

**Arrêt N° 56/19 - III – TRAV**

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du deux mai deux mille dix-neuf.

Numéro CAL-2018-00368 du rôle

Composition:

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

Entre :

**la société à responsabilité limitée S1 s.à r.l.**, exploitant sous l'enseigne commerciale S2, 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 Gilles HOFFMANN de Luxembourg du 30 mars 2018,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Karim SOREL, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

**A**, demeurant à L(...)

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

appelante par incident,

comparant par Maître Patrice MBONYUMUTWA, avocat à la Cour à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 12 février 2019.

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

Par une première requête déposée au greffe de la justice de paix de Luxembourg en date du 17 février 2016, A a fait convoquer son ancien employeur, la société à responsabilité limitée S1 sàrl (ci-après la sàrl S1) devant le tribunal du travail de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer, suite à son licenciement avec effet immédiat du 7 janvier 2016, qu'elle qualifia d'abusif, les montants suivants :

1) dommage matériel :	10.000,00 €
2) dommage moral :	2.500,00 €
3) arriéré de salaire brut (décembre 2015) :	1.947,50 €

soit la somme de 14.447,50 €, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

La requérante concluait encore à la condamnation de la sàrl S1 à lui remettre endéans la huitaine de la notification du jugement, sous peine d'une astreinte de 50 euros par jour de retard, ses fiches de salaire des mois d'octobre à décembre 2015 inclus.

Elle réclamait une indemnité de procédure de 500 €, la condamnation de la partie défenderesse aux frais et dépens de l'instance et l'exécution provisoire du jugement.

Par une deuxième requête déposée au greffe du tribunal du travail de Luxembourg en date du 5 septembre 2016, A a fait convoquer, la sàrl S1 devant ce tribunal pour l'entendre condamner à lui payer, suite à son licenciement avec effet immédiat du 7 janvier 2016, qu'elle qualifia d'abusif, les montants suivants :

1) indemnité compensatoire de préavis (2 mois de salaires) :	3.895,00 €
2) arriérés de salaire (décembre 2015 et janvier 2016) : (1.947,59+ 630,75=)	2.578,06 €
3) indemnité compensatoire pour congés non pris (15 jours) :	1.351,20 €

soit en tout le montant de 7.824,26 €, ou tout autre montant même supérieur, à arbitrer par le tribunal ou à dire d'expert, avec les intérêts légaux à partir du 7 janvier 2016, sinon à partir du jour de la contestation du licenciement, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Elle conclut à la majoration du taux d'intérêt de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la notification du jugement et elle maintenait ses demandes formulées dans la première requête.

La requérante demandait encore la condamnation de la partie défenderesse à lui délivrer dans les huit jours de la notification du jugement, sous peine d'une astreinte de 50 € par jour de retard et par document, la fiche de salaire périodique du mois de janvier 2016 et la fiche de salaire non périodique pour les congés non pris au 7 janvier 2016.

Finalement, elle réclamait une indemnité de procédure de 1.500 €, la condamnation de la partie défenderesse aux frais et dépens de l'instance et l'exécution provisoire du jugement.

Par la même requête, l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, fût mis en intervention afin de lui permettre de faire valoir d'éventuelles prétentions.

La requérante conclut à la jonction des deux requêtes.

A l'audience du 30 janvier 2018, A avait réduit sa demande en réparation du préjudice matériel à la somme de 8.077,04 €.

L'ÉTAT, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, avait informé le tribunal qu'il n'avait pas de revendications à formuler.

A l'appui de ses demandes, A fit valoir que le 7 janvier 2016, elle aurait été licenciée avec effet immédiat, en violation de l'article L.121-6 (3) du code du travail, alors qu'elle avait informé le 5 janvier 2016 son employeur par SMS de son absence pour cause de maladie et qu'elle lui avait envoyé par courrier recommandé, le même jour, 5 janvier 2016, un certificat médical lui attestant une incapacité de travail pour raisons de santé, pour la période du 4 au 6 janvier 2016.

Suite à la prolongation de son incapacité, par un certificat médical du 8 janvier 2016, pour la période du 8 au 9 janvier 2016 inclus, elle aurait envoyé à son employeur le 9 janvier 2016, par courrier recommandé, le deuxième certificat médical.

Elle conclut que le licenciement du 7 janvier 2016 serait abusif.

A titre subsidiaire, A fit valoir que le licenciement serait abusif pour défaut de motif grave et qu'il serait partant contraire à l'article L.124-10 (2) du code du travail.

Elle soutenait encore que le motif indiqué dans la lettre de licenciement manquerait de la précision suffisante et que pour le surplus il ne serait ni réel, ni sérieux.

Finalement, la requérante affirma que le motif ne serait pas d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement, même avec préavis.

