Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du trois mars deux mille onze.

Numéro 35964 du rôle

Présents:

Charles NEU, premier conseiller, président,
Ria LUTZ, conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée A s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 16 mars 2010,

intimée sur appels incident,

comparant par Maître Marc PETIT, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL,

appelant par incident,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Anne-Marie SCHMIT, 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 ENGEL,

appelant par incident,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 9 décembre 2010.

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

Par requête déposée le 11 septembre 2009, B a fait convoquer son ancien employeur, la société A s.à r.l. devant le tribunal de travail de Luxembourg pour s'entendre indemniser du chef de licenciement avec effet immédiat et abusif pour le montant total de 31.249.-euros au titre de préjudice matériel, de préjudice moral et d'indemnité compensatoire de préavis.

Il a encore demandé le paiement des sommes de 9.048.-euros du chef d'arriérés de salaire pour heures supplémentaires non rémunérées, 70.-euros du chef de frais de route de septembre 2008 et 456,10.-euros à titre de retenues d'impôt surfaites ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.250.-euros.

Il a enfin demandé la remise par A de la fiche de salaire rectifiée de janvier 2009, le décompte de solde de congé rectifié et l'attestation patronale correctement complétée.

A a présenté une demande reconventionnelle en dommages et intérêts d'un montant de 11.497,58.-euros du chef des actes volontaires ou des négligences graves commis par B. Elle a également demandé une indemnité de procédure de 1.500.-euros.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi a formé un recours en remboursement des indemnités de chômage avancées pour le montant de 12.988,64 -euros.

Par jugement contradictoire du 26 janvier 2010, le tribunal du travail a dit que le licenciement avec effet immédiat du 5 janvier 2009 est abusif et il a condamné A à payer à B la somme de 3.541,50.-euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis et de 1.500.-euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral.

Il a débouté B de sa demande du chef de préjudice matériel, d'arriérés de salaire pour heures supplémentaires, de frais de route pour septembre 2008, d'arriérés de salaire pour retenues d'impôts injustifiées et de sa demande en délivrance de documents rectifiés. Il a rejeté la demande en exécution provisoire du jugement et il a condamné A a rembourser à l'ETAT la somme de 2.810,34.-euros. Il a encore débouté A de sa demande reconventionnelle et de celle en paiement d'une indemnité de procédure. Il a enfin condamné A a payer à B une indemnité de procédure de 800.-euros.

Pour statuer ainsi, les premiers juges ont retenu que le licenciement de B a été opéré en violation des dispositions protectrices de l'article L.121-6 du code du travail, étant donné que l'employeur, même s'il n'avait pas été en possession du certificat de maladie du 5 janvier 2009, a procédé au licenciement tout en ayant été informé de la prolongation de l'incapacité de travail de son salarié.

De ce jugement lui notifié le 4 février 2010, A a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 16 mars 2010.

L'appelante conclut, par réformation, à entendre déclarer le licenciement avec effet immédiat de B fondé et justifié et partant à s'entendre décharger de toutes condamnations intervenues à son encontre. Elle conclut encore au bien-fondé de sa demande en dommages et intérêts dirigée contre B pour le montant réclamé de 11.497,58.-euros. Elle demande enfin une indemnité de procédure de 2.000.-euros.

B interjette appel incident du jugement et conclut, par réformation, à entendre dire fondées ses demandes du chef d'heures supplémentaires pour le montant de 2.558,87.-euros, de frais de route pour le montant de 70.-euros et de retenues d'impôts injustifiées pour le montant de 456,10.-euros. Il demande encore à entendre condamner A à lui remettre sous peine d'astreinte la fiche de salaire de janvier 2009 ainsi que le décompte de solde de congé en fonction de sa classe réelle d'impôt. Il demande enfin une indemnité de procédure de 2.500.-euros.

L'ETAT interjette appel incident et augmente sa demande en évaluant sa créance avec effet au mois d'août 2010 à 17.414,74.-euros.

