Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du onze mai deux mille six.

Numéro 29757 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, conseiller,
Charles NEU, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

**la société à responsabilité limitée X.) ,** établie et ayant son siège social à **L-(…)**, représentée par son ou ses gérants actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 17 novembre 2004,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Guy CASTEGNARO, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

**G.) ,** employé privé, demeurant à **B-(…),**

intimé aux fins du susdit exploit TAPELLA,

appelant par incident,

comparant par Maître Charles UNSEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 24 janvier 2006.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête adressée le 24 novembre 2003 au tribunal du travail de Luxembourg, **G.)** , agent de sécurité, ayant été aux services de la s.à r.l. **X.)** à partir du 1er septembre 2001, a critiqué d'abusif pour être contraire à l'article 35 de la loi sur le contrat de travail le licenciement avec effet immédiat que l'employeur lui avait notifié le 21 octobre 2003.

Il réclama 776,82 € du chef de salaire net du 1.10.2003 au 15.10.2003, une indemnité pour préavis non respecté de deux mois de 3.210,86 €, 1.538,53 € à titre de 13e mois, 5.000 € du chef de préjudice moral et 5.000 € du chef de préjudice matériel, outre les intérêts, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par jugement rendu contradictoirement le 20 septembre 2004, le tribunal du travail de Luxembourg a :
reçu la demande de **G.)** en la pure forme,
donné acte à **G.)** de la modification de sa demande, à savoir de l'augmentation de ses demandes pour le demi-salaire d'octobre 2003, de préavis et de préjudice matériel ; en diminution pour le préjudice moral et le paiement du 13e mois ; de l'ajout des heures supplémentaires et des frais de route,
dit abusif le licenciement intervenu le 21 octobre 2003,
dit la demande partiellement fondée et fixé la période de référence pour le dommage matériel du 1er janvier au 30 mars 2004,
réservé le calcul dudit préjudice matériel,
dit la demande de **G.)** d'ores et déjà fondée à concurrence de 6.825,03 €, soit 3.513,12 € à titre d'indemnité de préavis, 555,35 € du chef de solde de salaire pour le mois d'octobre 2003, 1.756,56 € du chef de treizième mois et de 1.000 € à titre de préjudice moral,
partant condamné la s.à r.l. **X.)** à payer à **G.)** la somme de 6.825,03 € avec les intérêts légaux depuis le 24 novembre 2003, jour de la demande en justice, jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 750 €,
réservé les frais de l'instance pour le surplus.

De cette décision – qui lui a été notifiée le 11 octobre 2004 – la s.à r.l. **X.)** a régulièrement relevé appel par acte de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 17 novembre 2004.

Elle demande de réformer le jugement entrepris et de débouter **G.)** de ses demandes.

Par conclusions notifiées le 18 avril 2005, l'intimé a régulièrement interjeté appel incident.

**Quant au licenciement**

Dans le cadre de son appel incident, **G.)** critique le jugement de première instance en ce qu'il a déclaré le licenciement valable au regard de l'article 35 de la loi sur le contrat de travail.

Il fait valoir qu'il était dans l'incapacité d'envoyer un certificat médical, que de plus, un certificat d'hospitalisation n'étant délivré qu'à la sortie de la clinique, il ne pouvait en tout état de cause adresser ce certificat à l'employeur avant le 21 octobre 2003, terme de son hospitalisation ; que la partie appelante l'a désaffilié la veille de ladite hospitalisation, que de la sorte, elle a manifesté son intention de ne pas le garder.

Pour autant que de besoin, l'intimé offre de prouver par toutes les voies de droit, notamment par témoignage les faits suivants :
« qu'en date du 5 août 2003, sans préjudice quant à la date exacte, le sieur **G.)** a téléphoné à la secrétaire de la société à responsabilité limitée **X.)** établie et ayant son siège social à **L-(…)** , la dame **C.)** , pour l'informer qu'il devrait être hospitalisé à partir du 13 octobre 2003,
qu'au cours de cet entretien, le sieur **G.)** a précisé que cette hospitalisation durerait une dizaine de jours et qu'il ne serait de retour que fin novembre 2003 alors que sa convalescence serait d'environ un mois ».

