

Arrêt N° 116/18 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du onze octobre deux mille dix-huit.

Numéro 43116 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Marie-Laure MEYER, premier conseiller,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

la société à responsabilité limitée S1 s.à r.l., anciennement S2 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 Jean-Lou THILL de Luxembourg du 15 juillet 2008,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO s.e.c.s., inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 31-33, rue Sainte Zithe, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître François COLLOT, avocat à la Cour à Luxembourg.

et :

1) A, demeurant à L-(...),

intimée aux fins du susdit exploit THILL,

comparant par Maître Marc PETIT, 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 THILL,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 3 juillet 2018.

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

Par requête du 21 juillet 2006, A a fait convoquer son ancien employeur, la société à responsabilité limitée S2 Sàrl, actuellement la société à responsabilité limitée S1 Sàrl (ci-après : la société S1) devant le tribunal du travail de Luxembourg (section ouvriers) pour voir déclarer abusif son licenciement avec effet immédiat intervenu le 7 juillet 2006 et pour réclamer, suivant le dernier état de ses conclusions, des indemnités pour une somme totale de 23.148,73 euros. La requérante a encore conclu à la majoration du taux de l'intérêt légal, à l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 euros et à l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

A l'appui de sa demande, elle fit exposer qu'elle a été employée par la société S1 à partir du 5 septembre 2005 et qu'elle a été licenciée avec effet immédiat le 7 juillet 2006. Ce licenciement serait abusif, étant donné qu'elle aurait déjà fait l'objet d'un licenciement avec préavis le 31 mai 2006 et qu'elle aurait, par ailleurs, depuis cette date, été dans l'impossibilité de travailler, le café - restaurant «X» ayant été fermé. Elle a encore soutenu que le 3 juillet 2006 elle a été au rendez-vous convenu avec l'employeur.

A a finalement fait valoir que ses salaires des mois de mai à juillet 2006 n'ont pas été payés, de sorte qu'elle a été dans l'impossibilité de continuer la relation de travail et qu'elle aurait pu demander la résiliation du contrat de travail pour faute grave de l'employeur. Pour autant que de besoin, elle a formulé une offre de preuve par l'audition de témoins.

L'employeur s'est opposé à la demande en avançant qu'A a été licenciée avec préavis pour motifs économiques, qu'elle n'a pas été dispensée de prester son préavis de deux mois et qu'elle a fait l'objet d'un licenciement pour faute grave le 7 juillet 2006 à défaut de s'être présentée à son travail. Il a soutenu que la salariée n'a pas été dans l'impossibilité de travailler, il a, de son côté, formulé une offre de preuve et il a demandé l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 euros.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, (ci-après : l'ETAT) a exercé le recours en vertu de l'article L.521-4 du Code du travail et il a réclamé le paiement de la somme de 7.449,87 euros, avec les intérêts légaux tels que de droit, en remboursement des indemnités de chômage payées à A.

Par jugement du 23 mars 2007, le tribunal du travail a reçu la demande en la forme, a donné acte à A de sa renonciation au paiement d'une indemnité de préavis et d'une indemnité compensatoire de congé et a admis la défenderesse à prouver la réalité des motifs de licenciement pour faute grave par l'audition de témoins.

Suite à l'exécution de la mesure d'instruction, le tribunal du travail a, dans son jugement du 13 juin 2008, dit le licenciement du 7 juillet 2006 abusif, mais a déclaré les demandes en indemnisation d'A non fondées. Il a également débouté l'employeur de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure. La demande de l'ETAT a, par contre, été accueillie et la société S1 a été condamnée à payer à celui-ci la somme de 7.449,87 euros, avec les intérêts légaux tels que de droit.

Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu, sur base des dépositions des témoins, qu'il n'était pas établi qu'A ne s'était pas présentée à son lieu de travail le 3 juillet 2006 et qu'elle avait donc commis un refus de travail délibéré. Eu égard au fait que la salariée avait cependant, avant son licenciement avec effet immédiat, été licenciée avec préavis et que la relation de travail devait donc se terminer à la date de l'expiration dudit préavis, le tribunal du travail a décidé que la salariée ne pouvait faire valoir de dommage ni pour préjudice matériel, ni pour préjudice moral. Le licenciement ayant été déclaré abusif, la demande de l'ETAT a été déclarée fondée à l'encontre de l'employeur.

La société S1 a relevé appel de ce dernier jugement par exploit d'huissier du 15 juillet 2008.

Suite aux moyens d'irrecevabilité de l'appel pour violation de l'article 84 du nouveau Code de procédure civile et de péremption de l'instance d'appel soulevés par l'ETAT, la Cour d'appel a, par arrêt du 10 novembre 2016, ordonné la révocation de l'ordonnance de clôture du 7 juin 2016 et la réouverture des débats

pour permettre aux parties d'analyser la régularité de la procédure à l'égard d'A qui n'avait pas comparu.

Au vu des prises de position de l'ETAT et de la société S1, à la réassignation d'A et à la constitution d'avocat par celle-ci, la Cour a, dans son arrêt du 11 mai 2017, reçu l'appel en la forme, dit la demande en péremption d'instance non fondée et renvoyé l'affaire devant le juge de la mise en état aux fins d'instruire le fond.

A cet égard, la société S1 demande, par réformation, à voir déclarer régulier le licenciement du 7 juillet 2006, sinon et dans l'hypothèse où le caractère abusif du licenciement serait confirmé, à entendre dire non fondée la demande de l'ETAT et, à défaut, à voir réduire le montant des indemnités de chômage à rembourser à l'ETAT à la somme de 393,46 euros pour la seule période allant du 24 juillet 2006, date du premier versement des indemnités de chômage, au 31 juillet 2006, date de la fin du préavis légal. La société S1 demande finalement l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 euros.

L'ETAT conclut, principalement, à la confirmation du jugement attaqué et chiffre sa créance en remboursement des indemnités de chômage payées à A à la somme de 7.449,87 euros, avec les intérêts légaux tels que de droit. Dans un ordre d'idées subsidiaire, il réclame ce montant à la salariée.

A conteste avoir été absente de son travail les 3, 5, 6 et 7 juillet 2006 et formule une offre de preuve par l'audition de témoins à ce sujet.

L'appelante conclut au rejet de cette offre de preuve pour absence de pertinence.

Appréciation de la Cour :

Le 5 septembre 2005, A a été engagée par la société S1 en qualité d'« *ouvrière polyvalente restaurant* ».

Elle a été licenciée avec préavis le 31 mai 2006, le préavis débutant le 1^{er} juin 2006 pour se terminer le 31 juillet 2006. Les motifs dudit licenciement lui ont été notifiés sur demande du 29 juin 2006 le 26 juillet 2006 et le licenciement en question n'a pas été contesté par la salariée

Par courrier recommandé du 7 juillet 2006, A a été licenciée avec effet immédiat au motif que tout en n'étant pas dispensée de travailler pendant le préavis légal, elle ne s'est pas présentée à son poste de travail, malgré demande en ce sens de l'employeur, les 26 et 27 juin 2006, ainsi qu'à compter du 3 jusqu'au 7 juillet 2006.

1) **Quant au bien-fondé du licenciement :**

La société S1 explique que, suite à son licenciement avec préavis, la salariée avait été informée de ce qu'elle pouvait rester à son domicile durant la période de préavis, mais qu'elle devait se présenter à son travail dès que son employeur le lui demandait et que même si le restaurant était fermé, elle avait été chargée d'effectuer les préparatifs afin de permettre la reprise du fonds de commerce par le nouvel exploitant.

Elle reproche aux juges de première instance de ne pas avoir tenu compte dans l'appréciation du fondement du licenciement avec effet immédiat du 7 juillet 2006 des absences de la salariée de son lieu de travail les 26 et 27 juin 2006, ainsi que de celles des 4, 5, 6 et 7 juillet 2006, malgré demande expresse de l'employeur qu'elle se présente à son travail. Ces absences se trouveraient établies par les déclarations des témoins entendus par le tribunal du travail.

