Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-quatre janvier deux mille huit.

Numéro 32198 du rôle

Présents:

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

E n t r e :

B.) , fonctionnaire, demeurant à **L- (…)** ,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 16 février 2007,

comparant par Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) la société anonyme L.) 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 SCHAAL,

comparant par Maître Albert MORO, 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 SCHAAL,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 8 novembre 2007.

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

Par requête adressée le 3 mai 2004 au tribunal du travail de Luxembourg, **B.)** , ayant été au service de la société anonyme **L.)** S.A. depuis le 16 octobre 1995 comme agent de cabine, a critiqué d'abusif le licenciement avec préavis que l'employeur lui a notifié par courrier recommandé du 11 novembre 2003.

Suite à la demande de motifs de la salariée, l'employeur a indiqué l'absentéisme habituel pour cause d'incapacité de travail et le fait que **B.)** a été déclarée inapte au vol par le médecin du Service de santé au travail de l'industrie en date du 20 octobre 2003.

B.) demanda de condamner l'employeur à lui payer à titre de dommages-intérêts et sous réserve d'augmentation en cours d'instance, la somme de 50.000 €, dont 45.000 € pour le préjudice matériel et 5.000 € pour le préjudice moral, le tout avec les intérêts légaux à partir du jour du licenciement jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par jugement rendu contradictoirement le 10 janvier 2007, le tribunal du travail a :
déclaré le licenciement régulier,
débouté **B.)** de ses demandes,
débouté l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG de sa demande,
débouté **B.)** de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,
laissé les frais et dépens à charge de **B.)** .

De cette décision, **B.)** a régulièrement relevé appel par acte de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 16 février 2007.

Elle demande de réformer le jugement entrepris, de déclarer le licenciement abusif et vexatoire et de condamner la société **L.)** S.A. à l'indemnisation.

La société **L.)** S.A. conclut au débouté de l'appel.

Quant au licenciement

B.) fait plaider que le licenciement ne repose pas sur des motifs réels et sérieux.

Elle conteste les faits décrits par la société **L.)** S.A. alors que le calcul des périodes d'absence serait erroné et interprété de manière à démontrer un absentéisme paralysant le service de la société ; les absences de 2001 et 2002 ne sauraient en aucun cas fonder le licenciement du 11 novembre 2003.

Elle déclare s'être vu adresser plusieurs lettres de remerciement par la direction **L.)** pour son engagement allant au-delà de ses obligations légales et que malgré ses périodes de maladie très grave, elle a toujours assumé au mieux son poste.

Elle affirme que l'employeur doit rapporter la preuve de la gêne causée par la maladie du salarié et l'impossibilité pour lui de pourvoir à l'organisation de l'entreprise en attendant la fin de la période de maladie ; elle conteste toute gêne au fonctionnement du service.

Elle fait plaider que l'inaptitude au vol n'était pas fondée et constituait un faux prétexte pour justifier le licenciement ; que l'inaptitude au vol n'a pas été déterminante dans la décision alors qu'une solution de remplacement avait été trouvée ; que depuis 2001 elle occupait principalement un poste au sol ; qu'elle aurait pu continuer à assumer sa fonction d'instructeur au sol jusqu'à la stabilisation de son état de santé.

B.) se réfère à des attestations testimoniales.

Selon **L.)** S.A., les deux motifs de licenciement justifient chacun à lui seul le licenciement de **B.)** .

Entre 1999 et 2003, **B.)** aurait diminué son « Duty Time » (temps de travail total, dédié à l'employeur) de 80 %, de même que ses heures en vol, soit son « Block Time » de 80 %.

Toutes les prestations réalisées par **B.)** , à quelque titre que ce soit, auraient été comptabilisées.

Le contrat de travail étant un contrat synallagmatique, un employeur n'engagerait pas, dans une intention libérale, des salariés qu'il rémunère sans exiger de contre-prestation de leur part.

Le caractère répétitif et l'importance des absences constitueraient un motif légitime du licenciement avec préavis.

L.) S.A. n'aurait jamais été à même de planifier l'organisation de travail de ses salariés à l'avance, puisqu'elle pouvait s'attendre qu'à l'expiration de chaque certificat de maladie **B.)** reprenne son travail.

Subsidiairement, **L.)** S.A. fait état d'une attestation testimoniale.

Elle estime avoir rapporté la preuve d'un dysfonctionnement et d'une gêne.

La fonction de « Fly Safety Instructor » aurait été limitée par rapport à sa fonction principale qui était celle d'être hôtesse de l'air.

