

Arrêt N° 99/20 - VIII - Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du trente juillet deux mille vingt

Numéro CAL-2019-00416 du rôle.

Composition:

Valérie HOFFMANN, président de chambre;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Jeanne GUILLAUME, premier conseiller;
Ly TRICHIES, greffier assumé.

Entre:

la société anonyme SOC.1.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...),
représentée par son conseil d'administration,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Véronique REYTER
d'Esch-sur-Alzette du 4 avril 2019,

comparant par Maître Michel SCHWARTZ, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

et:

A.), demeurant à PL-(...) (Pologne), (...),

intimé aux fins du prédit acte REYTER,

comparant par Maître Kamilla LADKA, avocat à la Cour et demeurant à
Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 4 avril 2019, la société anonyme **SOC.1.)** (ci-après « l'employeur ») a régulièrement relevé appel d'un jugement du tribunal du travail d'Esch/Alzette du 18 février 2019, notifié le 25 février 2019, qui a déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat du 15 février 2018 de **A.)** (ci-après « le salarié »), a dit la demande en indemnisation du préjudice matériel irrecevable car indéterminée, a condamné l'employeur à payer au salarié une indemnité de préavis de 10.356 euros équivalant à quatre mois de salaire brut, une indemnité de départ de 2.589 euros équivalant à un mois de salaire brut et le montant de 1.000 euros du chef de dommage moral, a donné acte au salarié de sa demande fondée sur l'article 6-1 du Code civil ainsi que de l'évaluation de sa demande de paiement d'une indemnité compensatoire pour congé non pris mais a déclaré ces demandes non fondées et a condamné l'employeur à payer au salarié une indemnité de procédure de 800 euros.

Pour statuer ainsi, le tribunal a considéré que la convocation du salarié à l'entretien préalable du 12 février 2018, déposée à la poste le 2 février 2018 à 13.58 heures, est un acte unilatéral qui produit ses effets dès la remise à la poste et non pas au moment de la réception par le salarié de l'envoi, que la procédure de licenciement a été initiée par la notification de la convocation à l'entretien préalable avant la réception par l'employeur du certificat d'incapacité de travail du salarié en date du 5 février 2018, que la remise ultérieure du certificat médical à l'employeur n'a pas eu comme effet de suspendre voire d'interdire la procédure de licenciement régulièrement engagée et que l'employeur a pu, dans ces circonstances, poursuivre la procédure de licenciement et licencier le salarié le 15 février 2018 sans que celui-ci puisse invoquer la protection de l'article L.121-6 (3) du Code du travail.

Le tribunal a considéré par ailleurs que les faits énoncés dans la lettre de licenciement étaient suffisamment précis, mais qu'aucun élément du dossier n'établissait leur caractère réel et sérieux étant donné que l'unique témoin proposé dans le cadre de l'offre de preuve de l'employeur – **B.)** - n'était qu'un témoin indirect et n'avait pas assisté aux faits en question. Le tribunal a rejeté le moyen de l'employeur consistant à soutenir que le salarié n'est pas en droit de cumuler l'indemnité compensatoire de préavis et les indemnités pécuniaires de maladie au motif qu'il n'est pas établi que le salarié ait touché après son licenciement des indemnités pécuniaires de maladie.

L'employeur reproche au jugement a quo d'avoir déclaré le licenciement abusif et de l'avoir condamné au paiement d'une indemnité de préavis, d'une indemnité de départ, d'une indemnité pour dommage moral ainsi que d'une indemnité de procédure.

Il expose être actif dans le marché de la découpe de viandes et de transformation de viandes de boucherie et avoir embauché le salarié en date du 22 octobre 2012 comme boucher. Certains des clients et abattoirs se situeraient en France, en Belgique et aux Pays-Bas, où les salariés se déplaceraient pour y exécuter la prestation commandée. L'employeur offrirait aux salariés une organisation

logistique et un covoiturage pour assurer la mobilité de son personnel et prendrait en charge les frais d'hébergement des salariés à proximité des sites. Le contrat de travail du salarié aurait prévu à l'article 5 une clause de mobilité. **C.)** aurait été en charge du planning des équipes et de leur lieu d'hébergement. Il aurait informé les équipes de leur lieu d'affectation en joignant l'ordre de mission correspondant. Aucun lien de subordination n'existerait entre les employés des abattoirs présents sur les sites et les salariés de l'employeur.

