Exempt- appel en matière de droit du travail

Audience publique du trente et un mars deux mille onze

Numéro 34937 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 Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 19 mai 2009,

comparant par Maître Pierrot SCHILTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société à responsabilité limitée B S.A R.L., établie et ayant son siège social à L-, représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit NILLES,

comparant par Maître Anne FERRY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 12 septembre 2008, A a fait convoquer son ancien employeur la société à responsabilité limitée B devant le tribunal du travail de Luxembourg pour s'y entendre déclarer nul, sinon abusif et irrégulier en la forme son licenciement avec effet immédiat du 12 juillet 2007 et condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis de 5.124,96 € , un dommage matériel de 5.124,96 € + pm, un dommage moral de 10.000 € ainsi qu'une indemnité pour irrégularité formelle du licenciement de 2.562,48 €.

En cours d'instance A a renoncé à sa demande tendant à voir prononcer la nullité du licenciement en ce qu'elle était basée sur l'article L.337-1. du code du travail.

Elle a augmenté sa demande en réparation de son préjudice matériel à 25.624,80 € et précisé qu'elle ne demandait le montant de 2.562,48 € à titre de réparation pour irrégularité formelle qu'à titre subsidiaire.

Par jugement du 31 mars 2009, le tribunal du travail a déclaré régulier le licenciement mais a alloué une indemnité de 2.562,48 € pour irrégularité formelle en raison du défaut d'entretien préalable.

Contre ce jugement, lui notifié le 9 avril 2009, A a régulièrement interjeté appel par exploit du 19 mai 2009, demandant par réformation à la Cour, de déclarer le licenciement abusif et de lui allouer les montants réclamés en première instance ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel.

B a interjeté ***appel incident*** en ce qu'elle a été condamnée à payer une indemnité pour irrégularité formelle du licenciement de 2.562,48 €. Pour le surplus elle conclut à la confirmation du jugement en ce que le licenciement a été déclaré régulier, en ordre subsidiaire et en cas de réformation sur ce point, elle conteste les montants réclamés et demande une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel.

Les faits

Engagée suivant contrat à durée indéterminée du 6 février 2006 au grade de « *Junior Consultant* », A a été licenciée avec effet immédiat par lettre recommandée du 12 juillet 2007, l'employeur lui reprochant d'avoir été absente depuis le 10 juillet 2007 et de ne pas lui avoir fourni de certificat d'incapacité de travail « *ce jeudi 12 juillet 2007 à 18 heures, 3ième jour de votre absence* ». L'employeur se référait encore à son absence pour cause de maladie du 6 au 12 juin 2007 période pour laquelle elle avait fourni un certificat médical et à une absence du 13 au 15 juin 2007 inclus pour laquelle elle n'avait pas déposé de certificat médical ce qui lui a valu un rappel de la part de l'employeur que la présence sur le lieu de travail était obligatoire et qu'en cas d'incapacité de travail, les délais de prévenance prévus par le code du travail devaient être strictement observés.

Se prévalant de la désorganisation de sa société du fait de ses absences injustifiées, incompatibles avec les services de consultance offerts par B, l'employeur résilia le contrat avec effet immédiat.

La Cour renvoie pour de plus amples détails à la lettre de licenciement entièrement transcrite dans le jugement dont appel.

La recevabilité de la demande

La question à examiner est celle de savoir si la femme enceinte qui ne demande pas la nullité de son licenciement, peut exercer le recours de droit commun pour licenciement abusif.

Le 12 juillet 2007, A a été licenciée avec effet immédiat pour absence injustifiée.

Le même jour, son état de grossesse a été médicalement constaté.

A aucun moment elle n'a entamé l'action judiciaire prévue par l'article L.337-1. (1) du code du travail qui permet à la femme enceinte de demander, dans les quinze jours qui suivent le licenciement, au président de la juridiction du travail, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien respectivement sa réintégration dans l'entreprise.

Par lettre recommandée du 12 septembre 2007, elle a contesté le licenciement et par requête déposée le 12 septembre 2008 elle a saisi le tribunal du travail d'une demande tendant principalement sur base de l'article L.337-1. du code du travail à la nullité du licenciement et subsidiairement, et pour le cas où le tribunal devrait considérer qu'elle serait forclose à en demander la nullité, à son caractère abusif au vœu de l'article L.337-6. alinéa du code du travail respectivement de l'article L.121-6. du même code et encore plus subsidiairement à voir constater son irrégularité formelle en raison du défaut d'entretien préalable.

Il se dégage du jugement entrepris qu'à l'audience du 3 mars 2009 A a demandé acte qu'elle renonçait à sa demande tendant à voir prononcer la nullité de son licenciement sur base de l'article L.337-1. du code du travail.

