Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du neuf juin deux mille onze

Numéro 35518 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Pierre CALMES, conseiller;
Paul WAGNER, greffier;

Entre:

la société anonyme A S.A., établie et ayant son siège social à L-, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES de Luxembourg du 21 août 2009,

comparant par Maître Filipe VALENTE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) B, épouse B, demeurant à L-,

intimée aux fins du prédit exploit NILLES,

comparant par Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à L-2763 Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi, et pour autant que de besoin par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du prédit exploit NILLES,

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

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 11 mai 2007, B a fait convoquer son ancien employeur la société anonyme A devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre déclarer abusif son licenciement avec préavis du 21 novembre 2006 et condamner à lui payer un préjudice matériel de 10.000 € et un préjudice moral de 10.000 € ainsi que 1.528,09 € du chef d'indemnité compensatoire pour congés non pris en 2006 et 76,20 € à titre de prime pour concours gagné en 2005. Par même requête elle a mis en intervention l'Etat, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Par un premier jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 12 décembre 2007, la société A a été admise à prouver par témoins que la longue absence pour cause de maladie de B avait eu pour effet de perturber gravement le fonctionnement de l'entreprise.

Par jugement du 9 juillet 2009, le licenciement a été déclaré abusif et la société A condamnée à payer à Chantal BELLACCA un préjudice matériel de 2.250,40 € et un préjudice moral de 3.000 € ainsi que 1.528,098 € à titre d'indemnité compensatoire pour congé non pris tandis que la demande en paiement d'une prime pour concours gagné en 2005 a été rejetée. La société A a de même été condamnée à lui payer une indemnité de procédure de 800 € ainsi qu'à rembourser à l'Etat, agissant ès-qualités la somme de 8.764,58 € du chef d'indemnités de chômage payées à B.

Contre ce jugement lui notifié le 13 juillet 2009, la société A a régulièrement interjeté appel par exploit du 21 août 2009, demandant à la Cour de dire, par réformation, que le licenciement du 21 novembre 2006 est régulier et de la décharger de l'ensemble des condamnations prononcées à son encontre sinon, et en cas de confirmation, ramener la période de référence pendant laquelle le préjudice matériel peut légitimement être mis en relation causale avec le licenciement à un mois. La condamnation au paiement d'une indemnité compensatoire pour congés non pris n'a pas été remise en cause. Elle demande une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel ainsi que la déclaration d'arrêt commun à l'égard de l'Etat.

B demande la confirmation du jugement en ce que le licenciement a été déclaré abusif mais interjette ***appel incident*** par rapport aux montants alloués à titre de réparation de ses préjudices matériel et moral réitérant à cet égard les montants réclamés en première instance. Elle demande de même la réformation du jugement en ce que sa demande en paiement de la prime a été rejetée et

conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

Les faits.

Par contrat de travail à durée déterminée du 17 décembre 1997 prenant effet le 11 décembre 1997 et expirant le 10 janvier 1998, B est entrée aux services de la société A en qualité de *« Temporary Team Member* ».

Ce contrat fut suivi d'un nouveau contrat à durée déterminée signé le 7 décembre 1998 prenant effet au 11 novembre 1998 et expirant le 31 décembre 1998, prorogé à plusieurs reprises et par contrat du 8 septembre 1999 elle fut finalement engagée à durée indéterminée en qualité de « *Full Time Team Member* ».

Par lettre du 1ier décembre 2000, elle fut promue au rang de « *Team Leader at Kirchberg* » avec un salaire brut mensuel de 62.000 LUF.

Depuis le 22 respectivement 23 mai 2006, la date faisant l'objet de discussions entre parties, elle était en congé de maladie ininterrompu en raison d'un traitement pour un cancer du sein.

Elle fut licenciée par lettre recommandée du 21 novembre 2006 avec un préavis de 4 mois prenant cours le 1ier décembre 2006 et expirant le 31 mars 2007, l'employeur optant en outre pour le prolongement de son délai de préavis en remplacement du paiement d'une indemnité de départ, le préavis expirant de ce fait le 30 avril 2007.

Sur demande des motifs du licenciement, l'employeur invoqua les sérieux inconvénients au bon fonctionnement ainsi qu'à l'organisation de l'entreprise du fait de son absence interrompue pour cause de maladie depuis le 23 mai 2006 ajoutant que l'état de santé de B ne lui permettrait plus de pouvoir compter sur une collaboration régulière et efficace de sa part ni à moyen ni à long terme.