Par jugement rendu contradictoirement en date du 20 février 2018, le tribunal du travail a :

- déclaré les demandes de A recevables en la forme ;
- joint les demandes introduites par requêtes des 17 février et 5 septembre 2016 ;
- donné acte à A qu'elle diminuait sa demande en réparation du préjudice matériel à la somme de 8.077,04 € ;
- donné acte à l'ÉTAT, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, qu'il n'avait pas de revendications à formuler ;
- déclaré le licenciement du 7 janvier 2016 abusif ;
- déclaré non fondée la demande de A en réparation du préjudice matériel et l'a rejetée ;
- déclaré fondée sa demande en réparation du préjudice moral pour le montant de 2.500 € ;
- déclaré fondée sa demande en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis pour le montant de 3.895 € ;
- déclaré fondée sa demande en paiement d'arriérés de salaire pour le montant de 2.487,98 € ;
- déclaré fondée sa demande en paiement d'une indemnité compensatoire pour congés non pris pour le montant de 1.351,20 € ;
- partant condamné la sàrl S1 à payer à A le montant de (2.500 € + 3.895 € + 2.487,98 € + 1.351,20 € =) 10.234,18 € avec les intérêts légaux sur le montant de 4.447,50 € à partir du 17 février 2016, date du dépôt de la première requête et sur le montant de 5.786,68 € à partir du 5 septembre 2016, date du dépôt de la deuxième requête, chaque fois jusqu'à solde ;
- dit que pour le montant de 7.734,18 €, le taux de l'intérêt légal sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la notification du jugement ;
- déclaré non fondée la demande de A en condamnation de la sàrl S1 à lui remettre une fiche de salaire non périodique pour les congés non pris au 7 janvier 2016 et l'a rejetée ;
- déclaré fondée la demande de A en condamnation de la sàrl S1 à lui remettre ses fiches de salaire des mois d'octobre à décembre 2015 ;
- partant condamné la sàrl S1 à remettre à A ces documents endéans la quinzaine à partir de la notification du jugement sous peine d'une astreinte

de 25 € par jour de retard, cette astreinte prenant cours à l'expiration de ce délai de quinze jours et étant limitée à la somme de 600 € ;

- déclaré fondée la demande de A en condamnation de la sàrl S1 à lui remettre sa fiche de salaire du mois de janvier 2016 ;
- partant condamné la sàrl S1 à remettre à A ce document endéans la quinzaine à partir de la notification du jugement sous peine d'une astreinte de 25 € par jour de retard, cette astreinte prenant cours à l'expiration de ce délai de quinze jours et étant limitée à la somme de 200 € ;
- déclaré fondée la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure pour le montant de 1.500 € ;
- partant condamné la sàrl S1 à payer à A le montant de 1.500 € sur base de l'article 240 du NCPC ;
- condamné la sàrl S1 à tous les frais et dépens de l'instance ;
- ordonné l'exécution provisoire du jugement pour la condamnation au paiement des arriérés de salaire, ainsi que pour la condamnation au paiement de l'indemnité compensatoire pour congés non pris, soit pour le montant de 3.839,18 €, et l'a rejetée pour le surplus ;
- déclaré le jugement commun à l'ÉTAT, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Pour statuer ainsi, les juges de première instance ont d'abord constaté que l'employeur n'avait pas licencié la salariée pendant son congé de maladie, alors qu'elle n'avait pas satisfait à la double condition lui imposée par l'article L.121-6 paragraphes (1) et (2) du code de travail et qu'elle était en absence injustifiée le 7 janvier 2016, jour du licenciement. Le tribunal a retenu qu'*« indépendamment de la question de savoir à quelle date la requérante aurait dû reprendre son travail, il est constant en cause que la requérante, qui a suivant deux certificats médicaux été en incapacité de travail du 4 au 6 janvier 2016 et du 8 au 9 janvier 2016, n'a pas été couverte pour le 7 janvier 2016, de sorte que la partie défenderesse a pu la licencier à cette date »*.

Le tribunal a ensuite retenu que le motif indiqué dans la lettre de licenciement et consistant en une absence injustifiée de la salariée, l'a été avec la précision requise.

Il a encore constaté que la partie défenderesse n'avait pas établi que sa salariée aurait du travailler le 1<sup>er</sup> janvier 2016 et que son offre de preuve n'était, en raison de sa formulation défaillante, pas précise.

Il a finalement décidé que l'absence injustifiée du 7 janvier 2016, donc d'une seule journée, après trois ans d'ancienneté sans reproches, ne serait pas suffisante pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

Par exploit d'huissier de justice du 30 mars 2018, la sàrl S1 a relevé appel du jugement du 20 février 2018 qui lui avait été notifié en date du 28 février 2018.

L'appelante demande à la Cour de :

- réformer le jugement du 20 février 2018,
- par conséquent et principalement, dire que le licenciement prononcé en date du 7 janvier 2016 est fondé et régulier,
- partant la décharger de toute condamnation intervenue de ce chef,
- constater que l'appelante a dûment payé à la partie intimée l'indemnité de congé non pris,
- partant la décharger de toute condamnation intervenue de ce chef,
- constater qu'elle a payé les arriérés de salaire pour la période du [ ??],
- partant la décharger de toute condamnation intervenue de ce chef,
- voir constater qu'elle a satisfait à son obligation de communication des fiches de salaires des mois d'octobre à décembre 2015,
- partant la décharger de toute condamnation intervenue de ce chef,
- condamner la partie intimée à lui payer la somme de 630,56 euros avec les intérêts légaux à partir du 30 janvier 2018 (jour du décaissement) sinon de la présente demande jusqu'à solde, sinon à partir du jugement à intervenir,
- à titre subsidiaire, donner acte à la sàrl S1 qu'elle entend rapporter la preuve des faits qu'elle invoque à l'appui de sa demande, par l'audition de témoins et notamment que :

