Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quinze avril deux mille dix.

Numéro 35321 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Charles NEU, premier conseiller,
Ria LUTZ, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à F-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 14 août 2009,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour à Luxembourg, qui ne s'est pas présenté pour conclure,

e t :

la société en nom collectif B s.e.n.c., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par ses associés et gérants actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

comparant par Maître Luc OLINGER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 26 janvier 2010.

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

Par requête déposée auprès du tribunal du travail de Luxembourg le 12 février 2009, A, au service de la société en nom collectif B depuis le 26 mars 2007, critiqua d'abusif le licenciement avec effet immédiat lui notifié par son employeur le 3 novembre 2008 pour absence injustifiée depuis le 27 octobre 2008, et réclama les montants indemnitaires plus amplement détaillés dans la prédite requête.

Le requérant soutint en première instance avoir informé son employeur de son absence ; il conclut encore à l'irrégularité formelle du licenciement au motif que l'employeur ne l'aurait pas convoqué à un entretien préalable. Il estima finalement que cette absence d'entretien préalable serait contraire à l'article 6 alinéa 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

L'employeur souleva le moyen tiré de la forclusion de l'action conformément à l'article L.124-11.(2) du code du travail ainsi que l'exception du libellé obscur de la requête.

Quant à la réalité et le sérieux du motif invoqué à la base du licenciement, il formula une offre de preuve par témoins.

Le tribunal du travail a par jugement du 8 juillet 2009 reçu la demande de A en la forme, écarté le moyen de forclusion et l'exception de libellé obscur de la requête soulevé par la société B s.e.n.c., déclaré justifié et régulier en la forme le licenciement de A intervenu le 3 novembre 2008, déclaré non fondées les demandes de A en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, en paiement d'une indemnité pour licenciement irrégulier, en remboursement de frais irrépétibles, partant, débouté A de ces demandes.

A a régulièrement relevé appel du prédit jugement par acte de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN de Luxembourg du 14 août 2009.

Il demande à la Cour de déclarer son appel fondé, par réformation, de dire que le congédiement est abusif, de lui allouer en conséquence la somme de 4.023,56 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis, 5.000 euros pour le préjudice moral subi, subsidiairement et en cas de confirmation du jugement de première instance, de lui allouer une indemnité pour irrégularité formelle de 2.011,78 euros.

L'appelant précise avoir informé son employeur non seulement de son absence mais également de la cause de cette dernière, à savoir son état de fatigue et le retrait de son permis de conduire, ainsi que de son intention de résilier son contrat de travail, de sorte que l'employeur était bien informé de son absence ; il en conclut que cette absence justifiée ne pouvait constituer une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement sans préavis.

Quant à l'irrégularité formelle pour défaut d'entretien préalable, l'appelant s'empare de plusieurs décisions jurisprudentielles qui décident qu'il incombe à l'employeur de prouver le nombre de salariés à son service ; il prétend encore que son employeur ferait partie d'un groupe de sociétés occupant plus de 38.000 salariés, de sorte qu'il aurait dû procéder à l'entretien préalable litigieux et que le jugement devrait être réformé en ce sens.

L'intimée conclut en premier lieu à l'irrecevabilité des demandes et montants contenus dans l'acte d'appel qui outrepassent le contrat judiciaire qu'est la requête introductive d'instance par application de l'article 592 du nouveau code de procédure civile.

Elle relève appel incident de la décision prise à l'égard du moyen de forclusion et du libellé obscur ; elle estime, en effet, que l'appelant était forclos a agir contre son licenciement par application de l'article L.124-11.(2) du code du travail et que la requête, qui ne contenait ni exposé sommaire des moyens ni d'objet clair et précis, aurait désorganisé sa défense, de sorte que le jugement serait à réformer sur ces points.

Quant au fond, elle conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a déclaré le licenciement régulier ; elle conteste que le salarié l'ait informée de son absence ; à titre subsidiaire elle formule l'offre de preuve par témoins de la teneur suivante. « Monsieur A ne s'est plus présenté à son poste de travail depuis le 27 octobre 2008 sans que son employeur n'ait reçu de certificat de maladie de sa part ».

