Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quatorze juillet deux mille onze.

Numéro 36372 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-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 7 juillet 2010,

ayant comparu par Maître Sandrine LENERT-KINN, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit NILLES,

comparant par Maître Robert LOOS, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 24 mai 2011.

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

Par requête du 24 février 2010, la société B sàrl. a fait convoquer A devant le tribunal du travail de Luxembourg pour voir prononcer la résiliation du contrat de travail conclu entre parties avec effet au 16 février 2010, date de sa mise à pied en application de l'article 337-1 (2) du code du travail.

A a été engagée le 14 mai 2009 par contrat à durée déterminée renouvelé jusqu'au 14 mars 2010 en qualité de femme de ménage.

Un jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 15 juin 2010 a prononcé la résiliation du contrat de travail conclu entre parties avec effet au 16 février 2010, date de sa mise à pied, et dit non fondée la demande reconventionnelle de A tendant à voir ordonner son maintien dans l'entreprise ainsi que sa demande en paiement de ses salaires à partir du 16 février 2010, date de sa mise à pied.

Par exploit du 7 juillet 2010, A a régulièrement relevé appel du jugement du 15 juin 2010 et demande de le réformer.

Elle demande en instance d'appel la requalification du contrat de travail du 14 mai 2010 en contrat de travail à durée indéterminée en vertu de l'article L.122-2.(1) 3 du code du travail, de dire la résiliation du contrat non fondée et d'ordonner son maintien dans l'entreprise. Elle réclame encore les salaires à partir du 16 février 2010.

B sàrl. soutient que c'est à juste titre que les juges de première instance ont qualifié le contrat de travail conclu entre parties à durée déterminée, même en l'absence du nom de la personne à remplacer.

Pour le surplus l'intimée demande la confirmation pure et simple du jugement entrepris.

<u>Quant à la requalification du contrat de travail</u>

Suivant contrat de travail du 14 mai 2009, renouvelé le 14 octobre 2009, A a été engagée par C sàrl. pour une période de chaque fois cinq mois en qualité de femme

de ménage. Dans l'article 3 du contrat il est précisé que *« l'engagement est conclu dans le cadre du remplacement d'un salarié absent pour cause de maladie. »*

La Cour retient que l'article L.122-2.(1) 3 du code du travail précise que *« lorsqu'il* (le contrat à durée déterminée) *est conclu pour le remplacement d'un salarié absent,* (il doit indiquer) *le nom du salarié absent (Loi du 22 décembre 2006)».*

Or, l'article L.122-9 du code du travail qui indique les sanctions en cas de non-respect des dispositions relatives au contrat à durée déterminée n'énumère pas l'article L.122-2, de sorte que le contrat à durée déterminée liant les parties n'a pas à être requlifié en contrat à durée indéterminée du seul fait du défaut de l'indication du nom de la personne remplacée.

Il a en effet été jugé à plusieurs reprises que la loi ne sanctionne que le défaut d'écrit ainsi que l'omission, dans l'écrit, de la mention que le contrat est conclu pour une durée déterminée, mais non pas l'omission de l'une ou l'autre des autres mentions prescrites par le texte. La sanction prévue par la loi vise les contrats conclus en l'**absence** de la condition légale exigée par ce texte pour le recours au contrat à durée déterminée, mais non pas **le défaut de mention de cette condition** dans le contrat (Cour 26 mars 1998, Perrard sàrl c/ Monteiro).

Le jugement déféré doit partant être confirmé en ce qu'il a rejeté la demande en requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

<u>Quant à la résiliation du contrat de travail</u>

A, qui était enceinte suivant certificat médical du docteur D du 9 février 2010, a transmis ce certificat à l'employeur le 16 février 2010.

Le même jour l'employeur a prononcé la mise à pied avec effet immédiat de la salarié enceinte en application de l'article L.337-1.(2) du code du travail pour faute grave suivant lettre recommandée avec accusé de réception du 16 février 2010 dont la teneur est la suivante :

« Par la présente, nous vous informons que vous êtes mise à pied en attendant qu'intervienne la décision de la juridiction compétente à qui nous demandons la résiliation de votre contrat de travail.
Cette décision fait suite à une succession d'évènements déjà notifiés par le passé à savoir:
- Un premier avertissement en date du 26 janvier 2010 concernant votre absence lors de votre reprise du travail prévue au terme d'un arrêt de travail.

