

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N°99/23 - VIII - TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail

Audience publique du huit juin deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2021-00029 du rôle

Composition:

Elisabeth WEYRICH, président de chambre,
Françoise ROSEN, premier conseiller,
Yola SCHMIT, premier conseiller,
Amra ADROVIC, greffier.

Entre :

la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch du 28 décembre 2020,

comparant par la société à responsabilité limitée Etude d'Avocats GROSS & Associés, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée aux fins de la présente procédure par Maître David GROSS, avocat à la Cour,

et :

PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE3.),

intimée aux fins du susdit exploit RUKAVINA,

comparant par Maître Catherine ZELTNER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

PERSONNE1.) a été engagée par la société à responsabilité limitée SOCIETE2.), actuellement dénommée SOCIETE1.) (ci-après « la société SOCIETE1. »), en qualité de « *conseillère-vendeuse* » avec effet au 1^{er} mai 2012.

Elle a été licenciée par lettre recommandée du 28 décembre 2018 avec effet immédiat pour faute grave.

PERSONNE1.) a contesté le licenciement par courrier du 4 janvier 2019.

Par requête du 1^{er} février 2019, PERSONNE1.) a fait convoquer la société SOCIETE1.) devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de voir déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat et pour voir entendre condamner son ancien employeur à lui payer, aux termes d'un décompte actualisé, 10.876,52 euros au titre d'indemnité compensatoire de préavis, 2.719,13 euros au titre d'indemnité de départ, 11.242,27 euros au titre du préjudice matériel, 9.000 euros au titre du préjudice moral et un montant à déterminer au titre d'heures supplémentaires prestées, ainsi qu'une indemnité « *pour jours de congés réduits et à échoir* », soit le montant total de 44.447,38 euros + p.m., avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

Elle a demandé l'exécution provisoire du jugement à intervenir et une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Par courrier du 15 mai 2019, l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi (ci-après « l'ETAT »), a informé le tribunal du travail qu'il n'a pas de revendications à formuler dans le cadre du litige entre PERSONNE1.) et la société SOCIETE1.).

Par jugement du 26 novembre 2020, le tribunal du travail a donné acte à l'ETAT de ce qu'il n'a pas de revendications à formuler et l'a mis hors cause. Il a déclaré irrecevables les demandes de PERSONNE1.) en paiement d'une indemnité pour congés non pris et en rémunération d'heures supplémentaires.

Le tribunal du travail a déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat de PERSONNE1.) intervenu le 28 décembre 2018. Il a dit non fondée la demande de la salariée en indemnisation de son préjudice matériel et fondées celles en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis à concurrence de 8.340,56 euros et pour préjudice moral à concurrence de 1.500 euros. Il a condamné la société SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) la somme de 9.840,56 euros, avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

Le tribunal du travail a dit fondée dans son principe la demande de PERSONNE1.) en paiement d'une indemnité de départ et a invité cette dernière à produire les douze dernières fiches de salaire pour la période allant du 1^{er} janvier 2018 au 31 décembre 2018. Il a renvoyé le dossier aux parties pour instruction complémentaire, a sursis à statuer pour le surplus et a refixé l'affaire pour continuation des débats à une audience ultérieure.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a retenu que la lettre de licenciement du 28 décembre 2018 ne répond pas au degré de précision requis par la loi.

Par acte d'huissier de justice du 28 décembre 2018, la société SOCIETE1.) a régulièrement relevé appel du jugement du 26 novembre 2020, qui lui a été notifié le 3 décembre 2020.

A titre principal, elle demande à la Cour, par réformation, de dire que le licenciement avec effet immédiat du 28 décembre 2018 est régulier et fondé, à se voir décharger de la condamnation à payer à PERSONNE1.) le montant de 8.340,56 euros au titre d'indemnité compensatoire de préavis et le montant de 1.500 euros au titre du préjudice moral. Elle conclut à voir réformer le jugement entrepris en ce que le tribunal du travail a dit fondée dans son principe la demande de PERSONNE1.) en paiement d'une indemnité de départ.

Pour autant que de besoin, la société SOCIETE1.) formule une offre de preuve par témoins tendant à établir la réalité et la gravité des reproches gisant à la base du licenciement.

Elle conclut partant à voir débouter PERSONNE1.) de l'ensemble de ses demandes indemnitaires.

