Exempt- appel en matière de droit du travail

Audience publique du cinq février deux mille neuf.

Numéro 32655 du rôle.

Composition:

Marie-Jeanne HAVE, 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, demeurant à L-9907 Troisvierges, 35, rue d'Asselborn,

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:

Par jugement contradictoire du 30 mars 2007, le tribunal du travail de Diekirch a déclaré abusif le licenciement avec préavis dont B a fait l'objet de la part du A par courrier recommandé du 13 juin 2006 et nommé un expert-calculateur pour déterminer les montants devant lui revenir à titre de dommage matériel, ordonnant pour le surplus un sursis à statuer par rapport au dommage moral. La demande de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, fut déclarée non fondée.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail, se basant sur trois certificats médicaux ainsi que l'attestation testimoniale de C, mère de B, a retenu comme établi que l'employeur avait procédé au licenciement de son employée malgré le fait qu'il savait qu'elle était incapable de travailler au moment du licenciement.

Par exploits d'huissier de justice du 9 mai 2007, A a régulièrement interjeté appel contre le jugement du 30 mars 2007.

Il conclut principalement à la nullité du jugement. Subsidiairement il demande, par réformation, à voir débouter B de toutes ses prétentions. Il conclut à la confirmation du jugement en ce que le recours de l'Etat a été déclaré non fondé.

B réitère son moyen prétendument soulevé en première instance concluant à la nullité du licenciement pour défaut de qualité dans le chef des signataires de la lettre de licenciement, moyen improprement qualifié d'appel incident.

Elle conclut à la confirmation du jugement pour autant que le licenciement a été déclaré abusif mais demande, par voie d'un appel incident, que la

période de référence pour évaluer le préjudice matériel soit étendue à 12 mois et que le premier point de la mission d'expertise soit libellé 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* ».

Les faits

Engagée en date du 2 septembre 1996 en tant qu'infirmière, B fut convoquée par lettre recommandée du 30 mai 1996 à l'entretien préalable au licenciement pour le 7 juin 2006 à 13.30 heures.

Elle ne s'y est pas présentée et par lettre recommandée du 13 juin 2006 elle fut licenciée avec un préavis de 4 mois commençant à courir le 15 juin et expirant le 14 octobre 2006, l'employeur l'informant en outre du paiement d'une indemnité de départ de deux mois.

Elle fut dispensée de travail durant la période du préavis.

Suite à sa demande du 27 juin 2006 en communication des motifs de son congédiement, l'employeur l'informa par lettre recommandée du 14 juillet 2008 qu'il lui reprocha de s'être présentée à plusieurs reprises à son poste de travail sous influence d'alcool combiné avec l'absorption de médicaments et cela en particulier le 29 mai 2006.

Il se référa par ailleurs à un avertissement écrit qu'il avait adressé le 17 mai 2006 à la salariée.

Les moyens des parties

- quant à la nullité du jugement entrepris

A soulève la nullité du jugement entrepris pour ne pas avoir tenu compte, ni même mentionné une offre de preuve par lui formulée en première instance et tendant à établir que lors de l'entretien téléphonique du 30 mai 2006 C n'avait pas informé la directrice des ressources humaines de l'état de maladie de sa fille.

Comme il ne se dégage d'aucune pièce du dossier que cette offre de preuve, actuellement reprise, avait déjà été formulée en première instance, le moyen est à rejeter.

- quant au défaut de qualité dans le chef des personnes signataires de la lettre de licenciement

B reproche aux juges du premier degré de ne pas avoir répondu à son argument concernant le défaut de qualité de décider du licenciement dans le chef des personnes ayant signé la lettre de licenciement.

Si A ne conteste pas que B a soulevé ce moyen à l'occasion des plaidoiries de première instance, il le qualifie de demande nouvelle et en tant que telle irrecevable pour ne pas avoir été soulevée dans la requête introductive d'instance.

L'argument de B s'analysant en moyen de défense et non en une demande, peut être invoqué à toute hauteur de la procédure de sorte qu'elle était admise à l'opposer devant le tribunal du travail alors même qu'il n'était pas exposé dans sa requête introductive d'instance. Il se dégage pour le surplus des conclusions du A que celui-ci a pris position en première instance de sorte qu'il est actuellement forclos à soulever une quelconque irrecevabilité.

Le moyen doit par ailleurs être rejeté, la signature figurant sous le nom du Dr. D, directeur, et qui est celle du directeur adjoint E, étant précédée de la mention p/o, signifiant « *par ordre* », et s'expliquant du fait que le directeur était légitimement empêché et le directeur adjoint dûment autorisé à signer à sa place.

