Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-huit janvier deux mille sept.

Numéro 29981 du rôle

Présents:

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

E n t r e :

la société anonyme X., établie et ayant son siège social à L-… représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Martine LISÉ, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg, du 25 mars 2005,

comparant par Maître Louis BERNS, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

Y., demeurant à F-…,

intimé aux fins du susdit exploit LISÉ,

comparant par Maître Didier SCHÖNBERGER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 19 septembre 2006.

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

Par requête déposée le 5 juin 2003 au greffe de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette, **Y.** demanda, suite à son licenciement qu'il qualifia d'abusif, la convocation de la société S.A. **X.** à comparaître devant le tribunal du travail pour s'y entendre condamner à lui payer divers montants d'un total de 62.480,65 €.

La S.A. **X.** contesta les demandes du salarié et se porta demanderesse par reconvention pour 1.918,29 €, correspondant au salaire payé pour le mois de juillet, alors que **Y.** aurait travaillé chez un autre employeur, et se serait ainsi enrichi au détriment de la société S.A. **X.** qui lui aurait déjà payé les indemnités pécuniaires de maladie.

Par jugement rendu contradictoirement le 26 février 2004, le tribunal du travail a déclaré fondée la demande à concurrence de 458,72 € du chef d'indemnité compensatoire de congé et de 183,49 € du chef d'indemnité de repos et condamné la S.A. **X.** à payer ces montants à **Y.**.

Il a réservé la demande reconventionnelle.

Il a admis la S.A. **X.** à prouver par l'audition de deux témoins les faits suivants :
« Le 29 mai 2002, sans préjudice quant à la date exacte, M. **Y.** a demandé à **A.** d'avoir congé pour le vendredi 31 mai 2002, le samedi 1er juin et le dimanche 2 juin 2002.
Or, avant de partir en congé, le superintendant de poste, Monsieur **B.** avait laissé à **A.** une liste avec tous les congés qui avaient été accordés en l'instruisant de ne pas accorder de congés supplémentaires, le quota maximal étant atteint. **A.** se tenait donc aux instructions de son chef et refusait d'accorder le congé que M. **Y.** avait demandé.
Suite à ce refus de congé pour les 3 jours en question M. **Y.** s'est porté malade du 31 mai 2002 au 3 juin 2002.
Informé de ce fait à son retour de congé le 10 juin 2002, **B.** a eu un entretien critique avec M. **Y.** le 11 juin 2002 vers 23.30 heures. Lors de cet entretien il a remis à M. **Y.** un avertissement au sujet de la casse de 2,24 tonnes de verre (paquet de 160 plaques) que M. **Y.** avait provoquée en date du 15 mai 2002 par un freinage trop brusque avec le chariot à fourches. Sur base de ce fait et de l'incident du 31 mai 2002 **B.** faisait remarquer à M. **Y.** qu'il était temps de revoir son comportement.

Deux jours après cet entretien, soit le jeudi 13 juin 2002, vers 16h de l'après-midi, sans préjudice quant à la date et l'heure exactes, M. **Y.** est venu à l'usine pour parler au chef du personnel, Monsieur **C.**. Il lui a dit qu'il ne s'entendait plus avec son chef **B.** parce que, prétendument, celui-ci était tout le temps derrière lui. M. **Y.** a annoncé à **C.** qu'en raison de cette mésentente, il avait recherché un nouveau travail. Il voulait donc quitter son emploi. M. **Y.** était supposé commercer chez son nouveau patron à partir du lendemain 14 juin 2002. Il a expliqué à **C.** qu'il serait prêt à démissionner sous condition de bénéficier, de la part de **X.**, d'une indemnité équivalant à 8 mois de salaire. **C.** a dit à M. **Y.** que tout ce qu'il voulait bien faire pour lui était de lui proposer une résiliation d'un commun accord avec effet au 19 juillet 2002, accompagnée d'une dispense de travail immédiate et paiement de son salaire jusqu'à cette date. M. **Y.** n'était pas d'accord avec cette proposition et il a quitté l'entreprise après avoir fait savoir qu'il n'allait pas venir travailler le lendemain parce que **B.** l'avait rendu malade.