A titre subsidiaire, la société SOCIETE1.) demande, afin de préserver le double degré de juridiction, à voir renvoyer l'affaire devant le tribunal du travail autrement composé, pour que les questions liées à la réalité et la gravité des motifs du licenciement puissent être toisées.

PERSONNE1.) conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce que le tribunal a constaté l'absence de précision des reproches formulés à son encontre aux termes de la lettre de licenciement du 28 décembre 2018 et en ce que le licenciement a été déclaré abusif. Elle conclut au rejet de l'offre de preuve adverse.

Déclarant relever appel incident, elle demande à la Cour, par réformation, de déclarer fondée sa demande formulée au titre d'indemnité compensatoire de préavis à concurrence de 11.062,52 euros, celle au titre de son préjudice moral à concurrence de 7.500 euros et celle au titre de son préjudice matériel à concurrence de 9.679,71 euros, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Elle demande à voir déclarer fondée, par réformation, sa demande formulée au titre d'indemnité compensatoire pour congés non pris, sinon pour heures supplémentaires prestées à concurrence de 5.061 euros, sinon de 4.723,60 euros, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, sinon d'enjoindre à l'ancien employeur de produire le livre de congé légal des salariés dans un délai de quinze jours à compter de l'arrêt à intervenir, sous peine d'une astreinte journalière de 250 euros. Elle demande à voir condamner la société SOCIETE1.) à lui payer une indemnité de départ de 2.765,63 euros, 2.000 euros au titre de frais d'avocat exposés et 5.000 euros au titre d'indemnité de procédure pour chacune des deux instances.

Appréciation de la Cour :

A) Quant au licenciement :

Le tribunal du travail a déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat du 28 décembre 2018, au motif que les faits lui reprochés dans la lettre de licenciement, et notamment les exemples concrets d'opérations litigieuses, sont énoncés de façon confuse et incompréhensible, sans précision quant au rôle de la salariée dans la commission des prétendues infractions de vol domestique ainsi que de faux et d'usage de faux lui reprochées.

La société SOCIETE1.) fait grief au tribunal d'avoir retenu que la lettre de licenciement avec effet immédiat du 28 décembre 2018 ne répond pas au critère de précision requis par la loi.

La lettre de licenciement serait suffisamment précise « *au vu de la chronologie des événements de l'affaire ayant permis à la salariée d'avoir une double connaissance des griefs lui imputés* », au vu de l'audition de la salariée par la police en date du 7 janvier 2019, suite à la plainte déposée à son encontre par l'employeur. La salariée n'aurait dès lors pas pu ignorer ce qui lui fut reprochée.

Contrairement à ce que le tribunal du travail a retenu, l'employeur estime que la lettre de licenciement serait précise quant au moment de la découverte des infractions, pour avoir indiqué que les faits ont été découverts lors de la clôture de l'exercice, donc de la vérification des caisses en fin d'année.

Aux termes de l'article L.124-10 (3) du Code du travail, « *la notification de la résiliation immédiate pour motif grave doit être effectuée au moyen d'une lettre recommandée à la poste énonçant avec précision le ou les faits reprochés au salarié et les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave* ».

Les motifs du congédiement doivent être fournis avec une précision telle que leur énoncé même en révèle la nature et la portée et permette d'une part, au salarié d'apprécier s'ils ne sont pas illégitimes ou si le congédiement n'a pas le caractère d'un acte économiquement ou socialement anormal, et d'autre part, de faire la preuve de la fausseté ou de l'inanité des griefs invoquées.

L'article L.124-10 (3) du Code du travail a pour but de permettre à la partie qui subit la résiliation du contrat de connaître exactement le ou les faits qui lui sont reprochés et de juger ainsi, en pleine connaissance de cause, de l'opportunité d'une action en justice de sa part en vue d'obtenir paiement des indemnités prévues par la loi en cas d'un licenciement abusif.

Cette disposition empêche en outre l'auteur de la résiliation d'invoquer *a posteriori* des motifs différents de ceux qui lui sont reprochés sur base du licenciement.

Elle permet finalement au juge d'apprécier la gravité des fautes commises et d'examiner si les griefs invoqués devant lui s'identifient à ceux notifiés par l'employeur à son salarié dans la lettre énonçant les motifs du licenciement.