B a été engagé en qualité de chauffeur livreur aux services de A depuis le 7 juillet 2006. A ce titre, il était chargé d'effectuer la tournée no 18 au moyen d'un véhicule appartenant à A. Depuis le 16 octobre 2008 au 31 décembre 2008, il était en

incapacité de travail. Le 2 janvier 2009, B s'est présenté à son poste de travail et il fut informé par un autre salarié qu'ils bénéficiaient d'un week-end prolongé. Par courrier recommandé du 5 janvier 2009, il s'est vu notifier son licenciement avec effet immédiat aux motifs de la non-exécution de son travail ainsi que du non-respect des usages et règlements intérieurs de l'entreprise.

La régularité du licenciement

B conclut au caractère abusif du licenciement au motif que depuis son appel téléphonique du 4 janvier 2009 à son responsable auprès de A pour le prévenir de sa prolongation de maladie et qu'il ne se présentera pas le lundi matin 5 janvier 2009, il bénéficiait d'une protection spéciale pendant trois jours.

Son employeur ne lui aurait pas laissé de chance de remettre son certificat d'incapacité de travail dans les trois jours, étant donné que dès le lundi 5 janvier 2009, il lui aurait envoyé la lettre de congédiement.

A conteste que B ait téléphoné le 4 janvier 2009 à son responsable, C, afin de le prévenir de la prolongation de sa maladie dès le 5 janvier 2009.

Elle fait valoir que l'attestation testimoniale de D versée par B non seulement ne répond pas aux conditions de forme de l'article 402 du nouveau code de procédure civile, mais qu'elle est loin de refléter la réalité et qu'elle est imprécise.

En effet, il n'y aurait pas eu prolongation de l'incapacité de travail, étant donné que B s'était présenté à son poste de travail le 2 janvier 2010 et qu'elle avait accordé un week-end prolongé à ses salariés. N'ayant pas été prévenue de l'incapacité de travail de B le 5 janvier 2010, l'appelante lui aurait notifié la résiliation avec effet immédiat de son contrat de travail.

Elle conteste encore la pertinence du relevé téléphonique versé par B au motif que E n'était pas une personne qualifiée à le recevoir au sens de l'article L.121-6.(1) du code du travail, qu'il n'est pas la personne responsable de la gestion du personnel, mais qu'un simple salarié de la société.

En outre, B n'aurait pas consulté le médecin spécialiste, le docteur F mais le docteur G, médecin généraliste.

Aux termes de l'article L.121-6.(1) et (2) du code du travail, il appartient au salarié incapable de travailler pour cause de maladie d'en avertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci, que ce soit oralement ou par écrit. Le troisième jour au plus tard de son absence, le salarié est

obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant de son incapacité de travail et sa durée prévisible.

Il est constant en cause que B était en congé de maladie continue à partir du 16 octobre 2008 jusqu'au 31 décembre 2009 et que suivant certificat de maladie daté du 5 janvier 2009, il y a eu prolongation de sa maladie du 5 au 9 janvier 2009, ce certificat ayant été envoyé en recommandé le 5 janvier 2009 à 16.49 heures.

Conformément à l'article L.121-6 du code du travail, il appartenait à B d'avertir son employeur le jour même de l'empêchement de la prolongation de sa maladie.

En l'espèce, le premier jour utile était le lundi 5 janvier 2010, étant donné que A avait accordé à ses salariés un week-end prolongé.

Or, il résulte de l'attestation testimoniale de D que la veille, le 4 janvier 2009, B avait téléphoné à C pour lui confirmer qu'il passerait chez le docteur F.

Même si cette attestation n'est pas établie selon les règles de l'article 402 du nouveau code de procédure civile, en ce que son auteur omet d'indiquer sa relation de communauté d'intérêts, en l'occurrence sa communauté de vie avec B, elle n'est pas pour autant démunie de toute valeur et il appartient aux juges d'apprécier si elle présente les garanties suffisantes pour emporter leur conviction.

En l'espèce, les déclarations de D sont corroborées par celles de H du 11 août 2010 ensemble le relevé téléphonique versé en cause desquels il ressort que le 4 janvier 2009, à 20.24 heures, un appel a été émis vers le téléphone portable de E.

