention originaire par un lien suffisant.

Il résulte des rétroactes de la procédure que la demande formulée par A en instance d'appel est fondée sur le non respect de la procédure prévue par l'article L.124-2 du code du travail.

En vertu de l'article L.124-2(1) et (2) du code du travail, lorsque l'employeur qui occupe cent cinquante salariés au moins envisage de licencier un salarié, il doit avant toute autre décision convoquer l'intéressé par lettre recommandée ou par écrit dûment certifié par un récépissé en lui indiquant l'objet de la convocation et il doit, au cours de l'entretien, indiquer au salarié le ou les motifs de la décision envisagée et recueillir les explications du salarié ainsi que les observations de la personne qui l'assiste.
L'article 124.2(4) dispose que le licenciement notifié sans observation de la procédure prévue audit article est irrégulier pour vice de forme.
L'article L.124-12(3) infine prévoit enfin que la juridiction qui conclut à l'irrégularité formelle du licenciement en raison de la violation d'une formalité qu'elle juge substantielle doit examiner le fond du litige et condamner l'employeur, si elle juge que le licenciement n'est pas abusif quant au fond, à verser au salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. Cette indemnité ne peut être accordée lorsque la juridiction du travail juge le licenciement abusif quant au fond.

Force est de constater que cette demande diffère de la demande de première instance en ce qu'elle a trait non pas au caractère abusif du licenciement mais à sa régularité et en ce qu'elle tend non pas à l'allocation de dommages et intérêts en réparation d'un dommage subi mais à une indemnité fixe. Il s'y ajoute qu'elle n'a été formulée pour la première fois qu'en instance d'appel, de sorte qu'en application de l'article 592 du NCPC et, conformément aux conclusions de l'intimée, elle doit être déclarée irrecevable.

- **<u>quant à la protection spéciale au moment du licenciement :</u>**

A reprend son moyen tiré du non-respect des dispositions légales en cas de maladie. Il soutient que, contrairement à la motivation du jugement entrepris, il résulte sans équivoque du certificat médical du 24 avril 2014, envoyé à l'employeur par courrier

recommandé le même jour, ainsi que des relevés téléphoniques des appels qu'il a eus avec celui-ci, que la société B avait été avertie de son incapacité de travail et de la durée de celle-ci, de sorte qu'il était protégé au moment de l'envoi de la lettre de convocation à un entretien préalable du 29 avril 2013.

Il résulte des pièces que A se trouvait en incapacité de travail du 24 au 26 avril 2013, du 27 avril au 3 mai 2013, du 4 au 10 mai 2013 et du 11 au 17 mai 2013.

Or, ainsi que l'ont retenu à bon escient le premiers juges, il ne suffit pas au salarié, incapable de travailler pendant plus de trois jours, de prouver qu'il a téléphoné à son employeur pour l'avertir de son incapacité de travailler pour cause de maladie, mais il doit encore établir qu'il a informé son employeur de son incapacité de travailler et de la durée probable de cette incapacité par la remise d'un certificat médical le troisième jour au plus tard de son absence.

S'il résulte de la lettre de motivation et de l'attestation testimoniale de C que A avait téléphoné le mercredi 24 avril 2013 à 7.15 heures à son employeur pour l'informer qu'il ne viendrait pas travailler, ce jour-là, étant malade, il n'a cependant pas satisfait à sa deuxième obligation, à savoir celle de *« soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible »*, telle que cette obligation est prévue à l'article L.121.6 du code du travail.

A l'instar des premiers juges, la Cour constate que A reste en défaut d'établir, au vu des pièces versées en cause, que la société B eût réceptionné le certificat d'incapacité de travail du 24 avril 2013 dans le délai légal de trois jours, soit avant le 27 avril 2013, respectivement avant la date d'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable du 29 avril 2013. Au contraire, il résulte du bordereau d'envoi du courrier recommandé du 24 avril 2013, une annotation manuscrite « 30.04 » rendant crédible l'affirmation de la société B qu'elle n'a réceptionné le courrier qu'en date du 30 avril 2013.