Le lendemain, 14 juin 2002, M. **Y.** ne s'est effectivement pas présenté au travail. Le même jour, **X.** a reçu par courrier le bulletin de maladie de M. **Y.** allant du 12 juin au 23 juin 2002 inclus.

M. **Y.** aurait dû reprendre le travail le 24 juin 2002 à 6 h du matin, mais il n'est pas venu, sans se décommander. Le 25 juin 2002**, X.** a reçu le bulletin de maladie de M. **Y.** allant du 24 au 29 juin 2002. Le 28 juin 2002, le collègue de travail **D.** a remis à **X.** un bulletin de maladie supplémentaire de M. **Y.** allant du 28 juin au 9 juillet 2002.

Le 5 juillet 2002, vers 9h15 du matin, Monsieur **B.**, ayant une fenêtre à réparer, s'est rendu à l'atelier de l'entreprise **H**. à T…. Ayant entendu des rumeurs qui prétendaient que M. **Y.** travaillait pour l'entreprise **H.** après les heures, **B.** a demandé au premier ouvrier qu'il a rencontré si M. **Y.** était là. Celui-ci a répondu que M. **Y.** était sorti pour le moment.

Après avoir discuté de sa fenêtre avec le patron de l'entreprise, **B.** sort des ateliers. A 9h28 il vit arriver M. **Y.** au volant d'une Peugeot 205 bleue, immatriculée 952AHN57. Quand M. **Y.** est descendu du véhicule, **B.** a constaté qu'il portait des vêtements et des baskets couverts de plâtre. **B.** en déduisait que M. **Y.** venait d'un chantier. A la question de **B.** si sa santé allait mieux, M. **Y.** a répondu qu'il allait beaucoup mieux. **B.** lui a alors dit d'aller voir **C.** afin de clarifier sa situation. M. **Y.** a répondu qu'il avait déjà parlé à **C.** sans obtenir d'accord concernant son départ et la fin de son contrat. Il a rajouté sur un ton irrité : « Tu peux impressionner les connards de la **X.,** mais tu ne m'impressionnes pas. Je te baiserai la gueule, tu ferais mieux de faire attention, espèce de con. » **B.** a dit à M. **Y.** de ne pas lui parler sur ce ton, il lui a répété d'aller voir **C.** pour régler ses problèmes et il a rejoint sa voiture.

Par la suite M. **Y.** a soumis 2 autres certificats de maladie du 9 au 19 juillet 2002 et du 19 juillet au 10 août 2002.

Interpellé par la présence de M. **Y.**, durant sa période de maladie déclarée auprès de **X.**, au sein de l'entreprise **H.** à T… et ce dans une tenue de travail, ses