Afin de satisfaire au critère de précision requis par le prédit article, l'employeur doit énoncer avec précision la nature des fautes que le salarié aurait commises dans l'exercice de ses fonctions, les circonstances de faits et de temps ayant entouré les fautes reprochées ainsi que les circonstances qui sont de nature à attribuer aux fautes ainsi reprochées le caractère d'un motif grave justifiant la rupture de la relation de travail.

Si en l'espèce, l'employeur a énoncé avec précision la nature des griefs reprochés, ainsi que des faits justifiants, selon lui, la qualification pénale de vol domestique, de faux et d'usage de faux, en revanche, la Cour approuve le tribunal du travail d'avoir retenu que les exemples concrets du stratagème invoqué par l'employeur sont énoncés de

façon confuse et ne permettent pas de déterminer avec précision les circonstances des faits reprochés. Ils sont encore incompréhensibles en ce qu'ils ne permettent de déterminer ni si la salariée a encaissé des remises, ni le quantum des remises détournées. Les développements de l'employeur quant au *modus operandi* de la salariée ne permettent pas non plus de déterminer le rôle précis joué par la salariée, ayant prétendument agi de concert avec sa collègue de travail PERSONNE2.), dans la commission des prétendues infractions.

C'est à juste titre que le tribunal du travail a débouté l'employeur de son offre de preuve par témoins, qui ne saurait pallier à l'absence de précision des motifs énoncés aux termes de la lettre de licenciement, laquelle fixe les termes du débat devant les juridictions du travail et constitue le seul support valant énonciation des motifs.

La Cour approuve partant le tribunal du travail d'avoir retenu que la lettre de licenciement avec effet immédiat du 28 décembre 2018 ne répond pas au critère de précision requis par la loi, que cette absence de précision équivaut à une absence de motifs et que partant le licenciement est à déclarer abusif.

L'appel principal n'est pas fondé sur ce point, ni dans sa branche principale, si dans sa branche subsidiaire.

Il n'y a partant pas lieu de faire droit à la demande de renvoi de l'affaire devant le tribunal du travail autrement composé et il n'y a pas lieu de toiser la demande en surséance à statuer en attendant le résultat de l'instance pénale en cours, les questions à toiser par la juridiction pénale ayant trait au caractère réel et sérieux de motifs invoqués, questions que la Cour n'est pas amenée à toiser en raison de l'imprécision de l'énoncé des reproches.

B) Quant aux conséquences financières du licenciement :

Aux termes de l'article L.124-12 du Code du travail, lorsque la juridiction du travail juge qu'il y a usage abusif du droit de résilier le contrat de travail à durée indéterminée, elle condamne l'employeur à verser au salarié des dommages-intérêts compte tenu du dommage subi par lui du fait de son licenciement.

i) l'indemnité compensatoire de préavis :

PERSONNE1.) a réclamé en première instance, suivant un décompte actualisé, 10.876,52 euros (4 x 2.719,13 euros), sur base d'une moyenne du salaire brut des derniers six mois de travail correspondant à 2.719,13 euros bruts mensuels.

Après avoir constaté que le Code du travail ne prévoit pas une évaluation de l'indemnité sur base du salaire moyen des mois précédant la fin du contrat, le tribunal du travail a calculé l'indemnité compensatoire de préavis sur base de la rémunération mensuelle brute de base, résultant des fiches de salaire versées en cause, qui est de 2.085,14 euros. En application des dispositions de l'article L.124-6 du Code du travail et après avoir retenu que PERSONNE1.) dispose d'une ancienneté de service de six ans, le tribunal du travail a retenu qu'elle a droit à une indemnité compensatoire de préavis égale à quatre mois de salaire, soit à 8.340,56 euros (4 x 2.085,14).

PERSONNE1.) demande, par réformation, à voir condamner l'ancien employeur à lui payer une indemnité compensatoire de préavis de 11.062,52 euros (4 x 2.765,63), au motif d'avoir presté systématiquement des heures supplémentaires.

La société SOCIETE1.) conteste le caractère de fixité ou de régularité invoqué et conclut au rejet de la demande en réformation.

