Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du six janvier deux mille onze

Numéro 34840 du rôle.

Composition:

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

Entre:

A, demeurant à L-,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISE d'Esch-sur-Alzette du 28 avril 2009,

comparant par Maître Nicolas BAUER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) 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 LISE,

comparant par Maître Paul TRIERWEILER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

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 LISE,

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

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 14 avril 2008 A a fait convoquer son ancien employeur la société anonyme B devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette pour s'y entendre déclarer abusif son licenciement avec préavis du 23 juillet 2007 et condamner à lui payer un préjudice matériel de 5.000 € ramené par la suite à 2.384,85 €, un préjudice moral de 4.000 € et des arriérés de salaire de 4.371,65 €, renonçant en cours d'instance à cette dernière demande, réclamant en outre une indemnité de procédure de 1.000 et mettant par même requête en intervention l'Etat du Grand-duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Par jugement du 9 mars 2009, le tribunal du travail a déclaré régulier le licenciement et a débouté A de l'ensemble de ses demandes, l'Etat agissant ès qualités ayant été débouté de sa demande en remboursement des indemnités de chômage avancées à A.

Contre ce jugement lui notifié le 23 mars 2009, A a interjeté appel par exploit du 28 avril 2009, demandant, par réformation, à la Cour, de déclarer le licenciement abusif et de faire droit à l'ensemble de ses demandes demandant une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

La société anonyme B conclut à la confirmation du jugement.

L'Etat agissant ès qualités, réitère sa demande en remboursement des indemnités de chômage avancées à A.

Le licenciement

Engagée suivant contrat de travail du 22 octobre 1985 par B en qualité d'ouvrière de production, A fut licenciée par lettre recommandée du 23 juillet 2007 moyennant un préavis de 6 mois prenant fin le 31 janvier 2008, l'employeur la dispensant de travailler durant le préavis.

Suite à la demande du 26 juillet 2007 en communication des motifs du licenciement, B a répondu par lettre recommandée du 28 août 2007, entièrement transcrite dans le jugement de première instance auquel il est renvoyé, exposant que le motif réside dans un trop grand nombre de jours d'absence depuis l'année 2003 jusqu'au jour du licenciement.

Si A ne critique plus en instance d'appel la précision des motifs exposés par l'employeur, elle maintient son argumentation selon laquelle son absentéisme relatif à son état de santé, qu'elle ne conteste pas en soi, ne serait pas de nature à pouvoir perturber voire désorganiser une société employant environ 100 personnes. En instance d'appel elle soulève en outre que l'absentéisme habituel pour cause de maladie trouvant son origine dans l'activité professionnelle-même du salarié ne saurait justifier son licenciement.

Elle soutient que ses absences pour cause de maladie seraient dues à une allergie aux produits chimiques auxquels elle serait exposée à son poste de travail et que déjà en septembre 2005 le Dr. du Service de santé au travail aurait informé la direction de la contre-indication absolue de l'exposer à des produits chimiques notamment dans les ateliers de préparation collage et sérigraphie.

Or, suite à l'avis du médecin de travail, B ne l'aurait que pendant un court laps de temps placée au service « *découpe films* » pour l'exposer ensuite de nouveau sciemment à des produits chimiques. Chaque période d'absence pourrait être directement mise en relation avec ses affectations aux services de « *sérigraphie* » et « *préparation collage* ».

Elle ajoute que si de septembre 2005 à novembre 2006 elle aurait été affectée au département « *découpe films* » qui ne présentait aucun risque pour sa santé et qu'elle n'aurait ainsi pas été absente durant toute cette période, elle aurait par contre été victime d'un harcèlement permanent de la part de Raffaele qui aurait cherché à lui faire commettre des fautes. Comme elle n'aurait pas commis de faute, celle-ci n'aurait trouvé d'autre moyen de se débarrasser d'elle que de la placer au service « *préparation collage* » qui l'exposait de nouveau à des produits chimiques.

Elle verse plusieurs attestations de témoignage à l'appui de ses dires.

Si l'employeur ne conteste pas avoir été au courant des allergies de A à certains produits chimiques, il conteste formellement l'avoir encore affectée à de tels départements postérieurement au moment où il avait été informé de ses problèmes.

Il verse également des attestations de témoignage à l'appui de ses affirmations.

L'absentéisme habituel pour raison de santé peut être une cause de rupture des relations de travail lorsqu'il apporte une gêne indiscutable au fonctionnement du service.

