Assistance judiciaire a été accordée à A par la déléguée du Bâtonnier en date du 10 septembre 2009.

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du dix-huit novembre deux mille dix

Numéro 35364 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier;

Entre:

A, demeurant à F-,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 25 août 2009,

comparant par Maître Régis MULLER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société anonyme B S.A., établie et ayant son siège social à L-, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Lex THIELEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée en date du 23 mars 2009 A a fait convoquer son ancien employeur la société anonyme B, exploitant le Restaurant X au Kirchberg, devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre déclarer abusif son licenciement avec effet immédiat du 22 juillet 2008 et condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis de 1.931,44 €, une indemnité compensatoire pour congés non pris de 2.076,80 €, un dommage matériel de 27.413,84 € et un dommage moral de 6.645,76 € ainsi qu'une indemnité de procédure de 750 €.

Par jugement du 26 juin 2009, le tribunal a déclaré régulier le licenciement et débouté A de l'ensemble de ses demandes.

Contre ce jugement du 26 juin 2009 lui notifié le 18 juillet 2009, A a interjeté appel par exploit du 25 août 2009.

Elle demande, par réformation, à la Cour, de déclarer le licenciement abusif et de condamner la société anonyme B à lui payer 4.491,10 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis, 514,63 € à titre d'indemnité compensatoire pour congés non pris, 19.937,28 € à titre de dommage matériel et 9.968,64 € à titre de dommage moral, se réservant le droit de formuler en cours d'instance toutes offres de preuve par témoignage ou par comparution personnelle des parties. Elle demande une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

La société anonyme B conclut à la confirmation du jugement et demande une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

Le licenciement

La précision des motifs

Engagée en qualité de serveuse par la société anonyme B suivant contrat de travail à durée indéterminée du 19 mai 2008 prenant effet le 26 mai 2008, muni d'une clause d'essai de 3 mois, A fut licenciée avec effet immédiat par lettre recommandée du 22 juillet 2008, l'employeur lui reprochant de ne plus s'être présentée à son poste de travail depuis le 16 juillet 2008, sans excuse valable ni certificat médical attestant son incapacité de travail.

C'est à tort que A conteste en instance d'appel la précision des motifs de la lettre de licenciement, le motif invoqué par l'employeur ainsi conçu :

« *Vous ne vous êtes plus présentée sur votre lieu de travail depuis le 16 juillet 2008 et ce sans excuse valable, ni certificat médical pouvant attester votre incapacité de travail…Nous sommes aujourd'hui le 22 juillet 2008 et à ce jour vous n'avez fait parvenir aucun justificatif d'absence comme le stipule la loi »*

répondant aux exigences de précision requises par l'article L.124-10. (3) du code du travail, l'employeur n'étant pas tenu, comme l'affirme A, d'indiquer en

outre en quoi l'absence de la salariée aurait été de nature à causer une désorganisation de son entreprise, ni les mesures qu'il aurait été contraint de prendre pour pallier à cette désorganisation ni en quoi ce fait serait à lui seul de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail.

La régularité du licenciement au regard de l'article L.121-6. (3) du code du travail

A conteste la régularité du licenciement au regard de l'article L.121-6 (3) du code du travail aux termes duquel :

« L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe(2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail. »

en soutenant que le 15 juillet 2008 elle aurait informé l'employeur par téléphone de la prolongation de l'arrêt de travail jusqu'au 31 août 2008 et que le lendemain 16 juillet 2008 elle lui aurait fait parvenir par courrier simple le certificat médical prolongeant son état d'incapacité de travail jusqu'au 31 août 2008.

Il se dégage des pièces produites en cause que A a été en état d'incapacité de travail médicalement constatée du 2 juin au 9 juin 2008 prolongée par certificat médical du 7 juin 2008 jusqu'au 16 juin 2008, ensuite jusqu'au 30 juin 2008 et 15 juillet 2008 et finalement jusqu'au 31 août 2008.