Il a été retenu que l'indemnité compensatoire de préavis équivaut à la rémunération brute correspondant à la durée du préavis non respecté. Le salaire de référence se base sur la moyenne mensuelle, calculée sur une année, de l'ensemble des éléments de sa rétribution ayant présenté un certain caractère de fixité ou de régularité (Cour d'appel 16 février 2017, n°43507 ; voir également : Cour d'appel 15 mars 2007 n°31106 et 31123 du rôle ; Cour d'appel 27 octobre 2011, n°36063 du rôle ; Cour d'appel 26 mai 2016 n°41117 et 41237 du rôle).

En l'espèce, il résulte des fiches de salaire versées en cause par la salariée que PERSONNE1.) a presté pendant la période de janvier à décembre 2018 au cours de chaque mois des heures supplémentaires pour avoir travaillé des dimanches. La régularité de la prestation d'heures supplémentaires ne saurait être contestée. Le fait que le nombre d'heures supplémentaires diffère d'un mois à l'autre est neutralisé par l'application de la moyenne des salaires des douze derniers mois versés à la salariée (voir en ce sens : Cour d'appel 27 octobre 2011, n°36063 du rôle). Il résulte de ces mêmes fiches de salaires que le salaire mensuel moyen de PERSONNE1.) s'élevait à 2.765,63 euros.

Par réformation du jugement entrepris, il y a partant lieu de retenir que le salaire de référence s'élève à 2.765,63 et que partant PERSONNE1.) a droit à une indemnité compensatoire de préavis de 11.062,52 euros (4 x 2.765,63).

L'appel incident est fondé de ce chef.

ii) le préjudice moral :

PERSONNE1.) a demandé en première instance à se voir allouer des dommages-intérêts pour préjudice moral à hauteur de 9.000 euros.

Le tribunal du travail a condamné la société SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) la somme de 1.500 euros du chef de son préjudice moral en raison de l'atteinte portée à sa dignité de travailleur.

La salariée demande à la Cour, par réformation, à se voir allouer à ce titre des dommages-intérêts de 7.500 euros, au motif qu'elle serait mère de deux jeunes enfants et qu'elle se serait retrouvée du jour au lendemain sans emploi, que la brutalité injustifiée de ce licenciement l'aurait profondément choquée, d'autant plus que l'employeur n'aurait pas hésité à déposer une plainte pénale à son encontre. Elle ajoute que la citation à comparaître devant le tribunal correctionnel lui fut notifiée lorsqu'elle se trouvait en fin de grossesse, mais qu'elle aurait néanmoins comparu personnellement devant la juridiction pénale seulement quelques jours après l'accouchement. Tous ces tracas justifieraient un dédommagement plus important que celui lui accordé par le tribunal du travail de première instance.

La société SOCIETE1.) estime que le dommage invoqué doit se trouver en relation causale avec le licenciement, de sorte que le volet pénal de l'affaire ne saurait entrer en ligne de compte dans la détermination du préjudice moral. Elle soutient à titre principal que la salariée resterait en défaut de justifier d'un dommage et devrait être déboutée de sa demande. A titre subsidiaire, elle conclut à voir ramener la condamnation de ce chef à de plus justes proportions.

Tel que relevé à bon droit par l'appelante, les tracas liés à l'instance pénale ne se trouvent pas en relation causale directe avec le licenciement.

C'est toutefois à juste titre que le tribunal du travail a retenu que PERSONNE1.) a subi une atteinte à sa dignité de salariée en raison du licenciement avec effet immédiat déclaré abusif. La Cour approuve également le tribunal du travail d'avoir évalué le dommage moral ainsi subi au montant de 1.500 euros.

L'appel incident n'est pas fondé de ce chef.

iii) le préjudice matériel :

PERSONNE1.) a demandé en première instance à se voir allouer des dommages-intérêts pour préjudice matériel à hauteur de 11.242,27 euros.

Le tribunal du travail a déclaré sa demande non fondée, au motif qu'en prenant en considération l'âge de la salariée au moment de son licenciement, son niveau de qualification et la situation économique, il y a lieu de fixer à quatre mois la période de référence pendant laquelle PERSONNE1.) peut prétendre avoir subi un dommage matériel. Cette période se trouve cependant couverte par l'indemnité compensatoire de préavis de quatre mois.