*« Attendu que A devait venir travailler à son poste de travail au restaurant dit « R1 » les vendredi 1<sup>er</sup> janvier 2016, samedi 2 janvier 2016, lundi 4 janvier 2016 et mardi, 5 janvier 2016.*

*Que A avait expressément été prévenu par son employeur, B, en présence de l'ensemble du personnel, la semaine précédente l'établissement de son planning soit début décembre 2015.*

*Que A avait d'ailleurs parfaitement connaissance du surcroît de travail au restaurant dit « R1 » en raison des fêtes de réveillon, raison pour laquelle elle avait toujours et sans exception travaillé depuis son entrée en fonction les 1<sup>er</sup> janvier et jours suivants de chaque année.*

*Que A n'est pas venue travailler à son poste de travail au restaurant dit « R1 » les jours ci-avant énoncés sans jamais avoir informé ni le premier jour ni transmis un certificat médical de maladie dans les 3 jours suivant le début son absence à l'employeur, respectivement un employé ayant autorité et habilitation pour recevoir pareille information et certificat. »*

- déclarer cette offre de preuve pertinente et concluante,
- partant l'admettre et ordonner tous devoirs et autres droits,
- donner acte à la sàrl S1 qu'elle entend voir citer comme témoin :
  - T1 (serveur au restaurant dit « R1 »)
  - T2 (serveuse au restaurant dit « R1 »)
  - T3 (serveuse au restaurant dit « R1 »)
  - T4 (serveur au restaurant dit « R1 »).

- à titre plus subsidiaire, et dans l'hypothèse où le licenciement devait être déclaré abusif, décharger la sàrl S1 de toute condamnation intervenue du chef du préjudice moral, sinon réduire le montant à de plus justes proportions,
- donner acte encore à la sàrl S1 qu'elle se réserve le droit de communiquer l'adresse des témoins susdits et de faire entendre d'autres témoins en cours d'instance,
- donner acte à la sàrl S1 qu'elle se réserve tous autres droits, dus, moyens et actions,
- condamner en tout état de cause A à l'entière des frais et dépens de l'instance au vœu de l'article 238 du NCPC, sinon instituer un partage largement favorable à la sàrl S1 avec distraction au profit de son avoué,
- la condamner encore à payer à la sàrl S1 une indemnité de procédure de 1.500 euros pour la première instance et de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

### **Les développements de la partie appelante**

A l'appui de son appel, la sàrl S1 affirme que le licenciement du 7 janvier 2016 serait régulier et que le tribunal aurait à tort estimé qu'elle n'avait pas établi, sur base des fiches de pointage, que A aurait toujours travaillé les 31 décembre et les 1<sup>er</sup> janvier. L'appelante rappelle que ces fiches de pointage, indiquant le nom de la salariée, émanent du restaurant R1 et qu'il s'agit d'un restaurant qu'elle exploite. Il résulterait desdites fiches que la salariée, qui était la seule femme de ménage du restaurant exploité par l'appelante, aurait, depuis son entrée en fonctions le 1<sup>er</sup> mars 2013, travaillé les 31 décembre 2014 et le 1<sup>er</sup> janvier 2015, les 31 décembre 2013, 1<sup>er</sup> janvier, 2 janvier, 3 janvier et 4 janvier 2014, ainsi que le 31 décembre 2015.

L'appelante soutient que le tribunal aurait encore à tort déclaré irrecevable son offre de preuve par l'audition de témoins aux motifs (1) qu'elle n'avait pas indiqué le nom de la personne qui aurait prévenu la salariée qu'elle devait venir travailler à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016 et (2) qu'elle n'avait pas offert en preuve la date d'établissement de son planning ou la date à laquelle la salariée aurait été prévenue qu'elle devait venir travailler au début de l'année 2016.

La sàrl S1 verse, en instance d'appel, de nouvelles attestations testimoniales selon lesquelles B, gérant de la sàrl S1, respectivement gérant du restaurant R1, a donné les instructions à l'ensemble du personnel de venir travailler au restaurant du 1<sup>er</sup> au 7 janvier 2016. Cette instruction aurait été donnée à A au début du mois de décembre 2015.

Il serait donc établi que A aurait dû travailler du 1<sup>er</sup> au 7 janvier 2016, de sorte qu'en ne se présentant pas à son poste et en ne justifiant pas de son absence ni le

premier jour, ni par la communication endéans les trois jours d'un certificat médical, elle se serait rendue coupable d'une faute grave.

L'appelante complète, dans le dispositif de l'acte d'appel, son offre de preuve formulée en première instance.

A titre subsidiaire, et au cas où le licenciement serait jugé abusif, l'appelante demande à la Cour de dire non fondée, sinon de réduire l'indemnisation pour le préjudice moral à de plus justes proportions.

L'appelante affirme avoir payé le montant de 1.649,96 € du chef d'arriérés de salaire de décembre 2015 et avoir « à tort » payé la somme de 630,56 € correspondant au salaire du mois de janvier 2016, alors que l'intimée aurait été en absence injustifiée.