Le jugement entrepris serait à réformer en ce qu'il a estimé que le salarié n'était pas protégé contre le licenciement au moment de l'envoi de la lettre de licenciement en date du 21 octobre 2003.

La s.à r.l. **X.)** demande de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a estimé que **G.)** n'était pas protégé contre le licenciement au moment de l'envoi de la lettre de licenciement en date du 21 octobre 2003, étant donné qu'il n'a pas averti l'employeur le premier jour de son absence et que le certificat médical établi en date du 24 octobre 2003 n'a été réceptionné par l'employeur qu'en date du 27 octobre 2003.

La s.à r.l. **X.)** offre de prouver par toute voie de droit et notamment par voie de témoins les faits suivants :
« Monsieur **G.)** n'a à aucun moment au cours de son hospitalisation du 13 octobre 2003 au 21 octobre 2003 averti son employeur de la durée prévisible de son absence, de sorte que l'employeur a dû attendre jusqu'au 27 octobre 2003, date de la réception du certificat d'incapacité de travail, pour avoir des nouvelles quant à la durée probable de l'absence de Monsieur **G.)** .

Madame **C.)** , l'assistante du responsable, Monsieur **L.)** , a à diverses reprises pendant la période du 13 octobre au 21 octobre 2003 essayé de joindre Monsieur **G.)** par téléphone afin d'avoir des explications quant à son absence.
Malgré le fait que Madame **C.)** ait laissé des messages sur le répondeur au domicile familial de Monsieur **G.)** , ni lui, ni sa femme n'ont rappelé pour lui donner des explications. »

Le courrier du Centre Commun de la Sécurité Sociale adressé le 28 octobre 2003 à **G.)** , et renseignant comme date de sortie le 12 octobre 2003, n'établit pas que la désaffiliation du salarié auprès des organismes de sécurité sociale ait déjà été opérée par l'employeur avant l'hospitalisation de **G.)** ; il n'y a donc pas lieu d'examiner plus amplement cet argument de **G.)** .

Le jugement dont appel est à confirmer en ce qu'il a retenu qu'à défaut d'hospitalisation urgente, **G.)** n'a pas respecté les obligations lui ayant incombé en vertu des dispositions de l'article 35.(2) de la loi sur le contrat de travail et en ce qu'il a en conséquence rejeté le moyen du salarié tiré d'une violation par l'employeur de l'article 35 de la loi sur le contrat de travail.

L'offre de preuve de **G.)** est à déclarer irrecevable pour défaut de pertinence.

Celle de la s.à r.l. **X.)** est à déclarer irrecevable pour être superfétatoire.

La s.à r.l. **X.)** reproche au tribunal du travail d'avoir retenu que la seule indication de l'absence injustifiée de l'intimé pendant toute une semaine était insuffisante pour motiver le licenciement avec effet immédiat, faute de précision quant à la perturbation du fonctionnement de la société ; la présence sur le lieu de travail constituant une obligation de résultat dans le chef du salarié, le simple fait de s'abstenir de se présenter sur son lieu de travail, sans justificatifs, serait constitutif d'une faute grave rendant immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail.

Les juges de première instance n'auraient pas pris en compte que l'intimé est resté du 13 octobre 2003 au 27 octobre 2003 sans avertir son employeur de la durée probable de son absence, ce qui a inévitablement perturbé le bon fonctionnement de la société **X.)** qui a dû attendre chaque nouvelle journée pour constater que l'intimé ne reprenait pas son travail afin d'organiser son remplacement et agencer le planning de ses activités.

L'attitude désintéressée et non professionnelle serait incompatible avec le comportement qu'un salarié normalement diligent et consciencieux doit adopter en cas d'absence pour cause de maladie.

**G.)** demande de confirmer le premier jugement en ce qu'il a déclaré le licenciement abusif en raison de l'absence de précision sur les conséquences dommageables des absences injustifiées lui reprochées.