La charge de la preuve de la réalité des motifs invoqués à la base du licenciement incombe à l'employeur.

Dans ce but, la société S1 avait offert en preuve devant les juges de première instance que *« suite à son licenciement avec préavis, Madame A a été informée de ce qu'elle pouvait rester à son domicile durant la période de préavis mais qu'elle n'était pas dispensée, de sorte qu'elle devait se présenter à son travail dès que son employeur lui demanderait.*

Même si le restaurant était fermé, Madame A avait été chargée d'effectuer les derniers préparatifs afin de permettre la reprise du fonds de commerce.

Madame A a été convoquée dans les bureaux administratifs de son employeur le lundi 26 juin et le mardi 27 juin, sans qu'elle se soit présentée à ces convocations ».

A ces égards le témoin T1 a déclaré : *« Je confirme les deux premiers alinéas de l'offre de preuve. Je ne saurais vous confirmer avec certitude l'alinéa 3 de l'offre de preuve. Je pense que la requérante est venue au 2^{ème} rendez-vous avec Monsieur B, l'ancien gérant de la société ».*

Les autres témoins T2, T3 et T4 n'ont pas été en mesure de fournir des précisions au sujet des absences reprochées à la salariée des 26 et 27 juin 2006.

Au vu des déclarations de T1, il est établi que malgré l'absence de dispense de travail d'A pendant le préavis légal, celle-ci a été autorisée par l'employeur à rester à son domicile, mais qu'elle devait se présenter à son lieu de travail dès que l'employeur le lui demandait.

Au vu de l'imprécision sur ce point de la déposition de T1, il n'est, par contre, pas prouvé que la société S1 ait demandé à la salariée de se présenter dans ses bureaux

administratifs les 26 et 27 juin 2006, de sorte que le caractère fautif d'une éventuelle absence de la salariée dans ces lieux n'est pas établi. Il s'ajoute que le témoin « *pense* » même qu'A était présente le 27 juin 2006.

La réalité du motif de licenciement tiré des prétendues absences de la salariée les 26 et 27 juin 2006 n'est donc pas établie.

En ce qui concerne les absences d'A à partir du 3 juillet 2006, la société S1 a offert de prouver que lors d'un entretien le 29 juin 2006, « *il fut expliqué à Madame A qu'elle devait venir travailler à partir du lundi 3 juillet à 08.15 heures, et ce jusqu'à la fin de sa période de préavis, afin de terminer les derniers préparatifs nécessaires à la cessation de l'exploitation de l'activité de l'entreprise.*

Elle était plus particulièrement chargée de participer à la remise en état de la cuisine et à l'inventaire du stock.

Lors de cette réunion du 29 juin, Madame A a marqué son accord mais a simplement demandé à ce que ses horaires de travail soient modifiés afin de lui permettre de considérer au mieux son activité professionnelle avec sa vie de famille.

Ainsi, l'employeur a été d'accord à ce qu'elle commence à travailler à 08.15 heures et ce durant 8 heures de suite, afin de lui permettre de quitter son travail à 16.15 heures.

L'employeur a néanmoins dû constater que Madame A ne s'est pas présentée le 3 juillet, sans l'avoir contacté des motifs de cette absence.

Madame A n'a plus donné signe de vie à son employeur jusqu'à l'envoi de la lettre de licenciement du 7 juillet dernier. »

A ce sujet le témoin T1 a confirmé la demande de l'employeur adressée à la salariée et tendant à ce que celle-ci vienne travailler, il a précisé que la salariée était chargée de nettoyer la cuisine et qu'elle avait demandé de partir plus tôt aux fins de pouvoir récupérer son fils à la crèche.

