

Arrêt N° 76/19 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du six juin deux mille dix-neuf.

Numéro CAL-2018-00273 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Carole KERSCHEN, conseiller,
Henri BECKER, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

A, demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg, du 9 mars 2018,

comparant par Maître Alexandre CHATEAUX, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

1) la société à responsabilité limitée S1 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 KOVELTER,

comparant par la société à responsabilité limitée WASSENICH LAW, inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2134 Luxembourg, 54, rue Charles Martel, représentée aux fins de la présente instance par son gérant actuellement en fonction, Maître Claude WASSENICH, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) L'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'État, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit KOVELTER,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 26 février 2019.

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

Par requête déposée au greffe de la justice de paix de Luxembourg en date du 13 décembre 2016, A demanda la convocation de la société à responsabilité limitée S1 s.à r.l (ci-après la société S1) à comparaître devant le tribunal du travail de et à Luxembourg aux fins de voir déclarer abusifs le licenciement avec préavis intervenu en date du 1^{er} septembre 2016 et le licenciement avec effet immédiat intervenu le 6 septembre 2016.

Il requit la condamnation de son ancien employeur à lui payer les montants suivants, avec les intérêts légaux:

• préjudice matériel	15.600,00 euros
• préjudice moral	2.000,00 euros
• indemnité compensatoire de préavis	5.004,18 euros
• heures supplémentaires	4.736,16 euros
• heures prestées le dimanche	4.048,00 euros
• indemnité pour congé non pris	1.491,96 euros

Total : 28.832,03 euros.

Il sollicite la délivrance des fiches de salaires pour la période de mars à septembre 2016, sous peine d'une astreinte de 50 euros par document et par jour de retard à partir de la notification du jugement.

Il demanda finalement une indemnité de procédure de 1.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, la condamnation de la partie défenderesse à tous les frais et dépens de l'instance, l'exécution provisoire du jugement et la mise en intervention de l'ÉTAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi (ci-après l'État), pour lui voir déclarer commun le jugement.

À l'appui de sa demande, A fit valoir avoir été engagé suivant contrat de travail à durée indéterminée du 8 mai 2015, en qualité de cuisinier, par la société S1, qui a procédé à son licenciement avec préavis par lettre recommandée du 1^{er} septembre 2016.

Par courrier recommandé du 6 septembre 2016, il a fait l'objet d'un licenciement avec effet immédiat, dans les termes suivants :

« Monsieur,

Par la présente, je me permets de m'adresser à vous en ma qualité de mandataire de la société S1 S.à.r.l., établie et ayant son siège social à L-(...).

En date du 1^{er} septembre 2016, ma mandante vous a adressé un courrier de résiliation avec préavis de votre contrat de travail ayant pris effet au 8 mai 2015, et ce conformément à l'article L.124-3 alinéa 2 du Code du travail.

Dans le cadre dudit courrier, il a été fait état d'un préavis légal de deux mois prenant cours le 15 septembre 2016 et expirant en date du 14 novembre 2016. Cependant, nulle part, il n'était question d'une dispense de travail pendant la période de préavis.

Or, en l'espèce, forces est de constater que depuis le 2 septembre dernier, vous ne déniez-vous présenter sur votre lieu de travail, ne respectant ainsi pas vos obligations tirées de votre contrat de travail, pendant votre délai de préavis.

En effet, dans le cadre d'un licenciement avec préavis, les obligations des parties au contrat ne sont pas modifiées pendant la durée du délai-congé : vous avez en votre qualité de salarié, l'obligation d'exécuter normalement votre contrat de travail, et ce nonobstant le fait que vous soyez dans la période de préavis de votre licenciement.

En ne daignant vous présenter sur votre lieu de travail, et ce sans motif légitime, respectivement sans information liée à une quelconque maladie, vous avez commis une nouvelle faute, faute grave qui de plus est, justifiant un licenciement immédiat.

Par conséquent, ma mandante ne vous versera pas la moindre indemnité ni le moindre salaire.

En outre, ces faits constituent des fautes graves rendant immédiatement et définitivement impossible, le maintien de toute relation de travail entre vous-même et ma mandante.

Le présent courrier vous est adressé par courrier recommandé et courrier simple (...) ».