En ce qui concerne la personne qualifiée pour recevoir l'appel, il ressort des pièces que B avait déjà reçu le 18 août 2008 de la part de A un avertissement écrit qui avait été signé par C. Il se dégage encore de l'attestation testimoniale de H qu'en cas d'absence, de Monsieur I, C était leur responsable. Ces éléments démentent qu'en l'espèce, C n'était qu'un simple chauffeur-livreur.

Il est dès lors établi que B avait dûment averti son employeur la veille du 5 janvier de son empêchement de se présenter le lundi 5 janvier 2010 à son lieu de travail.

Le fait que B ait en définitive consulté le docteur G et non pas le docteur F comme annoncé lors de son appel est sans incidence.

Dans ces circonstances, A n'était plus autorisée, même pour motif grave, à notifier à son salarié la résiliation de son contrat de travail avec effet immédiat.

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont retenu que le licenciement de B avait été opéré en violation des dispositions de l'article L.121-6 du code du travail et il y a lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

A conclut encore à s'entendre décharger de toutes les condamnations prononcées à son encontre.

A défaut de plus amples critiques, c'est à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont fixé la période de référence à neuf mois et qu'ils ont dit fondée la demande de B du chef d'indemnité compensatoire pour le montant de 3.541,50.-euros et celle du chef de préjudice moral fondée pour le montant de 1.500.-euros.

La demande reconventionnelle

A conclut encore au bien-fondé de sa demande en dommages et intérêts pour le montant réclamé de 11.497,58.-euros.

Au soutien de sa demande, elle fait valoir que des clients se trouvant tous sur la tournée que devait effectuer B ont fait des réclamations aux motifs qu'ils n'ont jamais reçu le colis qu'ils attendaient. Certains auraient même précisé que leur signature figurant sur le bordereau de remise de colis avait été falsifiée. Or, le falsificateur n'aurait pu être que B, étant donné que sur le bordereau de réception de colis figuraient les indications concernant le numéro de la tournées, en l'espèce le numéro 18, et l'abréviation du prénom du chauffeur, « J » ou « J ». En outre, le 9 juillet 2008, B aurait été victime d'un accident de la circulation et, au vu des dégâts causés, tout porterait à croire qu'il roulait à vive allure, en violation des prescriptions du code de la route.

B conteste les fautes et négligences lui reprochées au motif que les clients ne l'auraient nullement identifié comme livreur soi-disant fautif. Au contraire, il aurait été victime d'un accident de la circulation pendant son travail avec des blessures à la tête et aurait dû continuer sa tournée, son employeur n'ayant pas voulu entendre ses plaintes quant à ses douleurs. Il appartiendrait à l'employeur de supporter les risques engendrés par l'activité de l'entreprise, ce qui aurait été le cas en l'espèce, vu le nombre impressionnant de livraisons à faire.

Aux termes de l'article L.121-9 du code du travail, l'employeur supporte les risques engendrés par l'activité de l'entreprise. Le salarié supporte les dégâts causés par ses actes volontaires ou par sa négligence grave.

Il résulte des pièces versées par A que la livraison des colis par B a fait l'objet de réclamations de la part de plusieurs clients qui se sont plaints de ce qu'ils n'avaient

jamais reçu les colis qui leur étaient destinés ou que la signature figurant sur le bon de livraison n'était pas leur signature. Il en ressort encore que certains de ces colis avaient été déposés devant la porte de leur destinataire ou à une adresse autre que celle du destinataire.

Les circonstances des pertes de ces colis n'ont cependant pas été autrement élucidées.

C'est dès lors à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont retenu que les pièces versées n'étaient pas de nature à rapporter la preuve de la responsabilité dans le chef de B.

Conformément encore aux conclusions de l'intimé, l'offre de preuve formulée en instance d'appel par A tendant à établir par témoins que le 19 septembre 2008, B a falsifié la signature de K et le 8 octobre 2008, celle de L, pour faire croire à son employeur qu'il avait remis son colis à son destinataire n'est pas non plus pertinente. Elle ne saurait en effet pallier l'absence de preuve matérielle. Elle manque, par ailleurs, de précision quant aux circonstances de temps et de lieu.

