Exempt- appel en matière de droit du travail

Audience publique du quinze juillet deux mille dix

Numéro 32655 du rôle.

Composition:

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

Entre:

l'établissement public A, en abrégé A, établi à L-, représenté par le président de son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelant aux termes des exploits des huissiers de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch et Jean-Lou THILL de Luxembourg du 9 mai 2007,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) B, infirmière diplômée, demeurant à L-,

intimée aux fins du prédit exploit RUKAVINA,

comparant par Maître Pol URBANY, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, et pour autant que de besoin par le Ministre du Travail et de

l'Emploi, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi,

intimé aux fins du prédit exploit THILL,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'arrêt du 5 février 2009.

Vu l'article L.121-6. du code du travail ainsi libellé :

(1) Le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci.
L'avertissement visé à l'alinéa qui précède peut être effectué oralement ou par écrit.

(2) Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible.

(3) 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, ou, le cas échéant la convocation à l'entretien préalable visé à l'article L-124-2. pour une période de 26 semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.

En l'occurrence la lettre de convocation à l'entretien préalable est datée au 30 mai 2006 tandis que la lettre de licenciement est datée au 13 juin 2006.

Il s'agit en l'espèce de déterminer si l'employeur était, au moment de poster la lettre de convocation à l'entretien préalable, au courant de l'incapacité de travail de B.

Après vérification des différents récépissés versés par B, suite aux incertitudes qui avaient surgi à cet égard lors des enquêtes, les parties s'accordent à l'heure actuelle pour dire que l'envoi recommandé que la mère de B, Liliane DENEL, a réceptionné le 30 mai 2006 contenait un avertissement qui bien que rédigé le 17 mai 2006 n'a été posté que le 29 mai 2006, la secrétaire Aranzazu MIRALLES du A ayant admis elle-même lors de l'enquête qu' « *avec cette lettre-ci, il y avait un problème de signature, de sorte qu'elle avait été postée*

beaucoup plus tard. » tandis que l'envoi qu'elle a réceptionné le 31 mai 2006 contenait la lettre de convocation à l'entretien préalable, datée au 30 mai 2006 et postée le même jour à 16.10 heures.

Il est dès lors établi que la lettre de convocation à l'entretien préalable n'a pas été postée le 29 mai 2006, jour de l'incident à propos duquel B fut invitée de quitter son poste de travail, mais bien le lendemain, 30 mai 2006 de sorte qu'il y a lieu de déterminer sur base des renseignements recueillis lors des enquêtes si avant de poster la lettre le 30 mai 2006 à 16.10 heures, l'employeur avait été dûment informé de l'état d'incapacité de travail de B.

Si Aranzazu MIRALLES, directrice du personnel du A, tout en reconnaissant que Liliane DENEL lui a bien téléphoné au courant de la matinée du 30 mai 2006, entre 10 et 11 heures, plus tard elle a admis qu'il était possible que c'était aussi un plus tôt, et que lors de cet entretien téléphonique celle-ci lui aurait dit qu' « *elle était inquiète pour sa fille, que celle-ci n'allait pas bien mais qu'on ne voulait pas qu'on la licencie* » , elle conteste néanmoins que Liliane DENEL l'ait informée que sa fille n'allait pas venir travailler ce jour-là, s'exprimant comme suit : *« S'il est vrai que celle-ci a dit qu'elle n'était pas bien, elle ne l'a pas dit dans le sens qu'elle n'était pas capable de travailler ce jour-là.* »

Les témoins Liliane DENEL et Melanie par contre sont formelles pour dire que Liliane DENEL a informé Aranazazu MIRALLES que B était malade et qu'elle ne pouvait pas venir travailler ce jour-là, Liliane DENEL ayant maintenu cette déclaration après avoir été confrontée aux déclarations d' Aranazazu MIRALLES.