L.) S.A. fait plaider que ce n'est pas parce que l'employeur réussit plus ou moins à réorganiser le travail qu'il n'y a pas motif réel et sérieux de licenciement.

Pour autant que de besoin, et à titre subsidiaire, **L.)** S.A. offre de prouver par l'audition de témoins les faits suivants :

« 1. Mademoiselle **B.)** a été engagée en tant qu'Agent de Cabine en date du 16 octobre 1005 en vertu d'un contrat à durée indéterminée.
Depuis 2000, elle a commencé à enchaîner des périodes d'incapacité de plus en plus fréquentes, ne laissant entrevoir aucune perspective d'amélioration à moyen terme.

<u>Pour l'année 2000</u>
du 04.01.2000 au 01.04.2000, inaptitude au vol
le 16.08.2000 (sans certificat de maladie)
du 22.09.2000 au 22.09. 2000 (sans certificat de maladie)
du 26.09.2000 au 15.10.2000 (successivement des certificats du Dr. KOLBER, du Dr. THEIS et du Dr. JACOBY)
du 17.12.2000 au 18.12.2000 (sans certificat de maladie)

<u>Pour l'année 2001</u>
du 01.03.2001 au 03.03.2001 (certificat du Dr. AKKUZU)
du 29.05.2001 au 30.05.2001 (sans certificat de maladie)
le 30.06.2001 (sans certificat de maladie)
le 22.08.2001 (sans certificat de maladie)
le 25.08.2001 (sans certificat de maladie)
le 03.09.2001 (sans certificat de maladie)

du 28.10.2001 au 29.10.2001 (sans certificat de maladie)
du 27.11.2001 au 28.11.2001 (sans certificat de maladie)
du 27.12.2001 au 31.12.2001 (certificat du Dr. SCHEIFER)

Pour l'année 2002
du 02.01.2002 au 06.01.2002 (certificat du Dr. THEIS)
du 09.01.2002 au 10.01.2002 (certificat du Dr. SCHEIFER)
le 13.01.2002 (certificat du Dr. GILBERTZ)
du 17.01.2002 au 20.01.2002 (certificat du Dr. SCHEIFER)
du 21.01.2001 au 26.01.2001 (inapte au vol)
du 30.01.2002 au 12.02.2002 (certificat du Dr. THEIS)
du 04.04. 2002 au 06.04.2002 (certificat du Dr. THEIS)
du 05.06.2002 au 07.06.2002 (certificat du Dr. THEIS)
le 21.06.2002 (sans certificat)
du 26.06.2002 au 30.06.2002 (certificat du Dr. JACOB)
du 03.07.2002 au 31.07.2002 (certificats du Dr. JACOB)
du 04.08.2002 (pas de certificat)
du 05.08.2002 au 18.08.2002 (certificat du Dr. THEIS)
du 30.08.2002 au 15.09.2002 (certificat du Dr. JACOB)
du 30.10.2002 au 31.10.2002 (pas de certificat)
le 04.12.2002 (certificat du Dr. SCHEIFER)
le 06.12.2002 (sans certificat)
du 15.12.2002 au 18.12.2002 (certificat du Dr. THEIS)

Pour les 9 premiers mois ½ de l'année 2003
le 11.02.2003 (sans certificat)
du 09.04.2003 au 11.04.2003 (certificat du Dr. JACOB)
du 13.04.2003 au 20.04.2003 (certificat du Dr. JACOB)
du 23.06.2003 au 01.07.2003 (certificat du Dr. THEIS)
du 08.07.2003 au 10.07.2003 (certificat du Dr. BECKER)
du 18.07.2003 au 28.07.2003 (certificat du Dr. MICHEL)
du 30.07.2003 au 23.09.2003 (certificats du Dr. THEIS)
à partir du 20.10.2003 (déclaration d'inaptitude au vol pour une première période de 3 mois).

Ces absences répétées et imprévisibles ont considérablement perturbé l'organisation interne et ont été préjudiciables au bon fonctionnement du service " Operations " auquel Madame **B.)** était affectée. Elles ont notamment empêché toute planification des tâches à court/moyen terme. La charge de travail lui incombant a par conséquent dû être répartie entre ses collègues, avec les inévitables désagréments que cela a entraîné pour ces derniers (refus de congé, heures supplémentaires, etc….)

2. Mademoiselle **B.)** , agent de cabine, a été déclarée inapte au vol par le médecin du Service de Santé au Travail de l'Industrie en date du 20 octobre 2003, pour une première période de 3 mois.