Le 2 février 2018, le salarié aurait été affecté à l'abattoir de **SOC.2.)** à **LIEU.1.)** en Belgique. **C.)** y aurait remis au salarié l'ordre de mission l'affectant le 5 février 2018 au site de **LIEU.2.)** en France pour y faire face à une commande exceptionnelle. Le salarié aurait ouvertement refusé de s'y rendre, ce devant l'équipe de la chaîne de découpe, et se serait montré agressif. Tandis que **C.)** continuait à remettre les ordres de mission aux autres membres de l'équipe, le salarié se serait rendu dans le bureau d'un des responsables de l'abattoir, **D.)**, auquel il aurait déclaré qu'il ne se rendrait pas à **LIEU.2.)** le 5 février 2018 mais qu'il poursuivrait sa prestation sur le site de **SOC.2.)**. Surpris et mécontent, **D.)** aurait téléphoné au gérant de l'employeur, **E.)**, considérant qu'il n'avait pas à s'occuper des problèmes d'organisation du personnel de l'employeur. **E.)** aurait de suite donné l'instruction à son assistante, **B.)**, de clarifier la situation avec **C.)**, qui aurait confirmé les faits rapportés par **D.)**.

Face à ce refus d'ordre du salarié, **E.)** aurait immédiatement demandé à son assistante d'envoyer au salarié une convocation à un entretien préalable, envoyée par poste dans la matinée du 2 février 2018.

Le 5 février 2018 à 11.31 heures, l'employeur aurait été informé par un courriel du salarié de son certificat d'incapacité de travail du 5 février 2018 au 25 février 2018 établi par un médecin en Pologne le 5 février 2018.

Le salarié ne se serait pas présenté à l'entretien préalable du 12 février 2018 et aurait été licencié le 15 février 2018.

En ordre subsidiaire, l'employeur formule une offre de preuve par témoins afin d'établir les faits à la base du licenciement.

Selon lui, les faits à la base du licenciement seraient précis, réels et suffisamment sérieux pour justifier un licenciement avec effet immédiat. Ils seraient confirmés par un courriel de **D.)** du 26 mars 2019 versé en pièce 2.

Conformément à ce que le tribunal a retenu, le salarié n'aurait pas bénéficié de la protection légale découlant de l'article L.121-6 du Code du travail.

Subsidiairement, l'employeur argumente qu'il n'y a pas lieu à versement d'une indemnité compensatoire de préavis étant donné que le salarié aurait perçu durant sa période de maladie des indemnités pécuniaires de maladie. L'employeur affirme avoir versé en première instance une fiche de retenue d'impôt de 2018 établissant le versement des indemnités pécuniaires de maladie au salarié, élément de preuve qui aurait été écarté à tort par le tribunal. Il demande qu'il soit enjoint au salarié ou à la CNS de verser le relevé des

indemnités pécuniaires de maladie touchées par le salarié pendant la période du 15 février 2018 au 15 juin 2018.

De plus, il conteste les montants réclamés par le salarié au motif que celui-ci base sa demande sur un horaire de 176 heures alors qu'il aurait été recruté sur une base de 173 heures.

Tout préjudice matériel et moral sont également contestés par l'employeur, motif pris de ce que le salarié aurait immédiatement retrouvé un emploi auprès d'une société concurrente qui l'aurait détaché sur le site de **SOC.2.)**.

Enfin, l'employeur considère avoir été condamné à tort au paiement d'une indemnité de procédure.

