Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du douze décembre deux mille deux.

Numéro 25551 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, conseiller,
Françoise MANGEOT, conseiller,
Jeanne GUILLAUME, avocat général,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée S.) s.à r.l., établie et ayant son siège social à **L- (…)** , représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Marcel HERBER d'Esch-sur-Alzette du 21 mars 2001,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Gaston VOGEL, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) G.) , demeurant à **L- (…)** ,

intimé aux fins du susdit exploit HERBER,

appelant par incident,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg,
2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit HERBER,

comparant par Maître Pierre BERMES, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 22 octobre 2002.

Ouï le magistrat commis à ces fins en son rapport oral à l'audience.

Par arrêt rendu contradictoirement le 24 janvier 2002, la Cour d'appel a:
reçu l'appel principal et l'appel incident,
avant tout autre progrès en cause,
admis la s.à r.l. **S.)** à prouver par l'audition du témoin **P.)** , les faits suivants:
"que le sieur **G.)** ne s'est plus présenté à son lieu de travail depuis le 9 septembre 2000,
qu'il ne s'est donc pas présenté pendant trois jours sans présenter la moindre explication ou excuse",
réservé le surplus,
déclaré l'arrêt commun à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

L'employeur fait plaider que le salarié **G.)** s'est absenté à plusieurs reprises, sans justification et sans en informer son employeur, dès la première semaine de travail;
que le témoignage de **P.)** qui, certes ne contient pas de date, corrobore néanmoins ces affirmations;
qu'il est établi qu'à la date arrêtée par le contrat de travail pour l'entrée en service de **G.)** - le 4 septembre 2000 - le salarié était absent;
que le 5 septembre, **G.)** s'est présenté,
que le 6 septembre, le témoin a conduit **G.)** vers 15.00 heures chez un médecin pour un contrôle médical;
que **G.)** n'est pas revenu au chantier ce jour-là;
que la fiche d'examen renseigne une heure: 13.51 heures;
que c'est au plus tard vers 14.00 heures que **G.)** en finissait avec le contrôle médical;
qu'à partir de 14.00 heures, déclaré apte à travailler, **G.)** aurait dû rejoindre le chantier;

qu'il ne l'a pas fait;
que sur trois jours de "test", **G.)** n'était finalement présent qu'un jour et demi;
que cette attitude démontre le manque total d'intérêt et de motivation de **G.)** dans l'exercice de son nouvel emploi et l'absence de confiance que la société **S.)** pouvait mettre en son nouveau salarié;
que le vendredi 8 septembre, **G.)** n'est pas venu travailler sans, une fois de plus, avoir ni motifs valables, ni informé son employeur;
que le samedi 9 septembre **G.)** ne s'est pas non plus présenté à son travail, malgré son engagement oral et formel de venir;
que, s'il est exact que la présence sur le lieu de travail n'est pas obligatoire le samedi, force est de constater que, tant dans le domaine d'activités concerné - la maçonnerie - que dans l'entreprise **S.)** , cette pratique est courante pour compenser les indisponibilités de travailler pour cause d'intempéries;
qu'enfin, le 11 septembre 2000, un lundi, **G.)** était une fois de plus absent ;
qu'il n'a, à l'instar de toutes les autres fois, pas informé son employeur ni de son incapacité, ni de la cause de son empêchement;
que tout au long de ces premiers jours d'essai **G.)** a violé à quatre reprises les articles 13 du contrat de travail et 25 de la loi de 1989;
que les absences répétées et inexcusées de **G.)** dès la première semaine ont désorganisé l'entreprise et malmené l'autorité de la société **S.)** et ont par là même constitué une faute grave justifiant le licenciement du 11 septembre 2000.

La s.à r.l. **S.)** demande en conséquence de dire son appel fondé et de la décharger des condamnations prononcées à son égard en première instance du chef d'indemnité compensatoire de préavis et d'indemnité de procédure.

G.) fait valoir qu'il ne ressort pas de l'enquête qu'il s'était porté volontaire pour travailler le samedi 9 septembre et le dimanche 10 septembre;
qu'il n'y a partant aucune absence injustifiée dans son chef pour ces dates;
que l'absence du 4 septembre n'est pas reprise dans la lettre de motivation du licenciement;
que l'absence du 6 septembre était totalement justifiée, alors qu'il était convoqué au contrôle médical;
qu'on ne voit pas très bien comment il aurait pu finir le contrôle médical vers 14.00 heures "au plus tard", en y étant seulement conduit par **P.)** vers 15.00 heures,
que les quelques heures d'absence du 6 septembre étaient justifiées, alors que le salarié avait l'obligation de se rendre au contrôle médical;
qu'en ce qui concerne enfin l'absence du 11 septembre, **G.)** disposait d'un certificat médical pour cette date;
que ce certificat a été envoyé à l'employeur, dûment averti le matin-même, dès le 11 septembre;
que pour le cas où la Cour ne devrait pas prendre ces éléments en considération, il s'agirait de la seule et unique absence injustifiée du salarié;
que le licenciement intervenu en date du 11 septembre est partant abusif.