Par courrier recommandé du 15 septembre 2016, A a, par le biais de son mandataire, demandé les motifs à la base du licenciement avec préavis du 1^{er} septembre 2016, demande à laquelle la société S1 a répondu par courrier recommandé du 13 octobre 2016, de la teneur suivante :

« Monsieur,

Par la présente, je me permets de m'adresser à vous en ma qualité de mandataire de la société S1 Sàrl, établie et ayant son siège social à L-(...).

Me référant à votre demande de motifs datée du 15 septembre 2016, je me permets de vous fournir par la présente les motifs réels et sérieux gisant à la base de votre licenciement.

Tout d'abord, vous avez été en incapacité de travail pendant les périodes suivantes :

- du 10 juillet 2015 au 18 juillet 2015,*
- du 13 mars 2016 au 15 mars 2016*
- puis du 16 mars 2016 au 22 mars 2016*
- du 22 mars 2016 au 1er avril 2016, tout en ayant présenté un autre certificat de maladie délivré par un autre médecin pour la même période du 22 mars au 5 avril,*
- puis du 30 avril 2016 au 15 mai 2016,*
- du 21 mai 2016 au 31 mai 2016,*
- puis du 2 juin 2016 au 13 juin 2016, puis prolongé jusqu'au 13 juillet 2016*
- du 14 juillet 2016 au 22 août 2016.*

En résumé, vous avez totalisé une absence d'au moins 142 jours sur une période de travail d'environ six mois.

Eu regard à cet absentéisme fréquent et imprévisible, ma mandante a été contrainte de se réorganiser en interne, votre travail devant être absorbé par le reste du personnel.

Par ailleurs, il est plus possible de compter sur vous pour votre employeur et sur une collaboration régulière et efficace, et ce, plus particulièrement au sein d'une unité de travail réduite à l'intérieur du restaurant.

En effet, en matière de restauration, les weekends sont des moments primordiaux, lors desquels vous étiez absent.

Vos absences longues, nombreuses et répétées ont causé une gêne considérable au fonctionnement normal du restaurant.

Par ailleurs, différentes tâches vous appartenant ont dû être exécutées par vos collaborateurs, et ce, en sus de leur propre travail.

Le nombre important de vos absences, surtout pendant les derniers mois qui ont précédé votre licenciement, a été très important.

Dans ces conditions, votre employeur n'a plus pu compter sur une collaboration régulière de votre part.

Aussi, eu égard à la gêne considérable occasionnée par vos absences longues, nombreuses et répétées au fonctionnement du restaurant, notamment pendant des périodes d'activité cruciales, votre employeur vous a alors notifié votre licenciement avec préavis.

Deuxièmement, au vu de vos certificats médicaux nombreux et parfois pour des périodes se chevauchant, votre employeur vous a conformément aux dispositions légales soumis à un contrôle médical.

Il est ressorti de celui-ci effectué en date du 21 juillet 2016, que contrairement à ce que vous avez allégué, vous étiez parfaitement apte à travailler.

Par conséquent, le fait de présenter des certificats erronés pour présenter une incapacité de travail injustifiée, constitue également une cause pour laquelle votre employeur vous a notifié votre licenciement avec préavis.

D'ailleurs vous avez fait l'objet d'un avertissement de la caisse nationale de santé en ce sens.

Troisièmement, un ensemble de faits démontrent que vous êtes dans l'incapacité de poursuivre une collaboration régulière et efficace.

En effet, en date du 18 février 2016 à 18:15 heures, en plein déjeuner du personnel, une discussion s'est lancée entre vous-même et un autre collaborateur, Monsieur B et c'est le patron du restaurant qui a dû vous séparer, alors que vous étiez en train de crier et de vous insulter, et étiez à deux doigts de commencer à vous battre.

De même, par le passé, plusieurs crises de nerf vous ont déjà été reprochées, soit à l'encontre de l'un ou l'autre de vos collaborateurs, soit à l'égard de Monsieur C, responsable du restaurant. Vous avez même la fâcheuse habitude de désertier votre poste à la moindre contrariété. Cela fut le cas dès votre période d'essai, ou encore le 15 mars 2016 ou encore le 2 avril 2016.

Ce comportement violent et inacceptable dénote un comportement inadmissible que ma mandante ne peut plus tolérer, ceci d'autant plus que les scènes ont eu lieu aux vues et sues de la clientèle du restaurant.

Quatrièmement, force est de constater que vous avez commis de nombreux impairs, eu égard à la clientèle.