déclarations du 13 juin 2002 relatives à un nouvel emploi à partir du 14 juin 2002 et ses déclarations de maladie successives depuis justement ce 14 juin 2002, **X.** a pris la décision de recueillir de plus amples informations sur l'emploi de temps de M. **Y.** durant sa période d'incapacité de travail.
Or, il résulte d'un témoignage écrit daté du 30 juillet 2002 et que **X.** a reçu le 7 août 2002 que, bien que M. **Y.** soit toujours sous contrat de travail auprès de **X.** et qu'il soit déclaré inapte à travailler depuis le 14 juin 2002, il travaille régulièrement ou que du moins il a travaillé régulièrement tous les jours de la semaine du 15 au 19 juillet 2002 sur un chantier sis à F-…. M. **Y.** utilisait la Peugeot 205 immatriculée 952AHN57 avec laquelle il s'était déjà présent le 5 juillet 2002 auprès de l'entreprise **H**. . Ensemble avec trois autres personnes, M. **Y.** entreprenait, tout au long de cette semaine et ce normalement à partir de 7 heures du matin, des travaux de rénovation à l'intérieur de la maison mentionnée. Il a été vu en portant des sacs de plâtre ou de ciment sur son épaule (p.ex. le 16 juillet 2002 vers 11.05 h), sans difficulté apparente. Par ailleurs il a porté différents bacs couverts de plâtre et de l'outillage (p.ex. le 17 juillet 2002 dès 7.00 h du matin).
Le mardi 16 juillet 2002 M. **Y.** est arrivé au chantier vers 16.50 h pour y travailler presque toute la matinée.
Le mercredi 17 juillet 2002 il est arrivé au chantier vers 7.00 h. Il s'est immédiatement mis au travail et il effectuait de nombreux voyages entre la maison, le garage et la rue ; il portait différents bacs couverts de plâtre ainsi que de l'outillage. Entre 10h30 et 11h15, il s'est rendu chez **E.** à T…. A son retour au chantier de **K.** , M. **Y.** a déplacé toutes les voitures garées sur le côté gauche de la rue d'Elange. A 11h50 arrivait un camion de **E.** A l'aide de ses compagnons, M. **Y.** a déchargé le camion, il a entreposé des poutres et des lamelles de bois. Le stock était important et le déchargement durait jusqu'à 12h20. Entre-temps, M. **Y.** discutait avec le livreur et il avait une conversation téléphonique houleuse sur son portable. Vers 12h25, passait une personne en Mercedes immatriculée 755AQV57. M. **Y.** montrait à cette personne l'avancement des travaux. Il est parti du chantier vers 12.35 h.
Le jeudi, 18 juillet 2002, M. **Y.** a été revu sur le chantier dès 6.50 h en train de travailler à l'intérieur de la maison. Vers 9h du matin passait un chauffagiste dans son véhicule de société immatriculé 523AR857. M. **Y.** discutait longuement avec celui-ci et il est reparti vers 10h15. M. **Y.** a repris le travail et il a quitté le chantier vers 11.50 h.
Sous le couvert d'une prétendue incapacité de travail déclarée auprès de **X.** moyennant certificats médicaux répétés et bien que M. **Y.** ait toujours été, suite à son refus de démissionner ou d'accepter une résiliation d'un commun accord – et ce dans le seul but de monnayer son départ – sous contrat de travail auprès de **X.**, M. **Y.** a depuis le 14 juin 2002 sinon du moins le 5 juillet 2002 et durant toute la semaine du 15 au 19 juillet 2002 en activité et ce notamment sur un chantier sis à **K**.. Contrairement à ses déclarations M. **Y.** n'était pas du tout incapable de travailler. Il a effectué ensemble avec d'autres personnes des travaux de rénovation

au sein d'une habitation. Après interpellation d'une de ces personnes, **X.** a appris que M. **Y.** effectuait ce genre de travail régulièrement.
Il allait au chantier tous les jours pour y effectuer, durant plusieurs heures, une activité physique importante et cela dès 7 heures du matin.
Ces agissements sont d'autant plus graves que, ainsi que M. **Y.** le savait, **X.** paie elle-même les indemnités pécuniaires de maladie de ses ouvriers sans remboursement par la Caisse de Maladie. M. **Y.** a donc, sous le couvert de fausses déclarations d'incapacité de travail, essayé de se procurer au détriment de **X.** des avantages indus tout en exécutant, d'un autre côté, des travaux en dehors de **X.**.
Voilà pourquoi le 12 août 2002, après que M. **Y.** n'ait été présent au travail ni le 11 ni le 12 août 2002, sans se décommander et sans que **X.** n'ait été en possession d'un certificat de maladie quelconque de sa part, **X.** a choisi de convoquer M. **Y.** à un entretien préalable au licenciement tel qui est prévu par l'article 19 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail pour le licencier avec effet immédiat après l'entretien préalable. »

Suite à l'accomplissement de cette mesure d'instruction, le tribunal a, par jugement du 10 février 2005, déclaré le licenciement abusif et condamné la S.A. **X.** à payer à **Y.** les montants de 16.059 € du chef d'indemnité compensatoire de préavis, de 5.353 € du chef d'indemnité de départ, de 3.000 € du chef de préjudice moral et de 1.873 € du chef d'arriérés de salaire.

Il a déclaré non fondée la demande reconventionnelle de la S.A. **X.**.

Par exploit d'huissier du 25 mars 2005, la S.A. **X.** a régulièrement interjeté appel contre ce dernier jugement.