La sàrl S1 réclame donc la condamnation de la partie intimée à lui rembourser la somme indue de 630,56 €.

Elle souligne qu'elle avait également payé, en date du 30 janvier 2018, le montant de 1.351,20 € à titre de l'indemnité de congé non pris, mais que l'intimée aurait omis d'informer le tribunal de ce paiement.

L'appelante fait finalement valoir qu'elle avait transmis par lettre recommandée avec accusé de réception, déjà en date du 13 décembre 2016 les fiches de salaire à la partie intimée, mais que celle-ci n'aurait pas jugé utile de prendre possession de cet envoi recommandé.

Ces fiches auraient à nouveau été communiquées le 29 mars 2018 lors de la communication des pièces entre avocats (pièce 9 de la farde de pièces de Maître SOREL).

L'appelante conteste formellement la version des faits de A et affirme que la salariée aurait travaillé au sein des deux établissements S2 et R1. L'appelante renvoie à ce sujet à un échange de SMS (versé en pièce n° 10 de la farde II de Me SOREL) dans lequel A écrit en date du 28 décembre 2015 « *C'est aussi pour nettoyer le R1 aujourd'hui ?* ».

Concernant la prétendue irrégularité de la notification du licenciement soulevée par A, l'employeur donne à considérer principalement, que son ancienne salariée avait reçu la lettre de licenciement, étant donné qu'après la fin de son incapacité de travail en date du 9 janvier 2016, elle n'est plus venue travailler et subsidiairement que la demande adverse ne saurait tout au plus être déclarée fondée que pour un mois de salaire et à la condition que la Cour retienne que la notification par lettre recommandée soit considérée comme formalité substantielle.

Dans ses dernières conclusions (notifiées le 20 décembre 2018), l'appelante conclut à l'irrecevabilité de la demande adverse, basée sur une prétendue irrégularité au niveau de la notification de la lettre de licenciement, pour être nouvelle en instance d'appel et pour ne pas avoir été formulée dans la requête introductive d'instance.

### **Les observations de la partie intimée**

A fait valoir que la version de l'appelante n'est pas complète, alors qu'elle aurait oublié de mentionner qu'elle exploite deux restaurants, à savoir le R1, sis au (...) et le S2 (exploité sous l'enseigne commerciale X), sis au (...). Elle renvoie à l'article V du contrat de travail selon lequel « *le lieu de travail est situé à S2 (...).* »

A affirme qu'elle n'était pas en charge de l'entretien du restaurant R1 étant donné qu'T5 avait été engagée en tant que femme de ménage pour ce restaurant. Elle verse une attestation testimoniale (cf. pièce n° 22) dans laquelle T5 déclare avoir travaillé pour la sàrl S1 du 1<sup>er</sup> octobre 2015 au 15 janvier 2016 et avoir été présente à son poste de travail le 31 décembre 2015 et le 1<sup>er</sup> janvier 2016 alors que le restaurant était ouvert.

En droit, A soutient principalement, que le licenciement serait intervenu en période de maladie ; qu'elle aurait informé son employeur dès le 5 janvier 2016, c'est-à-dire le premier jour ouvrable où elle aurait dû reprendre son travail, qu'elle était malade ; que par la suite, elle lui aurait dûment communiqué deux certificats, le premier pour la période du 4 au 6 janvier et le deuxième pour la période du 8 au 9 janvier 2016 ; que l'omission sur ces certificats de la date du 7 janvier serait une inadvertance manifeste alors qu'elle aurait été en incapacité de travail ininterrompue du 4 au 9 janvier 2016. À titre subsidiaire, l'intimée soulève le défaut de précision du motif invoqué ainsi que l'absence de motif grave, réel et sérieux à la base du licenciement. Elle fait valoir que l'employeur aurait erronément indiqué que le contrat de travail entre parties aurait été conclu le 1<sup>er</sup> janvier 2016 et que depuis cette date la salariée ne se serait pas présentée sur son lieu de travail jusqu'au 7 janvier 2016. L'absence injustifiée de tout au plus un jour (le 7 janvier) ne saurait justifier un licenciement.

A affirme de même que l'employeur était en possession du certificat de maladie en date du 7 janvier 2016, donc au moment où il a envoyé la lettre de licenciement.

Au vu de ces développements, elle conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a dit qu'une absence d'une seule journée ne justifie pas un licenciement avec effet immédiat, surtout eu égard au fait que l'employeur n'a pas démontré que cette absence ait entraîné une désorganisation de son entreprise.

Selon la partie intimée, les fiches de pointage versées en cause par son ancien employeur concernent le restaurant X, donc son lieu de travail, mais non pas tel qu'erronément affirmé par la sàrl S1, le restaurant R1. Elle reconnaît encore que selon ces fiches, elle a effectivement travaillé au restaurant X :

- les 30 et 31 décembre 2013, les 1<sup>er</sup>, 2, 3, 4 et 6 janvier 2014 ;
- les 29 décembre 2014, 31 décembre 2014, 1<sup>er</sup>, 2 janvier et 5 janvier 2015.