Conformément aux conclusions de la s.à r.l. **X.)** , il y a lieu de retenir que la lettre de licenciement revêt le caractère de précision légalement requis, la présence du salarié au lieu de travail étant primordiale et toute absence du salarié causant, à des degrés divers, une perturbation du fonctionnement de l'entreprise, l'admission du contraire impliquant la mise en cause, voire la négation de l'utilité de l'emploi concerné.

En l'espèce toutefois, **G.)** a, par courrier du 17 septembre 2003, déjà informé l'employeur de son absence à partir du 13 octobre 2003, en précisant la cause de cette absence, son hospitalisation au CHU de Liège.

Son absence ne constituait dès lors pas une surprise pour l'employeur.

L'abstention par le salarié d'envoyer le certificat médical dans les trois jours avec l'indication de la durée de son absence ne revêt, eu égard au fait que la s.à r.l. **X.)** était dûment avertie, un mois à l'avance, de l'absence de **G.)** , pas le caractère de gravité requis pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

Le jugement de première instance est donc, quoique pour d'autres motifs, à confirmer en ce qu'il a déclaré le licenciement abusif.

**Quant aux montants**

Indemnité compensatoire de préavis

Eu égard à la décision à intervenir quant au licenciement, le jugement de première instance est à confirmer quant à ce chef de la demande de **G.)** .

Préjudice matériel

L'appelante conclut au débouté ; l'intimé, dans son appel incident, demande une indemnisation pendant une période de six mois, et non pas de trois mois.

Eu égard à l'âge du salarié et par adoption des motifs du tribunal du travail, la période ayant normalement dû suffire à **G.)** pour retrouver un emploi est d'un mois après l'expiration de la période couverte par l'indemnité compensatoire de préavis.

Le préjudice matériel subi par **G.)** du fait de son licenciement abusif est à indemniser par l'octroi de la somme de 1.756,56 € représentant un salaire mensuel tel que documenté par la fiche de salaire du mois d'août 2003.

Préjudice moral

Le débouté, sinon une allocation minimale sont requis par l'appelante ; par la voie de son appel incident, **G.)** sollicite de ce chef 5.000 €.

Compte tenu de la faible ancienneté de service du salarié auprès de la s.à r.l. **X.)** et des circonstances du licenciement, le préjudice moral subi par **G.)** du fait du licenciement abusif est, par réformation du jugement entrepris, à indemniser par l'octroi de la somme de 500 €.

Salaire octobre 2003

L'appelante conclut au débouté ; selon l'intimé c'est à bon droit que les juges de première instance ont retenu que le licenciement ayant été prononcé le 21 octobre 2003 et qu'il aurait dû l'être avec préavis, le préavis a commencé à courir le 1er novembre 2003 ; que dès lors, le salaire du mois d'octobre est dû dans son intégralité.

Le licenciement prononcé le 21 octobre 2003 l'a été avec effet immédiat ; à partir de cette date, plus aucun salaire n'est dû, le contrat de travail ayant pris fin le même jour ; en cas de licenciement avec effet immédiat abusif – comme en l'espèce – seule une indemnité compensatoire de préavis est due en remplacement du salaire pour la période débutant avec la lettre de licenciement.

Le jugement de première instance est donc à réformer en ce qu'il a condamné la s.à r.l. **X.)** au paiement de la somme de 555,35 € du chef de solde de salaire d'octobre 2003.

Heures supplémentaires et frais de route

L'appelante demande de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a déclaré ces demandes irrecevables comme constituant des demandes

nouvelles ; l'intimé conclut à la recevabilité et à l'adjudication de ses demandes afférentes.

Le jugement de première instance est à confirmer en ce qu'il a déclaré ces demandes irrecevables pour constituer des demandes nouvelles.