Elle a maintenu sa demande en indemnisation du chef de licenciement abusif, basant cette demande en ordre principal sur l'article L.337-6. alinéa 2 du code du travail et subsidiairement sur l'article L.121-6. du code du travail au motif que le licenciement serait intervenu en période de maladie dûment déclarée et certifiée. Elle conteste les affirmations de l'employeur qu'elle ne l'aurait pas informé de son état de maladie dans les délais prévus par la loi et à supposer que tel ait été le cas, elle estime que cette faute ne serait pas suffisamment grave pour justifier son licenciement avec effet immédiat.

S'il est bien vrai que l'article L.337-6. du code du travail traite des droits de la femme salariée qui a été licenciée en raison de son mariage et est donc a priori étranger au présent litige qui pose le problème de l'étendue des droits de la

femme enceinte en cas de licenciement, c'est pourtant à dessein qu'A l'a cité étant donné que l'article L.337-6. du code du travail prévoit en son alinéa 2 la possibilité pour la femme salariée licenciée en raison de son mariage, qui n'a pas invoqué la nullité de son licenciement et demandé la continuation des relations de travail, d'exercer l'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail sur la base des articles L.124-11. et L.124-12. du code du travail tandis que l'article L.337-1. du code du travail est muet par rapport à la possibilité d'une telle action pour la femme enceinte qui n'a pas demandé la nullité de son licenciement et sa réintégration.

En se référant à l'article L.337-6. alinéa 2 du code du travail, A demande de reconnaître par analogie à la femme enceinte le droit d'exercer le recours de droit commun pour licenciement abusif.

C'est d'abord à tort qu'B conclut à l'irrecevabilité de la demande en paiement de dommages et intérêts sur la base de l'article L.337-1. du code du travail au motif qu'il s'agirait d'une demande nouvelle, cette demande ayant déjà été formulée dans la requête introductive d'instance.

Quant au fond B soutient que le seul recours dont disposerait la femme enceinte licenciée serait la demande en nullité du licenciement telle que prévue par l'article L.337-1. (1) du code du travail à l'exclusion de toute demande en dommages et intérêts pour licenciement abusif.

A, n'ayant pas usé de son droit d'attaquer en nullité le licenciement, ne devrait pas être admise à se prévaloir de son caractère abusif, l'article L.337-1. du code du travail ne prévoyant pas un tel recours.

L'article L.337-1. du Code du Travail qui fait partie du chapitre VII intitulé « Interdiction de licenciement» et qui reprend le texte de l'article 21 de la loi du 1ier août 2001 concernant la protection des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes, dispose ce qui suit:

«(1) Il est interdit à l'employeur de notifier la rupture de la relation de travail ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable d'une femme salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant une période de douze semaines suivant l'accouchement.

En cas de notification de la rupture avant la constatation médicale de la grossesse, la femme salariée peut, dans un délai de huit jours à compter la signification du congé, justifier de son état par la production d'un certificat par lettre recommandée.

Tout licenciement notifié en violation de l'interdiction de licenciement telle que visée dans les deux alinéas précédents, et le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable, sont nuls et sans effet.

Dans les quinze jours qui suivent la résiliation du contrat, la femme salariée peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail, qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou

dûment convoquées, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien, le cas échéant sa réintégration conformément aux dispositions de l'article L.124-12, paragraphe 4) ... *».*

Ce texte a été adopté par le législateur luxembourgeois en exécution de l'article 10 de la directive 92/85/CEE du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16, paragraphe 1, de la directive 89/391/CEE), directive reproduite entièrement au document parlementaire n°4661, dont le susdit article 10, intitulé lui aussi « Interdiction de licenciement », dispose ce qui suit:

« En vue de garantir aux travailleuses, au sens de l'article 2, l'exercice des droits de protection de leur sécurité et de leur santé reconnus dans le présent article, il est prévu que:

1)les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour interdire le licenciement des travailleuses, au sens de l'article 2, pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité visé à l'article 8, paragraphe 1, sauf dans les cas d'exception non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales et, le cas échéant, pour autant que l'autorité compétente ait donné son accord;

2)lorsqu'une travailleuse, au sens de l'article 2, est licenciée pendant la période visée au point l, l'employeur doit donner des motifs justifiés de licenciement par écrit;

3)les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleuses, au sens de l'article 2, contre les conséquences d'un licenciement qui serait illégal en vertu du point 1. »

Si, comme la Cour l'a déjà relevé, l'article L. 337-6. du Code du Travail relatif à l'interdiction de licenciement d'une femme salariée en raison de son mariage dispose en son alinéa 2 :