En date du 27 février 2016, vous n'avez pas correctement lu la commande qui correspondait à celle d'une salade de fruits de mer, et avez présenté une salade de poulet à un client.

Enfin, lors des derniers mois, vous avez plusieurs fois annoncé au responsable du restaurant, Monsieur C qu'en cas de refus de congé, vous n'hésiteriez pas à vous mettre en maladie. Cela a été le cas lors des périodes festives de pâques du restaurant, lors de lesquels vous n'avez pas hésité à indiquer qu'en cas de refus quant à l'octroi de congé pour pouvoir partir au Portugal, vous vous mettriez immédiatement en congé maladie et ne reprendriez tout simplement plus votre poste.

En date du 2 avril 2016, vous avez apporté une prolongation de votre certificat de maladie personnellement, bien qu'il soit mentionné au sein du certificat, que vous n'avez pas un droit de sortie autorisée.

Vous avez alors tenté de négocier avec Monsieur C s'il serait possible de s'arranger pour faire une lettre de licenciement portant la date avant votre premier certificat de maladie, afin d'obtenir le chômage de l'ADEM et de repartir tout simplement chez vous.

Plus tard dans la journée, vous avez une nouvelle fois téléphoné au restaurant et demandé à parler au second responsable du restaurant, ce qui fut refusé.

Force est de constater que depuis cette date, les certificats médicaux se sont cumulés.

En résumé, eu égard à la gêne considérable occasionnée, tant par vos absences longues, nombreuses et répétées, que par votre comportement, et vos manquements quant au base même de votre profession, votre employeur a notifié votre licenciement avec préavis par courrier recommandé. »

Par courrier recommandé du 17 octobre 2016, A contesta formellement les motifs à l'origine tant du licenciement avec préavis que celui avec effet immédiat.

Concernant le licenciement avec effet immédiat, A contesta la précision et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués.

Il alléguait s'être trouvé en période d'incapacité de travail dûment constatée, suivant certificat médical remis à son employeur.

Il formula une offre de preuve pour établir l'information de son employeur dès le 2 septembre 2016.

Quant au licenciement avec préavis, A contesta également la précision, tout comme la réalité et le sérieux des motifs invoqués.

Il réclama, outre le dédommagement des préjudices subis suite à ces licenciements successifs, la condamnation de son ancien employeur à des arriérés de salaires, ainsi qu'à une indemnité pour congé non pris.

Il formula une offre de preuve pour établir ses horaires de travail.

À l'audience du 9 janvier 2018, le requérant modifia les montants indemnitaires requis comme suit :

- pour le licenciement avec préavis

- préjudice matériel 1.355,25 euros
- préjudice moral 2.502,09 euros
- indemnité de préavis 5.004,18 euros

- pour le licenciement avec effet immédiat

- préjudice matériel 2.797,20 euros
- préjudice moral 2.502,09 euros
- indemnité de préavis 5.004,18 euros.

Il informa le tribunal que la demande relative à la production des fiches de salaires des mois de mars à septembre 2016 était devenue sans objet. Il lui en fut donné acte.

La société S1 s'opposa à l'ensemble des demandes de A.

Elle sollicita l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

L'État demanda acte qu'il requérait, sur base de l'article L.521-4 du code du travail, la condamnation de la partie mal fondée, à lui rembourser le montant de 6.803,41 euros au titre des indemnités de chômage qu'il a versées à A pour la période du 29 septembre 2016 au 4 janvier 2017 inclus, ce montant avec les intérêts légaux tels que de droit.

Par jugement du 29 janvier 2018, le tribunal du travail a :