Contrairement aux conclusions de A, il n'est en effet pas établi que la société B eût refusé de réceptionner le courrier recommandé du 24 avril 2013 ou négligé de le retirer, bien que dûment avisé.

Il n'est pas davantage établi que le certificat médical daté du 29 avril 2013 et couvrant la période du 27 avril au 3 mai 2013 eût été réceptionné par l'employeur avant la date d'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable du 29 avril 2013.

C'est dès lors encore à bon droit que les premiers juges ont pu retenir que A, qui n'établit pas avoir satisfait à ses obligations légales en matière de déclaration de son incapacité de travail, ne bénéficiait dès lors pas de la protection légale au moment

de la réception de la lettre de convocation, respectivement au moment de son licenciement.

- **quant à la précision et quant au caractère réel et sérieux des motifs du licenciement :**

A réitère son moyen tiré de l'imprécision des motifs du licenciement au motif que la lettre de motivation ne repose pas sur des éléments probants.

Le moyen n'est pas fondé, étant donné que la lettre de motivation a formulé des motifs de licenciement précis, de sorte que A n'a pas pu s'y méprendre, indépendamment de la question de leur caractère probant ou non.

A reprend ensuite son moyen tiré du caractère non réel et sérieux des motifs du licenciement, en faisant valoir que son absence était justifiée, que la société B avait été, avant l'envoi de sa lettre recommandée, avisée qu'il était malade et qu'il n'avait, en aucun cas, désorganisé le service de son employeur, aucune preuve n'étant fournie à cet égard. Il est également d'avis qu'il appartenait à l'employeur de prévoir son absence ultérieure et de prendre les mesures d'organisation qui s'imposaient après la conversation téléphonique du 24 avril 2013 au matin.

La société B au contraire fait valoir que A, après avoir appelé C pour lui dire qu'il ne viendrait pas ce jour et qu'il le rappellerait pour le tenir informé après s'être rendu chez le médecin, ne l'avait pas informée et l'avait ainsi laissée dans une complète incertitude quant à la durée de son indisponibilité. Selon l'intimée, cette négligence avait entraîné une perturbation importante au sein de l'entreprise et avait également eu des répercussions importantes sur la satisfaction des clients qui n'auraient pas du tout apprécié les reports de dernière minute des dates qui auraient été nécessaires suite à l'absence et au silence blâmable de A. Elle se prévaut encore de la négligence du salarié et du manquement à son obligation de loyauté, alors qu'il était parfaitement informé du fonctionnement de l'entreprise en termes d'affectation des salariés sur les différents chantiers, ayant entraîné une perturbation importante au sein de l'entreprise.

Ainsi que l'ont relevé à bon escient les premiers juges, il résulte de l'attestation testimoniale de C que l'employeur avait été laissé dans l'ignorance d'une éventuelle reprise du travail et de la durée prévisible pendant laquelle A serait absent. Au contraire, A qui avait promis de tenir son employeur informé de sa période de maladie, ne l'avait pas fait. Dans ces conditions, A ne saurait reprocher à l'employeur de ne pas avoir anticipé les mesures de réorganisation requises, alors que celui-ci se trouvait obligé de changer à la dernière minute le programme planifié de ses chantiers et d'en informer ses clients.

Contrairement aux conclusions de A, il résulte encore de l'attestation testimoniale de C que, compte tenu de l'absence de A, le planning de travail avait dû être réorganisé plusieurs fois. Le témoin relate qu'il a dû appeler trois grands clients D - Alzingen, D - Mersch et E - Mersch, qu'il a dû arrêter le chantier D - Alzingen pour y récupérer un autre salarié (M.F) afin de le placer sur le chantier G où A était prévu. Il aurait encore dû annuler les chantiers D - Mersch et E - Mersch et ce dernier client aurait été très mécontent, alors qu'il avait déjà préparé les vitrines en vue du nettoyage.