« *Si la femme salariée n'a pas invoqué la nullité de son licenciement et demandé la continuation des relations de travail dans le délai fixé ci-dessus, elle a droit aux indemnités visées au paragraphe (1) de l'article L. 124-7. Elle peut en outre exercer l'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail sur la base des articles L. 124-11 et L. 124- 12. »*,

l'article L. 337-1 du code du travail ne prévoit pas la possibilité pour la femme enceinte licenciée, qui n'invoque pas la nullité de son licenciement, la possibilité d'exercer l'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive sur base des articles L.124-11 et L.124-12 du code du travail et cela contrairement à l'article 10 (5) de l'ancienne loi du 3 juillet 1975 concernant la protection de la maternité de la femme au travail ainsi libellé :

« *Si la travailleuse n´a pas invoqué la nullité de son licenciement et demandé la continuation des relations de travail dans le délai fixé ci-dessus, elle a droit aux indemnités prévues soit par l´article 22 de la loi du 7 juin 1937, tel qu´il a été modifié par la loi du 12 novembre 1971 portant réforme du règlement légal du louage de service des employés privés, soit par l´article 10 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de service des ouvriers. Elle pourra prétendre, en outre, à une indemnité pour congé abusif.* »

Or, la loi du 3 juillet 1975 a été abrogée par l'article 23 de la loi du 1ier août 2001 dont l'article 21, l'actuel article L.337-1. du code du travail, ne prévoit plus la possibilité pour la femme enceinte qui n'a pas invoqué la nullité de son licenciement de demander une « *indemnité pour congé abusif* ».

La question qui se pose dès lors est celle de savoir si le nouveau texte est conciliable avec la directive 76/2007 du Conseil du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail dont l'article 1ier dispose :

« Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial ».

Cette directive a été modifiée respectivement complétée à plusieurs reprises et l'ensemble des dispositions dans ce domaine ont fait l'objet d'une refonte dans la directive 2006/54 CEE du Parlement Européen et du Conseil de l'Union Européenne du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière qui fournit en son article 2 les définitions suivantes :

1. Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) "discrimination directe ": *la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable,*

b) "discrimination indirecte ": *la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires,*

……..

2. Aux fins de la présente directive, la discrimination inclut :

…..

c) tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CEE. »

Dans une affaire semblable dont avait à connaître le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette (Virginie PONTIN/ T-Comalux S.A. ,90ctobre 2007, répertoire 2079/07) le tribunal du travail s'était déjà posé la question de la compatibilité du droit national en la matière avec la directive communautaire et il avait renvoyé l'affaire (jugement du 12 février 2008, répertoire 371/08) devant la Cour de Justice des Communautés Européennes afin qu'elle se prononce à titre préjudiciel entre autres sur la question suivante :

« L'article 2 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 09 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, est-il à interpréter en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce que le législateur national prive la salariée enceinte licenciée pendant son état de grossesse de l'action judiciaire en dommages et intérêts pour licenciement abusif telle que réservée par les articles L. 124-11.(1) et (2) du Code du Travail aux autres salariés licenciés? »

Par arrêt C-63 du 29 octobre 2009, la Cour de Justice des Communautés Européennes, troisième chambre, a dit pour droit :

« L'article 2 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, telle que modifiée par la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, lu en combinaison avec l'article 3 de cette directive 76/207 modifiée, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à la législation d'un Etat membre, telle que celle instaurée par l'article L. 337-1. du code du travail luxembourgeois, spécifique à la protection prévue à l'article 10 de la directive 92/85 en cas de licenciement des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, qui prive la salariée enceinte ayant fait l'objet d'une mesure de licenciement pendant son état de grossesse d'une action juridictionnelle en dommages et intérêts, alors que celle-ci est ouverte à tout autre salarié licencié, lorsqu'une telle limitation des voies de recours constitue un traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse.

Tel serait le cas, en particulier, si les modalités procédurales afférentes à la seule action ouverte en cas de licenciement desdites travailleuses ne respectent pas le principe de protection juridictionnelle effective des droits conférés aux justiciables par le droit communautaire, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier »

D'après la doctrine cet arrêt est à interpréter comme suit:

« ... *En ce sens, tirant les conséquences de ses observations, la CJCE indique qu' '«il incombe (à la juridiction luxembourgeoise) d'interpréter les règles internes de compétence dans toute la mesure du possible d'une manière telle*

qu'elles contribuent à la mise en œuvre de l'objectif consistant à garantir une protection juridictionnelle effective des droits que peuvent tirer les femmes enceintes du droit communautaire » (*pt 75). A notre sens, il suffirait aux juridictions luxembourgeoises d'interpréter la législation dans le sens où la salariée enceinte puisse présenter indifféremment une action en nullité ou une action en dommages-intérêts, la première ne devant pas exclure la seconde…. »* (Note Jean-Philippe TRICOIT sous l'arrêt, LA SEMAINE JURIDIQUE- ÉDITION SOCIALE N°8, 23 février 2010, pages 33 et suivantes).