La salariée demande à la Cour, par réformation, à se voir allouer à ce titre des dommages-intérêts de 9.679,71 euros correspondant à trois mois et demi de salaires bruts moyens (3 x 2.765,63 euros), au motif que tant l'indemnité compensatoire de préavis que l'indemnité de départ seraient des indemnités autonomes par rapport à l'indemnisation du préjudice matériel subi en application de l'article L.124-6, alinéa 3 du Code du travail.

Si l'indemnisation du préjudice matériel du salarié doit être aussi complète que possible, seules les pertes subies se rapportant à une période qui aurait raisonnablement dû suffire pour lui permettre de trouver un nouvel emploi sont indemnisées.

La réparation du préjudice matériel subi par le salarié n'intervient pas d'office. Seul le dommage matériel en relation causale directe avec le licenciement abusif est indemnisé et calculé par rapport à une période de référence dont la durée est fixée au cas par cas par les juridictions en fonction notamment des efforts concrets faits par le salarié pour trouver un nouvel emploi et de la situation de l'emploi dans la branche où le salarié a travaillé. Il est tenu compte de la qualification professionnelle, de l'ancienneté de service et de l'âge du salarié, ainsi que de la situation sur le marché du travail.

A l'instar du tribunal du travail, la Cour retient d'abord sur base des pièces du dossier que PERSONNE1.) s'est livrée activement à la recherche d'un nouvel emploi. Elle a signé un nouveau contrat de travail en date du 15 avril 2019.

La Cour retient ensuite qu'au vu de la qualification de la salariée, la période de référence est à fixer à trois mois et demi.

Il est vrai que l'indemnité compensatoire de préavis revenant au salarié licencié abusivement présente un caractère forfaitaire et ne se

confond pas avec l'indemnité destinée à réparer le préjudice matériel, ainsi que le prescrit l'article L.124-6, alinéa 2 du Code du travail.

Il n'en demeure pas moins que l'indemnité compensatoire de préavis a la nature d'un « *substitut de salaire* » (cf. doc. parl. n°3222, commentaire des articles page 22).

Sa finalité est de procurer au salarié licencié des ressources financières suffisantes sous la forme d'un substitut de salaire, en attendant la conclusion d'un nouveau contrat de travail.

C'est d'ailleurs pour cette raison qu'en application des dispositions combinées des paragraphes 1^{er} et 2 de l'article L.521-8 du Code du travail, le salarié licencié ne peut prétendre à des indemnités de chômage qu'à l'expiration du délai de préavis.

Il en résulte que c'est la perte de rémunération qui est réparée par l'indemnité compensatoire de préavis, à savoir, en l'espèce, la perte de rémunération pendant les trois mois et demi suivant le licenciement de PERSONNE1.) jusqu'à la signature d'un nouveau contrat de travail en date du 15 avril 2019.

Le préjudice matériel de PERSONNE1.) est partant couvert à suffisance par l'indemnité compensatoire de préavis.

L'appel incident n'est pas fondé sur ce point spécifique.

iv) l'indemnité compensatoire pour congés non pris, sinon pour heures supplémentaires :

PERSONNE1.) a réclamé en première instance une « *indemnité pour congés réduits et à échoir* ». Cette demande a été formulée pour mémoire.

Elle a formulé à l'audience des plaidoiries de première instance une demande en rémunération d'heures supplémentaires prestées pour un montant « à déterminer ».

Le tribunal du travail a déclaré la demande en paiement d'une indemnité compensatoire pour congés non pris irrecevable, à défaut d'avoir été chiffrée. Il a déclaré la demande en rémunération d'heures supplémentaires irrecevable pour constituer une demande nouvelle par rapport à celles figurant dans la requête introductive d'instance.

L'intimée conclut, par réformation, à voir condamner la société SOCIETE1.) à lui payer 5.061 euros au titre de 420 heures de repos non pris, sinon 4.723,60 euros au titre de 280 heures supplémentaires prestées. Elle estime qu'il appartient à l'employeur de prouver que la

salariée a pris tous les jours de congé légalement dus, ce qu'il resterait en défaut de rapporter, nonobstant maintes réclamations de sa part de verser le livre des congés que l'employeur aurait tenu sous forme d'un carnet non informatisé et elle demande à lui voir enjoindre de le produire. Elle soutient encore que sa demande en rémunération d'heures supplémentaires prestées serait « *directement liée à la demande formulée « p.m. » de l'indemnisation des heures de congés non pris, résultant des heures supplémentaires prestées mais non rémunérées* » et elle invoque à cet égard les dispositions de l'article L.211-27 du Code du travail.