En ce qui concerne l'accident de la circulation survenu le 9 juillet 2008 au véhicule appartenant à A, la seule constatation de l'importance des dégâts constatés à la partie avant du véhicule ne saurait, en l'absence d'autres éléments, conclure à un acte volontaire et à une négligence grave de B.

C'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont débouté A de cette demande.

B, de son côté fait grief aux premiers juges de ne pas fait droit à sa demande en paiement de certains montants.

<u>Les frais de route</u>

B réclame à titre de frais de route pour septembre 2008 la somme de 70.-euros.

Il conteste l'authenticité de sa signature sur le contrat de travail en faisant valoir que le contrat par lui signé ne comportait aucune mention pour les frais de route. Par ailleurs, il résulterait de ses fiches de salaires de mai à décembre 2008, qu'il percevait 79,59.-euros de frais de route, hormis les mois où il se trouvait en incapacité de travail.

Il offre de prouver par la voie testimoniale que Monsieur I lui a soumis comme à ses autres salariés un contrat de travail comportant une rémunération sur base d'un montant net et que les frais de route s'entendaient en sus du salaire de base.

A résiste au motif que le contrat signé entre parties le 7 décembre 2006 précise que le salaire du salarié est fixé à 1.623,23.-euros bruts par mois, «*frais de route compris* ». N'étant pas fixé contractuellement, B ne saurait y prétendre.

Elle conclut au rejet de l'offre de preuve comme pour être imprécise et non pertinente.

Il résulte du contrat de travail versé en cause que le salaire de base était fixé à 1.623,19.-euros brut, frais de route compris. Les fiches de travail renseignent que B a touché en mai, juin et juillet 2008 chaque fois 79,59.-euros à titre de frais de route, en août 2008 la somme de 75,31.-euros et en septembre au même titre 9,59.-euros.

Or, à défaut par B de fournir des éléments d'appréciation en quoi sa signature figurant sur le contrat de travail constitue une fausse signature, son offre de preuve est à rejeter comme étant d'ores et déjà contredite par les pièces versées en cause. Elle manque de surcroît de précision quant aux circonstances de temps et de lieu.

Cette demande n'est dès lors pas fondée et il y a lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

<u>La retenue d'impôt injustifié et la demande en remise des documents rectifiés</u>

B demande encore le remboursement de la somme de 456,10.-euros à titre de retenue d'impôt injustifiée. Il fait valoir qu'en janvier 2009 son employeur a opéré une retenue d'impôt de 33% au lieu de seulement 3%.

A s'oppose à cette demande au motif que B n'a pas remis sa fiche de retenue d'impôt à son employeur de sorte que celui-ci a été dans l'obligation d'opérer une retenue d'après les dispositions les plus onéreuses.

S'il résulte de ces conclusions que A admet avoir effectué une retenue d'impôt au taux plus élevé, il n'est pas pour autant établi qu'elle disposait de la carte d'impôt de B au moment de l'établissement de sa fiche de salaire de janvier 2009.

B restant en défaut d'établir la réalité et la date de la remise de la carte d'impôt à son employeur, sa demande tendant au remboursement de la somme de 456,10 .-euros et à la remise de documents rectifiés n'est pas non plus fondée.

Le jugement entrepris est partant encore à confirmer.

Les heures supplémentaires

B réclame encore à son ancien employeur la somme de 2.558,87.-euros à titre d'arriérés de salaires pour heures supplémentaires non rémunérées du 27 janvier au 15 octobre 2008.

Malgré les décisions judiciaires intervenues à ce jour, A refuserait toujours à fournir sous de vains prétextes les fiches « *Scanart* » qui démontreraient effectivement le nombre d'heures supplémentaires effectuées.

Il formule en ordre subsidiaire une offre de preuve par témoins tendant à établir que A fait travailler ses salariés au moins 10 heures par jour sans repos autorisé, que ces heures supplémentaires ne son jamais payées et qu'il a effectué 10 heures de travail journalier soit 140 heures de travail supplémentaires en 2006, 320 heures en 2007 et 250 heures en 2008 avant de tomber gravement malade.