Elle en conclut que ses jours de travail étaient variables selon les besoins de la partie appelante (conformément au contrat de travail). L'intimée estime cependant qu'à défaut d'informations de la part de son employeur, elle n'aurait pas pu savoir qu'elle devait aller travailler à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016, et certainement pas au R1.

Selon l'intimée, les attestations testimoniales et l'offre de preuve adverses selon lesquelles elle aurait reçu des instructions de la part d'B d'aller travailler au R1 du 1<sup>er</sup> au 7 janvier 2016 seraient contredites par son contrat de travail.

L'offre de preuve est encore contestée pour être ni précise, ni pertinente.

L'intimée conclut à l'irrecevabilité pour inobservation des dispositions de l'article 402 du code civil (absence de copie des cartes d'identité) des attestations testimoniales versées en pièce n° 3 par la partie appelante. À titre subsidiaire, l'intimée expose que ces attestations ne seraient ni pertinentes, ni concluantes.

En dernier ordre de subsidiarité, l'intimée conclut au caractère abusif du licenciement qui ne lui aurait pas été communiqué par lettre recommandée.

Concernant son indemnisation, l'intimée demande la confirmation du jugement en ce qu'il a fait droit à sa demande relative au dommage moral à hauteur de la somme de 2.500 €, mais elle interjette appel incident en ce qui concerne l'indemnisation de son dommage matériel. Elle réclame, par réformation du jugement, la somme de 3.895 € (1.947,50 x 2) et elle explique ne pas avoir formulé dans l'immédiat sa demande de chômage en raison du fait qu'elle aurait été stressée. Comme elle aurait retrouvé un emploi quatre mois après son licenciement, elle demande à être indemnisée pour cette période.

L'intimée conteste les paiements allégués par la sàrl S1 et soutient qu'elle « *n'a jamais reçu aucun des virements* » ce qui serait d'ailleurs établi au vu des pièces versées par la partie adverse.

Les arriérés de salaire et les congés non pris seraient donc toujours dus et l'intimée demande à la Cour de confirmer le jugement entrepris également sur ce point.

Finalement, l'intimée réclame une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

### **Appréciation**

#### **- quant à la régularité formelle du licenciement qui est contestée par l'intimée**

L'intimée soulève, pour la première fois en instance d'appel, le moyen de l'irrégularité formelle du licenciement et affirme que la lettre de licenciement ne lui aurait pas été communiquée par courrier recommandé.

L'appelante conclut à l'irrecevabilité de cette demande pour être nouvelle en appel.

L'article 592 du NCPC dispose qu'il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.

En l'occurrence, il est établi que la salariée n'avait, ni dans ses deux requêtes introductives d'instance, ni au cours de la procédure devant le tribunal, fait valoir que la lettre de licenciement, qu'elle reconnaissait avoir reçue le 7 janvier 2016, ne lui aurait pas été envoyée par courrier recommandé.

Au contraire, dans sa requête du 17 février 2016 elle exposa que son « *contrat de louage de services a été résilié et motivé par l'employeur par lettre recommandée dans les termes suivants* » et elle reproduisit ensuite ladite lettre. Dans sa deuxième requête elle indiquait qu'« *en date du 7 janvier 2016 le contrat de travail a été résilié avec effet immédiat par lettre recommandée.* »

Sa demande en obtention d'une indemnité à hauteur d'un mois de salaire, pour non observation de la formalité prescrite par l'article L. 124-10 (3) du code du travail, est donc une demande nouvelle, formulée pour la première fois en instance d'appel.

Elle doit être déclarée irrecevable en application de l'article 592 du NCPC.

#### **- quant à la demande de rejet des attestations versées par l'appelante**

A demande principalement le rejet des attestations testimoniales versées par son ancien employeur pour inobservation des dispositions de l'article 402 du code civil (la Cour admet qu'il faut lire : NCPC) et elle conclut subsidiairement, à leur rejet pour manque de pertinence.

L'appelante a versé en pièce n° 3 deux attestations testimoniales ; l'une établie par T1 et l'autre établie par T4. Seule l'attestation de T4 comporte en annexe une photocopie de la carte d'identité de son auteur.

Le moyen soulevé ne concerne donc que l'attestation de T1.

L'article 402 du NCPC dispose que :

*« L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés.*

*Elle mentionne les nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles.*

*Elle indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales.*

*L'attestation est écrite, datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit lui annexer, en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature.*

*L'attestation peut également être reçue en brevet par un notaire. »*

Comme les dispositions de l'article 402 du NCPC ne sont pas prescrites à peine de nullité (Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 30 nov. 2004, Bull.civ. I, n° 292), la demande principale de A est à déclarer non fondée.

Les attestations ne sont partant pas à écarter des débats.

La Cour examinera ci-dessous, lors de l'examen au fond du licenciement, leur valeur probante.

- **quant à l'application de l'article L.121-6 du code du travail**

L'appelante demande à voir déclarer régulier le licenciement prononcé en date du 7 janvier 2016.

L'intimée soutient avoir été licenciée en violation de l'article L.121-6 du code de travail alors qu'elle se trouvait en incapacité de travail pour cause de maladie, dûment établie par deux certificats de son médecin traitant ; elle interjette donc appel incident.