Quant à la régularité formelle du licenciement, elle conteste occuper plus de 150 salariés.

L'appelant et l'intimée réclament chacun une indemnité de procédure de 2.500 euros.

I) <u>Recevabilité de la demande en dommages et intérêts pour le préjudice moral</u>

A réclame en instance d'appel la somme de 5.000 euros à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral subi suite à son licenciement qu'il qualifie d'abusif.

L'employeur considère qu'il s'agit d'une demande nouvelle partant irrecevable en instance d'appel.

Cette demande qui ne figurait pas dans la requête introductive d'instance du 12 février 2009 constitue une demande nouvelle de par son objet en instance d'appel et doit en tant que telle être déclarée irrecevable.

II) <u>Forclusion et exception de libellé obscur</u>

Par adoption des motifs développés par les juges de première instance qui ont fait une application correcte des disposions légales en la matière, le jugement est à confirmer en ce qu'il a écarté le moyen de forclusion soulevé par l'employeur et en ce qu'il a déclaré la requête recevable sur base de l'article 145 du nouveau code de procédure civile.

III) <u>Quant au licenciement</u>

Le tribunal a retenu à juste titre que le salarié n'avait pas informé oralement son employeur de son absence pour raisons de santé le premier jour de cette absence et n'a pas adressé de certificat médical le troisième jour de son absence, de sorte qu'il n'était pas protégé contre le licenciement par l'article L.121-6 du code du travail.

Il résulte de ce qui précède que l'absence de A sur une période d'une semaine était injustifiée et en tant que telle constituait une faute grave justifiant un licenciement sans préavis, de sorte que le jugement entrepris est à confirmer sur ce point.

IV) <u>Quant à la régularité en la forme du licenciement.</u>

C'est à bon droit que le tribunal du travail a relevé que selon l'article L.124-12.(3) du code du travail la juridiction du travail qui conclut à l'irrégularité formelle du licenciement en raison de la violation d'une formalité qu'elle juge substantielle doit examiner le fond du litige et condamner l'employeur, si elle juge que le licenciement n'est pas abusif quant au fond, à verser au salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ou de traitement. L'indemnité visée ne

peut être accordée lorsque la juridiction du travail juge le licenciement abusif quant au fond.

C'est finalement à bon escient qu'il a rappelé que l'article L.124-2.(1) du code du travail prévoit l'obligation pour un employeur occupant plus de 150 employés, de convoquer à un entretien préalable un salarié qu'il envisage de licencier.

En l'espèce, A prétend que son employeur occuperait plus de 150 salariés.

Etant donné que la preuve du nombre de salariés occupés est plus facile à faire par l'employeur alors qu'il se trouve à la source de ces données, il y a lieu d'enjoindre à la société B de verser un certificat du Centre Commun de la Sécurité Sociale établissant le nombre exact de salariés à son service, et ce dans un délai impératif d'un mois à partir du prononcé du présent arrêt.

En attendant la pièce indiquée, la demande de A est à réserver.

Les demandes des parties basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile sont également à réserver en attendant l'issue définitive du litige.

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,

Déclare l'appel recevable,

Confirme le jugement déféré en ce qu'il a écarté le moyen de forclusion de l'article L.124-11.(2) du code du travail, déclaré la requête introductive d'instance recevable sur base de l'article 154 du nouveau code de procédure civile, dit le licenciement de A justifié et l'a débouté de ses demandes indemnitaires,

Dit la demande en paiement de dommages et intérêts pour le préjudice moral irrecevable,

Enjoint à la société B de verser dans un délai d'un mois à partir du prononcé du présent arrêt un certificat du Centre Commun de la Sécurité Sociale attestant le nombre exact de salariés à son service,

Réserve la demande de A basée sur l'article L.124-12.(3) du code du travail,

Réserve les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du NCPC ainsi que les frais et dépens.