Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-deux janvier deux mille quatre.

Numéro 27873 du rôle

Présents:

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

E n t r e :

S.) , dame de service, demeurant à **F- (…)** ,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Marcel HERBER d'Esch-sur-Alzette du 17 avril 2003,

comparant par Maître Jean TONNAR, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit HERBER,

comparant par Maître Jean MINDEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction rendue le 25 novembre 2003.

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

S.) a, par requête du 9 août 2002, saisi le tribunal du travail de Luxembourg, d'une demande tendant à voir condamner son ancien employeur, la société anonyme **E.)** , à lui payer d'une part des dommages et intérêts pour préjudices matériel et moral d'un montant de 20.000.- EUROS à la suite de son licenciement, qualifié d'abusif, ainsi que d'autre part la somme de 378.- EUROS du chef de frais de déplacements, les deux montants étant à augmenter des intérêts au taux légal à partir du jour du licenciement, sinon à partir du jour de la requête, jusqu'à solde.

Elle a, en outre, réclamé l'allocation d'une indemnité de procédure de 700.- EUROS.

Le tribunal du travail de Luxembourg a, par jugement contradictoire du 20 mars 2003 :

- reçu la demande en la forme ;

- déclaré le licenciement de **S.)** non abusif ;

- déclaré non fondées les demandes de **S.)** en paiement de dommages et intérêts et d'indemnités kilométriques ;

- rejeté sa demande en allocation d'une indemnité de procédure ;

- condamné **S.)** à tous les frais de l'instance.

S.) a, par exploit de l'huissier de justice Marcel HERBER d'Esch-sur-Alzette du 17 avril 2003, régulièrement interjeté appel contre ce jugement.

Par réformation de la décision de première instance, elle demande à la Cour d'appel de déclarer abusif le licenciement dont elle a fait l'objet et de condamner la société anonyme **E.)** à lui payer des dommages et intérêts pour préjudices matériel et moral de 20.000.- EUROS ainsi que la somme de 378.- EUROS du chef de frais de déplacements.

Elle requiert, enfin, une indemnité de procédure de 750.- EUROS.
La société anonyme **E.)** conclut à la confirmation de la décision de première instance.

<u>Quant au licenciement.</u>

S.) a fait valoir dans la susdite requête du 9 août 2002 qu'elle a été engagée par la société anonyme **E.)** suivant contrat de travail à durée indéterminée du 1er mars 1990 et qu'elle a d'abord travaillé en exécution de ce contrat 4 heures par jour au minimum, selon les besoins spécifiques de l'employeur. Elle souhaitait, depuis longtemps, occuper un emploi fixe et l'employeur l'aurait finalement engagée comme dame de service et serveuse, sans néanmoins lui attribuer une place fixe.

Il l'aurait convoquée le 18 juin 2001 à un entretien préalable, puis licenciée le 19 juin 2001 avec un préavis expirant le 31 décembre 2001. Elle contesta pour être dénués de fondement, les motifs sur lesquels l'employeur déclarait fonder sa décision de licenciement dans son courrier du 17 juillet 2001. Elle indiqua, dans la mesure où l'employeur se prévalait de son absentéisme – arrêts de travail –, que « ces derniers sont dus à la suite d'un accident du travail survenu et qu'ils ont entraîné effectivement un arrêt de maladie de plusieurs mois qui était indépendant de la volonté de la requérante ».

Le tribunal du travail relève notamment que « il appert de la lettre du 17.07.2001, que l'employeur reproche à **S.)** ses nombreuses absences au cours des 17 mois précédant son licenciement pendant lesquels elle aurait cumulé 232 jours de maladie sur 6 périodes…. ». Il écarte d'une part, au motif que le caractère abusif du licenciement était à apprécier au moment où l'employeur a pris la décision de congédier **S.)** , les incapacités de travail de la salariée se situant pendant la période du préavis de six mois – 1er juillet 2001 au 31 décembre 2001 – . La juridiction de première instance fait encore abstraction des arrêts de travail se rapportant à la période antérieure à l'année 2000, étant donné que l'employeur avait offert fin décembre 1999 un poste de travail fixe au sein de son entreprise à **S.)** .

La juridiction du premier degré constate ensuite que **S.)** a, suite à un accident du travail survenu le 31 mai 2000 au restaurant de la société anonyme **E.)** auprès de la société **X.)** à **(…)** , été en incapacité de travail du 2 juin 2000 au 23 juin 2000, du 7 juillet 2000 au 14 juillet 2000, du 18 août 2000 au 11 février 2001 et du 26 février 2001 au 4 juin 2001. « En prenant comme référence, la période du 01.06.2000 au 31.05.2001, le tribunal constate que **S.)** a cumulé pendant ce laps de temps, plus de neuf mois et demi d'absences de son lieu de travail. Néanmoins, à moins d'admettre que son employeur l'avait embauchée alors qu'il n'avait aucunement besoin de sa force de travail et donc payée à ne rien faire, **S.)** ne saurait avancer de manière convaincante que ses multiples absences de durée variable n'auraient pas déréglé l'organisation du fonctionnement du restaurant **E.)** à **(…)** ». Le tribunal du travail refuse de faire une distinction entre « les absences de maladie de tout genre et les accidents du travail, étant donné, qu'en fin de compte, c'est la fréquence et la durée des absences au lieu de travail qui est déterminante dans l'appréciation s'il y a eu, oui ou non, absentéisme habituel pour raison de santé ».