La Cour constate que c'est à bon droit que le tribunal a retenu qu'il n'est, à ce sujet, pas pertinent d'examiner à quelle date la salariée aurait dû reprendre ses fonctions en janvier 2016, soit le 1<sup>er</sup> (selon l'employeur), soit le 5 janvier (selon la salariée).

A a en effet, dès ses requêtes introductives d'instance, toujours exposé (i) qu'elle aurait du reprendre le travail le 5 janvier 2016, mais qu'en raison d'une maladie dûment constatée par son médecin traitant, elle était en incapacité de travail du 4 janvier au 6 janvier 2016 et (ii) qu'elle en aurait informé son employeur le 5 janvier par l'envoi d'un SMS ainsi que par l'envoi sous pli recommandé du certificat médical. Elle s'était vue remettre un deuxième certificat pour la période du 8 au 9 janvier 2016 inclus, qu'elle affirme avoir également envoyé à son employeur.

Il est donc établi que le 7 janvier 2016, elle n'était pas couverte par les dispositions protectrices de l'article L.121-6 (3) du code du travail et que son employeur pouvait donc procéder à son licenciement sans violer ce texte.

L'affirmation de la partie intimée, que l'omission de la date du 7 janvier 2016 sur le deuxième certificat résulterait d'une inadvertance manifeste du médecin, n'emporte pas la conviction de la Cour, alors qu'il aurait, le cas échéant, appartenu à l'intimée de faire attester le médecin de son omission. A défaut d'une telle pièce, l'affirmation de A reste en l'état de pure allégation.

Au vu de ce qui précède, c'est donc à bon droit que le tribunal a retenu que l'absence de la salariée en date du 7 janvier 2016 n'était pas justifiée et que son employeur pouvait prononcer un licenciement à son encontre.

L'appel incident de A n'est donc pas fondé sur ce point.

- **quant au caractère abusif du licenciement qui est contesté**

L'appelante fait valoir que le licenciement serait régulier et que la salariée aurait non seulement été en absence injustifiée le 7 janvier 2016, mais également le vendredi 1<sup>er</sup> janvier, samedi 2 janvier, lundi 4 janvier et mardi 5 janvier 2016, jours où elle aurait dû travailler au R1. Faute pour la salariée d'avoir remis à l'employeur un certificat médical justifiant ses absences pour ces jours, le licenciement intervenu le 7 janvier 2016 serait justifié et le jugement serait partant à réformer.

L'intimée conteste formellement tant qu'elle devait travailler dès le 1<sup>er</sup> janvier 2016, mais surtout qu'elle devait travailler au R1.

Il convient donc d'examiner quand et où la salariée aurait dû travailler.

Pour établir que A aurait toujours travaillé, depuis son entrée en fonctions auprès de la sàrl S1, en date des 31 décembre et 1<sup>er</sup> janvier au R1, l'employeur a versé des fiches de pointage.

Il ressort de ces fiches que A a, depuis son entrée en fonctions, travaillé au restaurant X :

- le 31 décembre 2013 et le 1<sup>er</sup> janvier 2014,
- le 31 décembre 2014 et le 1<sup>er</sup> janvier 2015, et
- le 31 décembre 2015.

Contrairement aux affirmations de la sàrl S1, ces fiches de pointage n'émanent pas du restaurant R1, mais du restaurant X.

A conteste, sur base de son contrat de travail, qu'elle devait travailler au restaurant R1 et elle affirme qu'T5 y aurait été affectée en tant que femme de ménage.

Il ressort de l'article V du contrat de travail du 22 février 2013, conclu entre l'appelante et l'intimée que « *le lieu de travail est situé à S3 [il y a lieu de lire S2] (...)* ».

Aucun autre lieu de travail n'est indiqué audit contrat.

Les parties ont informé la Cour que le nom « X » est la dénomination commerciale du restaurant S2 et qu'il s'agit d'un seul et même restaurant.

L'appelante a versé un échange de SMS entre son gérant B et l'intimée qui établirait que l'intimée devait non seulement travailler au X mais également au restaurant R1. Ainsi dans un SMS, envoyé à B le 28 décembre 2015, A écrit : « *Bonjour ! J'espère que vous avez bien passé le Noel. Je pas encore reçu mon salaire du mois de novembre. C'est aussi pour nettoyer le R1 aujourd'hui ? je pas la clé. Merci* » et B lui a répondu par un SMS « *Merciiii A je vais vérifier* ».

Il est intéressant de noter que cet échange de SMS n'a pas la même teneur selon les pièces versées par les deux parties. Ainsi selon la pièce n° 15 versée par Me MBONYUMUTWA cet échange continue encore comme suit : « *Merciiii A je vais vérifier ça. Dis moi a quelle heure tu vas je te fais ouvrir Merci* ».

Indépendamment de la version retenue, cet échange de SMS n'établit pas que la salariée devait travailler dès le 1<sup>er</sup> janvier 2016 au R1.

Afin de prouver qu'une autre femme de ménage était occupée au restaurant R1, l'intimée a versé une attestation testimoniale dans laquelle T5 déclare avoir

travaillé auprès de la sàrl S1 du 1<sup>er</sup> octobre 2015 au 15 janvier 2016 et avoir été présente à son poste le 31 décembre 2015 et le 1<sup>er</sup> janvier 2016.