I. Quant au bien-fondé du licenciement

La partie appelante fait valoir que le tribunal, en faisant le récapitulatif des motifs du licenciement, a indiqué que **X.** aurait été admise à prouver « l'accomplissement de travail au noir par **Y.**, notamment pendant ses périodes d'incapacité de travail » ; que **X.** n'avait toutefois, à aucun moment, évoqué dans la lettre de licenciement le fait que **Y.** aurait été rémunéré pour le travail qu'il exécutait ; que le motif du licenciement invoqué par **X.** consistait dans le fait pour **Y.** de se déclarer incapable de travailler auprès de **X.**, de toucher les indemnités pécuniaires de maladie auprès de **X.**, tout en se livrant, régulièrement càd. quotidiennement et des heures durant à du travail physique éprouvant, ce travail physique régulier étant manifestement en contradiction avec la prétendue incapacité de travail évoquée à l'égard de l'employeur ; que l'approche du tribunal serait d'autant plus fausse que le tribunal avait admis, dans le cadre de son jugement du 26 février 2004, telle quelle l'offre de preuve présentée par **X.** en relevant que « cette offre de preuve, énoncée avec la précision requise, est pertinente et

concluante, puisque les faits y énoncés, à les supposer établis, autorisent l'employeur à prononcer un licenciement sans préavis » ; qu'après avoir considéré le reproche consistant dans le fait pour **Y.** d'avoir effectué du travail pendant la prétendue période de maladie déclarée auprès de l'employeur comme motif grave de licenciement, le jugement du 10 février 2005 ne pouvait pas revenir sur cette décision et vérifier la réalité et la gravité du motif de licenciement par rapport à un nouvel élément de fait, la rémunération ; que le tribunal était lié par l'appréciation faite dans le cadre du 1er jugement, de sorte que l'analyse à effectuer des attestations testimoniales ne devait se faire que par rapport à la seule preuve de la réalité du travail fourni par **Y.** pendant sa période de maladie.

Elle affirme que la preuve que **Y.** a travaillé au chantier sis à **K.** a été entièrement rapportée par le témoignage de M. **F.** ainsi que par son rapport écrit.

Elle ajoute qu'en conclusion M. **F.** retient dans son rapport que « nous attestons le fait que Monsieur **Y.** exerce une activité professionnelle durant son arrêt maladie. Que ce dernier ne semble pas être souffrant : malgré une activité physique importante, ce dernier va sur le chantier (rue d'Elange à **K.)** tous les jours et pour plusieurs heures, et cela dès 7H00 le matin. Que Monsieur **Y.** exécute des travaux de rénovation au sein d'une habitation. Travaux effectués avec d'autres personnes. »

Elle affirme également avoir rapporté la preuve que l'intimé travaillait pour l'entreprise **H.** à T… durant ses arrêts de maladie et que cette preuve résulte notamment des notes écrites établies par **M.** , décédé entretemps ; qu'ainsi il résulte de la note du 5 juillet 2002 que M. **M.** s'était personnellement rendu à l'entreprise **H.** pour vérifier si **Y.** y travaillait durant ses arrêts de maladie, ce dont **X.** le soupçonnait ; qu'arrivé à l'entreprise, M. **M.** s'est renseigné, si **Y.** « était là » ; qu'un ouvrier travaillant dans l'entreprise lui a répondu que **Y.** « était sorti pour le moment » ; qu'au moment où M. **M.** s'apprêtait à quitter l'entreprise **H.** , il a vu arriver **Y.**, lequel était à ce moment déclaré en arrêt de maladie auprès de **X.**, portant des vêtements et baskets couverts de plâtre ; que M. **M.** s'est renseigné sur la santé de **Y.** ; que ce dernier lui a répondu que sa santé allait beaucoup mieux et il a continué en disant textuellement : « tu peux impressionner les connards de la **X.** , moi, tu ne m'impressionnes pas, je te baiserai la gueule, tu ferais mieux de faire attention, espèce de con ».

Quant aux absences injustifiées reprochées au salarié, la partie appelante rappelle que l'intimé ne conteste pas ces reproches qui seraient partant établis.