Si l'employeur ne conteste pas avoir reçu les certificats médicaux des 2, 7, 10 et 30 juin 2008, il conteste formellement tant d'avoir été averti oralement le 15 juillet 2008 de la nouvelle prolongation de l'incapacité de travail que d'avoir reçu le certificat médical du 16 juillet 2008.

L'article L.121-6 (3) du code du travail ne prohibe le licenciement que si l'employeur a été averti par le salarié malade de son empêchement le jour-même de celui-ci, ou si l'employeur a reçu le troisième jour de l'absence du salarié au plus tard un certificat médical de la part du salarié attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible, la charge de la preuve de l'accomplissement de ces formalités incombant au salarié.

A reste d'abord en défaut de prouver qu'elle a averti l'employeur par téléphone le 15 juillet 2008 de la prolongation de son état d'incapacité de travail. S'il est bien vrai qu'elle verse un relevé des communications téléphoniques sur lequel figure un numéro de téléphone luxembourgeois qu'elle soutient être celui du Restaurant X, toujours est-il que le contenu de cet appel, à supposer qu'il ait été fait à l'employeur, reste inconnu, appel qui par ailleurs date du 24 juillet 2008 de sorte qu'il ne saurait valoir preuve qu'elle a averti l'employeur le 15 juillet 2008 de la prolongation de son état d'incapacité de travail.

A reste ensuite en défaut de prouver que le certificat de prolongation de son état d'incapacité de travail a bien été reçu par l'employeur le troisième jour de son absence.

L'attestation testimoniale de Laurent selon laquelle celui-ci affirme « *avoir accompagné A le 16 juillet 2008 à 16.00 heures à la poste de Hayange où celle-ci a posté son arrêt maladie à son employeur ainsi qu'à la caisse de maladie du Luxembourg »* manque de pertinence, le salarié devant prouver non pas que le certificat a été expédié endéans les trois jours de son absence mais qu'il a bien été reçu par l'employeur au plus tard le troisième jour.

Pour les mêmes raisons l'offre de preuve tendant à prouver ces mêmes faits par l'audition du témoin Laurent doit être déclarée irrecevable.

A demande encore à la Cour de faire injonction à la société anonyme B sinon au Centre Commun de la Sécurité Sociale de communiquer la liste des noms des personnes ayant travaillé au Restaurant X et/ou au siège social de la société anonyme B pendant la période des mois de mai à août 2008 se réservant le droit de formuler en cours d'instance toutes offres de preuve, notamment par témoignage ou par comparution personnelle des parties, visant à démontrer qu'elle a respecté les obligations de l'article L.121-6 du code du travail lui incombant.

Aucune offre de preuve formelle, concrète et précise n'ayant été formulée à l'appui de cette demande, la seule formule de vouloir « *démontrer qu'elle a respecté les obligations de l'article L.121-6 du code du travail »* étant bien trop vague, il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande d'injonction.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal du travail a jugé que la société anonyme B était en droit de poster la lettre de licenciement le 22 juillet 2008.

<u>La régularité du licenciement au regard de l'article L.124-10. du code du travail</u>

A qui, en première instance avait basé sa demande tendant à voir déclarer abusif le licenciement, uniquement sur l'article L.121-6. (3) du code du travail, demande en instance d'appel en ordre subsidiaire à la Cour de constater que le fait de ne pas avoir averti l'employeur le jour-même de son empêchement respectivement de ne pas lui avoir soumis jusqu'au troisième jour au plus tard un certificat médical, ne constitue pas automatiquement un fait ou une faute autorisant le renvoi immédiat du salarié.

Elle reproche à l'employeur d'avoir agi avec une légèreté blâmable donnant à considérer que son incapacité de travail était dû à un accident sur le lieu du travail et en présence du manager de sorte que l'employeur ne pouvait ignorer la nature de ses problèmes ce d'autant plus qu'il avait pu suivre l'évolution des conséquences médicales de cet accident de travail au fur et à mesure de la communication des quatre avis de prolongation d'arrêt de travail sur près de deux mois et qu'elle l'aurait informé en avance de la nécessité, de l'échéance et de l'importance de l'intervention chirurgicale devant intervenir le 15 juillet 2008.

Cette dernière affirmation est néanmoins formellement contestée par l'employeur.