Treizième mois

L'appelante fait plaider qu'en vertu de l'article 27 de la convention collective applicable aux employés des sociétés de service de sécurité et de gardiennage, l'employé qui est licencié pour faute grave est exclu du bénéfice de la prime de 13e mois ; qu'à titre subsidiaire, l'intimé n'aurait de toute façon droit qu'à un prorata du 13e mois pour l'année 2003 calculé jusqu'au 21 octobre 2003 ; qu'en effet le contrat de travail a pris fin en date du 21 octobre 2003 et contrairement au raisonnement des juges de première instance, le fait que la partie intimée se voit allouer une indemnité compensatoire de préavis du fait que le licenciement avec effet immédiat ait été déclaré abusif, n'entraîne pas un allongement du contrat de travail au 31 décembre 2003 .

L'intimé demande de confirmer le jugement de première instance.

La convention collective telle qu'applicable en l'espèce (règlement grand-ducal du 16 septembre 2002) prévoit en son article 27, quant à la gratification dite « 13e mois », que si l'employé est licencié en cours d'année, sauf pour faute grave, il reçoit au moment de son départ autant de douzièmes du dernier traitement mensuel de base que de mois entiers de travail prestés dans l'année.

Comme le licenciement avec effet immédiat n'est pas justifié, **G.)** a droit à la gratification dite « treizième mois », ce à raison de neuf douzièmes, le mois de septembre 2003 ayant été le dernier mois entier de travail de **G.)** , soit pour le montant de 1.756,56 x 9/12 = 1.317,42 € et celui de 21/31 de 1/12 pour le mois d'octobre, englobé dans le prorata tel que reconnu par la s.à r.l. **X.)** en ordre subsidiaire, soit à concurrence de 1.756,56 x 1/12 x 21/31 = 99,16 €, donc au total pour 1.317,42 + 99,16 = 1.416,58 €.

**Quant aux demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile**

L'appelante critique le jugement de première instance en ce qu'il l'a condamnée au paiement d'une indemnité de procédure de 750 €.

L'intimé requiert 1.000 € à titre d'indemnité de procédure pour la première instance.

**C**omme il paraît inéquitable de laisser à la charge exclusive du salarié les frais qu'il a dû exposer pour faire reconnaître le caractère abusif de son licenciement et se faire indemniser, le jugement de première instance est à confirmer quant à l'octroi d'une indemnité de procédure à **G.)** , à concurrence de 750 €.

Tant la s.à r.l. **X.)** que **G.)** sollicitent une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

Chacune des parties succombe partiellement dans ses moyens et revendications ; aucune d'elles ne justifie en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge exclusive des sommes par elle exposées, non comprises dans les dépens.

Les deux demandes sont donc à rejeter comme non fondées.

**PAR CES MOTIFS :**

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

reçoit l'appel principal et l'appel incident,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal partiellement fondé,

confirme le jugement de première instance en ce qu'il a déclaré le licenciement abusif et condamné la s.à r.l. **X.)** à payer à **G.)** 3.513,12 € du chef d'indemnité compensatoire de préavis avec les intérêts légaux à partir du 24 novembre 2003, jour de la demande en justice jusqu'à solde,

**<u>réformant :</u>**

dit la demande en dommages et intérêts pour préjudice matériel fondée à concurrence de 1.756,56 €,

condamne la s.à r.l. **X.)** à payer de ce chef à **G.)** la somme de 1.756,56 € avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde,

dit non fondée la demande de **G.)** du chef de solde de salaire pour le mois d'octobre 2003,

en déboute,

réduit la condamnation à charge de la s.à r.l. **X.)** au profit de **G.)** du chef de dommages et intérêts pour préjudice moral à la somme de 500 € avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde et celle du chef de treizième mois à la somme de 1.416,58 € avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde,

<u>confirme</u> le jugement de première instance en ce qu'il a déclaré irrecevables les demandes de **G.)** portant sur le paiement d'heures supplémentaires et de frais de route,

<u>confirme</u> le jugement de première instance en ce qu'il a condamné la s.à r.l. **X.)** à payer à **G.)** une indemnité de procédure de 750 €,

dit non fondées les demandes présentées par les deux parties sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile en instance d'appel,

en déboute,

condamne la s.à r.l. **X.)** aux frais de la première instance,

condamne la s.à r.l. **X.)** aux trois quarts et **G.)** au quart des frais de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Guy CASTEGNARO, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.