Elle reproche au tribunal du travail d'avoir, après avoir constaté la réalité du motif du licenciement, porté une appréciation sur la gravité du motif du licenciement en considérant que les absences injustifiées n'auraient pas suffi pour justifier le licenciement vu qu'il ne serait pas établi que le défaut d'information de

l'employeur de son absence aurait eu des répercussions telles pour l'organisation de l'entreprise que la confiance de l'employeur envers son salarié et le maintien des relations de travail auraient été irrémédiablement compromis.

Elle rappelle le témoignage du dénommé **A.** qui dit : « A un moment, où Monsieur **M.** était parti en congé, il m'avait laissé une liste avec tous les congés qui avaient été accordés pour les 15 jours à venir. Il m'a formellement instruit de ne pas accorder de congé supplémentaire étant donné que le quota maximal de congé avait été atteint. Pendant cette période, Monsieur **Y.** est venu me voir pour demander d'avoir trois jours de congé pendant le weekend. Suivant les instructions de Monsieur **M.**, je lui ai cependant refusé ce congé. Le soir même Monsieur **Y.** a fait devant moi 100 pompes. Suite au refus de ses congés, Monsieur **Y.** s'est mis en maladie pour les trois jours litigieux. »

Quant aux dégâts causés par l'intimé dans l'exercice de ses fonctions, la société appelante expose que c'est encore à tort que le tribunal de première instance a décidé que la casse de 2,24 tonnes de verre par un freinage trop brusque avec le chariot à fourches et sanctionné par un avertissement ne pourrait pas valoir comme motif du licenciement.

Elle affirme que même s'il est vrai qu'une même faute ne peut pas être sanctionnée deux fois en ce sens que, si elle a fait l'objet d'un avertissement, elle ne peut plus ultérieurement motiver le licenciement, il en est toutefois autrement si le salarié a commis depuis cet avertissement une nouvelle faute, auquel cas l'employeur peut invoquer, en complément de ce nouveau grief, un grief antérieur déjà sanctionné par un avertissement.

Y. demande la confirmation du jugement attaqué par adoption de ses motifs.

Il expose que c'est à juste titre que le tribunal du travail a considéré que l'employeur lui reprochait une activité professionnelle de travail au noir.

Il considère que l'employeur base ses prétentions sur un rapport d'un détective privé qu'il avait engagé pour espionner les faits et gestes de son salarié durant ses congés de maladie.

Rappelant que la Convention Européenne des Droits de l'Homme en son article 8 énonce que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance », il fait plaider que la filature par un détective privé constitue une atteinte à la vie privée et que les dépositions du détective en question sont à rejeter des débats.

Il affirme que l'employeur disposait de la possibilité de faire procéder à un contrôle par le médecin du Centre commun pour vérifier que son salarié est présent à son domicile durant sa période d'incapacité.

Il fait encore valoir que les témoins entendus lors de la contre-enquête prouvent qu'il connaît les propriétaires de cette maison depuis son enfance et qu'un de leur fils travaillait dans la maison.

Reprochant au détective d'avoir pris en considération uniquement l'aptitude physique au travail, il signale que les raisons médicales de ses arrêts de travail étaient psychologiques et non physiques, la maladie étant une dépression nerveuse.

Il invoque en outre le témoignage de la dame **S.** qui avait clairement dit que l'intimé n'était pas chargé de travailler pour elle.

Il affirme que ses absences étaient régulièrement justifiées.

Quant aux prétendus dégâts causés par lui, il fait plaider que la casse de verre du 15 mai 2002 était un accident et qu'il avait reçu un avertissement pour ce fait qui ne pouvait dès lors plus servir de motif à un licenciement ultérieur.

La S.A. **X.** expose qu'elle n'avait pas d'autre moyen pour établir le travail effectué par l'intimé durant son congé de maladie que d'engager un détective privé.

Elle conteste toute intrusion du détective dans la vie privée du salarié, ce dernier n'ayant été observé qu'en pleine rue et en dehors de toute habitation.