C'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont retenu le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement et qu'ils ont retenu, compte tenu encore de la faible ancienneté du salarié, que le licenciement avec préavis du 10 mai 2013 était régulier et justifié et qu'ils ont dès lors débouté A de sa demande en indemnisation du chef de préjudices matériel et moral subis.

- **Quant à l'indemnité compensatoire complémentaire de préavis et quant à l'indemnité de départ :**

A reprend en instance d'appel son argumentation tendant à voir constater qu'il bénéficiait au jour du licenciement d'une ancienneté de services de neuf ans et dix mois lui donnant ainsi droit à une indemnité compensatoire complémentaire de préavis de deux mois et à une indemnité de départ équivalente à deux mois de salaire. Il demande à voir calculer son ancienneté en totalisant, au-delà des découpages contractuels, les périodes consacrées au sein de l'entreprise.

La société B maintient ses contestations quant aux prédites revendications du salarié en faisant valoir que A avait été embauché une première fois, de juillet à septembre 2003, date à laquelle il avait quitté la société B après avoir démissionné et qu'il n'a été réembauché sous un contrat de travail à durée déterminée d'un mois qu'au mois de mars 2012, puis sous un contrat de travail à durée indéterminée à partir du 30 avril 2012, de sorte qu'il y avait eu rupture totale de la relation de travail du 15 septembre 2003 au 27 mars 2012, soit plus de 8 ans. Elle soutient encore qu'il ne résulte pas du contrat de travail qu'elle ait accepté de reconnaître au salarié une ancienneté supérieure à son ancienneté réelle au sein de l'entreprise et que la mention « ancienneté 7.7.2003 » figurant sur les fiches de mars à juillet 2012 constituerait une simple erreur informatique.

Il résulte des pièces que suivant un contrat de travail à durée déterminée du 27 mars au 27 avril 2012, suivi d'un contrat de travail à durée indéterminée du 30 avril 2012 A a été engagé par la société B en qualité d'agent de nettoyage polyvalent. Aucun

des deux contrats ne fait référence à une relation de travail antérieure ou à une reprise d'ancienneté à compter du 7 juillet 2003.

Conformément aux conclusions de l'intimée, si les premières fiches de salaires de mars à juillet 2012 indiquent la mention « ancienneté 7.7.2003 », toutes les fiches de salaire à partir du mois d'août 2012 indiquent une « ancienneté 30.4.2012 ». Il en appert qu'il s'agit en effet d'une simple erreur informatique.

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont déduit de l'ensemble de ces éléments que A restait en défaut d'établir une ancienneté de services continue acquise auprès de la société B remontant au 7 juillet 2003.

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

- **Quant à l'indemnité pour jours de congés non pris et quant aux heures supplémentaires :**

A critique finalement le jugement entrepris en ce qu'il n'a pas fait droit à sa demande en paiement du montant de 3.468 euros à titre d'indemnité pour jours de congé non pris et de 730 euros à titre d'heures supplémentaires prestées.

La société B conclut à la confirmation du jugement entrepris sur ces points par adoption de ces motifs.

Les deux demandes étant en effet différentes par leur cause par rapport à celles faisant l'objet du litige et n'ayant pas été comprises dans la requête introductive d'instance, c'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré ces demandes irrecevables pour être des demandes nouvelles.

A conclut enfin à la réformation du jugement entrepris en qu'il n'a pas fait droit à sa demande sur base de l'article 240 du NCPC.

Au vu de l'issue du litige, c'est à juste titre que A a été débouté de cette demande.

A succombant encore dans son appel, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel n'est pas non plus fondée.

La société B ne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 3.000 euros n'est pas non plus 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,

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

partant **confirme** le jugement entrepris ;

dit irrecevable la demande de A sur base de l'article 124-2 du code du travail ;

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

condamne A à tous les frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maître André MARC qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président de chambre Carlo HEYARD, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.