Conformément aux conclusions du salarié, l'absence du 4 septembre 2000 ne saurait actuellement être invoquée par l'employeur, faute par lui d'en avoir fait état dans la lettre de licenciement du 11 septembre 2000.

Les autres absences reprochées au salarié sont à examiner sur base des conclusions des deux parties au contrat de travail ayant élargi les débats au-delà des journées visées par l'offre de preuve.

Si le témoin **P.)** , entendu lors de l'enquête, a déclaré que la plupart des salariés de la société travaille le samedi pour récupérer les heures perdues pour cause d'intempéries et pour pouvoir profiter de vacances prolongées, il a cependant clairement indiqué que les salariés n'étaient pas obligés de le faire. L'employeur n'a pas non plus prouvé que **G.)** s'était porté volontaire pour travailler le samedi 9 septembre. Une absence fautive pour la journée du samedi 9 septembre n'est dès lors pas établie à charge de **G.)** .

Une obligation de travailler le dimanche 10 septembre, sinon le non-respect d'un engagement volontaire de **G.)** , ne sont pas non plus établis, de sorte qu'une absence fautive du salarié pour cette journée n'est pas davantage à retenir.

En revanche, une absence de **G.)** au chantier le 6 septembre après 14.00 heures est établie par le témoignage **P.)** pris en considération ensemble avec la fiche d'examen médical du Service National de Santé au Travail du 6 septembre 2000 et des explications fournies par ledit service par courrier du 31 mai 2002 et dont il résulte que la consultation médicale était terminée à 13.51 heures. Les renseignements précis fournis par le Service National de Santé au Travail permettent de considérer comme une appréciation erronée de la part du témoin son indication d'après laquelle il aurait conduit **G.)** au contrôle médical vers 15.00 heures seulement.

Concernant le 11 septembre 2000, **G.)** dispose d'un certificat médical constatant son incapacité de travail. Il reste, toutefois, en défaut d'établir qu'il a informé l'employeur dès le premier jour de son absence au poste de travail pour cause de maladie ou qu'il lui a remis un certificat médical le même 11 septembre.

Un licenciement intervenu en violation des dispositions de l'article 35 de la loi sur le contrat de travail, tel qu'invoqué en ordre tout à fait subsidiaire par **G.)** , reste dès lors en défaut d'être établi.

Une absence injustifiée de **G.)** est donc prouvée pour l'après-midi du 6 septembre et pour la journée du 11 septembre 2000.

Le témoin **P.)** a par ailleurs cru que **G.)** n'est plus revenu au travail à partir du deuxième jour ayant suivi sa visite au contrôle médical.

Ce comportement de la part d'un salarié venant à peine d'être engagé depuis une semaine, ayant été en période d'essai, était tel que l'employeur ne pouvait pas compter sur sa présence au poste de travail. Ayant été de nature à ébranler la confiance de l'employeur dès le commencement des relations de travail, les absences injustifiées de **G.)** ont constitué un motif légitime de résiliation avec effet immédiat du contrat entre parties.

Par réformation du jugement entrepris, **G.)** est donc à débouter de sa demande en indemnisation pour licenciement abusif.

Eu égard à cette décision, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure en première instance est, par réformation de la décision du tribunal du travail, également à rejeter de même que son appel incident afférent visant à l'allocation d'une indemnité plus élevée, la partie succombant dans ses revendications ne pouvant prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Pour le même motif **G.)** est à débouter de sa demande formulée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile en instance d'appel.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure présentée par l'appelante est à son tour à rejeter, faute par elle de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge des sommes par elle exposées, non comprises dans les dépens. L'examen de l'opposition de la part de **G.)** à l'augmentation de la demande de la s.à r.l. **S.)** sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile s'avère dès lors superfétatoire.

Conformément aux conclusions de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, le présent arrêt lui est déclaré commun.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat commis, le représentant du ministère public entendu en ses conclusions,

en continuation de l'arrêt du 24 janvier 2002,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal fondé,

réformant:

dit non fondées les demandes de **G.)** en obtention d'une indemnité compensatoire de préavis et d'une indemnité de procédure pour la première instance,

en déboute et décharge la s.à r.l. **S.)** des condamnations prononcées de ces chefs à sa charge en première instance,

dit non fondées les demandes présentées en instance d'appel sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile par **G.)** et la s.à r.l. **S.)** ,

en déboute,

déclare le présent arrêt commun à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi,

condamne **G.)** aux frais et dépens des deux instances et ordonne la distraction des frais de l'instance d'appel au profit de Maître Gaston VOGEL, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.