Liliane DENEL déclare à ce sujet : « *Le mardi matin, 30 mai 2006 entre 9.00 et 9.30 heures sans préjudice à l'heure exacte, j'ai téléphoné au A. J'avais Madame MIRALLES au téléphone et je l'ai informée que ma fille était malade et qu'elle ne pouvait pas venir travailler et je l'ai informée que le médecin allait passer la voir*. »

Cette déclaration est confirmée par Melanie qui, avant de déclarer qu'elle était à côté de sa mère lorsque celle-ci a téléphoné et dit : « *» Nathalie est malade, elle ne peut pas venir travailler aujourd'hui »,* a expliqué qu'elle-même était malade le jour de l'appel téléphonique et qu'elle n'est pas allée à l'école, raison pour laquelle elle était présente lors de l'appel téléphonique. Elle s'est encore rappelé que sa mère lui a dit qu'elle devait téléphoner parce qu'elle n'était pas sûre si Nathalie devait travailler ce jour-là ou non, le plan de travail de Nathalie étant difficile à comprendre et sa mère voulant être sûre de l'excuser auprès de son employeur.

C'est à tort que le A donne à considérer qu'il faudrait apprécier avec beaucoup de circonspection les dépositions des témoins DENEL et B en raison de leur lien de parenté avec B, il s'agit de la mère et de la sœur, l'article 405 du nouveau code de procédure civile disposant expressément que chacun, à l'exception des parties en cause, peut être entendu comme témoin et les proches parents étant par ailleurs dans des cas pareils souvent ceux qui informent l'employeur de l'état d'incapacité de travail du salarié.

La même circonspection s'imposerait dans ce cas également à l'égard du témoin Aranazazu MIRALLES qui, en tant que directrice du personnel du A, admet avoir elle-même rédigé la lettre de convocation à l'entretien préalable.

Il y a par ailleurs lieu de constater qu'il n'y a pas à vrai dire contradiction flagrante entre les déclarations des trois témoins, tous les trois s'accordant pour dire que Liliane DENEL a bien téléphoné à Aranazazu MIRALLES au courant de la matinée du 30 mai 2006. Tout le monde est également d'accord pour admettre que lors dudit entretien était bien question de l'état de santé de B.

La déclaration d' Aranazazu MIRALLES *« S'il est vrai que celle-ci a dit qu'elle n'était pas bien, elle ne l'a pas dit dans le sens qu'elle n'était pas capable de travailler ce jour-là.* » n'est ainsi pas de nature à ébranler les affirmations formelles de Liliane DENEL et Melanie, le fait qu' Aranazazu MIRALLES n'ait pas saisi le véritable motif de l'appel téléphonique dans le sens voulu par Liliane DENEL ne pouvant se retourner contre la salariée.

La Cour vient dès lors, au vu de tous les éléments de la cause, à la conclusion que le A était bien, au moment de poster la lettre de convocation à l'entretien préalable, soit le 30 mai 2006 à 16.10 heures, dûment informé que la salariée était incapable de travailler ce jour-là.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce que le licenciement a été déclaré abusif comme étant contraire aux dispositions de l'article L.121-6. (3) du code du travail.

L'indemnisation

- ***détermination de la période de référence***

Le A critique le jugement en ce qu'il a retenu une période de référence de 6 mois à partir de l'expiration du délai de préavis, reprochant à B de n'avoir fait aucune démarche sérieuse en vue de retrouver rapidement un nouvel emploi, donnant encore à considérer qu'en raison du fait que celle-ci avait été dispensée de travail durant la période de préavis, les quatre mois de préavis devraient en tout état de cause être imputés de la période de référence de 6 mois.

En cas de licenciement avec préavis, le délai de préavis pendant lequel le salarié est supposé prester un travail pour compte de l'employeur - le contrat de travail ne prenant fin qu'à la date de l'expiration du préavis - ne peut être compris dans la période de référence, peu importe que le salarié bénéficie d'une dispense de travail.

Conformément à l'article L.124-9. (1) alinéa 2 du code du travail, la dispense de travail ne doit en effet entraîner pour le salarié, jusqu'à l'expiration du délai du préavis, aucune diminution des salaires, traitements, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail.

Le salarié continuant de toucher son salaire ne subit ainsi aucun préjudice, tandis que la période de référence à fixer par la juridiction du travail est celle pendant laquelle le préjudice notamment la perte de revenu qu'il a subie suite à la cessation des relations de travail, est en relation causale directe avec son licenciement abusif et doit partant être réparée par l'employeur fautif, de sorte que celle-ci ne peut prendre cours qu'à partir de la fin des relations de travail, en l'espèce à partir du 15 octobre 2006.(Cour, VIIIe chambre, 10.01.2008, rôle 32025)

C'est dès lors à juste titre que le premier juge a fixé le point de départ de la période de référence au jour de l'expiration du délai de préavis, en l'occurrence le 15 octobre 2006, date qui marque la fin des relations de travail.