Durant les années 2003 à 2006, les absences de A étaient les suivantes :

- 2003 : 437 heures soit plus de 54 jours ouvrables
- 2004 : 384 heures soit 48 jours ouvrables
- 2005 : 220,5 heures soit plus de 27 jours ouvrables
- 2006 : 216 heures soit 27 jours ouvrables

- 2007 jusqu'au moment du licenciement en juillet : 352 heures soit plus de 44 jours ouvrables plus l'absence du 2 au 20 juillet 2007.

S'il est admis que le licenciement pour absentéisme habituel pour raison de santé n'est pas justifié si la maladie ayant causé les absences anormalement longues ou fréquentes a pour origine l'activité professionnelle du salarié, la preuve que sa maladie fût directement liée à son activité professionnelle incombe à A. (Cour, 21 juin 2007, N° 31728 Ramos / Klein)

A se prévaut principalement d'un avis émis par le docteur Odile du Service de santé au travail qui, en septembre 2005 déjà, aurait informé la direction de B de ses problèmes de santé et de la contre indication absolue de l'exposer aux produits chimiques utilisés notamment dans le département *« préparation collage* » et « *sérigraphie »*.

Si B ne conteste pas avoir eu connaissance dudit avis, alors même qu'aucun écrit n'existe à son sujet, elle soutient toutefois que durant les 4 années ayant précédé son licenciement, A aurait été affectée au département de la découpe de films, département qui ne présenterait guère de risque pour la santé des salariés contrairement aux départements du collage et de la sérigraphie.

Cette affirmation est confirmée par l'attestation testimoniale du 17 février 2009 de Raffaela, contremaître auprès de B, qui concède néanmoins que pour des raisons de production il arrivait que A fut passagèrement transférée dans d'autres services, ajoutant dans son attestation du 4 février 2010 que le service dans lequel celle-ci fut transférée de temps à autre pour raison de service était le service de la préparation du collage, précisant néanmoins que cette activité ne l'exposait pas à des risques particuliers d'ordre chimique, le personnel travaillant dans ce service se limitant à dépoussiérer et à nettoyer les fenêtres avant qu'elles ne passent à la préparation du collage et au collage.

A pour sa part verse 3 attestations de témoignage.

S'il est bien vrai que selon les attestations de Cindy, Joao et Virginie l'atelier de préparation du collage utilise les mêmes machines à tamponner et les mêmes produits que l'atelier de sérigraphie, ces attestations ne sont cependant d'aucune pertinence pour la solution du litige.

En effet, le témoignage de Cindy selon lequel : « *pendant ces années, j'ai vu Mad. A travailler à la découpe fil, à la sérigraphie et aussi à la préparation collage* » ne permet pas à la Cour de déterminer si postérieurement à l'avis du médecin à la santé au travail, B a encore affecté, non pas de façon sporadique en raison des besoins du service tel qu'elle l'admet, mais de façon continue à des départements dans lesquels on utilisait des produits nuisibles pour sa santé.

Il en est de même de l'attestation de Joao qui ne contient même aucune information quant à la question de savoir si A y travaillait ou pas.

Finalement le témoin Virginie qui affirme qu' « *aux environs de Noel ils l'ont de nouveau changée de la découpe film pour la mettre à la préparation collage où on travaille avec les mêmes produits qu'à la sérigraphie, d'abord pour dépanner, puis 1 semaine sur 2* » ne se prononce pas sur l'année durant laquelle cette affectation se serait produite. Il ne découle d'ailleurs pas de son témoignage si elle travaillait elle-même dans ce service ni de qui elle tient l'information sur la fréquence d'affectation de A au service de préparation collage.

A n'a ainsi pas rapporté la preuve que postérieurement à l'information reçue du service de santé au travail, B l'aurait néanmoins exposée de façon durable à des produits nocifs.

Il n'y a pas lieu à admission de l'offre de preuve formulée en instance d'appel, la constatation du médecin à la santé au travail et le fait d'en avoir été informé n'étant pas contesté par l'employeur tandis que le restant des points offerts en preuve est soit d'ores-et-déjà contredit par les attestations de témoignage versées en cause.

La Cour considère d'ailleurs que A n'a même pas rapporté la preuve d'une quelconque maladie professionnelle sérieuse à la base de ses nombreuses absences.