La société SOCIETE1.) demande à titre principal à voir déclarer irrecevable pour être obscure la demande de PERSONNE1.) tendant à voir condamner l'appelante à lui payer 5.061 euros au titre de 420 heures de repos non pris, sinon 4.723,60 euros au titre de 280 heures supplémentaires prestées. A titre subsidiaire, elle conclut à la confirmation du jugement entrepris, au motif que la demande en paiement d'une indemnité compensatoire pour congés non pris serait irrecevable pour être indéterminée et la demande en rémunération d'heures supplémentaires serait nouvelle par rapport au contenu de la requête introductive d'instance, partant irrecevable.

Une demande formulée à titre « p.m. » constitue une demande indéterminée (Cour d'appel 15 mars 2007, n°31116 et 31123 du rôle). C'est partant à juste titre que le tribunal du travail a déclaré irrecevable la demande en paiement d'une « *indemnité pour congés réduits et à échoir* » telle que formulée en première instance « *pour mémoire* ».

Le moyen tiré de l'irrecevabilité de la demande pour libellé obscur est à rejeter, étant donné que l'intimée a clairement formulé en instance d'appel ses prétentions, les a chiffrées et a, par ailleurs, invoqué le texte qu'elle estime applicable à sa demande.

En effet, en instance d'appel, la salariée invoque l'article L.211-27 du Code du travail et estime que sa demande en rémunération d'heures supplémentaires prestées serait « *directement liée à la demande formulée « p.m. » de l'indemnisation des heures de congés non pris, résultant des heures supplémentaires prestées mais non rémunérées* »

Aux termes de l'article L.211-27 du Code du travail, « *les heures supplémentaires sont soit compensées par du temps de repos rémunéré, à raison d'une heure majorée d'une demi-heure de temps libre rémunéré par heure supplémentaire travaillée soit compatibles au même taux sur un compte épargne temps dont les modalités peuvent être fixées par la convention collective applicable ou par tout autre accord entre partenaires sociaux conclu au niveau approprié* ».

A l'instar du tribunal du travail, la Cour constate que la demande formulée au titre d'heures supplémentaires constitue une demande nouvelle par rapport aux demandes formulées sur base de la requête introductive d'instance.

A titre superfétatoire, si au vu de l'article L.211-27 du Code du travail précité, les heures supplémentaires peuvent être converties en heures de repos rémunérées, il y a lieu de constater que PERSONNE1.) n'établit pas avoir presté 420 heures supplémentaires, sinon 280 heures supplémentaires, étant donné que les heures prestées les dimanches ont été dûment rémunérées par l'employeur et que l'attestation testimoniale dressée par PERSONNE2.) à ce sujet n'est pas suffisamment précise quant au quantum et aux jours déterminés de prestation d'heures supplémentaires au-delà des heures supplémentaires d'ores et déjà rémunérées.

L'appel incident n'est pas fondé de ce chef.

v) l'indemnité de départ :

PERSONNE1.) a demandé en première instance à se voir allouer une indemnité de départ de 2.719,13 euros.

Le tribunal du travail a déclaré cette demande fondée dans son principe, mais a estimé utile de renvoyer le dossier aux parties pour leur permettre d'y prendre position de façon contradictoire à une audience ultérieure et de recueillir de plus amples développements à ce sujet.

La société SOCIETE1.) conclut à la réformation du jugement entrepris en ce que le tribunal du travail a déclaré la demande de la salariée fondée dans son principe.

Concernant le quantum de la demande, l'employeur demande à titre principal à voir renvoyer ce débat en persécution de cause devant le tribunal du travail, toujours saisi de cette question. A titre subsidiaire, elle estime que le montant à allouer à l'intimée ne saurait dépasser le salaire brut de base de 2.042,42 euros.

L'intimée communique en instance d'appel les fiches de salaire des mois de janvier à décembre 2018 et demande à la Cour, qui serait saisie de la demande par l'effet dévolutif de l'appel, de lui allouer à ce titre le montant de 2.765,63 euros correspondant à la moyenne des salaires bruts effectivement versés pour les douze derniers mois auprès de l'appelante et elle insiste sur la régularité de la prestation d'heures supplémentaires, de sorte qu'elles devraient être prises en compte et être incluses dans le salaire de référence.