A n'apporte aucun élément de preuve en sens contraire, de sorte que ces faits se trouvent établis par la déposition circonstanciée de T1

En ce qui concerne les absences de son lieu de travail d'A à partir du 3 juillet 2006, ce témoin a encore relaté : « *quant aux deux derniers alinéas, je tiens à préciser que le nouveau exploitant (Monsieur C) m'a contacté pour me dire que la requérante n'est pas venue et qu'il avait besoin de qn pour nettoyer.*

Finallyment il a dû demander à une société de nettoyage pour venir travailler. Le contact avec la requérante se faisait toujours par Monsieur B ».

Il se dégage cependant de la déclaration du témoin T3 qui a personnellement accompagné la salariée et qui a été entendu lors de la contre-enquête, qu'A était présente au restaurant « X » le 3 juillet 2006 à 8.30 heures, qu'elle a visité les lieux pour se présenter au nouveau parton, mais qu'elle n'a pas travaillé parce que le local était fermé.

Au vu de ces déclarations contradictoires concernant la présence sur son lieu de travail d'A de deux témoins dont l'un est un témoin indirect et le second est un témoin direct ayant accompagné A sur son lieu de travail le 3 juillet 2006, la société S1 reste en défaut de prouver que la salariée était absente de son travail à cette date.

En ce qui concerne les absences reprochées des 4, 5, 6 et 7 juillet 2006, le témoin T1 a déposé que le nouvel exploitant du restaurant s'est plaint auprès de lui de ce que qu'A ne s'est pas présentée à son lieu de travail et qu'elle n'a pas participé à la remise en état de la cuisine et à l'inventaire du stock.

A offre de prouver par l'audition du témoin T3 « qu'il est vrai qu'en date du 3, 5, 6 et 7 juillet 2006, à 8.30 heures sans préjudice quant à l'heure exacte, Madame A était présente sur son lieu de travail Restaurant X, qu'il est vrai que Madame A a été engagée en tant que serveuse, qu'il est vrai que le Restaurant X était déjà fermé au moins deux mois avant le 31 juillet 2006 et que, partant, le restaurant n'avait pendant toute cette période aucune activité, mettant ainsi Madame A dans l'impossibilité absolue de prester ses heures de travail ».

Cette offre de preuve qui ne vise pas la date du 4 juillet 2006 à laquelle A devait travailler, tend à faire réentendre le témoin T3, qui a déjà été entendu par le tribunal du travail et qui a déclaré avoir accompagné A à son lieu de travail le 3 juillet 2006.

Ce témoin ne s'est exprimé au sujet des présences d'A à son lieu de travail les 5, 6 et 7 juillet 2006 ni dans sa déclaration du 17 août 2006 invoquée par l'intimée à titre d'attestation testimoniale, ni lors de son audition à l'occasion de la contre-enquête le 4 juin 2007.

Or, il n'appartient pas à la Cour de procéder à une mesure d'instruction supplémentaire pour pallier à la carence d'A de faire interroger le témoin par elle proposé et entendu lors de la contre-enquête en première instance sur les faits actuellement offerts en preuve qui étaient déjà dans les débats devant le tribunal du travail (Cour 31 janvier 2008, n° 32012 du rôle pour des témoins qui n'ont pas été entendus en première instance).

Il s'y ajoute que les faits offerts en preuve remontent à plus de 12 ans, que l'offre de preuve est doré et déjà contredite par les pièces versées dans la mesure où le contrat de travail du 5 septembre 2005 indique qu'A a été engagée comme « *ouvrière polyvalente restaurant* » et non exclusivement comme serveuse, où il est constant en cause que le restaurant était fermé pendant le délai de préavis d'A et où il est établi par la déposition du témoin T1 que l'employeur avait demandé à celle-ci d'aider à la remise en état de la cuisine et à l'inventaire du stock et que cette activité n'a pas nécessité l'ouverture du restaurant « X ».

Il s'ensuit que la société S1 a établi qu'A ne s'est pas présentée à son lieu de travail les 4, 5, 6 et 7 juillet 2006, malgré demande expresse de son employeur.

La présence du salarié à son lieu de travail constituant pour le travailleur une obligation de résultat et A restant en défaut de justifier ses absences des 4, 5, 6 et 7 juillet 2006, celle-ci a commis une faute rendant immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail au sens de l'article L-124-10 (2) du Code du travail.