- donné acte à l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG de sa demande;
- donné acte à A qu'il renonce à sa demande en production de documents et de la diminution de sa demande en ce qui concerne la réparation du préjudice matériel et de l'augmentation de la demande en ce qui concerne la réparation du préjudice moral subi du fait des deux licenciements ;
- déclaré le licenciement avec effet immédiat du 6 septembre 2016 régulier et justifié ;
- déclaré le licenciement avec préavis du 1^{er} septembre 2016 régulier et justifié ;
- déclaré non fondées les demandes de A en réparation du préjudice matériel et moral ;
- déclaré non fondée la demande de A en obtention d'une indemnité de préavis ;
- déclaré non fondées les demandes de A en relation avec des heures supplémentaires et des heures prestées les dimanches;
- déclaré irrecevable la demande de A en obtention de 6 jours supplémentaires de congé sur base de l'article L.231-11 du code du travail ;
- déclaré non fondée la demande de A en relation avec une indemnité de congé non pris ;
- déclaré fondée la demande de l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG pour le montant de 6.803,41 euros ;
- condamné A à payer à l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG la somme de 6.803,41 euros avec les intérêts légaux à partir du 23 mars 2017, date de la demande, jusqu'à solde ;
- déclaré non fondée la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure ;
- déclaré fondée la demande de la société à responsabilité limitée S1 s.à r.l en allocation d'une indemnité de procédure pour le montant de 500 euros ;
- condamné A à payer à la société à responsabilité limitée S1 s.à r.l. la somme de 500 euros à titre d'indemnité de procédure ;

- condamné A aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a retenu qu'en présence de deux licenciements, l'un avec préavis et le deuxième avec effet immédiat, il y a lieu d'examiner d'abord le bien-fondé du licenciement avec effet immédiat.

Il a dans un premier temps estimé que pour ce licenciement, intervenu le 6 septembre 2016, le salarié n'a pas rapporté la preuve des obligations prévues par l'article L.121-6 du code du travail, notamment celle relative à l'information de son employeur dès le premier jour de son absence, tant pour la première période de maladie que pour la prolongation, surtout en présence des contestations de l'employeur quant à la possession des deux certificats, l'un du 2 au 4 septembre et l'autre du 5 au 28 septembre 2016, au moment de procéder au licenciement avec effet immédiat.

La protection édictée par cet article du code du travail ne bénéficiant ainsi pas au salarié.

Le tribunal du travail a ensuite jugé que la lettre de licenciement du 6 septembre 2016 répond aux critères de précision définis par la loi et la jurisprudence et que le caractère réel et sérieux des motifs est également établi, à savoir l'absence du poste de travail en tant que cuisinier, sans justification depuis quatre jours, à la veille d'un week-end, soit un moment intense pour l'activité de l'ensemble du personnel du restaurant.

Le licenciement avec effet immédiat du 6 septembre 2016 a partant été déclaré régulier et justifié.

Le tribunal a, en second lieu, analysé le licenciement avec préavis intervenu le 1^{er} septembre 2016, pour conclure à la précision des motifs, alors que l'employeur a donné pour chacun des cinq reproches une description détaillée du manquement ou de la négligence reprochée, avec indication de dates précises.

Quant au caractère réel et sérieux desdits motifs, le tribunal a essentiellement retenu que l'absentéisme pour raisons de santé de A, du 13 mars 2016 jusqu'au 22 août 2016, était d'une importance telle qu'il fait présumer une perturbation sérieuse de l'organisation de l'employeur. Les diverses périodes successives d'absence de A valent comme motif sérieux de licenciement avec préavis, dès lors qu'elles ont nécessairement apporté une gêne considérable au fonctionnement de l'entreprise, surtout au vu de la fonction de cuisinier du requérant.

Le tribunal a partant également déclaré régulier et justifié le licenciement avec préavis du 1^{er} septembre 2016, sans avoir à analyser les autres motifs indiqués dans la lettre de motivation.

Eu égard au caractère régulier et justifié des deux licenciements, A a été débouté de ses demandes en réparation de ses préjudices matériel et moral, ainsi qu'en obtention d'une indemnité compensatoire de préavis.

Par application de l'article L. 521-4 (6) du code du travail, A a, par conséquent, été condamné à rembourser la somme de 6.803,41.- euros à l'État, du chef d'indemnités de chômage touchées, avec les intérêts au taux légal à partir du 23 mars 2017, date de la demande, jusqu'à solde.

Quant aux heures supplémentaires et aux heures travaillées le dimanche, le tribunal a estimé que le requérant est resté en défaut de prouver ces demandes dans leur principe et quantum, les déclarations reprises dans les attestations testimoniales versées variant avec les horaires allégués par A. Ce dernier aurait encore demandé le paiement des heures supplémentaires pour des périodes où il se trouvait en maladie. Son offre de preuve y relative a été déclarée non pertinente, pour les mêmes motifs.

Quant à l'indemnité pour congé non pris, le tribunal a décidé qu'en application des articles L.212-1 et suivants du code du travail, la demande de A en obtention de congés supplémentaires n'est pas recevable.