A conteste le bien-fondé de cette demande. Elle fait valoir qu'il appartient au salarié de prouver qu'il a non seulement presté des heures supplémentaires mais qu'il les a également prestées dans le cadre de son contrat de travail.

Or, B n'aurait même pas presté 8 heures de travail effectif par jour. Elle verse des attestations testimoniales et offre de prouver que B se rendait quotidiennement pendant les heures de travail chez son amie à (…) où il restait une heure, qu'il allait régulièrement et en tout cas plusieurs fois par semaine, au restaurant Quick ou au Pizza Hut à Bereldange.

Elle fait également valoir qu'elle ne dispose pas des fiches SCANART réclamées. Elle explique qu'elle n'est pas tenue d'équiper ses véhicules utilitaires d'un tachygraphe dans la mesure où ses véhicules ne dépassent pas le poids de 7.500 kg comme le prévoit l'article 3-2 du règlement grand-ducal du 13 octobre 2006 concernant les modalités relatives à l'appareil de contrôle par route. En outre, l'appareil mis à la disposition des chauffeurs par la société K s.à r.l. serait uniquement destiné à faire suivre les colis de l'expéditeur au destinataire du colis.

En l'espèce, et abstraction faite de la question de la réalité des heures supplémentaires alléguées par B, il n'est pas pour autant établi, au vu des contestations de A, que ces heures supplémentaires aient été accomplies à la demande et de l'accord de son employeur. L'offre de preuve testimoniale formulée par B manquant de précision sur ces points, il n'a pas lieu d'y faire droit.

Il s'ensuit que cette demande n'est pas non plus fondée et qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris.

Le recours de l'ETAT

L'ETAT agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi interjette appel incident du jugement entrepris et conclut à la condamnation de A, sinon de B à lui rembourser la somme de 17.414,74.-euros au titre des indemnités de chômage avancées d'août 2009 à août 2010.

Cette demande est basée sur l'article L.521-4 du code du travail.

A conclut au rejet de cette demande, sinon à l'échelonnement du remboursement.

B conclut également au rejet de cette demande. En ordre subsidiaire, il y aurait lieu de réduire le montant des indemnités de chômage à rembourser à de plus justes proportions et de lui accorder un échelonnement du remboursement.

La décision des premiers juges quant au licenciement abusif de B étant à confirmer, c'est encore à juste titre qu'ils ont fait droit à la demande de l'ETAT en tant que dirigée contre A jusqu'à concurrence du montant de 2.810,34.-euros, montant total des indemnités de chômage versées pendant la période de référence.

A ne faisant pas valoir de circonstances particulières en faveur de sa demande en paiement échelonné de ce montant, celle-ci est à rejeter.

Il s'ensuit qu'il y a encore lieu de confirmer sur ce point le jugement entrepris.

Les indemnités de procédure

A conclut à s'entendre décharger de l'indemnité de procédure à laquelle elle a été condamnée en première instance.

Or, au vu de l'issue du litige et compte tenu des soins requis, c'est à juste titre que les premiers juges ont déclaré cette demande fondée pour le montant de 800.-euros.

Il serait encore inéquitable de laisser à charge de B la totalité des frais par lui exposés et non compris dans les dépens, de sorte qu'il y a lieu de faire droit à cette demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel, eu égard à la complexité de l'affaire et des soins requis, pour le montant de 1.000.-euros.

A succombant dans son appel, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

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 de la société A s.à r.l. et les appels incidents de B et de l'ETAT DU GRAND-DUCHE pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi ;

Les dit non fondés ;

Partant, **confirme** le jugement entrepris ;

Dit non fondée la demande de la société A s.à r.l. sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile :

Dit fondée la demande B sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

Partant, condamne la société A s.à r.l. à payer à B une indemnité de procédure de 1.000.-euros pour l'instance d'appel ;

Condamne la société A s.à r.l. à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Anne-Marie SCHMIT et de Maître Georges PIERRET, avocats constitués qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.