Le salarié expose que le travail dans les abattoirs serait effectué dans des conditions pénibles, compte tenu des charges lourdes devant être portées, et qu'il nécessiterait une bonne santé physique. Les salariés devraient utiliser leur véhicule personnel pour assurer leur transport à destination des différents sites de travail en Europe. Le salarié aurait été embauché à l'âge de 32 ans et été âgé de 37 ans au moment de son licenciement. Pendant les mois précédant son licenciement, il aurait souffert de problèmes de dos ayant entraîné un certain nombre de périodes d'incapacité de travail, à savoir du 1^{er} au 10 novembre 2017, du 18 décembre 2017 au 19 janvier 2018 et du 5 au 16 février 2018. En réalité, ce seraient ces périodes d'incapacité de travail qui auraient déterminé l'employeur à procéder à son licenciement.

Le salarié conteste la version des faits du 2 février 2018, telle que présentée par l'employeur. Il conteste tout refus d'ordre.

Selon lui, **C.)** lui aurait annoncé le 2 février 2018 vers 12.30 heures que le lundi 5 février 2018, il devait se présenter sur le site de **LIEU.2.)** en France. Vers 13 heures, le salarié aurait informé **C.)** qu'il ne disposait pas de véhicule personnel et de moyen de locomotion pour se rendre à **LIEU.2.)** et il lui aurait rappelé ses douleurs dorsales persistantes et susceptibles de constituer un empêchement supplémentaire. **C.)** lui aurait demandé de l'accompagner dans le bureau de **D.)**, responsable du site de **SOC.2.)**. Tous deux s'y seraient rendus ensemble. D'une manière intimidante, **D.)** lui aurait soumis un document en langue française pour signature, mais il aurait refusé de le signer puisqu'il ne comprenait pas le français. **C.)** aurait quitté le bureau, suivi du salarié, qui aurait souligné qu'il n'avait pas signé le document en question parce qu'il ne l'avait pas compris.

Le salarié conteste avoir été seul avec **D.)** et avoir eu le moindre échange verbal avec ce dernier, faute de pouvoir communiquer dans la même langue.

Il se réfère à l'attestation testimoniale de **F.)** pour étayer ses affirmations.

Environ trente minutes après, **C.)** serait revenu au poste du salarié pour informer celui-ci qu'il devait prendre contact avec le coordinateur de la société employeuse, **G.)**. Le salarié aurait indiqué à **C.)** qu'au besoin, il prendrait un véhicule en location afin de se rendre à **LIEU.2.)** le 5 février 2018. Vers 15 heures,

une solution aurait été trouvée et **C.)** aurait fait parvenir au salarié par SMS les coordonnées du site à **LIEU.2.)** ainsi que le nom de la personne de contact.

Suivant les pièces de l'employeur, la lettre de convocation à l'entretien préalable aurait été postée le 2 février 2018 à 13.58 heures. Il y aurait lieu d'en conclure qu'elle aurait été rédigée dans la matinée du 2 février 2018, voire avant, en tout état de cause antérieurement aux discussions relatives à l'affectation du salarié au site de **LIEU.2.)**, c'est-à-dire aux faits motivant le licenciement, qui se seraient produits entre 13 et 15 heures. Or, un licenciement ne pourrait pas se fonder sur des faits postérieurs à la rédaction de la lettre de convocation à l'entretien préalable. Ces faits seraient fallacieux.

Le salarié conteste avoir refusé de signer un quelconque ordre de mission, un tel ordre ne lui ayant pas été présenté pour signature. Les ordres de mission non signés versés en cause ne constitueraient pas la preuve d'un refus d'ordre.

D'après l'attestation testimoniale de **H.)**, salarié de l'employeur pendant neuf ans, les ordres de mission auraient toujours été présentés par **C.)** pour signature **après** la mission. De fait, les notifications des affectations auraient été faites par SMS, ainsi que **F.)** le certifierait dans son attestation testimoniale. La date préimprimée sur les ordres de mission communiqués en pièces ne correspondrait pas à la date de signature de ces ordres.

L'attestation testimoniale de **C.)** ne serait pas précise, faute de référence à l'heure précise des événements, et elle ne constituerait qu'un témoignage indirect pour la plupart des faits offerts en preuve. Elle serait également sujette à caution, vu le lien de subordination l'unissant à l'employeur.

