**Exempt – appel en matière de droit du travail**

**Audience publique du vingt-neuf octobre deux mille neuf.**

Numéro 34217 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 d'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 18 août 2008,

**comparant par Maître Luc SCHANEN,** 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 fonctions,

**intimée** aux fins du prédit exploit ENGEL,

**comparant par Maître Michel MOLITOR,** avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

**----------**

## LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée au greffe de la Justice de Paix de Luxembourg le 20 septembre 2007, A a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme B S.A., devant le Tribunal du Travail, pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 21.976,20 euros à titre d'indemnisation pour licenciement abusif.

Par jugement rendu le 1er juillet 2008, A a été déboutée de sa demande.

De ce jugement A a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier de justice du 18 août 2008.

En première instance A a fait exposer qu'elle a été engagée le 3 janvier 2006 comme vendeuse par la société B S.A. et que celle-ci l'a licenciée avec effet immédiat par lettre recommandée du 31 janvier 2007. Le motif du licenciement est une absence injustifiée depuis le 24 janvier 2007.

A l'appui de sa demande A fait d'abord valoir qu'elle était en congé le 24 janvier 2007. Elle soutient encore que par la suite, elle a informé son employeur de son incapacité de travail le premier jour de sa maladie et qu'elle lui a envoyé un certificat de maladie dans les délais. Toutes ces allégations ont été contestées par l'employeur qui a indiqué que le certificat médical est arrivé à l'entreprise le 29 janvier 2009, mais qu'il ne l'a reçu que le 31 janvier 2007 en raison de son séjour à l'étranger.

A titre subsidiaire, l'employeur fait valoir que même s'il est retenu que le certificat médical lui est parvenu le 29 janvier 2007, l'absence injustifiée de 6 jours justifie un licenciement étant donné que l'absence de A a fortement perturbé le fonctionnement de son entreprise.

Les premiers juges ont dit que A est restée en défaut de prouver qu'elle a obtenu congé pour la journée du 24 janvier 2007, de sorte que son absence a été considérée comme injustifiée.

Les premiers juges ont encore retenu que le premier certificat médical a été réceptionné par l'employeur le 29 janvier 2007, soit après les 3 jours prévus par l'article L.121-6 du code du travail qui stipule que le salarié doit avertir l'employeur le jour même de la survenance de son incapacité de travail et lui faire parvenir un certificat le 3e jour de son absence au plus tard.

Sur base de ces considérations, les premiers juges ont dit que A ne peut bénéficier de la protection de l'article L.121-6 du code du travail.

Les premiers juges ont encore relevé « qu'étant donné que le premier certificat n'a couvert que la période du 25 au 30 janvier 2007 et que la requérante est restée à la fois en défaut de prouver qu'elle a averti son ancien employeur le premier jour de la prolongation de son incapacité de travail, l'employeur a recouvert le droit de licencier le 31 janvier 2007 ».

Les premiers juges ont encore retenu sur base de ces éléments que l'absence injustifiée de A du 24 au 31 janvier 2007 constitue un motif permettant son licenciement.

L'appelante A reproche aux premiers juges de ne pas avoir qualifié son licenciement d'abusif et elle limite son appel à ce point.

A l'appui de son appel, A réitère ses moyens de première instance, à savoir qu'elle était en congé le 24 janvier 2007 et qu'elle a averti son employeur dès le 25 janvier 2007 de son incapacité de travail.

La Cour renvoie à la motivation des premiers juges qu'elle adopte pour retenir que A est en défaut de prouver qu'elle avait obtenu congé pour la journée du 24 janvier 2007, de sorte que son absence pour cette date est une absence injustifiée.

A partir du 25 janvier 2007, l'appelante soutient qu'elle était en congé de maladie. Elle prétend avoir téléphoné à son employeur le 25 janvier 2007 à 8 heures 39 minutes et elle verse un relevé téléphonique à l'appui de sa thèse. Un tel relevé ne peut cependant établir le contenu de la conversation face aux contestations de l'employeur qui affirme que la communication était mauvaise et qu'elle a été coupée rapidement et que sur rappel de sa part, elle a été en contact avec le répondeur de A qui ne l'a pas rappelée malgré son message.

Il résulte des pièces du dossier que le certificat de maladie, attestant une première période de maladie du 25 au 30 janvier 2007, est parvenu à l'employeur le 29 janvier 2007. Le fait qu'il prétend n'en avoir eu connaissance que le 31 janvier 2007 dès son retour de l'étranger est sans incidence. D'après ce certificat de maladie, l'appelante aurait dû reprendre son travail le 31 janvier 2007. Il n'est pas contesté qu'elle ne s'est pas présentée à son lieu de travail à cette date. En envoyant la lettre de licenciement le 31 janvier 2007, l'employeur n'a pas violé les dispositions de l'article L-121-6 du code du travail, étant donné qu'il ignorait que l'appelante avait un nouveau certificat de maladie pour la période du 30 janvier au 9 février 2007, l'appelante ne soutenant par ailleurs pas qu'elle avait informé le 30 janvier 2007 son employeur de sa nouvelle incapacité de travail.