Quant aux congés non pris, à savoir 67,16 heures, le tribunal l'a dite non fondée, face aux contestations de l'employeur, qui affirme que la somme de 619,01 euros brut, qui se trouve sur la fiche de salaire de septembre 2016, s'est trouvée absorbée par une saisie sur salaire.

Par acte d'huissier du 9 mars 2018, A a régulièrement interjeté appel contre le jugement du 29 janvier 2018, qui lui a été notifié en date du 31 janvier 2018.

Il demande, par réformation :

- de déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat intervenu le 6 septembre 2016,
- partant de condamner la société S1 à lui payer le montant de 2.502,09 euros à titre de préjudice moral et de 2.797,20 euros à titre de préjudice matériel,
- de déclarer abusif le licenciement avec préavis intervenu le 1^{er} septembre 2016,
- de condamner de ce chef la société S1 à lui payer le montant de 2.502,09 euros à titre de préjudice moral et de 1.355,25 euros à titre de préjudice matériel,
- en tout état de cause, de condamner la société S1 à lui payer le montant de 5.004,18 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis,

- de condamner en outre la société S1 à lui payer le montant de 4.371,84 euros à titre d'heures supplémentaires prestées au cours de la période de mai 2015 à mars 2016,
- d'écarter des débats l'attestation testimoniale de T1 pour manque de précision,
- pour autant que de besoin, de lui donner acte de son offre de preuve par témoins concernant la prestation des heures supplémentaires,
- de condamner la société S1 à lui payer principalement le montant de 3.744,40 euros et subsidiairement le montant de 2.995,38 euros pour les heures prestées les dimanches des mois de mai 2015 à mars 2016,
- de condamner la société S1 à lui payer le montant de 352,12 euros à titre d'indemnité pour congés non pris,
- en tout état de cause de le décharger de toute condamnation prononcée à son encontre, notamment celle de payer à l'État la somme de 6.803,41 euros avec les intérêts légaux à partir du 23 mars 2017, et, en ordre subsidiaire, de limiter le montant de la condamnation de ce chef à de plus justes proportions, sur base de l'article L.521-4 (6) du code du travail,
- de le décharger encore de la condamnation prononcée à son encontre sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,
- de condamner la société S1 à une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel, sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,
- de condamner la société S1 aux frais et dépens des deux instances.

A maintient, à l'exception de la précision des motifs, l'ensemble de ses demandes et moyens formulés en première instance, tout en insistant sur la remise du premier certificat médical, couvrant la période du 2 au 4 avril 2016, dans la boîte aux lettres de l'employeur dès le 2 septembre 2016 vers 16.00/17.00 heures. Le deuxième certificat, couvrant la période du 5 au 28 septembre 2016, aurait été envoyé par courrier recommandé en date du 5 septembre 2016, de sorte qu'il estime avoir satisfait aux conditions pour bénéficier de la protection contre le licenciement. Pour le surplus, le motif invoqué ne vaudrait pas faute grave.

Concernant les demandes additionnelles, A soutient que les divergences entre ses affirmations et les déclarations des attestateurs ne sont que des erreurs factuelles, sans conséquence. Il donne à considérer que dès la première instance, il a renoncé à se prévaloir des heures supplémentaires prestées en avril 2016, ce qui explique la diminution de ce chef de sa demande à raison de 364,32 euros.

La société S1 conteste l'ensemble des demandes formulées par A et conclut à la confirmation pure et simple du jugement entrepris : elle réclame une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de 2.500 euros.

L'État conclut principalement, en cas de confirmation du jugement déféré, à la condamnation de A au remboursement du montant de 6.803,41 euros, et subsidiairement, en cas de réformation dudit jugement, au règlement du même montant par la partie intimée.

Par conclusions déposées au greffe de la Cour en date du 2 juillet 2018, A formule une offre de preuve quant à la remise à l'employeur et la connaissance par ce dernier des deux certificats médicaux de septembre 2016. Cette offre de preuve est précisée par les conclusions déposées le 30 octobre 2018, puis modifiée par conclusions remises le 11 décembre 2018.

Par conclusions déposées au greffe de la Cour en date du 13 août 2018, la société S1 a demandé acte de son offre de preuve relative à certains reproches repris dans la lettre de motivation du licenciement avec préavis.