C.) attesterait avoir informé le salarié que d'autres personnes dénommées **I.)**, **J.)** et **K.)** devaient également se rendre sur le site de **LIEU.2.)**, ce qui constituerait la preuve que **C.)** répondait à la problématique du transport soulevée par le salarié. Ceci dit, les noms précités ne figureraient pas sur les ordres de mission versés en cause, qui feraient mention des noms **L.)** et **M.)**. Le salarié donne également à considérer que l'attestation testimoniale de **F.)**, en ce qu'elle fait état d'un SMS envoyé à 15 heures par **C.)** au salarié pour lui communiquer les coordonnées du site de **LIEU.2.)** et du logement de fonction ainsi que l'horaire, contredirait tout refus du salarié de se rendre à **LIEU.2.)**.

B.) n'aurait pas assisté aux faits précités et ce serait à juste titre que son attestation testimoniale a été écartée par le tribunal.

L'offre de preuve de l'employeur serait à écarter pour défaut de pertinence et pour être contredite par les attestations testimoniales versées par le salarié.

Subsidiairement, les motifs indiqués à la base du licenciement seraient imprécis. Le défaut de précision équivaldrait à un défaut de motivation.

Plus subsidiairement, un fait unique de désobéissance aux instructions de l'employeur ne serait pas de nature à justifier un licenciement avec effet immédiat, compte tenu de l'ancienneté du salarié.

Par confirmation du jugement, le licenciement serait donc à déclarer abusif.

Le salarié affirme par ailleurs avoir signalé oralement ses problèmes de dos récurrents lors de son entretien avec C.) le 2 février 2018. Le 5 février 2018, il aurait adressé de bonne foi à l'employeur un certificat de maladie couvrant la période du 5 au 25 février 2018, à un moment où il n'était pas au courant des intentions de l'employeur de le licencier. Le courrier de convocation à l'entretien préalable aurait donc été envoyé en période de maladie, ceci impliquant que la procédure de licenciement consécutive serait abusive.

Subsidiairement, s'il était considéré que le supérieur hiérarchique C.) n'a pas été averti oralement le 2 février 2018 de l'état de maladie du salarié, l'article L.121-6(4) du Code du travail disposerait que la protection spéciale contre le licenciement ne peut pas être invoquée si l'employeur est averti ou se voit présenter un certificat de maladie **après** la **réception** de la lettre de résiliation du contrat de travail ou après la réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable. En l'espèce cependant, le salarié aurait adressé son certificat d'incapacité de travail à l'employeur le 5 février 2018, c'est-à-dire **avant** la réception en date du 7 février 2018 de la lettre de convocation à l'entretien préalable. La protection prévue par l'article L.121-6(3) du Code du travail s'appliquerait donc.

L'entretien préalable n'aurait pas nécessairement pour finalité de mener à un licenciement mais constituerait une tentative de conciliation par voie de dialogue entre l'employeur et le salarié. Par conséquent, la poursuite de la procédure de licenciement par l'employeur, informé avant l'heure fixée pour l'entretien préalable, de l'impossibilité du salarié de se rendre à cet entretien, sans entendre les explications du salarié, constituerait un abus de droit.

Le licenciement serait irrégulier en la forme.

Un licenciement avec effet immédiat abusif entraînerait que la partie ayant mis fin au contrat sans y être autorisée devrait payer une indemnité compensatoire de préavis égale à la rémunération correspondant à la durée du préavis. Cette indemnité serait forfaitaire et serait due indépendamment du préjudice réellement subi du fait de la rupture du contrat de travail, nonobstant le fait que le salarié ait retrouvé un nouvel emploi ou se soit vu allouer une pension d'invalidité.

En l'espèce, le salarié aurait été continuellement en arrêt de maladie jusqu'au 23 juillet 2018, d'après un certificat médical de son neurochirurgien traitant, qui aurait constaté l'existence d'une discopathie et aurait préconisé une réhabilitation de quelques mois. Le salarié aurait repris un nouvel emploi le 5 novembre 2018.

Le jugement serait à confirmer pour ce qui concerne l'indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité de départ.