3. **L.)** S.A. comptabilise le temps de vol de ses salariés en tant que "Block Time" et le temps de travail total passé par ses salariés (soit le temps de présence effective du salarié dédié à l'employeur) en tant que "Duty Time".
A un emploi à temps plein normal correspondent +/- 1.700 à 1.800 heures de travail, à savoir de "Duty Time".
Or, Madame **B.)** a presté en 1999 725,32 heures de "Block Time" et 1.434,12 heures de "Duty Time" ;
En 2000 : 637,23 heures de "Block Time" et 1.186,24 heures de "Duty Time" ;
En 2001 : 483,10 heures de "Block Time" et 867,09 heures de "Duty Time" ;
En 2002 : 246,44 heures de "Block Time" et 455,49 heures de "Duty Time" ;
En 2003 : 143,10 heures de "Block Time" et 278,23 heures de "Duty Time".
Il y a dès lors eu entre 1999 et 2003 une diminution de + 80 % en ce qui concerne le "Duty Time", de même qu'en ce qui concerne les heures de vol ("Block Time") !

4. A partir du 1er juin 2003, le département "Flight Safety Instruction" responsable pour le personnel naviguant commercial était composé d'un instructeur plein temps et de 4 hôtesses de l'air qui en dehors de leur travail sur l'avion (en vol) assuraient les fonctions d'instructeur, chacun pendant quelques jours par mois.
En raison de l'organisation du département et de la quantité limitée de jours de travail à prester par mois par l'ensemble des hôtesses-instructeur, il n'était pas possible d'accorder une fonction d'instructeur à plein temps à Madame **B.)** , suite à sa déclaration d'inaptitude au vol.

Madame **B.)** a en plus de sa déclaration d'inaptitude à assumer ses fonctions de chef de cabine pour des raisons de santé sur les vols, également été absente pour des raisons médicales ou autres durant des journées où elle devait assumer au sol ses fonctions de "Flight Safety Instructor".
Ainsi, elle était absente :

<u>Durant l'année 2001 :</u>
Le 25 août 2001, lorsqu'elle devait assurer un Aircraft Training sur Fokker 50/Embraer 145,
Le 29 décembre 2001, lorsqu'elle devait assurer un Aircraft Training sur Fokker 50/Embraer 145,

<u>Durant l'année 2002 :</u>
Le 8 juillet 2002, lorsqu'elle devait assurer le cours "Fire".
Le 8 août 2002, lorsqu'elle devait assurer le cours Loft Session (simulateur) à Bruxelles.
Le 8 septembre 2002, lorsqu'elle devait assurer le cours Loft Session (simulateur) à Paris.

Durant l'année 2003 :
Le 10 avril 2003, lorsqu'elle devait assurer le cours de Aircraft Training sur Boeing 737.
Le 11 avril 2003, lorsqu'elle devait assurer le cours "Fire".
Le 19 avril 2003, lorsqu'elle devait assurer le cours de Aircraft Training sur Fokker 50/Embraer 145.
Le 8 août 2003, lorsqu'elle devait assurer le cours de Safety Refresher.
Le 13 août 2003, lorsqu'elle devait assurer le cours de Safety Refresher.
Le 26 août 2003, lorsqu'elle devait assurer le cours de Safety Refresher.
Le 27 août 2003, lorsqu'elle devait assurer le cours de Safety Refresher.
Le 15 septembre 2003, lorsqu'elle devait assurer le cours de Aircraft Training sur Fokker 50/Embraer 145.
Le 20 octobre 2003, lorsqu'elle devait assurer le cours de Aircraft Training sur Fokker 50/Embraer 145.
Ces absences ont considérablement perturbé le bon fonctionnement de **L.)** S.A., et notamment du service dans lequel était occupée Madame **B.)** , puisque durant ces jours d'absence où elle devait assurer des cours, elle a dû être remplacée par ses collègues qui ont dû à ces occasions accepter des changements de leur plan de travail et donc aussi de leurs horaires de travail. »

Les motifs du licenciement sont constitués par l'absentéisme de la salariée pour cause de maladie et son inaptitude au vol déclarée par le médecin du Service de santé au travail de l'industrie le 20 octobre 2003.

Contrairement aux conclusions de l'appelante, l'employeur n'est pas forclos à invoquer à l'appui du licenciement des absences de la salariée au cours des années antérieures au licenciement.

Il doit, au contraire, être admis à en faire état dans la mesure où il invoque un état de fait qui perdure, sans amélioration.

Devant le tribunal du travail, **B.)** n'a pas contesté les absences invoquées par l'employeur, sauf en ce qui concerne la première des absences énumérées.