La régularité du licenciement au regard de l'article L.121-6. (3) du code du travail.

Aux termes de l'article L.121-6. (3) du code du travail :

« *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 vingt-six semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail. »*

Lors de la continuation des débats pour statuer sur le résultat de la mesure d'instruction, B a soulevé que la période de vingt-six semaines n'aurait pas été révolue à la date de la notification du licenciement le 21 novembre 2006.

C'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré recevable ce moyen alors même que B n'en avait pas fait état dans sa requête introductive d'instance ni lors des premières plaidoiries qui ont donné lieu au jugement interlocutoire du 12 décembre 1997.

Comme l'a correctement retenu le tribunal du travail, il ne s'agissait en effet pas d'une demande nouvelle mais d'un moyen nouveau tendant à voir déclarer abusif le licenciement, partant un moyen touchant le fond de la demande qui peut être soulevé à tout stade de la procédure et même pour la première fois en instance d'appel.

Se référant à l'article 1257 du nouveau code de procédure civile par rapport au calcul d'un délai exprimé en semaines et retenant que le premier jour d'incapacité de travail de B a été le 23 mai 2006 les premiers juges ont dit que le délai de protection avait pris fin le mardi, 22 novembre 2006 et ils ont déclaré abusif le licenciement, la lettre ayant été postée en date du 21 novembre 2006 à partir de la Grande-Bretagne.

Les parties sont en désaccord sur la question de savoir quel a été le premier jour de l'incapacité de travail de B, la société A affirmant que ce serait à partir du 22 mai 2006, voire même déjà depuis le 20 mai 2006, tandis que B soutient que son premier jour de maladie aurait été le 23 mai 2006.

Il est un fait que le premier certificat de maladie qui a été remis à l'employeur date du 22 mai 2006. Dans ce certificat le docteur Michel CLEES atteste une incapacité de travail de Chantal B à partir du 22 mai 2006 jusqu'au 27 mai 2006.

Il est vrai que celle-ci verse actuellement ce même certificat médical mais contenant en haut une ajoute manuscrite du docteur Michel CLEES selon laquelle « *d'Madame B wor am Krankenschein vum 23.5. un* » ainsi qu'un certificat du même médecin, datant du 25 août 2008, selon lequel elle se serait présentée à sa consultation en date du 22 mai 2006 vers 17.00 heures.

Pour apprécier la légitimité d'un licenciement, il faut se placer au moment où la décision de licencier a été prise.

Or, il n'est pas contesté qu'au moment où l'employeur a expédié la lettre de licenciement, il n'était en possession que du seul certificat médical du 22 mai 2006 attestant une incapacité de travail à partir du 22 mai 2006, date à laquelle il a ainsi légitimement pu se référer pour calculer l'expiration de la période de protection de 26 semaines.

Il ne saurait être admis que ses prévisions légitimes puissent être remises en cause plus de 3 ans après la décision de licenciement par les déclarations faites par le docteur CLEES en date du 25 août 2009.

Indépendamment de la question de savoir si B a effectivement encore été présente au bureau le 22 mai 2006 jusqu'à 17 heures, il n'en reste pas moins que le certificat médical originaire renseigne la date du 22 mai 2006 comme

premier jour d'incapacité de travail et que c'est à cette pièce objective qu'il faut se référer pour déterminer le point de départ du délai de 26 semaines.

Il y donc lieu à rejet, pour manque de pertinence, de l'offre de preuve tendant à établir sa présence au bureau en date du 22 mai 2006.

Pour les mêmes raisons, il y a lieu à rejet du plan de travail qui ne constitue qu'un planning établi à l'avance par l'employeur, les renseignements y fournis selon lesquels elle aurait même encore présente du 24 au 27 mai 2006 étant d'ailleurs contredits par les propres propos de B dans la mesure où elle admet avoir été en incapacité de travail à partir du 23 mai 2006.

Aux termes de l'article 1257 du nouveau code de procédure civile :

« Lorsqu'un délai est exprimé en semaines, il expire le jour de la dernière semaine dont le nom correspond au jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification qui fait courir le délai. »

La période de protection de 26 semaines qui a commencé le lundi, 22 mai 2006 a ainsi expiré le lundi, 20 novembre 2006 à minuit de sorte que l'employeur a légitimement pu expédier la lettre de licenciement le mardi, 21 novembre 2006.