Le dommage matériel subi en dehors de l'indemnité de préavis s'élèverait du 16 juin 2018 au 16 octobre 2018 à 10.356 euros (4 mois de salaire brut) et du 16 octobre 2018 au 5 novembre 2018 à 1.676,11 euros (14 jours x 8 heures x

14,9653 euros). Au total, le salarié chiffre le dommage matériel au montant de 12.032,11 euros, avec les intérêts au taux légal à partir du 17 août 2018, jour de la requête introductive d'instance, jusqu'à solde.

Il y aurait lieu d'admettre intégralement la réparation du dommage moral à concurrence du montant de 5.000 euros, tel que demandé dans la requête. Par ces conclusions, le salarié relève implicitement mais nécessairement appel incident.

Le salarié conclut enfin à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

L'employeur réplique que les attestations testimoniales de **F.)** et de **H.)** ne répondent pas aux conditions de forme prescrites par l'article 402 du Nouveau code de procédure civile et qu'elles sont des attestations de pure complaisance.

Il conteste que le 2 février 2018, le salarié ait informé son supérieur hiérarchique **C.)** que ses douleurs dorsales étaient réapparues et souligne que le salarié aurait toujours pratiqué le covoiturage pour se déplacer aux différents abattoirs. Les ordres de mission auraient été rédigés en langue française et en langue polonaise.

Les faits reprochés au salarié se seraient déroulés avant 13.58 heures, moment de l'envoi de la lettre de convocation à l'entretien préalable.

Même à supposer que des motifs graves n'aient pas existé au moment de la convocation à l'entretien préalable, cela n'entacherait la procédure de licenciement que d'un vice de forme.

L'appréciation de la Cour

Les parties sont d'accord à admettre que le courrier de convocation du salarié à l'entretien préalable du 12 février 2012 a été déposé à la poste le 2 février 2018 à 13.58 heures.

Concernant le moyen du salarié selon lequel le courrier de convocation à l'entretien préalable a été envoyé en période de maladie et selon lequel la procédure de licenciement consécutive serait de ce fait abusive, il convient de rappeler que le salarié ne peut bénéficier de la protection contre le licenciement instituée par l'article L.121-6(3) du Code du travail que s'il a satisfait à sa double obligation d'information à l'égard de son employeur qui pèse sur lui en vertu de l'article L.121-6 (1) et (2) : avertir l'employeur dès le premier jour de son empêchement et soumettre à l'employeur au plus tard le 3^{ème} jour d'absence un certificat médical attestant l'incapacité de travail et sa durée prévisible.

Tant que le salarié n'a pas du tout informé l'employeur de son incapacité de travail, il ne bénéficie d'aucune protection.

A l'instar du tribunal, il faut constater en l'espèce que le salarié ne rapporte pas la preuve qu'il ait informé son employeur de son état de santé déficient en date

du 2 février 2018, dès avant la remise à la poste de sa convocation à l'entretien préalable. D'autre part, le certificat médical dont le salarié se prévaut n'a pris effet que le 5 février 2018.

Il est donc faux d'affirmer que la lettre de convocation à l'entretien préalable a été envoyée en période d'incapacité de travail du salarié.

L'argumentation du salarié selon laquelle la présentation à l'employeur en date du 5 février 2018 de son certificat d'incapacité de travail **avant** la réception de la lettre de convocation à l'entretien préalable lui conférerait protection contre le licenciement, par une interprétation a contrario de l'article L.121-6(4) du Code du travail, a été rejetée à bon droit par le tribunal au motif que la convocation à l'entretien préalable est un acte unilatéral, qui produit ses effets dès la remise à la poste et non pas au moment de la réception de l'envoi par le salarié.

Ainsi que le tribunal l'a retenu, la procédure de licenciement initiée par la notification de la convocation à l'entretien préalable avant la réception par l'employeur du certificat médical en date du 5 février 2018 n'a pas été suspendue par la remise de ce certificat médical et elle a pu être poursuivie par l'employeur, sans que le salarié puisse invoquer la protection de l'article L.121-6 (3) du Code du travail.