En instance d'appel, elle conteste les calculs de **L.)** S.A. liés à la diminution du temps de travail, affirmant que l'entièreté du temps de travail n'est pas comptabilisée par les notions de « duty time » et de « block time ».

Sur base de la lettre de motivation du licenciement, les absences invoquées seront à examiner, sans qu'il y ait lieu de vérifier le calcul en pourcentage opéré par **L.)** S.A.

Conformément aux conclusions de **B.)** , une absence du 4 janvier 2000 au 1er avril 2000 n'est pas démontrée, le certificat médical du Dr. THEIS attestant des

problèmes de colonne cervicale avec comme seule conséquence une impossibilité de travailler en avion Embraer pour la période susvisée, mais non une incapacité totale de travail.

Pour 2000, **B.)** ne reconnaît que son absence pour cause de maladie pour la période du 26 septembre 2000 au 15 octobre 2000, et pour 2001 elle déclare n'avoir été malade que pendant dix jours.

Elle conteste ainsi ses absences invoquées par **L.)** S.A. non appuyées par un certificat médical.

En faisant abstraction de ces journées d'absence - dont certaines sont appuyées par une déclaration de maladie signée par le chef de service -, il reste que pour les années 2002 et 2003 des absences répétées sont documentées par certificats médicaux tels qu'énumérés et pour les dates telles que détaillées par **L.)** S.A. dans son offre de preuve (l'absence du 21 juin 2002 n'étant pas sans certificat, mais documenté par certificat du Dr. THEIS).

Le tribunal du travail a retenu que :
« Des absences aussi importantes que celles de la requérante pour les années 2002 et 2003, réparties sur 20 périodes différentes, ont pour conséquence de causer des désagréments à l'employeur et de gêner ou de perturber le fonctionnement normal de son service. (…)
Confronté à l'absentéisme du salarié, l'employeur doit réorganiser le travail et notamment pourvoir au remplacement du salarié malade. Ce n'est pas parce qu'il y réussit en ayant, comme en l'espèce, une équipe de stand-by, qu'il n'y a pas à ce titre de motif réel et sérieux de licenciement. (…)
Il s'y ajoute que les absences ont été de durée variable, ce caractère irrégulier et partant imprévisible ayant mis l'employeur dans une situation où il ne pouvait raisonnablement organiser le fonctionnement de son service à moyen terme en y intégrant la requérante.
L'employeur ne pouvait, notamment au vu de l'augmentation des durées de maladie en 2003, plus compter sur une collaboration efficace de la part de la salariée. La prestation de travail à attendre de **B.)** s'annonçait aléatoire et l'employeur devait constamment prévoir une réorganisation du service auquel elle était affectée, ceci tout en continuant à la rémunérer.
Il est à cet égard irrelevant de savoir si la requérante a travaillé comme agent de cabine, " flight safety officer ", ou comme agent au sol.
Même l'assignation à un autre poste par l'employeur ne permet pas de mettre en doute le motif du licenciement, dès lors que le risque de l'absence pour cause de maladie reste le même, sauf à être déplacé vers une autre fonction. (…)
Comme pour un tel licenciement, seule la disponibilité au travail de la salariée est en cause et non la qualité du travail par elle presté, la bonne exécution de la fonction ne saurait atténuer la perturbation du fonctionnement de l'entreprise.

Ce motif justifiant à lui seul le licenciement avec préavis de la requérante, il n'y a pas lieu de prendre en considération une éventuelle inaptitude au vol de cette dernière. »

Par adoption de ces motifs, le jugement de première instance est à confirmer en ce qu'il a déclaré le licenciement régulier et débouté **B.)** de sa demande en indemnisation pour licenciement abusif.

Quant au recours de l'ETAT

Eu égard à la décision à intervenir quant au licenciement et conformément aux conclusions prises en ordre principal par l'ETAT, le présent arrêt lui est déclaré commun.

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

B.) sollicite une indemnité de procédure de 700 € pour la première instance et de 1.000 € pour l'instance d'appel.

Eu égard à la décision à intervenir, le jugement de première instance est à confirmer en ce qu'il a débouté **B.)** de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure, et sa demande présentée en instance d'appel est également à rejeter comme non fondée, la partie succombant dans ses revendications ne pouvant prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

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 dit non fondé,

confirme le jugement de première instance,

dit non fondée la demande présentée en instance d'appel par **B.)** contre **L.)** S.A. sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

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 **B.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Albert MORO et de Maître Pierre BERMES, avocats constitués qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.