Au vu de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes, la Cour considère que l'article L.337-1. du code du travail en ce qu'il ne prévoit pas la possibilité d'une action judiciaire en dommages et intérêts pour la salariée enceinte ayant fait l'objet d'une mesure de licenciement pendant son état de grossesse tandis que cette action est ouverte à tout autre salarié licencié, constitue un traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse et est en tant que tel inconciliable avec les dispositions de l'article 2.2.c) de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 de sorte que la demande d'A en réparation du préjudice subi par le licenciement qu'elle qualifie d'abusif doit être déclarée recevable.

Le licenciement

La précision des motifs

Comme l'ont correctement retenu les juges de première instance, les motifs invoqués dans la lettre de licenciement entièrement reproduite dans le jugement dont appel auquel il est renvoyé, répondent aux critères de précision de l'article L.124-5. (2) du code du travail.

La protection de l'article L. 121-6. du code du travail

Par lettre du 12 juillet 2007, B a licencié A pour avoir été « *absente de son poste de travail depuis le mardi 10 juillet 2007 et ce jeudi 12 juillet 2007 à 18 heures, 3ième jour de votre absence, nous n'avons toujours reçu aucun certificat médical de votre part de nature à justifier cette absence*. »

En soutenant que l'employeur était, en date du 12 juillet 2007, en possession du certificat constatant son état de grossesse, A conteste la régularité du licenciement au regard de l'article L.121-6 (3) du code du travail qui dispose :

« 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…. »

Or, l'article L.121-6. du code du travail qui traite de la « *Protection en cas d'incapacité de travail du salarié »* est inapplicable en l'espèce, un certificat de constat de grossesse ne constituant pas un certificat d'incapacité de travail, la grossesse n'étant pas une maladie et ne justifiant pas *per se,* sauf

complications médicales, une absence du lieu de travail, A n'ayant d'ailleurs jamais soutenu avoir été malade les 10, 11 et 12 juillet 2007.

Le motif grave

L'absence injustifiée de la salariée pendant la période du 10 juillet 2007 au 12 juillet 2007, soit pendant trois jours consécutifs, constitue, au vu des circonstances de l'espèce, une faute grave justifiant un licenciement avec effet immédiat alors qu'il se dégage de la lettre de licenciement qu'A a déjà été absente de son poste de travail du 13 juin 2007 au 15 juin 2007 inclus sans avoir envoyé à l'employeur un certificat médical ou tout autre document de nature à justifier son absence et que l'employeur lui avait rappelé à cette occasion que la présence sur le lieu de travail était obligatoire et qu'en cas d'incapacité de travail les délais de prévenance prévus par le code du travail devaient être strictement respectés.

Cette nouvelle absence, moins d'un mois plus tard que la première absence non-excusée, a dès lors été de nature à ébranler définitivement la confiance de l'employeur en sa salariée dans la mesure où il ne pouvait plus compter sur elle de sorte qu'un maintien des relations de travail était immédiatement et définitivement impossible.

Le licenciement avec effet immédiat est dès lors régulier de sorte qu'il y a lieu à confirmation du jugement entrepris.

L'indemnité pour irrégularité formelle

Au vœu de l'article L.124-10. (3) du code du travail, le licenciement immédiat du salarié pour motif grave doit être précédé de l'entretien préalable visé à l'article L.124-2. dans les cas où la loi le rend obligatoire, c'est-à-dire lorsque l'employeur occupe 150 salariés au moins.

C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que le moment auquel il faut se placer pour apprécier le nombre de salariés occupés au sens de l'article L.124-2. du code du travail est le jour du licenciement et non pas, comme le soutient B, le 1ier du mois au courant duquel est intervenu le licenciement.

B ayant admis que son nombre de salariés était de 157 en date du 12 juillet 2007, le jugement est à confirmer en ce qu'il a alloué sur base de l'article L.124-12. du code du travail une indemnité de 2.562,48 € à titre de réparation du préjudice subi du fait de cette irrégularité formelle.

S'il est bien vrai que qu'au vœu de l'article L.124-12. du code du travail l'indemnité ne peut être supérieure à un mois de salaire de sorte qu'elle peut parfaitement être inférieure, la demande, non autrement motivée, d'B en réduction de l'indemnité à de plus justes proportions n'est pas fondée.

Les indemnités de procédure

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

Il en est de même de la demande tendant aux mêmes fins d'B, celle-ci étant restée en défaut de justifier en quoi il serait inéquitable qu'elle supporte l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle était tenue d'exposer pour se défendre en instance d'appel.

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 les appels principal et incident ;

les dit non fondés ;

confirme le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 31 mars 2009 ;

rejette les demandes respectives des parties en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

fait masse des dépens et les impose pour moitié à chacune des parties avec distraction des frais et dépens mis à charge d'A au profit de Maître Anne FERRY, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.