Le tribunal « estime qu'au vu de la fréquence des absences tant plus ou moins courtes que longues pour cause de maladie, laissant certes supposer un état de santé déficient de la part de la demanderesse, l'employeur ne pouvait plus compter sur une collaboration régulière et efficace de cette salariée pour l'intégrer efficacement dans son organisation du travail ; surtout que rien ne laissait prévoir une amélioration dans un avenir rapproché compte tenu du taux élevé d'absences pour maladie au courant des trois derniers mois avant le licenciement et du fait, constaté certainement seulement lors des plaidoiries à l'audience, que **S.)** a été en incapacité de travail pendant toute la durée du préavis de six mois avant de récupérer miraculeusement la santé après la fin des relations de travail entre parties ».

S.) critique cette décision, soutient que le raisonnement des juges de première instance serait faux, dans la mesure où ils auraient refusé de distinguer entre les absences pour cause de maladie en général et celles trouvant leur origine dans un accident du travail.

Elle fait valoir que le tribunal du travail aurait dû retenir que son absence prolongée était due à un accident du travail. Un tel accident du travail, survenu pour des raisons indépendantes de la volonté de la salariée « ne saurait lui porter préjudice de manière à entraîner un licenciement après 11 ans de loyaux et irréprochables services.

L'appelante insiste spécialement sur le fait qu'il faut prendre en considération son ancienneté de service et qu'elle n'a jamais, avant son accident du travail, connu des absences « démesurées ». Elle fait, en outre, exposer que la société anonyme **E.)** était parfaitement au courant de ce que son absence prolongée « n'entraînerait pas une incapacité à vie » et qu'elle pouvait, après une incapacité de travail passagère, reprendre normalement son travail. S'il y a eu gêne au fonctionnement de l'entreprise, elle concernait manifestement une période déterminée et la société anonyme **E.)** était, alors que disposant de beaucoup de personnel, parfaitement capable de combler la vacance momentanée du poste de travail de **S.)** .

L'employeur conclut à la confirmation de la décision entreprise. Il se réfère à la motivation du tribunal du travail et indique notamment que **S.)** a cumulé sur douze mois, neuf mois et demi d'absences. La décision de licenciement avec le préavis légal prise ne peut pas être raisonnablement contestée, « ceci d'autant moins que l'intimée avait entrepris préalablement au licenciement tous les efforts pour satisfaire son employée **S.)** dans sa demande en obtention d'un poste à temps plein en tant que dame de service polyvalente en lui offrant un poste de travail au restaurant **E.)** /**X.)** à **(…)** ».

Le tribunal du travail est, pour de justes motifs, répondant aux moyens développés tant en première instance qu'en instance d'appel, arrivé à la conclusion que le licenciement de la salariée était justifié. Les absences de **S.)** étaient si importantes

qu'elles ont nécessairement dû engendrer des perturbations au niveau du fonctionnement normal de l'entreprise, alors que l'employeur ne pouvait plus compter sur un travail régulier de l'appelante. La cause desdites absences, leur prétendu caractère non définitif ainsi que d'ailleurs la taille de l'entreprise sont sans incidence quant à la régularité du licenciement de **S.)** .

L'appel est donc à rejeter.

<u>Quant aux frais de déplacement.</u>

S.) a, dans sa requête de première instance, reproché à l'employeur d'avoir unilatéralement supprimé à partir du 19 janvier 2000, les frais de déplacement auxquels elle avait droit à raison de 8,50.- francs, soit 0,21.- EUROS, par kilomètre parcouru. Faisant exposer qu'elle a, depuis le 19 janvier 2000, dû se rendre tous les jours au travail à la **X.)** , elle prétendit avoir droit à 378.- EUROS pour avoir parcouru pendant trois mois (25 jours par mois) 24 kilomètres.

Le tribunal du travail a décidé qu'il n'y avait pas eu modification unilatérale des conditions de travail en défaveur de la salariée, mais application pure et simple du principe que les indemnités kilométriques ne sont dues qu'aux salariés affectés à une équipe volante.