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu une absence injustifiée de sa part du 24 janvier au 30 janvier 2007. La lettre de licenciement se réfère également a une absence injustifiée pendant 8 jours.

Il se dégage cependant des développements qui précèdent que l'appelante se trouvait en congé de maladie du 25 janvier au 30 janvier 2007 et que l'employeur en avait connaissance dès le 29 janvier 2007. Il s'en suit que son absence injustifiée ne peut être retenue que pour le 24 janvier 2007 et 31 janvier 2007, c'est-à-dire que pendant 2 jours et non pas pendant 8 jours tel que indiqué erronément tant dans le lettre de licenciement que dans le jugement entrepris. L'absence injustifiée de 2 jours n'est pas suffisamment grave pour rendre immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail

L'offre de preuve par témoins de l'intimée doit être rejetée pour défaut de pertinence.

Il y a par conséquent lieu de déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat et ceci par réformation de la décision entreprise.

L'appelante réclame à titre d'indemnisation les montants suivants :

- indemnité compensatoire de préavis (2 mois X 1.884,33 euros) 3768,88

- préjudice matériel pour licenciement abusif (période de référence 4 mois) 4787,82

- préjudice moral pour licenciement abusif 10000

- solde salaire janvier 2007 403,01

18959,49 €

Licenciée avec effet immédiat le 31 janvier 2007, A peut, conformément à l'article L.124-6 du code du travail, prétendre à une indemnité compensatoire de préavis de 2 mois soit 3.768,88 euros (2 X 1884,33 euros).

Le dommage matériel basé sur une période de référence de 4 mois est contesté par la société B S.A. qui soutient que A a retrouvé immédiatement un travail en tant que serveuse dans un restaurant. L'intimée fait encore valoir que A était en arrêt de maladie jusqu'au 15 mars 2007 et qu'elle a commencé à travailler chez son nouvel employeur dès le 16 mars 2007. A ne conteste pas avoir retrouvé un emploi le lendemain de son arrêt de maladie, mais elle prétend avoir subi une réduction de salaire du fait qu'elle ne travaille qu'à mi-temps. La société B S.A. s'oppose à cette prétention en soutenant que A a choisi elle-même de ne travailler qu'à mi-temps. Face aux contestations de A elle est cependant en défaut de prouver ce fait.

Eu égard aux capacités professionnelles de A et de la situation sur le marché de l'emploi il y a lieu de fixer la période de référence à prendre en considération pour déterminer le dommage matériel à 4 mois à partir du jour du licenciement soit du 31 janvier 2007 au 31 mai 2007, au total 4 X 1884,33 = 7537,32 euros. De cette somme, il y a lieu de déduire les 2 mois de préavis (2 X 1884,33) = 3768,66 euros ainsi que les salaires perçus auprès du nouvel employeur, à savoir 394,08 et 2 X 785,14 =1570,28 + 394,08 = 1964,36 euros, soit au total 5733,02 euros. La société B S.A. doit partant être condamnée à payer à A la somme de 7537,32 – 5733,02 = 1804,30 euros du chef de préjudice matériel et d'indemnité de préavis.

Quant au dommage moral, compte tenu de l'atteinte que le licenciement a portée à l'honorabilité de A, il y a lieu de le fixer à 1000 euros.

La société B S.A. devra ainsi payer à A le montant total de 1804,32 + 1000 = 2804,32 euros du chef de réparation des préjudices matériel et moral.

L'appelante conclut également à la réformation de la décision entreprise en ce que les premiers juges ne lui ont pas alloué le solde du salaire du mois de janvier du 24 au 31 janvier 2007. Eu égard aux développements qui précèdent le jugement doit être réformé sur ce point et il y a lieu d'allouer 403,01 euros à A.

Le montant total auquel l'appelante a droit s'élève par conséquent à 1804,30 + 1000 + 403,01 = 3207,31 euros.

Les deux parties concluent a l'allocation d'une indemnité de procédure. Cette demande de l'intimée doit être rejetée eu égard à l'issue du litige. Celle de l'appelante doit être rejetée, vu qu'elle n'a pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser lesdits frais à sa charge.

**PAR CES MOTIFS:**

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

reçoit l'appel ;

le dit fondé ;

réformant :

condamne la société B S.A. à payer à A la somme de 3207,31 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice, 20 septembre 2007, jusqu'à solde ;

dit non fondées les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamne la société B S.A. à tous les frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Luc SCHANEN, sur ses affirmations de droit.