Le licenciement est dès lors régulier au regard de l'article L.121-6- (3) du code du travail.

Le licenciement proprement dit.

Il se dégage des attestations testimoniales du manager Elisabeth ainsi que des vendeuses Martine, Hacina, Isabelle et Isabelle, déclarations que celles-ci ont entièrement confirmées lorsqu'elles ont été entendues lors de l'enquête, que la longue absence pour cause de maladie de B a fortement perturbé le bon fonctionnement et l'organisation de la boutique A du centre commercial Belle Etoile.

La Cour renvoie pour le détail au contenu de leurs attestations testimoniales et à leurs dépositions.

En résumé il s'en dégage que la charge de travail des vendeuses notamment du magasin de la Belle Etoile a considérablement augmenté. Deux d'entre elles ont vu passer leur mi-temps en temps complet pour assurer le travail et les horaires de B, augmentation horaire qui était générateur de fatigue et de stress dans la mesure où elle avait des répercussions sur l'organisation familiale de ces employées en particulier pour Hacina qui devait engager des frais de garde pour ses cinq enfants.

Dans la mesure où Elisabeth a ajouté que les mois d'octobre, novembre et décembre sont les plus productifs de l'année et qu'il serait de ce fait important d'avoir une équipe complète et expérimentée, l'absence de B s'est particulièrement fait ressentir à ce moment-là, à noter que c'est au mois

d'octobre 2006 que l'employeur a fini par engager deux vendeuses à mi-temps pour la remplacer.

Les charges d' Elisabeth ont également augmenté dans la mesure où elle a dû accueillir et former les nouvelles recrues à la Boutique AUCHAN pour les familiariser avec tous les aspects du métier, tâches qui relevaient de la compétence de B en sa qualité de Team Leader, soit la préparation des inventaires et des soldes, la réception et la mise en place des marchandises et les formalités administratives. Elle ajoute qu'il n'était pas rare non plus que par roulement les employées du magasin AUCHAN devaient donner un coup de main au magasin de la Belle Etoile et qu'elle-même devait quasi quotidiennement faire la navette entre les deux magasins pour compenser l'absence du Team Leader. Suite à cette absence elle a de même dû initier l'équipe de la Belle Etoile au travail de B pour lequel celles-ci n'avaient pas reçu de formation alors qu'elles relevaient des attributions du Team Leader.

C'est a tort que B rétorque que ce n'était pas de sa faute si l'employeur avait choisi de ne former qu' une seule personne pour s'occuper des taches administratives, de la gestion des stocks, la préparation des inventaires, l'organisation des soldes et la réception et la mise en place des marchandises, la Cour jugeant qu'il est normal que chaque magasin ne dispose que d'un seul team leader.

L'absence de B a également eu, à partir d'un certain moment, des répercussions sur l'organisation des congés. Ainsi Elisabeth n'a-t-elle plus été en mesure d'accorder du congé à partir du mois de septembre 2006 de sorte que les employées Hacina et Isabelle auraient à la fin de l'année 2006 encore disposé d'environ 100 heures de congé qu'elles n'avaient pu prendre vu le manque de personnel.

C'est encore a tort que B donne a considérer qu'elle n'était pas la seule source de perturbation alors qu'a la même époque, l'autre Team Leader aurait été licenciée et qu'une autre salariée était également malade.

Il n'est d'une part pas établi que l'autre absence pour maladie était également d'une longue durée. En ce qui concerne le licenciement d'une autre personne, cette décision qui relève de l'initiative de l'employeur a pour celui-ci des conséquences prévisibles dans le temps dans la mesure où il peut à tout moment procéder à son remplacement.

S'il découle certes des enquêtes que l'atmosphère et la bonne entente entre les personnes concernées n'en a pas trop souffert, c'est en raison du fait qu'elles ont toutes fait preuve d'un esprit d'équipe et de solidarité et qu'elles ont eu de la compassion pour leur collègue de travail. Elles étaient d'autre part convaincues qu'il ne s'agissait que d'une situation passagère étant donné que lors de leurs contacts téléphoniques B parlait toujours de son prochain retour dès que ses médecins le lui permettraient.