D'un autre côté, si l'indemnisation du salarié, victime d'un licenciement abusif, doit être aussi complète que possible, seul le dommage qui se trouve en relation causale directe avec le licenciement est indemnisable. A cet égard, les pertes subies ne sont à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une période qui aurait raisonnablement dû suffire pour permettre au salarié de trouver un emploi à peu près équivalent, le salarié étant obligé de faire tous les efforts nécessaires pour se procurer un emploi de remplacement.

Il se dégage en l'espèce des pièces versées en cause que B se trouvait en état d'incapacité de travail médicalement constatée de façon continue du 29 mai 2006 au 16 octobre 2006 et par la suite de nouveau du 7 mai 2007 au 12 août 2007, étant par ailleurs hospitalisée du 2 juin 2006 au 11 août 2006 et ensuite du 30 décembre 2006 au 24 janvier 2007 et du 7 mai 2007 au 24 juillet 2007.

Même dispensée de travail durant la période de préavis, elle ne pouvait dès lors légitimement faire aucune démarche pour chercher un nouvel emploi jusqu'au 16 octobre 2006.

Eu égard à la qualification professionnelle de B, à la situation sur le marché de l'emploi pour les infirmières diplômées et eu égard à son état de santé fragile à l'époque ce dont témoignent les certificats d'incapacité de travail, la Cour juge adéquate la période de référence de 6 mois fixée par le tribunal du travail et confirme le jugement à cet égard.

- l'indemnisation proprement dite

Le tribunal du travail a, suite à la demande de B, chargé un expert calculateur de la mission plus amplement déterminée dans le dispositif du jugement du 30 mars 2007 auquel il est renvoyé.

Cette mission comporte à la fois le calcul du dommage matériel proprement dit durant la période de référence et le calcul des indemnités compensatoires pour congé non pris et heures supplémentaires, de la prime unique conformément au protocole d'accord CCT EHL ainsi que de la différence des salaires suite aux fiches de salaire rectificatives du 1ier décembre 2006 pour les mois d'avril 2006 à juillet 2006 et encore de la perte de salaire encourue entre le 17 octobre 2006 et le 28 février 2007 avec la précision que tous les calculs devraient se faire sur

base de la « *Convention Collective de Travail des Salariés occupés dans les Etablissements Hospitaliers Luxembourgeois, texte coordonné du 8 juillet 2005* » et du « *Renouvellement de la Convention Collective de Travail des Salariés occupés dans les Etablissements Hospitaliers Luxembourgeois, Protocole d'accord, période du Ier janvier 2006 au 31 décembre 2007* », l'expert étant finalement chargé de dresser les décomptes entre parties en tenant compte des montants virés.

Il découle de la requête introductive d'instance que B avait demandé un dommage matériel de 12.000 €, un dommage moral de 10.000 €, une indemnité compensatoire pour congé non pris et des arriérés de salaire pour heures supplémentaires, ces deux derniers postes ayant été réclamés p.m. et évalués à 6.000 €.

C'est à juste titre que le A critique le premier juge en ce qu'il a, du fait d'avoir institué une expertise en vue de leur calcul, implicitement déclaré fondées en principe ces différentes demandes en paiement, sans avoir examiné au préalable leur bien-fondé au vu des contestations du A.

S'il est peut-être vrai que les montants devant le cas échéant revenir à B doivent être calculés sur base de la Convention Collective de Travail des Salariés occupés dans les Etablissements Hospitaliers Luxembourgeois qui, selon B « *prévoit des modes de calcul spécifiques divergeant largement des calculs d'indemnité de congé non pris ou d'arriérés de salaire ordinaires* », encore faut-il que la juridiction se prononce d'abord sur le principe-même du droit à une quelconque indemnité avant de charger un expert de son calcul.

Le A oppose en premier lieu l'irrecevabilité des demandes en paiement d'une prime unique et de la différence de salaire suite à l'émission des fiches de salaire rectificatives pour les mois d'avril à juillet 2006, ces demandes n'ayant pas été formulées dans la requête introductive d'instance. Or, le principe d'immutabilité du litige interdirait au demandeur de changer en cours d'instance tant l'objet que la cause de sa demande à moins que le défendeur n'y consente.

