**Arrêt N° 94/16 - III – TRAV**

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du trente juin deux mille seize.

Numéros 40104 et 40220 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

I.
E n t r e :

**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,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER de Luxembourg du 28 juin 2013,

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

e t :

**1)A**, demeurant à L-(…),

intimée aux fins du susdit exploit MULLER,

comparant par Maître Nathalie BARTHELEMY, avocat à la Cour à Luxembourg,

**2) la société à responsabilité limitée l'Bs.à r.l.,** établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit MULLER,

comparant par Maître Frédéric FRABETTI, avocat à la Cour à Luxembourg.

II.

E n t r e :

**A,** demeurant à L-(…),

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

comparant par Maître Nathalie BARTHELEMY, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

**1) la société à responsabilité limitée l'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 GALLÉ,

comparant par Maître Frédéric FRABETTI, 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 GALLÉ,

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

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 1er juillet 2014.

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

Revu l'arrêt du 4 décembre 2014 par lequel la Cour a retenu que A n'a pas rapporté la preuve qu'elle avait informé son employeur de la prolongation de son congé de maternité par lettre recommandée à la poste conformément aux dispositions de l'article L.331-2 du code du travail et qu'elle n'était dès lors pas protégée contre le licenciement.

En considérant que l'absence d'information par la salariée de son employeur, conformément à l'article L.331-2 du code du travail, ne constitue cependant pas nécessairement un fait ou une faute grave autorisant le renvoi immédiat, la Cour avait admis A à son offre de preuve tendant à établir les faits suivants :

*« que le 25 octobre 2012, A s'est rendue sur son lieu de travail et a parlé avec ses employeurs,*
*que ceux-ci ont à cette occasion déclaré savoir que A reprendrait le travail le 24 novembre 2012, soit la date de reprise après le prolongement du congé maternité pour cause d'allaitement, et non pas le 27 octobre 2012».*

Suite à l'exécution de la mesure d'instruction, A conclut à voir constater qu'elle a rapporté le bien-fondé de sa demande par l'audition du témoin C, ancienne employée du restaurant l'B, qui y a travaillé jusqu'en avril 2013 et qui a relaté qu'elle avait croisé l'appelante fortuitement le jour où celle-ci se serait rendue au restaurant B situé à X dans le but de vérifier que ses employeurs étaient bien informés de sa demande de prolongation de congé de maternité pour la période d'allaitement; que leur conversation avait été interrompue par l'arrivée du bus et que l'appelante avait encore, dans la même journée, retéléphoné au témoin pour lui dire que tout était en règle pour la prolongation et que le patron était dès lors informé.

A conclut pour le surplus au rejet du témoignage de D, mère de E, au motif qu'en sa qualité de co-gérante de la société l'B, elle devrait être assimilée à une partie au procès et ne saurait partant être entendue comme témoin. Elle demande également de voir écarter l'attestation de F au motif qu'il est le gérant technique de la société l'B.

En ordre subsidiaire, elle demande à analyser leurs déclarations avec la plus grande prudence, alors qu'il s'agit en l'espèce d'une entreprise familiale.

A relève encore que le témoin D a reconnu que durant la période où elle était en congé de maternité, il y avait un fort besoin de personnel au restaurant, de sorte qu'il y aurait lieu d'en tirer les conséquences qui s'imposent quant à la cause réelle du licenciement.

La société l'B se prévaut du témoignage de D ayant relaté que ni elle, ni son mari n'avaient plus revu A au restaurant et que son fils E lui aurait confirmé que A n'avait plus donné de ses nouvelles.

Elle soutient que le témoin D n'est pas partie au litige même pas par le biais du régime matrimonial, étant donné que son mari F, même s'il est le gérant technique de la société, n'est pas pour autant le propriétaire des parts sociales, celles-ci appartenant à son fils E. L'intimée se réfère encore à l'attestation testimoniale de F, gérant technique de la société l'B, ayant précisé qu'il n'avait pas été au restaurant le 25 octobre 2012 et qu'il n'avait pas vu A ni avant ni après cette date.

L'intimée soutient par ailleurs que le témoignage de C ne permet pas de venir à la conclusion qu'elle avait avisé son employeur de la prolongation de son congé de maternité, alors que le témoin n'a fait que confirmer des faits qui lui ont été indiqués par l'appelante elle-même, sans avoir été personnellement présente sur les lieux, de sorte qu'il y aurait lieu de déclarer ce témoignage indirect irrecevable.