Elle y conclut encore, à titre principal, de débouter l'État de sa demande à son encontre, sinon, à titre subsidiaire, de la limiter à la période correspondant à l'indemnité compensatoire de préavis.

Appréciation de la Cour

En l'espèce, il est constant en cause que A a été licencié à deux reprises, d'abord avec préavis par lettre du 1^{er} septembre 2016 et ensuite avec effet immédiat le 6 septembre 2016.

En présence d'un licenciement avec préavis suivi d'un licenciement avec effet immédiat, c'est ce dernier qui a mis définitivement fin au contrat de travail, de sorte qu'il convient d'examiner d'abord la régularité du licenciement immédiat.

*** Le licenciement du 6 septembre 2016**

Il est reproché au salarié de ne plus s'être présenté sur son lieu de travail, dès le lendemain de son licenciement avec préavis. Le salarié se défend en invoquant la protection spéciale de l'article L.121-6 du code du travail.

C'est pour de justes et valables motifs que la Cour fait siens que les juges de première instance ont rappelé le contenu de l'article L.121-6 du code du travail ainsi que l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite, à savoir l'obligation d'information de l'employeur le premier jour de l'incapacité de travailler et la réception du certificat médical par l'employeur le troisième jour de l'absence.

La charge de la preuve de ces deux conditions appartient au salarié.

A verse d'abord un certificat médical couvrant la période du 2 au 4 septembre 2016, avec une attestation testimoniale rédigée par T2; ce dernier y affirme avoir mis un certificat de maladie, le vendredi 2 septembre vers 16.00 heures ou 17.00 heures, dans la boîte aux lettres devant le restaurant, comme personne ne se trouvait au restaurant.

En instance d'appel, A fait plaider pour la première fois qu'il était dans les habitudes de son employeur, à l'arrivée des dirigeants ou des salariés en fin d'après-midi, de vérifier le contenu de la boîte aux lettres. Cet « usage » est toutefois contesté par la société S1.

A offre de prouver par témoins que le dirigeant Stefano C a informé le reste de l'équipe de ce certificat de maladie.

Cette offre de preuve se trouve d'ores et déjà contredite, par rapport aux témoins proposés, par les pièces versées en cause, à savoir les huit pièces de la farde III de Me Claude Wassenich, qui établissent que les témoins ne pouvaient pas être présents au moment en cause (deux des témoins proposés ayant terminé leur période de préavis avant le mois de septembre 2016, un témoin ayant démissionné avec effet au 30 juin 2016 et les autres témoins étant en jour de repos pour les dates reprises dans l'offre de preuve).

Il s'ensuit que A n'a pas rapporté la preuve de la première condition, à savoir d'avoir informé son employeur lors du premier jour de son absence, puisqu'il ne verse aucune pièce probante en ce sens.

Quant au certificat de prorogation, le déclarant incapable de travailler du 5 au 28 septembre 2016, A allègue l'avoir envoyé par pli recommandé en date du 5 septembre 2016.

Faute de verser un accusé de réception signé par l'employeur, le salarié n'a ni rapporté la preuve de l'information de son employeur le premier jour de la prolongation ni la réception du certificat de maladie dans les trois jours. Son offre de preuve, comme indiqué ci-dessus, n'est pas pertinente et concluante, pour être contredite par des pièces, qui n'ont pas fait l'objet d'une inscription en faux.

Il est de jurisprudence constante que ce n'est qu'à partir de l'avertissement de l'employeur que le salarié est protégé contre le licenciement jusqu'à l'expiration du troisième jour de l'absence et que c'est seulement dans l'hypothèse où l'employeur a connaissance de l'état d'incapacité de travail du salarié, qu'il lui est interdit de résilier le contrat de travail.

Tel n'étant pas le cas en l'espèce et en l'absence de preuve du respect des conditions reprises à l'article L.121-6 du code du travail, la protection spéciale de cet article ne trouve pas application.

Le licenciement avec effet immédiat reste valable.

A conteste ensuite le caractère réel et sérieux des motifs invoqués à la base de ce licenciement.

La Cour reprend la motivation judiciaire du tribunal du travail, consistant à rappeler le contenu de l'article L.124-10 du code du travail et à analyser la perturbation causée par l'absence impromptue de A, œuvrant comme cuisinier, soit un poste clef dans un restaurant.