La Cour constate que le calcul de la prime unique et de la différence de salaire est inclus dans la mission d'expertise de sorte que ces deux points ont forcément dû faire l'objet des débats en première instance et cela nonobstant le fait que le jugement est muet à cet égard. En ne soulevant pas l'irrecevabilité de ces demandes en première instance, le A est actuellement forclos à ce faire.

Le bien-fondé des différentes demandes :

- ***le dommage matériel***

Le tribunal du travail a chargé un expert pour « *évaluer le dommage matériel encouru à la partie B suite au licenciement intervenu relative à la période de six mois du 15 octobre 2006 au 15 avril 2007 et compte tenu des prestations versées de la part de l'Administration de l'Emploi.* »

Nul n'est besoin de charger un expert de ce calcul, le dommage matériel pouvant aisément être déterminé sur base des fiches de salaire et il suffira d'en retrancher par la suite les indemnités de chômage versées par l'Etat.

Si le montant desdites indemnités se dégage des pièces versées en cause, la Cour ne dispose par contre d'aucune fiche de salaire de B, seul le montant net des salaires payés durant la période de préavis étant connu.

Il y a par conséquent lieu d'enjoindre aux parties de verser les fiches de salaire des six derniers mois ayant précédé la rupture des relations de travail et dans cette attente, il y a lieu de surseoir à statuer sur ce volet de la demande.

- ***la perte de salaire***

Le premier point de la mission d'expertise est libellé comme suit :
« *calculer la perte de salaire encourue à la partie B entre le 17 octobre 2006 et le 28 février 2007* ».

B demande, par réformation à la Cour, de modifier le premier point de la mission d'expertise comme suit : « *calculer la perte de salaire de 4 mois et 15 jours subie par B du fait qu'elle a été licenciée le 13 juin 2006, en cours de période de maladie, au lieu d'avoir été licenciée le 17 octobre 2006 »* soutenant à l'appui de cette demande avoir subi un préjudice matériel différent de celui auquel elle peut prétendre en fonction de la période de référence déterminée par les juridictions.

Son raisonnement est le suivant : Suivant les pièces versées en cause elle était en congé de maladie ininterrompu du 2 juin au 16 octobre 2006 inclus. Si l'employeur n'avait pas violé les dispositions protectrices en matière de maladie, il aurait pu procéder au licenciement au plus tôt le premier jour de sa reprise de travail, soit le 17 octobre 2006. En pareil cas, elle aurait profité d'un délai de préavis de 4 mois à partir du 1ier novembre 2006, et non pas à partir du 15 juin 2006, préavis qui ne serait venu à expiration que le 28 février 2007. Dans cette hypothèse elle aurait touché une indemnité de maladie pour la période du 2 juin au 16 octobre 2006, son salaire pour la période du 17 octobre au 31 octobre 2006 et par après les 4 mois d'indemnité de préavis jusqu'au 28 février 2007.

C'est à bon droit que le A conclut au débouté de cette demande comme faisant double emploi avec le dommage matériel auquel le salarié peut prétendre pour réparer le préjudice subi du fait du licenciement abusif.

Conformément à l'article L.124-12. (1) du code du travail, la juridiction du travail, lorsqu'elle juge qu'il y a eu usage abusif du droit de résilier le contrat de travail, condamne l'employeur à verser au salarié des dommages et intérêts compte tenu du dommage subi par lui du fait de son licenciement.

Le dommage matériel visé par le prédit article correspond à la perte de salaire subie durant la période que la juridiction juge suffisante pour permettre au salarié de trouver un emploi à peu près équivalent, sans que le salarié ne

puisse en outre prétendre à une indemnisation supplémentaire du fait de la faute commise par l'employeur en procédant abusivement au licenciement.

La demande en paiement de la perte de salaire pour la période du 17 octobre 2006 au 28 février 2007 est dès lors, par réformation, à déclarer non fondée.

- ***les heures supplémentaires***

Tout en donnant à considérer que B n'aurait pas chiffré les heures supplémentaires, le A n'en tire cependant aucune conclusion juridique.

Il conteste ensuite que celle-ci ait presté des heures supplémentaires à la demande ou de l'accord de l'employeur.

B se prévaut à titre de preuve tant de la réalité de la prestation des heures supplémentaires que de l'accord du A de pièces que le A a communiquées lui-même à savoir les « *décomptes de l'unité F5 »* des mois d'avril, mai et juin 2006 aux termes desquels B aurait accompli un total de 72 heures supplémentaires, ces 72 heures figurant dans la rubrique « *bilan HS* ».