Comme T5 n'y a cependant pas indiqué qu'elle était occupée en tant que femme de ménage au restaurant R1, son attestation n'est ni concluante, ni pertinente.

Les attestations testimoniales établies par T1 et par T4, versées par la sàrl S1 afin d'établir sa version des faits, ne sont également pas pertinentes et concluantes. En effet, T1 déclare « *que le gérant de l'établissement a annoncé oralement à toute l'équipe que le café serait ouvert le vendredi 1<sup>er</sup> janvier. En plus il a mis un planing dans un group sur Facebook* ».

Cette attestation est trop vague et imprécise pour établir que A aurait été dûment informée en temps utile qu'elle aurait dû reprendre son travail, que ce soit au R1 ou au X.

T4 déclare dans son attestation, que le vendredi 11 décembre 2015 au cours d'une réunion, il avait « *informé tout le personnel ainsi que Mme A comme unique et seule femme de ménage qu'ils doivent absolument travailler le 01, 02 et le 04 janvier 2016. Sans excuse, ni de me prévenir et aucun certificat de maladie Mme A ce n'est pas présenté à son poste de travail. Moi-même j'étais obligé de m'occuper du ménage* ».

Cette attestation est imprécise et donc non pertinente alors qu'elle n'indique pas le lieu de travail de la salariée. En outre elle est en contradiction avec les pièces versées en cause et notamment l'échange de SMS entre le gérant et A.

Il n'y a pas lieu de faire droit à l'offre de preuve formulée par la sàrl S1 tendant à établir que A aurait reçu, début décembre 2015, des instructions de la part d'B d'aller travailler au restaurant R1 le 1<sup>er</sup> janvier 2016, le 2 janvier 2016, le 4 janvier 2016 et le mardi 5 janvier 2016. En effet, il ressort des développements ci-dessus que le lieu de travail de la salariée se trouvait au restaurant X et non pas, comme l'affirme l'appelante, au R1, de sorte que l'offre de preuve n'est pas pertinente. D'ailleurs, dans cette offre de preuve, l'appelante affirme que « *Madame A avait expressément été prévenue par son employeur, Monsieur B* » qu'elle devait travailler au R1 le 1<sup>er</sup> janvier 2016 tandis que selon l'attestation testimoniale de T4, c'est ce dernier qui aurait informé expressément la salariée de ce fait.

L'offre de preuve est donc d'ores et déjà contredite par l'attestation testimoniale de T4.

La Cour retient que même si le contrat de travail conclu entre parties indique que les horaires de la salariée étaient « *A définir suivant les besoins de la société* » et même s'il ressort des relevés de pointage, que la salariée avait auparavant travaillé

les 31 décembre et les 1<sup>er</sup> janvier, on ne pourra cependant pas considérer comme établi, en l'absence de toute preuve, que la salariée aurait dû travailler le 1<sup>er</sup> janvier 2016 que se soit à son lieu de travail contractuel au X. ou au R1, comme veut le faire admettre l'appelante.

Au vu de ce qui précède, l'appelante S1 n'a pas établi que A devait travailler à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016 que ce soit au R1 ou au X. et qu'elle aurait donc été en absence injustifiée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2016.

Son appel n'est donc pas fondé sur ce point.

Au vu des développements qui précèdent, c'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que le tribunal a retenu qu'une absence injustifiée d'une seule journée ne justifie pas un licenciement avec effet immédiat, surtout eu égard à l'ancienneté de service de trois ans et eu égard au fait que l'employeur n'a pas démontré que l'absence de la salariée pour la journée du 7 janvier 2016 a entraîné une désorganisation de son entreprise.

- **quant à l'appel incident**

A demande, par réformation du jugement, à se voir allouer à titre d'indemnisation de son dommage matériel la somme de 3.895 € correspondant à deux mois de salaire. Elle explique que suite au licenciement abusif dont elle fût l'objet, elle aurait été stressée à tel point qu'elle n'a pas pu faire une demande pour obtenir des indemnités de chômage. Elle aurait cependant nécessairement dû faire des recherches alors qu'elle aurait trouvé un nouvel emploi quatre mois après le licenciement. L'appelante sur incident demande à être indemnisée pour cette période et elle réclame la somme de 3.895 €.

En première instance, la salariée avait réduit sa demande d'indemnisation de son dommage matériel du fait de son licenciement abusif à la somme de 8.077,04 €. Les juges de première instance avaient, à juste titre, rejeté cette demande comme non fondée motif pris que la requérante n'avait pas prouvé avoir fait les efforts nécessaires pour trouver un nouvel emploi et pour minimiser son préjudice.

Comme l'appelante n'établit toujours pas avoir entamé des démarches en vue de retrouver aussi rapidement que possible un nouvel emploi, la décision du tribunal est à confirmer par adoption de motifs.

L'appel incident n'est donc pas fondé.

- **quant aux autres postes d'indemnisation**

La sàrl S1 demande à être déchargée des condamnations prononcées à son encontre concernant l'indemnité de congé non pris et les arriérés de salaire.