L'employeur était ainsi parfaitement en droit de licencier son salarié le cinquième jour d'absence injustifiée.

Il convient de confirmer la régularité du licenciement avec effet immédiat intervenu le 6 septembre 2016 et de débouter A de ses demandes indemnitaires y relatives.

*** Le licenciement du 1^{er} septembre 2016**

A limite son appel au caractère réel et sérieux des motifs invoqués à la base de ce licenciement.

À l'instar des juges de première instance, la Cour constate que A cumulait 9 jours d'absences pour cause de maladie en 2015 et plus de 130 jours entre mars et août 2016.

Dans les mois précédant le licenciement, les absences fréquentes étaient d'une importance telle, qu'elles n'étaient plus à considérer comme un risque normal à supporter par toute entreprise, mais comme une cause sérieuse de résiliation du contrat de travail. La perturbation au sein de l'entreprise est alors présumée et ne doit pas être prouvée par l'employeur, qui ne peut plus compter sur une collaboration régulière et efficace de son salarié, notamment lorsque l'employeur se trouve, du fait de ces absences anormales, dans une situation où il ne peut raisonnablement plus organiser le bon fonctionnement de la cuisine dans laquelle le salarié est affecté, sauf à constamment charger les autres collaborateurs de ces travaux et de recourir à des externes.

Le salarié a la possibilité de renverser par toutes voies de droit cette présomption de désorganisation de l'entreprise.

En l'occurrence, A se contente d'estimer que ses périodes d'absences ne sont pas d'une étendue suffisante pour justifier un licenciement avec préavis, sans prendre position quant à la désorganisation.

La Cour rappelle que A a été engagé comme « *cuisinier* », suivant contrat de travail à durée indéterminée du 8 mai 2015, au sein d'un petit restaurant. Au vu de la pluralité des certificats de maladies (sept sur six mois), l'employeur ne pouvait spontanément recourir à des intérimaires ou salariés sous contrat de travail à durée déterminée.

A n'a ainsi pas renversé la présomption de désorganisation.

Il convient par conséquent de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré justifié le licenciement avec préavis de A et qu'il l'a partant débouté de l'ensemble de ses demandes indemnitaires.

*** La demande de l'État**

L'État requiert le même montant qu'en première instance.

C'est pour de justes et valables motifs, que la Cour fait siens, que le tribunal du travail a, par application de l'article L.521-4 (6) du code du travail, dit recevable et fondée la demande de l'État et a condamné A à payer à l'État la somme de 6.803,41 euros.

A demande, à titre subsidiaire, de limiter le montant de sa condamnation à de plus justes proportions, sans toutefois rapporter la preuve de sa situation financière, ni surtout que cette situation serait précaire.

Au vu de ce qui précède, il convient de confirmer purement et simplement le jugement entrepris sur ce point.

*** Les arriérés de salaire requis par l'appelant**

Tel que retenu à bon escient par les juges de premier degré, il appartient au salarié qui réclame à l'employeur le salaire correspondant à des heures supplémentaires de travail d'établir non seulement qu'il a effectivement presté ces heures supplémentaires, mais que c'était dans le cadre de son contrat de travail ; il ne suffit pas qu'il établisse l'accomplissement des heures excédant la durée légale, mais il doit en outre faire la preuve de l'accord de l'employeur pour les effectuer.

En l'espèce, A affirme avoir travaillé 46 heures par semaine et il réclame le paiement de 6 heures supplémentaires par semaine pour la période de mai 2015 à avril 2016. Dans la motivation de son acte d'appel, il affirme avoir renoncé à la prestation d'heures supplémentaires pour le mois d'avril 2016. Toutefois, dans son offre de preuve comprise dans le dispositif de l'acte d'appel, il indique vouloir prouver par l'audition de deux témoins les faits suivants : « *que depuis le 8 mai 2015 et jusqu'à la date du 6 septembre 2016, c'est-à-dire durant toute sa période d'occupation, A a été amené à prester son travail du mardi au samedi de 8h30 à 14h00 puis de 17h30 à 22h00 et le dimanche de 9h30 à 14h00 puis de 17h30 à 23h00,*

que ces horaires constituaient l'horaire normal de travail de A tels qu'ils lui a été indiqué par les dirigeants de la société S1 Sàrl,

que A bénéficiait de deux demi journées de repos, à savoir le mercredi soir et le samedi soir ».