Ainsi, si les constats d'incapacité de travail versés par l'employeur, 45 en tout, s'échelonnant de 2003 à 2007 sont par nature muets quant aux causes réelles de l'incapacité de travail, il faut néanmoins relever que ces certificats-type sur lesquels est toujours cochée la case *« maladie* » contiennent la mention : « *s'il s'agit d'une maladie ou d'un accident <u>non</u> professionnel - et seulement dans ces cas – il y a lieu d'indiquer ci-après ce qui convient* » et suivent alors les différentes cases dont celle qui a été cochée par le médecin. Le mot « *<u>non</u>* » devant « *professionnel* » étant souligné, il faut en conclure qu'aucune des incapacités de travail constatées par ces 45 certificats n'avait pour origine une maladie professionnelle.

A noter que parmi ces absences était une seule absence d'une seule journée pour cause d'accident du travail, la salariée ayant déclaré s'être fait mal au dos en voulant tirer un chariot et s'être coincée entre deux chariots, ce qui n'a rien à voir avec les allergies dont elle se prévaut.

A noter aussi que tous les certificats d'incapacité de travail émanent de médecins-généralistes, or, la Cour considère que si A avait souffert d'allergies tellement graves, elle n'aurait pas manqué de consulter un médecin spécialiste en la matière.

S'il est bien vrai que le Dr Marie-Jeanne a attesté le 9 septembre 2005 qu'elle « *ne doit pas être exposée à des peintures et des diluants ni à des températures trop élevées. Contre-indication médicale absolue. »* force est encore une fois de constater que ce certificat n'émane pas d'un médecin-spécialiste mais d'un médecin généraliste qui ne se prononce d'ailleurs pas par quels moyens il est arrivé à cette conclusion, aucune analyse médicale ni aucun rapport médical se

prononçant sur les raisons des malaises de A n'étant versé de sorte qu'il n'est pas à exclure que le médecin se soit basé sur les seules déclarations de sa patiente.

En faisant le décompte, A a accumulé une absence de 1.609 heures sur une période de 4 ans voire 456 heures rien que durant les 6 premiers mois de l'année du licenciement.

C'est à tort qu'elle conteste que son absence ait apporté une perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise, fût-elle une entreprise occupant une centaine d'employés, les activités se déroulant dans des ateliers différents nécessitant des connaissances et dextérités différentes de sorte que les salariés n'étaient pas automatiquement interchangeables pour remplacer un salarié malade.

Le témoin X le dit d'ailleurs très clairement : « *en tant que responsable de production et supérieur direct de Mad. A, je déclare avoir eu par ses absences fréquentes beaucoup de problèmes d'acheminement de mes commandes. J'ai dû sans cesse changer mon personnel de place pour la remplacer souvent des personnes non formées à son travail ce qui a entraîné une baisse de la productivité »*

La Cour considère que compte tenu de la période d'observation suffisamment longue, 4 ans et demi, du taux d'absentéisme élevé et répété, 456 heures rien que durant les 6 premiers mois de l'année du licenciement, l'employeur était en droit de considérer qu'il ne pouvait plus compter sur une collaboration suffisamment régulière pour assurer une organisation efficace de son service, étant précisé que l'ancienneté au sein de l'entreprise ne justifie pas que l'employeur doive à l'infini faire face à l'absentéisme permanent de sa salariée même justifié pour des raisons de santé. (Cour 21 juin 2007, n° 31728 précité et 5 novembre 1998, n° 21726, Nonnweiler/ Match Centre.

Il y a partant lieu à confirmation du jugement en ce que le licenciement a été déclaré régulier.

Le recours de l'Etat

C'est encore à bon droit que l'Etat agissant ès-qualités a été débouté de sa demande en remboursement des indemnités de chômage versées à A, l'article L.521-4. (5) ne prévoyant le remboursement à charge de l'employeur que dans l'hypothèse d'un licenciement déclaré abusif tandis que le paragraphe (6) du même article ne prévoit la condamnation au remboursement à charge du salarié licencié régulièrement que dans le cadre d'un licenciement avec effet immédiat.

L' indemnité de procédure

Au vu de l'issue du litige A est à débouter de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure, seule la partie obtenant gain de cause pouvant en bénéficier.

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 l'appel ;

le dit non fondé :

confirme le jugement du tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette du 9 mars 2009 ;

rejette la demande de A en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Paul TRIERWEILER, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.