C'est à juste titre que le tribunal du travail a déclaré fondée dans son principe la demande de PERSONNE1.) en paiement d'une indemnité de départ. En effet, en application de l'article L.124-7 du Code du travail, une indemnité de départ équivalente à un mois de salaire est dû à la salariée qui justifie d'une ancienneté de services continus de cinq ans au moins auprès de l'employeur, étant rappelé que le contrat de travail de PERSONNE1.) a pris effet au 1^{er} mai 2012 et a été rompu en date du 28 décembre 2018.

Au vu du jugement entrepris ayant réservé la demande de PERSONNE1.) en paiement d'une indemnité de départ, la Cour d'appel n'est pas saisie de cette demande par l'effet dévolutif de l'appel, puisque la demande ne se trouve pas encore toisée quant à son quantum.

Il y a partant lieu de renvoyer ce volet du litige devant le tribunal du travail.

C) Quant aux demandes accessoires :

i) les frais d'avocat :

PERSONNE1.) sollicite la condamnation de l'ancien employeur à lui rembourser les frais d'avocat exposés pour assurer sa défense en justice et encourus « *en instance d'appel* », soit 2.200 euros.

La société SOCIETE1.) ne prend pas position quant à cette demande.

Il convient de relever que la circonstance que l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile permet au juge, sur le fondement de l'équité, d'allouer à une partie un certain montant au titre des sommes non comprises dans les dépens, dont les honoraires d'avocat, n'empêche pas une partie de réclamer ces honoraires au titre de réparation de son préjudice sur base de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, à condition d'établir les éléments conditionnant une telle indemnisation, à savoir une faute, un préjudice et une relation causale entre la faute et le préjudice.

Dans son arrêt du 9 février 2012, la Cour de cassation (rôle n° 5/12) a considéré que les frais et honoraires d'avocat peuvent donner lieu à indemnisation sur base de la responsabilité civile de droit commun en dehors de l'indemnité de procédure. La Cour de cassation a en effet retenu que les frais non compris dans les dépens, donc également les honoraires d'avocat, constituent un préjudice réparable sur base de la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Le licenciement ayant été déclaré abusif, la faute de l'employeur se trouve établie en cause. Il résulte des pièces du dossier que PERSONNE1.) a réglé en date du 5 mai 2021 un montant de 585 euros à son mandataire au titre d'une provision pour « *entretien et préparation des premières conclusions en appel* », en date du 17 août 2021 un montant de 585 euros au titre d'une provision pour « *rédaction des conclusions I en appel* », en date du 21 décembre 2021 un montant de 5858 euros au titre d'une provision pour « *conclusions II devant la Cour d'appel* » et en date du 31 mai 2022 un montant de 819 euros sur base d'une demande de provision du 27 avril 2022 au titre des « *conclusions III en appel* ». La salariée justifie partant avoir réglé un montant de 2.574 euros à son avocat.

La Cour estime que la demande de PERSONNE1.) en paiement d'un montant de 2.200 euros est fondée pour être adéquate.

ii) les indemnités de procédure :

Au vu du sort réservé à l'appel, la demande de la société SOCIETE1.) en allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel est à rejeter.

L'appel incident de PERSONNE1.) tendant à se voir allouer, par réformation, une indemnité de procédure de 5.000 euros pour la première instance est à rejeter, cette demande n'étant pas encore toisée, puisque le tribunal du travail l'a réservée.

PERSONNE1.) ne démontrant pas avoir eu à sa charge des frais qui ne sont pas inclus dans le montant de 2.200 euros lui accordé sur base de sa demande en remboursement des frais d'avocat exposés, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur base du rapport du magistrat de mise en état,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident partiellement fondé,

réformant :

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (anciennement SOCIETE2.) à payer à PERSONNE1.) la somme de 11.062,52 euros au titre d'indemnité compensatoire de préavis,

dit l'appel incident non fondé pour le surplus,

donne acte à PERSONNE1.) de sa demande reconventionnelle en remboursement des frais et honoraires d'avocat pour l'instance d'appel,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (anciennement SOCIETE2.) à payer à PERSONNE1.) la somme de 2.200 euros au titre des frais d'avocat déboursés,

rejette la demande de PERSONNE1.) en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (anciennement SOCIETE2.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.