Le jugement est à confirmer, par adoption de ses motifs, en ce qu'il a considéré que les motifs énoncés dans la lettre de licenciement sont suffisamment précis.

Il découle de l'article L.124-11(3) du Code du travail qu'en cas de contestation, la charge de la preuve de la matérialité des faits et du caractère réel et sérieux des motifs du licenciement pèse sur l'employeur.

En l'espèce, l'employeur verse une attestation testimoniale de **C.)** qui est rédigée en polonais et n'a fait l'objet que d'une traduction libre. Le courriel de **D.)** du 26 mars 2019 ne satisfait pas aux conditions de forme prescrites par l'article 402 du Nouveau code de procédure civile. L'ordre de mission prétendument non signé par le salarié versé en pièce 5 n'est pas pertinent.

Avant tout autre progrès en cause, il y a lieu d'admettre favorablement l'offre de preuve formulée par l'employeur, qui est pertinente et concluante.

En attendant le résultat de cette mesure d'instruction, il convient de surseoir à statuer pour le surplus.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 de la loi du 20 juin 2020 portant prorogation de mesures concernant la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise devant les juridictions dans les affaires soumises à la procédure écrite,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

avant tout autre progrès en cause,

admet la société anonyme **SOC.1.)** à prouver par l'audition des témoins **B.)** et **C.)**, avec adresse professionnelle L-(...), (...)/ **SOC.1.)** S.A.,

les faits suivants :

« Que courant de la matinée du vendredi 2 février 2018, alors que Monsieur C.) remettait les ordres de mission aux employés, Monsieur A.) refusa de le signer et indiqua ouvertement devant ses collègues qu'il n'irait pas à LIEU.2.)

Qu'immédiatement après, très en colère, il quitta les lieux alors que Monsieur C.) n'en avait pas encore fini avec les autres membres de l'équipe, lesquels ne comprenaient pas cette réaction disproportionnée.

Que Monsieur A.) s'est rendu dans le bureau de Monsieur D.), pour lui dire qu'il ne se rendrait pas à LIEU.2.) et qu'il avait décidé de ne pas respecter le planning et qu'il reviendra sur son site le lundi 5 février 2018.

Immédiatement après que Monsieur A.) sortit du bureau, Monsieur D.) téléphona à Monsieur E.), gérant de la société SOC.1.) S.A. afin de lui faire part de son mécontentement.

Que Monsieur E.) demanda Madame B.) de contacter Monsieur C.) afin de clarifier la situation.

Que Monsieur C.) informa Madame B.) que Monsieur A.) venait de refuser son affectation à LIEU.2.) et ce devant l'équipe.

Que Monsieur D.) lui avait effectivement fait part de ce que de Monsieur A.) avait décidé de prêter le lundi 5 février 2018 son travail à l'abattoir de (...) donc de contrevenir à ses instructions et au planning préparé.

Que Monsieur A.) n'a pas indiqué à Monsieur D.) ou encore à Monsieur C.) qu'il souffrait d'un quelconque problème de dos.

Que suite aux informations données, Monsieur E.) donna l'instruction à Madame B.) de convoquer Monsieur A.) à un entretien en vue de son éventuel licenciement »,

fixe l'enquête au mardi 6 octobre 2020 à 09 :00 heures, pour entendre les témoins précités,

fixe la contre-enquête au mardi 3 novembre 2020 à 09 :00 heures,

à chaque fois en la **salle des enquêtes numéro CR.4.28**, au quatrième étage, dans les locaux de la Cour supérieure de justice à Luxembourg, Cité judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du Saint Esprit à L-2080 Luxembourg;

commet pour ce devoir d'instruction Madame le président de chambre Valérie HOFFMANN;

dit qu'en cas d'empêchement du magistrat commis, il sera procédé à son remplacement par ordonnance du président de chambre;

dit que Maître Kamilla LADKA devra verser au greffe de la Cour **au plus tard le 16 octobre 2020 la liste des témoins** qu'elle désire faire entendre lors de la contre-enquête,

sursoit à statuer pour le surplus.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Valérie HOFFMANN, président de chambre, en présence du greffier assumé Ly TRICHIES.