C'est d'ailleurs beaucoup plus cette incertitude au niveau du retour du salarié malade que son absence elle-même qui est à la base de la disposition légale

qui permet le licenciement après l'écoulement de 26 semaines d'absence continue.

En l'espèce si tout le monde admet avoir été au courant dès le début que B serait absente pendant un certain temps, personne n'avait une indication précise sur la durée effective de son absence ce d'autant plus que lors de ses contacts téléphoniques celle-ci les a toujours rassurées qu'elle reviendrait mais que son retour a à chaque fois été reporté.

Cette incertitude explique aussi pourquoi ce n'est qu'en octobre 2006 que l'employeur a fini par engager deux nouvelles employées à mi-temps ce qui témoigne d'ailleurs du fait qu'à ce moment-là il avait perdu l'espoir que B allait réintégrer l'équipe respectivement allait la réintégrer dans un avenir plus ou moins proche.

La déclaration de l'époux de B selon laquelle elle aurait téléphoné à Elisabeth BOSSENMEYER pour l'informer qu'elle comptait revenir travailler fin décembre 2006, début 2007, n'est pas pertinente dans la mesure où là encore il ne s'agissait que de prévisions, l'avenir a d'ailleurs montré qu'elle n'est pas revenue début janvier alors pourtant que son délai de préavis n'a expiré qu'au mois d'avril 2007.

Il en est de même de la lettre de désapprobation que le docteur Bernard THILL a adressée le 4 décembre 2006 à la société A dans laquelle il déclare que le traitement de B serait terminé fin décembre 2006 et que celle-ci avait eu l'intention de retourner à son travail le 2 janvier 2007.

Cette lettre comme d'ailleurs toutes les réactions d'incompréhension du milieu médical de la décision de l'employeur sont en effet postérieures au licenciement et il n'est pas établi que l'employeur ait été rassuré auparavant par ces organisations à la fois sur la certitude et sur la date du retour de sa salariée.

A noter finalement que les magasins A sont de petites boutiques et qu'il est dès lors plus difficile de gérer l'absence prolongée d'une salariée que dans une grande entreprise.

Il découle des développements qui précèdent qu'au vu des circonstances la démarche de l'employeur ne saurait être qualifiée d'abusive de sorte qu'il y a lieu, par réformation, de déclarer le licenciement régulier et de décharger la société A des condamnations prononcées à son encontre.

L'appel incident.

B a interjeté appel incident en ce qu'elle a été déboutée de sa demande en paiement de la prime de 76 € pour concours gagné en 2005.

Comme l'ont correctement retenu les premiers juges, même s'il se dégage du témoignage d' Isabelle que l'équipe de B avait réalisé les meilleures ventes fin

2005/début 2006, il n'y a aucune pièce ni information qui permettrait de déterminer le montant redu de ce chef de sorte que le jugement est à confirmer en ce qu'elle a été déboutée de ce chef de sa demande.

Le recours de l'Etat.

Le licenciement ayant été déclaré régulier, le jugement est à réformer en ce qu'il a condamné la société A au remboursement de la somme de 8.764,58 € correspondant aux indemnités de chômage que l'Etat, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, a payées à B, les conditions de l'article L.521-4. (5) du code du travail n'étant pas remplies.

Les indemnités de procédure.

Seule la partie obtenant gain de cause pouvant prétendre au paiement d'une indemnité de procédure la demande de B tendant à ces fins est à rejeter.

Il n'y a pas non plus lieu de faire droit à la demande de la société A tendant aux mêmes fins, celle-ci restant en défaut d'établir en quoi l'équité commanderait que B doive supporter une partie de ses frais non compris dans les dépens.

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 ;

dit non fondé l'appel incident ;

dit fondé l'appel principal ;

réformant:

déclare régulier le licenciement avec préavis du 21 novembre 2006 et décharge la société à responsabilité limitée de l'ensemble des condamnations prononcées à son encontre dans le jugement du 9 juillet 2009 ;

dit non fondées les demandes en paiement d'indemnités de procédure pour l'instance d'appel formulées de part et d'autre ;

condamne B aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Filipe VALENTE, avocat constitué, sur ses affirmations de droit ;

déclare l'arrêt commun à l'Etat agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Lecture du présent arrêt a été faite à la susdite audience par Madame le conseiller Astrid MAAS, en présence de Monsieur le greffier Paul WAGNER.