Plus loin dans son dispositif, A réclame de ce chef, la somme de 4.371,84 euros pour la « *période de mai 2015 à mars 2016* ».

Les demandes actuelles de l'appelant ne sont pas claires quant à la période pour laquelle il réclame le paiement d'heures supplémentaires, et elles ne renseignent pas sur la prise de congés durant ces périodes, respectivement si A se trouvait en maladie ou s'il a pris d'autres jours de récupération que ceux indiqués dans son offre de preuve.

Les attestations testimoniales versées renseignent encore sur d'autres horaires, tel que cela a été relevé avec minutie par le tribunal du travail.

Par adoption des motifs du tribunal du travail, il y a lieu de confirmer le jugement a quo, de rejeter l'offre de preuve pour être non pertinente et non concluante et de débouter A de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, non prouvées.

*** La majoration des heures prestées le dimanche**

À ce titre, A réclame principalement la somme de 3.744,40 euros (correspondant à huit heures de travail par dimanche augmentées de deux heures supplémentaires, soit dix heures en tout par dimanche), sinon de 2.995,38 euros (correspondant à huit heures de travail par dimanche), pour la période de mai 2015 à mars 2016.

Si la société S1 continue à contester la prestation de toute heure supplémentaire par A, également le dimanche, elle ne conteste pas qu'il ait travaillé les dimanches.

La Cour constate que A n'a pas rapporté la preuve de l'accomplissement d'heures supplémentaires, même pour les dimanches.

Il n'en demeure pas moins qu'il a travaillé durant huit heures les dimanches et que la société S1 ne conteste pas ce fait. Par application de l'article L.231-7 (2) du code du travail, une majoration de salaire de 70 % pour chaque heure travaillée le dimanche lui est due.

Par réformation du jugement a quo, il convient de dire justifiée ce chef de la demande à concurrence de 2.995,38 euros.

*** Le paiement des congés non pris**

L'appel de A sur ce point est limité. En première instance, il avait requis le montant de 971,13 euros et actuellement il ne réclame que le montant de 352,12 euros.

Faute de justifier ce montant, la société S1 s'oppose à cette demande.

Il ressort tant de la fiche de salaire de septembre 2016 que de la fiche non périodique de septembre 2016 que A avait un solde de congé en sa faveur de 42,80 heures, correspondant au montant brut de 619,01 euros. Ce montant lui a été reconnu, mais il a été absorbé par une saisie sur salaire, saisie non contestée par l'appelant.

Faute d'explication quant à un hypothétique solde de 67,16 heures et sans preuve aucune justifiant ce solde, l'appel pour obtenir le paiement de 352,12 euros n'est pas fondé.

*** Les indemnités de procédure**

A demande à être déchargé de la condamnation prononcée à son encontre en première instance, sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Il requiert, sur la même base légale, la somme de 1.000 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

La Cour relève que la partie qui succombe dans son action ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, de sorte qu'il n'y a pas lieu de décharger A de la condamnation prononcée à son encontre en première

instance, et de rejeter ses demandes tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

La société S1 demande une indemnité de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

Au vu de l'issue du litige, la demande de la société S1 est fondée pour la somme de 1.500 euros.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

déclare l'appel recevable;

le dit partiellement fondé,

réformant :

dit la demande de A en paiement de la majoration des heures prestées le dimanche fondée pour le montant de 2.995,38 euros,

partant, condamne la société à responsabilité limitée S1 Sàrl à payer à A la somme de 2.995,38 euros avec les intérêts au taux légal depuis le jour de la demande, 13 décembre 2016, jusqu'à solde,

confirme le jugement pour le surplus,

rejette les demandes A sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

dit recevable et fondée la demande de la société à responsabilité limitée S1 Sàrl sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile à concurrence de 1.500 euros,

partant, condamne A à payer à la société à responsabilité limitée S1 Sàrl la somme de 1.500 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

fait masse des frais et dépens et condamne A et la société à responsabilité limitée S1 Sàrl chacun à leur moitié de l'instance, avec distraction au profit de Maître Alexandre CHATEAUX, avocat à la Cour, et de la société à responsabilité limitée WASSENICH LAW, représentée par son gérant actuellement en fonction, Maître Claude WASSENICH, avocat à la Cour, demeurant tous deux à Luxembourg, 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.