Selon les pièces n° 7 et 8 de la farde de 9 pièces de Me MBONYUMUTWA, la sàrl S1 a procédé à deux virements les 24 et 30 janvier 2018 afin de payer à A le montant net de (1.649,96 + 630,56 =) 2.280,52 € à titre d'arriérés de salaire pour le « salaire décembre 2016 » et « salaires du 01/01/2016 au 07/01/2016 ». Il semble que malgré ces indications erronées, ces paiements concernent les salaires de décembre 2015 et janvier 2016.

A a contesté l'exécution de ces virements.

La Cour constate qu'entre les pièces n°8 et n° 9 de la farde de pièces de Me Karim SOREL figure une pièce non numérotée. Il s'agit d'un avis de crédit au profit de la sàrl S1 pour le montant de 1.649,96 € avec la mention de la banque BGL que le premier virement précité n'a pas pu être exécuté alors que le compte du bénéficiaire (A) a été clôturé. Cet avis de crédit date du 29 janvier 2018 de sorte que la partie appelante ne pouvait ignorer en date du 30 janvier 2018, lors du deuxième virement sur le même compte, que le compte avait été clôturé.

La Cour retient qu'à défaut de preuve contraire par la sàrl S1, à qui incombe la charge de prouver sa libération, le deuxième virement (d'un import de 630,56 €) n'a également pas pu être exécuté.

Comme les paiements invoqués par la sàrl S1 ne sont pas établis au vu des pièces soumises en cause, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de l'appelante et de la décharger des condamnations prononcées par les juges de première instance.

Son appel n'est donc pas fondé de ce chef.

La sàrl S1 requiert encore à être déchargée de sa condamnation en communication des fiches de salaires des mois d'octobre à décembre 2015 et elle affirme les avoir communiquées à deux reprises.

La partie intimée n'a pas contesté que le 29 mars 2018 ses «*fiches de paie d'octobre-novembre et décembre 2015*» lui ont été communiquées par le biais d'une communication de pièces entre avocats. Il y a donc lieu de faire droit à la demande de l'appelante S1 et de la décharger de la condamnation prononcée à ce sujet par le tribunal. Par contre, il n'est toujours pas établi, au vu des pièces soumises à la Cour, que A a également reçu communication de sa fiche de salaire

du mois de janvier 2016, de sorte que la demande de l'appelante à être déchargée de cette condamnation n'est pas fondée.

L'appelante demande également à être déchargée de la condamnation prononcée à son encontre et concernant l'indemnisation du dommage moral subi par A.

Le tribunal avait alloué de ce chef la somme de 2.500 € à la requérante.

Or, au vu du caractère abusif et hautement vexatoire du licenciement prononcé à l'encontre de A qui a vu sa relation de travail cesser du jour au lendemain, la Cour ne peut que confirmer la décision des juges de première instance, par adoption de motifs.

- **quant à la demande reconventionnelle de la sàrl S1**

L'appelante a formé une demande reconventionnelle aux termes de laquelle elle requiert la condamnation de la partie intimée à lui rembourser la somme de 630,75 € payée indûment.

La sàrl S1 soutient avoir payé par erreur cette somme à son ancienne salariée à titre du salaire pour la période du 1<sup>er</sup> au 7 janvier 2016 malgré le fait qu'elle aurait été en absence injustifiée.

Or, il ressort des développements ci-dessus que non seulement la salariée n'était pas en absence injustifiée du 1<sup>er</sup> au 6 janvier 2016 mais encore l'appelante reste en défaut de prouver qu'elle a payé la somme qu'elle revendique actuellement à A.

La demande qui laisse d'être fondée est à rejeter.

- **quant aux demandes basées sur l'article 240 du NCPC**

L'appelante réclame une indemnité de procédure de 1.500 € pour la première instance et de 2.500 € pour l'instance d'appel.

Sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance n'est pas fondée au vu du fait que le jugement dont appel est à confirmer. En tant que partie succombante en instance d'appel, sa demande n'est pas non plus fondée pour la présente instance.

L'intimée sollicite une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

Comme il paraît inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais irrépétibles qu'elle a dû exposer pour se défendre dans la présente instance, il y a lieu de faire droit à sa demande et de lui allouer une indemnité de procédure de 1.500 €.

**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 les appels principal et incident en la forme,

déclare irrecevable sur base de l'article 592 du NCPC, la demande basée sur l'irrégularité formelle du licenciement,

déclare non fondée la demande sur base de l'article 402 du NCPC tendant au rejet des attestations testimoniales de T1 et de T4,

dit l'appel principal partiellement fondé,

constate que les fiches de salaire d'octobre à décembre 2015 ont été communiquées,

**réformant :**

décharge la société S1 sàrl de la condamnation prononcée à ce sujet par le tribunal,

dit non fondé l'appel incident,

confirme le jugement du 20 février 2018, sauf en ce qui concerne la condamnation en communication des fiches de salaire d'octobre à décembre 2015, qui n'a plus lieu d'être,

dit non fondée la demande sur base de l'article 240 du NCPC de la société S1 sàrl pour l'instance d'appel,

dit fondée la demande sur base de l'article 240 du NCPC de A pour l'instance d'appel,

condamne la société S1 sàrl à payer à A une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel,

condamne la société S1 sàrl aux frais et dépens de l'instance d'appel.

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.