Au vu de ces circonstances, elle est d'avis qu'il aurait appartenu à l'employeur de lui passer un coup de téléphone pour s'enquérir de ses problèmes respectivement de chercher à prendre de ses nouvelles au lieu de lui envoyer une lettre de licenciement.

L'employeur n'a pas pour obligation de se douter le premier jour suivant une période d'incapacité de travail du salarié dûment constatée, et alors que le salarié ne se présente pas sur son lieu de travail et qu'il n'a pas informé l'employeur de ce qu'il est toujours malade, que l'état de maladie de ce dernier s'est prolongé, mais il est en droit de s'attendre à ce que ce dernier se présente sur son lieu de travail pour reprendre son service.

L'obligation de s'informer des raisons de l'absence du salarié sur son lieu de travail n'incombe pas à l'employeur, l'obligation d'informer ce dernier des raisons légitimes empêchant le salarié de se présenter sur son lieu de travail pesant au contraire sur le salarié. (Cour 20 novembre 2008, N° du rôle 33174).

Aucune légèreté blâmable ne saurait dès lors être reprochée à l'employeur qui d'ailleurs n'a pas procédé de suite le quatrième jour au licenciement mais seulement le 22 juillet 2008 soit le 7ième jour consécutif de l'absence de A.

Le défaut de remise des certificats de maladie voire l'absence de toute information par une serveuse sur la prolongation de sa maladie pendant la période du 16 au 22 juillet 2008 ont nécessairement perturbé le service du restaurant et constituent un motif grave au sens de l'article L.124-10 du code du travail justifiant la rupture immédiate des relations de travail, l'employeur ayant de justes raisons d'avoir perdu confiance en sa salariée.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce que le licenciement a été déclaré régulier et A déboutée de ses demandes en indemnisation.

L'indemnité compensatoire pour congé non pris

A réclame encore un montant de 514,63 € à titre de solde d'indemnité compensatoire pour congés non pris, calcul qui se base sur ses affirmations que le licenciement serait abusif et qu'elle pourrait prétendre à une indemnité compensatoire de préavis de deux mois et partant à une indemnité compensatoire pour les congés échus et non pris durant la période de préavis de deux mois.

S'il est exact que la période de préavis doit être prise en compte pour le calcul du congé, encore est-il qu'il s'agit en l'espèce d'un licenciement avec effet immédiat pour faute grave que la Cour vient, par confirmation du premier jugement, de déclarer régulier.

Comme l'a constaté à juste titre le tribunal du travail, lorsque le contrat de travail prend fin dans le courant de l'année, le salarié a droit à un douzième de son congé annuel par mois de travail entier et les fractions de mois de travail dépassant quinze jours de calendrier sont comprises comme mois de travail entier.

Le contrat de travail ayant pris fin le 22 juillet 2008, le calcul du droit au congé se limite dès lors à la période comprise entre le 26 mai 2008 et le 30 juillet 2008

L'article 9 du contrat de travail prévoyant un droit au congé annuel de 25 jours, A peut ainsi prétendre à 2,08 jours de congé soit 16,64 heures de congé.

La dernière fiche de salaire du mois de juillet 2008 renseignant un décompte congé de 17 heures soit 176,53 €, somme que A reconnaît avoir touchée puisqu'elle en tient compte dans son calcul, le jugement est encore à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande en paiement d'un solde à titre d'indemnité compensatoire pour congés non pris.

Il y a dès lors à confirmation pur et simple du jugement entrepris.

Les indemnités de procédure

Eu égard à l'issue du litige, la demande de A tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure doit être rejetée, seule la partie obtenant gain de cause pouvant y prétendre.

Il serait par contre inéquitable de laisser à la charge exclusive de la partie intimée l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer pour se défendre contre un appel qui a été rejeté dans son intégralité et il convient de lui allouer de ce chef une indemnité de procédure de 750 €.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 26 juin 2009 ;

déboute A de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne A à payer à la société anonyme B une indemnité de procédure de 750 € pour l'instance d'appel ;

condamne A aux frais et dépens de l’instance d’appel.