Selon la société l'B, il se poserait toujours la question de savoir pourquoi, A se serait rendue auprès de son employeur le 25 octobre 2012 pour l'informer de la prolongation de son congé de maternité, si elle avait réellement envoyé, comme soutenu par elle, le certificat d'allaitement du 16 octobre 2012 à son employeur.

En ordre subsidiaire, la société l'B demande d'apprécier le témoignage de C avec la plus grande prudence, alors que le témoin a été licencié le 31 octobre 2014 et que la rencontre « fortuite » entre le témoin et l'appelante ne permettrait pas de savoir si l'appelante avait réellement vu sa collègue de travail le 25 octobre 2012, si l'appelante s'était réellement rendue ce jour-là auprès de ses employeurs et si ceux-ci savaient que la reprise était fixée au 24 novembre 2012 et non au 27 octobre 2012.

En vertu de l'article 405 du NCPC, chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité de témoigner.

Il est admis que nul ne saurait être entendu comme témoin dans sa propre cause.

Il résulte des pièces que F n'est pas propriétaire des parts sociales de la société l'B, mais qu'il est son gérant unique.

Comme F représente, en tant que gérant, la société l'B qu'il incarne donc de la sorte, il est à considérer comme partie en cause. Par conséquent, son attestation doit être écartée.

D, en revanche, ne saurait être assimilée à une partie au litige, alors qu'elle est seulement l'épouse du gérant et n'incarne pas la société. Sa déposition n'est dès lors pas à écarter.

Or, force est de constater que si les déclarations de D, qui n'a travaillé que quatre heures par jour au restaurant, et ne sont pas de nature à exclure que A ait pu se rendre à son lieu de travail ce jour-là pour parler avec l'un de ses employeurs au sujet de la prolongation de son congé de maternité, il n'est pas pour autant établi que A s'y soit effectivement rendue à la date en question ni avec qui elle se serait entretenue.

En effet, les déclarations de C ne constituent qu'un témoignage indirect en ce qu'elles reflètent les dires d'une partie au litige. Elles manquent par ailleurs de précision en ce qui concerne la description de la prétendue entrevue, notamment sa date, son interlocuteur et son contenu pour valoir preuve du caractère justifié de l'absence de la salariée.

Il suit des développements qui précèdent que c'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont retenu que l'absence injustifiée de A pendant la période du 27 octobre au 5 novembre 2012, soit pendant neuf jours consécutifs, constitue, au vu des circonstances de l'espèce et du fait qu'elle a apporté nécessairement un trouble à l'organisation de la défenderesse, une faute grave justifiant un licenciement avec effet immédiat.

C'est dès lors encore à bon droit que A a été déboutée de ses demandes en indemnisation de ses préjudices.

- **<u>quant au recours de l'ETAT :</u>**

L'ETAT agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, de son côté, conclut, par réformation, à voir condamner A à l'entièreté des indemnités de chômage lui avancées à savoir la somme totale de 11.996,5 euros, en faisant abstraction de toute limitation.

A conclut à voir débouter l'ETAT de sa demande, sinon à voir dire qu'elle ne devra régler qu'un paiement moindre que celui sollicité par l'ETAT au vu de sa situation précaire, montant qu'elle demande à voir réduire à 5.000 euros. Suivant ses dernières conclusions, elle demande à voir réduire le montant redû à 2.500 euros. Elle demande également de pouvoir rembourser la somme redue par des mensualités de 50 euros.

En l'absence de pièces de nature à justifier la situation actuelle de A, c'est à bon droit et par les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont décidé de réduire la créance de l'ETAT envers A à un montant de 5.000 euros remboursable par des mensualités de 50 euros.

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

A succombant dans son appel, sa demande tendant à voir condamner la société l'B et l'ETAT au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 euros sur base de l'article 240 du NCPC n'est pas fondée.

La société l'B ne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande tendant à voir condamner A et l'ETAT à lui payer une indemnité de procédure de 2.500 euros n'est pas non plus fondée.

L'ETAT succombant également dans son appel, sa demande tendant à voir condamner A au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 euros 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,

statuant en continuation de l'arrêt du 4 décembre 2014 ;

dit non fondé l'appel de A ;

dit non fondé l'appel de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi;

partant **confirme** le jugement entrepris ;

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

fait masse des frais et dépens de l'instance et les impose pour moitié à A et pour moitié à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG et en ordonne la distraction au profit de Maître Frédéric FRABETTI 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.