L'appelante soutient dans l'acte d'appel que « le raisonnement des premiers juges sur ce point est également incompréhensible, alors qu'il contrevient aux règles élémentaires du droit du travail qui prévoit que toute modification d'un contrat de travail en défaveur d'un salarié n'est pas possible, …. que le raisonnement n'est pas compréhensible dans la mesure où le tribunal arrive à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'une modification unilatérale des conditions de travail en défaveur de la salariée ».
S.) fait exposer à l'appui de ses prétentions qu'elle a été affectée à un nouveau poste le 19 janvier 2000 et qu'elle a été informée que l'exécution de ce travail ne donnait plus lieu au paiement d'indemnités kilométriques. Elle aurait dans ce même courrier, été priée de retourner l'avenant au contrat de travail, à savoir la lettre du 19 janvier 2000, dûment signé à la société anonyme **E.)** .

S.) n'aurait cependant jamais accepté cette décision unilatérale de suppression des frais de déplacement, que rien ne justifiait.

La société anonyme **E.)** conclut à la confirmation de la décision de première instance.

Elle relève que l'affectation à un autre poste de travail a été réalisée par l'employeur, suite à la demande de **S.)** . Le nouveau poste de travail permettait à la salariée de se stabiliser en travaillant trente heures par semaine à une place fixe, à

savoir au restaurant **E.) /X.)** à **(…)** , alors qu'auparavant elle travaillait depuis le 1er mars 1990 comme serveuse à temps partiel à raison de 4 à 6 heures par jour pour le service des repas de direction dans différents restaurants, selon les besoins du moment.

Les conditions de rémunération étaient inchangées, sauf que **S.)** s'était vue notifier avec le courrier du 19 janvier 2000 que l'affectation à ce nouveau poste de travail fixe impliquait qu'elle ne toucherait plus d'indemnités kilométriques, ces dernières étant exclusivement réservées aux équipes volantes.

L'employeur conteste, pour autant que de besoin, les montants réclamés.

S.) a été engagée suivant contrat de travail à durée indéterminée du 1er mars 1990. Il y est indiqué sub B) que « la durée du travail à temps partiel est de 4 à 6 heures par jour, suivant la nécessité des besoins de l'exploitation de la société » et sub E) que « **E.)** S.A, se réserve le droit de fixer pendant l'exécution du contrat de travail le lieu de travail suivant les besoins des restaurants des collectivités. Il est bien entendu entre les deux parties que Madame **S.)** ne travaillera que les jours où il y a des salons de direction et quelles que soient les explications ». Le contrat de travail prévoyait une rémunération à raison de 271,06.- francs (bruts) par heure (indice 450,36), l'employeur accordant, en outre, un salaire en nature de 72.- francs par jour à l'appelante du chef de « nourriture partielle ».

Il est incontesté que la salariée, qui exécutait un travail très sujet à variation, touchait une indemnité kilométrique.
Elle désirait cependant, comme elle le relève dans sa requête introductive de première instance, exercer un emploi fixe.

L'employeur lui adresse le 19 janvier 2000 une lettre de la teneur suivante : « … Nous avons le plaisir de vous confirmer notre accord pour le poste de dame de service polyvalente à **la X.)** à raison de 6 heures par jour.

Nous attirons votre attention sur le fait qu'il s'agit d'un poste de polyvalente avec des missions variées : préparations froides, chaudes, ravitaillement, plonge, débarrassage, entretien courant, de multiples manutentions.
Cette place est fixe et ne donne pas lieu à des versements d'indemnités kilométriques.
Nous espérons que ce nouveau poste sera pour vous une occasion pour vous stabiliser et parvenir à intégrer cette équipe.
Pour la bonne forme nous vous demandons toutefois de nous renvoyer cet avenant signé, par courrier séparé.
Nous restons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire… »

La modification des relations de travail est intervenue, fait non mis en doute, pour accéder aux désirs de la salariée, qui a d'ailleurs aussitôt exercé, sans la moindre protestation, le nouveau travail. Il ne saurait donc, même en l'absence de signature par **S.)** de ladite lettre, être question d'une décision unilatérale imposée par l'employeur à la salariée. La modification n'a pas davantage été en défaveur de la salariée, puisque cette dernière se voyait désormais confier un travail fixe (lieu, horaire), comme elle le souhaitait. Elle a eu pour objet essentiel l'intérêt de la salariée. Cette conclusion ne se trouve pas contredite du seul fait que le nouveau travail ne devait plus donner plus lieu au règlement d'une indemnité kilométrique. **S.)** n'a pas, comme elle l'eût pu si la modification projetée ne lui convenait pas, renoncé au changement. Elle a accepté d'exécuter le nouveau travail aux nouvelles conditions. Elle ne peut dans ces circonstances encore prétendre à l'indemnité kilométrique visée. La demande afférente de **S.)** a, à juste titre, été rejetée en première instance.

Succombant dans ses prétentions et étant à condamner aux frais, **S.)** est à débouter de sa demande exercée sur fondement de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

P A R C E S M O T I F S :

la Cour d'Appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat délégué à ces fins, le représentant du ministère public entendu en ses conclusions,

déclare l'appel recevable, mais non fondé ;

confirme le jugement déféré ;

déboute la partie appelante de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne **S.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Jean MINDEN, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.