Il résulte de la lecture du jugement du 26 février 2004, non entrepris, que le principal grief reproché au salarié était, non pas d'avoir gagné de l'argent auprès d'un autre employeur, mais d'avoir effectué un travail important et répété ailleurs que chez son employeur, durant une période où il était en congé de maladie, et d'avoir établi par là-même que la maladie alléguée n'était pas réelle.

A cet égard, il est sans incidence aucune de savoir si le travail en question a été rémunéré ou non et s'il a été effectué à la demande de la propriétaire du chantier où il fut presté.

Le jugement attaqué a par ailleurs admis que l'activité régulière, voire « professionnelle » de **Y.** sur le chantier sis à Konacker était établie par la déposition du témoin **F**..

Quant à la validité de la déposition de ce témoin et du rapport qu'il a établi en qualité de détective privé, le moyen de l'intimé visant une intrusion illicite dans sa vie privée est à rejeter.

Il est en effet constant en cause que les observations du détective ont eu lieu uniquement en pleine rue à des endroits où l'employeur aurait pu les faire lui-même, de même que tout passant fortuit.

D'autre part, les faits observés ne se rapportaient en rien à la vie privée du salarié étant donné qu'il s'agissait uniquement de ses activités manuelles prestées dans le cadre des travaux de rénovation sur le chantier à **K**..

Il convient de citer un extrait des conclusions de l'intimé du 19 décembre 2005 où il dit que : « Pour mémoire, il n'existe pas de définition précise de la vie privée mais des domaines de la vie privée qui sont protégés tels que la famille, le courrier, le domicile, l'image, la vie sentimentale, la santé et, plus généralement, tout ce qui relève du comportement intime. »

Il en découle nécessairement qu'aucun des faits observés par le témoin détective ne peut relever de la vie privée, voire intime, de l'intimé.

L'intimé conclut à l'application à la présente affaire du principe général admis – dans une hypothèse différente cependant – par la Cour de cassation française (arrêt N° 3388 du 26 novembre 2002, chambre sociale), aux termes duquel un rapport dressé à la suite d'une filature ne peut pas être pris en considération.

Appliquer ce principe sans discernement et notamment dans une affaire comme la présente, où les observations incriminées ont eu lieu uniquement dans des lieux publics, conduirait à rendre impossible tout témoignage de la part de personnes dont la mission peut être d'observer et de contrôler certains faits ou prestations.

Il en résulterait une dénaturation systématique de la convention des Droits de l'homme en faveur des contractants de mauvaise foi qui échapperaient à tout constat de leur faute.

Il résulte des considérations qui précèdent que le témoignage de **F.** est valable.

La déposition en question établit que **Y.** travaillait régulièrement, et notamment tous les jours de la semaine du 15 au 19 juillet 2002, dès avant 7 heures du matin et en général jusque vers midi sur le chantier à **K.** en y effectuant un travail physiquement éprouvant tel que le transport de sacs de plâtre ou de ciment.

Un tel comportement prouve que l'intimé était en bonne santé et en parfaite condition physique et cela d'autant plus si, comme il l'expose lui-même, les travaux étaient effectués sur base volontaire et bénévole et nullement en considération d'un engagement rémunéré.

A cet égard, il faut ajouter que **Y.** était engagé chez la société appelante comme ouvrier effectuant un travail principalement sinon exclusivement manuel. Si, comme le mentionne le jugement attaqué, ses absences étaient dues à une « pathologie neuro-psychiatrique réactionnelle » et qu'il voulait travailler physiquement pour se changer les idées, il n'avait qu'à le faire auprès de son employeur.

Il s'ensuit que, du moins pour la période du 15 au 19 juillet 2002, le salarié bénéficiait d'un certificat d'incapacité de travail ne correspondant pas à la réalité, et s'est par conséquent rendu coupable d'absence injustifiée.

Cette faute est assez grave pour justifier à elle seule le licenciement avec effet immédiat.

Pour être complet, il convient d'ajouter que l'enquête de première instance a en outre établi la mauvaise volonté et le comportement injurieux de **Y.** qui, lorsqu'il s'est vu refuser un congé de trois jours demandé le 29 mai 2002, a fait 100 pompes devant son supérieur **A.** afin de prouver sa bonne forme physique, et s'est mis en maladie durant les trois jours suivants.