<u>Le licenciement proprement dit</u>

- quant à la régularité du licenciement au regard de l'article L.121-6. du Code du travail

A titre liminaire, il convient de remarquer que l'interdiction de licencier de l'article L.121-6 (3) du code du travail vise non seulement la notification de la résiliation du contrat de travail mais aussi la convocation à l'entretien préalable.

En l'espèce, la lettre recommandée contenant la convocation à l'entretien préalable est datée et a été postée le 30 mai 2006.

Pour déclarer le licenciement abusif, le tribunal du travail s'est basé sur trois certificats médicaux attestant à B une incapacité de travail du 29 mai 2006 au 2 juin 2006 (le médecin consulté le 31 mai 2006 a rétroactivement fixé le début de l'incapacité de travail au 29 mai 2006), du 2 juin 2006 au 16 juin 2006 et finalement du 17 juin 2006 au 30 juin 2006 ainsi que sur l'attestation testimoniale de C, mère de B, dans laquelle celle-ci affirme avoir informé durant la matinée du 30 mai 2006 l'employeur par téléphone de l'état de maladie de sa fille.

A conteste avoir été au courant de l'incapacité de travail de B au moment de l'expédition de la lettre litigieuse.

S'il ne conteste pas que C a téléphoné au courant de la matinée du 30 mai 2006 à la directrice des ressources humaines F, il conteste néanmoins formellement que durant cet entretien, elle l'ait informé de l'incapacité de travail de sa fille.

Il n'aurait été informé de l'incapacité de travail que le 31 mai 2006 par la remise du certificat médical. En postant la convocation pour l'entretien préalable contenant l'information que la direction du A envisageait de la licencier le 30 mai 2006, il aurait donc manifesté sa volonté de mettre fin au contrat de travail avant d'être informé sur l'état de maladie de B.

Il réitère son offre de preuve prétendument formulée en première instance tendant à établir, par l'audition de F :

« *qu'en date du 30 mai 2006, entre 10 et 11 heures du matin, sans préjudice quant à la date et l'heure exacte, la dame F, Directrice des Ressources Humaines, a été contactée par téléphone par la mère de Madame B,*

que lors de cet entretien téléphonique, la mère de B n'a pas informé la dame F que sa fille B était malade…, »

Il soutient en outre que le 30 mai 2006 aurait été pour B un jour de repos alors que, suivant le plan de travail de l'unité X à laquelle elle était affectée, elle n'aurait pas été de service du 30 mai au 2 juin 2006. Dès lors la protection contre le licenciement n'aurait pas joué ce jour-là, le terme « *jour de l'empêchement* » de l'article L.121-6.(1) du code du travail visant forcément un jour de travail.

Ce moyen manque de fondement.

Aux termes de l'article L.121-6 (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… »*

En application du susdit article et indépendamment de la question de savoir si le jour de l'envoi de la lettre de licenciement fût ou non un jour de travail et que le salarié ait ainsi eu ou non l'obligation d'avertir l'employeur de son incapacité de travail, il convient de vérifier si A avait connaissance, au

moment de l'expédition de la lettre de licenciement, de l'incapacité de travail de son employée.

Les faits offerts en preuve par le A étant pertinents en ce qu'ils tendent à combattre l'attestation de témoignage de C, il convient avant tout autre progrès en cause d'admettre l'offre de preuve.

Il convient en outre de procéder à l'audition de C, la Cour pouvant, en vertu de l'article 403 du Nouveau Code de Procédure Civile, procéder, par voie d'enquête à l'audition de l'auteur d'une attestation.

En attendant l'issue de la mesure d'instruction, il convient de réserver les moyens des parties et les frais.

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,

reçoit les appels principal et incident,

avant tout autre progrès en cause,

ordonne l'audition de C, demeurant à L-, auteur de l'attestation de témoignage du 4 septembre 2006,

admet le A à prouver par l'audition du témoin F, adresse professionnelle,…:

« *qu'en date du 30 mai 2006, entre 10 et 11 heures du matin, sans préjudice quant à la date et l'heure exacte, la dame F, Directrice des Ressources Humaines, a été contactée par téléphone par la mère de Madame B, que lors de cet entretien téléphonique, la mère de B n'a pas informé la dame F que sa fille B était malade… »*

fixe **jour et heure où sera entendue C au mardi, 10 mars 2009 à 09.00 heures**,

fixe **jour et heure où sera entendue F au mardi, 10 mars 2009 à 09.30 heures,**

chaque fois dans la **salle des enquêtes numéro CR.0.12**, dans les locaux de la Cour supérieure de justice à Luxembourg, Cité judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du Saint Esprit à L-2080 Luxembourg ;

commet de ce devoir d’instruction Madame le conseiller Astrid MAAS;

réserve tous autres droits des parties et les frais.