En présence de ces pièces, soit des décomptes internes émanant de l'employeur lui-même, celui-ci est malvenu de contester la prestation d'heures supplémentaires avec son accord voire à sa demande.

Il y a dès lors lieu de retenir que B a droit au paiement de 72 heures supplémentaires.

La Cour ne disposant pas de fiche de salaire lui permettant de déterminer le salaire horaire, il y a lieu de surseoir à statuer sur ce volet de la demande dans l'attente des pièces qu'elle a demandé aux parties de verser à propos de la détermination du dommage matériel.

- ***l'indemnité compensatoire pour congé non pris***

Conformément à l'article L. 233-12. du code 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 s'il quitte son travail avant d'avoir joui de la totalité du congé qui lui est dû, il peut prétendre à une indemnité compensatoire pour congé non pris.

Comme le A conteste que B puisse encore prétendre à une quelconque indemnité de ce chef, il y a lieu de faire injonction au A de produire copie du livre des congés visé à l'article L.233-17. du code du travail respectivement de la preuve du paiement d'une indemnité compensatoire pour un éventuel solde de congé.

Dans cette attente il y a lieu de sursoir à statuer sur ce volet de la demande.

- ***la prime unique***

Conformément au point 2 du « *Renouvellement de la Convention Collective de Travail des Salariés occupés dans les Etablissements Hospitaliers Luxembourgeois, Protocole d'accord, période du Ier janvier 2006 au 31 décembre 2007 »,* la prime unique de 1,02% est due à chaque salarié ayant été en service le 1ier janvier 2006 auprès d'un établissement de l'EHL dont fait partie le A.

Si cette prime est ainsi due, la Cour ne peut néanmoins pas en déterminer le montant qui est calculé sur base du salaire brut 2005 tel qu'il est renseigné sur l'extrait du compte de salaire établi par l'employeur pour l'année 2005.

Il y a partant lieu d'enjoindre aux parties de produire cet extrait de compte et dans cette attente il y a lieu de surseoir à statuer sur ce volet de la demande.

- ***la différence des salaires dus à la partie B pour les mois d'avril à juillet 2006 suite aux fiches de salaire rectificatives du 1ier décembre 2006***

Afin d'apprécier le mérite de cette demande, la Cour a besoin des fiches de salaire en question ainsi que du détail des paiements effectués à titre de salaire par le A pour les mois concernés de sorte qu'il est enjoint au A de produire ces pièces et dans cette attente il y a encore lieu de surseoir à statuer sur ce volet de la demande.

Dans l'attente de ces pièces et de la décision à intervenir sur le mérite de ces diverses demandes, il y a de même lieu de surseoir à statuer sur le recours de l'Etat agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi ainsi que sur les demandes en paiement d'indemnités de procédure formulées de part et d'autre.

PAR CES MOTIFS:

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

confirme le jugement du tribunal du travail de Diekirch du 30 mars 2007 en ce que le licenciement du 30 mai 2006 a été déclaré abusif et la période de référence fixée à six mois ;

réformant:

dit non fondée la demande en paiement de la « *perte de salaire subie par B entre le 17 octobre 2006 et le 28 février 2007* » ;

pour le surplus :

sursoit à statuer et enjoint aux parties de verser les fiches de salaire des six derniers mois ayant précédé la fin de la relation de travail, le livre des congés et le décompte de rémunération brute de l'année 2005 ainsi que les preuves de tous les paiements qui ont le cas échéant été faits à B à titre de rémunération d'heures supplémentaires, d'indemnité compensatoire de congé non pris ou de différence de salaires entre les salaires payés pour les mois d'avril 2006 à juillet 2006 sur base de la fiche de salaire rectificative du mois de décembre 2006 ;

ordonne aux parties de conclure sur base des pièces ainsi produites sur chaque volet de la demande et de présenter leurs décomptes respectifs ;

sursoit encore dans cette attente à statuer sur le recours de l'Etat agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi et sur les demandes en paiement d'indemnités de procédure formulées de part et d'autre ;

réserve tous droits et moyens des parties et les frais;

refixe l'affaire à l'audience de la mise en état du **jeudi, 7 octobre 2010, à 15.00 heures, salle CR.0.19 de la Cour d'appel.**