L'appel de la société S1 est dès lors fondé et il convient, par réformation du jugement entrepris, de dire que le licenciement avec effet immédiat du 7 juillet 2006 est régulier.

2) Le recours de l'ETAT :

Conformément à l'article L.521-4 (2) du Code du travail et en vertu d'une ordonnance du 11 décembre 2006 rendue par le Président du tribunal du travail, A s'est vue attribuer par provision l'indemnité de chômage complet pendant 182 jours de calendrier au maximum.

Il se dégage de l'historique d'indemnisation d'A produit par l'ETAT que ce dernier a pendant la période allant du 24 juillet 2006 au 19 décembre 2006 versé par provision une somme totale de 7.449,87 euros à A à titre d'indemnités de chômage complet.

L'article L.521-4 (6) du Code du travail dispose que : « *Le jugement ou l'arrêt déclarant justifié le licenciement du travailleur (...) condamne ce dernier à rembourser au Fonds pour l'emploi, le cas échéant de façon échelonnée, tout ou partie des indemnités de chômage lui versées par provision.* »

Au vu de la réformation à intervenir en ce qui concerne le caractère abusif du licenciement du 7 juillet 2006 et eu égard aux dispositions de l'article L.521-4 (6) du Code du travail citées ci-dessus, le jugement du 13 juin 2008 est également à réformer en ce qu'il a déclaré fondé le recours de l'ETAT dirigé contre la société

S1. Le licenciement étant régulier, ledit recours est à déclarer fondé en ce qu'il est dirigé, dans un ordre d'idées subsidiaire, contre la salariée A.

La demande de l'ETAT dirigée contre l'intimée A est donc fondée pour la somme en principal de 7.449,87 euros.

L'ETAT demande encore l'allocation des intérêts judiciaires sur base des dispositions de l'article 1153 du Code civil à compter du jour de la requête introductive d'instance, sinon à partir des dates des décaissements, sinon à partir de la date de la demande, jusqu'à solde.

Aux termes de l'article 1153 du Code civil, « *dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi ; sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, excepté les cas dans lesquels la loi les fait courir de plein droit.* ».

Il en découle qu'il y a lieu d'allouer les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, valant sommation de payer adressée à A. Cette demande a été formulée par conclusions notifiées en première instance le 1^{er} février 2007, de sorte que les intérêts légaux sont à allouer à partir de cette date, jusqu'à solde.

A est donc à condamner à payer à l'ETAT la somme de 7.449,87 euros, avec les intérêts légaux à partir du 1^{er} février 2007, jusqu'à solde.

La salariée demanderesse initiale n'ayant pas soumis sa situation financière à la Cour et n'ayant pas non plus conclu à une réduction ou à un échelonnement de la somme à rembourser, il n'y a lieu de procéder ni à la réduction, ni à un échelonnement de la dette de celle-ci à l'égard de l'ETAT, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

3) Les accessoires :

La société S1 n'établissant pas l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile, sa demande tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure sur cette base n'est pas fondée.

A succombant aux deux instances, doit en supporter les frais et dépens.

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 11 mai 2017,

dit l'appel fondé,

par réformation,

dit le licenciement avec effet immédiat d'A du 7 juillet 2006 régulier ;

dit le recours de l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, dirigé contre la société à responsabilité limitée S1 Sàrl non fondé ;

dit le recours de l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, dirigé contre A fondé pour la somme de 7.449,87 euros, avec les intérêts au taux légal à partir du 1er février 2007, jusqu'à solde ;

condamne A à payer à de l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, la somme de 7.449,87 euros, avec les intérêts au taux légal à partir du 1^{er} février 2007, jusqu'à solde ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

dit non fondée la demande de la société à responsabilité limitée S1 Sàrl en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne A aux frais et dépens des deux instances, avec distraction au profit de Maîtres Marc KLEYR et Georges PIERRET, avocats constitués qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.