Il convient encore d'ajouter l'absence non justifiée des 11 et 12 août 2002, non contestée, par le salarié qui essaie de la justifier par la considération que la décision de le licencier devait être déjà prise à ce moment-là, et que l'employeur ne dit pas que cette absence lui avait causé un préjudice. Un tel argument ne saurait être admis étant donné que pour considérer une absence non justifiée comme fautive, l'employeur n'est nullement obligé de prouver qu'elle lui cause un préjudice.

Il convient de conclure des développements qui précèdent que le licenciement du 22 août 2002 est justifié.

Le jugement attaqué est par conséquent à réformer et **Y.** est à débouter de ses demandes concernant l'indemnité compensatoire de préavis, l'indemnité de départ et les dommages-intérêts pour préjudice moral.

La société appelante demande à la Cour de débouter **Y.** de sa demande en paiement d'arriérés de salaire, pour la période du 1er au 21 août 2002.

Comme le caractère injustifié des absences du salarié a été établi uniquement pour les 11 et 12 août 2002, la demande est à déclarer fondée pour 13 sur les 15 jours ouvrables demandés, et partant pour le montant de 1.873,55 x 13/15 = 1.623,74 €.

Le jugement attaqué est à réformer dans ce sens.

II. Quant à la demande reconventionnelle

La S.A. **X.** expose qu'elle a un accord spécifique avec la Caisse de Maladie des Ouvriers en ce sens que les indemnités pécuniaires de maladie dues aux ouvriers ne sont pas prises en charge par la Caisse de Maladie des Ouvriers mais restent, pour la durée de 52 semaines, à charge de l'appelante.

Elle estime avoir rapporté à suffisance de droit que la prétendue incapacité de travail de **Y.** à partir du 5 juillet 2002 et qui a donné lieu au paiement d'une indemnité pécuniaire de maladie, n'en était pas une, et que c'est donc à tort que l'indemnité pécuniaire relative à cette période devrait rester à charge de **X.**.

Y. s'oppose à la demande reconventionnelle en soutenant que la société **X.** n'a pas prouvé l'existence d'absences injustifiées, de sorte qu'elle n'est pas fondée à demander le remboursement des indemnités pécuniaires relatives à la période d'incapacité.

La demande reconventionnelle vise la période du 5 au 31 juillet 2002.

Or, d'une part, l'absence injustifiée du salarié n'est pas établie durant toute cette période, mais uniquement, comme ci-avant développé, pour la semaine du 15 au 19 juillet 2002.

D'autre part et surtout, il n'a pas été établi avec certitude que les indemnités de maladie payées aux salariés de la S.A. **X.** restent définitivement à charge de cette dernière.

D'où il suit que la demande reconventionnelle n'est pas fondée et que le jugement attaqué est à confirmer sur ce point.

La S.A. **X.** demande à être déchargée de l'indemnité de procédure de 600 € encourue en première instance.

Le licenciement ayant été déclaré justifié, il échet de faire droit à cette demande et de réformer le jugement attaqué dans ce sens.

La société appelante et l'intimé sollicitent chacun une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

Ces demandes sont à déclarer non fondées, aucune des parties n'obtenant gain de cause complet, de sorte qu'il n'est pas inéquitable de laisser à charge de chaque partie les frais par elle exposés non compris dans les dépens.

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,

le déclare fondé en partie,

réformant :

déclare le licenciement justifié,

déboute **Y.** de ses demandes en obtention d'une indemnité compensatoire de préavis, d'une indemnité de départ, de dommages-intérêts pour préjudice moral et d'une indemnité de procédure,

décharge la S.A. **X.** des condamnations intervenues,

déclare la demande en paiement d'arriérés de salaire fondée à concurrence de 1.623,74 €,

réduit la condamnation de la S.A. **X.** au paiement de ce chef à 1.623,74 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

confirme le jugement attaqué en ce qu'il a déclaré la demande reconventionnelle non fondée,

rejette les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

fait masse des dépens des deux instances, les impose pour les deux tiers à **Y.** et pour un tiers à la S.A. **X.**.