Cet avertissement signalait également notre difficulté à vous joindre mais aussi le fait qu'à chacune de vos absences, vous ne nous donniez aucune nouvelle.
- Un deuxième avertissement en date du 29 janvier dernier, signalant la réception tardive de votre certificat de travail au sein de nos services.

- Malgré ces deux avertissements et suite à votre dernier arrêt de travail se terminant le 14 février 2010, à ce jour, vous ne vous êtes pas présentée sur votre lieu de travail pour votre reprise prévue le 15 février 2010.
A l'heure actuelle, nous sommes sans nouvelle de votre part. Par conséquent, votre absence est injustifiée et est considérée comme faute grave.

Les faits décrits ci-avant rendent immédiatement et définitivement impossible le maintien de nos relations de travail et justifient la rupture immédiate de votre contrat de travail. »

Dans la requête introductive d'instance, B sàrl. donne des précisions sur les motifs de la mise à pied auxqelles la Cour renvoie.

La Cour constate dans un premier temps que les deux premières absences injustifiées de la salariée ont fait l'objet d'avertissements de la part de la société employeuse.

Il est de principe qu'un employeur qui, après avoir constaté un comportement fautif d'un salarié, lui fait parvenir un avertissement, ne peut invoquer ledit comportement dans le cadre d'un licenciement pour faute grave que s'il est établi d'autres fautes ou faits postérieurs à celui qui a fait l'objet de l'avertissement.

L'employeur ne saurait en effet fonder un licenciement sur un manquement de son salarié qui, à un premier stade, ne lui a pas paru d'une gravité telle qu'il ait jugé utile de recourir à cette ultime mesure.

Ainsi, si le salarié a commis depuis le dernier avertissement une nouvelle faute, l'employeur peut invoquer, en complément de ce nouveau grief, un grief antérieur déjà sanctionné par un avertissement.

Finalement, un manquement ultérieur ne peut justifier une résiliation avec effet immédiat que pour autant que la faute récente constitue, ensemble avec le ou les antécédents, un motif grave de licenciement.

Il s'en suit qu'il incombe à la Cour d'analyser si l'absence de la salariée du 15 février 2010, qui est en fait à l'origine du licenciement, était bel et bien injustifiée et si cette absence ensemble les deux autres absences injustifiées légitimaient un congédiement sans préavis.

A a versé en cause deux attestations testimoniales dont la régularité n'est pas contestée.

A a été en congé de maladie du 21 janvier au 14 février 2010 et à partir du 15 février 2010, ayant été mise à pied le 16 février 2010.

Il résulte d'une attestation testimoniale de E, belle-sœur de A, que le 21 janvier et le 15 février 2010 elle a accompagné l'actuelle appelante chez le médecin et qu'aussi bien le 21 janvier que le 15 février elle a averti au courant de l'après-midi « Madame F » de B sàrl. de l'état de maladie de sa belle-sœur.

Il résulte encore de deux certificats des PTT respectivement du 26 janvier et du 18 février 2010 que A a mis à la poste les deux certificats médicaux, qui ne sont pas contestés parce versés parmi les propres pièces de l'employeur.

Il en suit que l'absence de A à partir du 15 février 2010 était justifiée par son état de maladie.

Concerant les autres faits libellés dans la lettre de licenciement, notamment au point 1., il résulte d'une attestation testimoniale de G du 9 mars 2010 que le 18 janvier 2010, un lundi, A qui ne travaillait normalement pas le lundi, a téléphoné à 8h30 à « Madame F » et que l'après-midi, vers 15 heures, le témoin et A se sont présentées au bureau de « Madame F » où celle-ci a présenté à A un contrat de résiliation d'un commun accord du contrat de travail dont A a refusé la signature parce qu'elle avait besoin de son travail. « Madame F » avait alors dit à A de commencer son travail le lendemain 19 janvier à 8.00 heures.

Les points 1. et 2. sont dès lors contredits par cette attestation testimoniale.

Quant au point 4., les juges de première instance ont à juste titre dit qu'un salarié n'a pas à être disponible pour son employeur pendant ses congés de maladie.

Le point 5. n'est pas établi par l'employeur.

Il en découle que la mise à pied avec effet immédiat pour faute grave du 16 février 2010 n'est pas justifiée et que B sàrl. est à débouter de sa demande en résiliation du contrat de travail.

<u>Quant à la demande reconventionnelle de la salariée</u>

Cette dernière sollicite son maintien dans l'entreprise ainsi que la condamnation de la société employeuse à lui payer ses salaires depuis le 16 février 2010.

Le contrat de travail liant les parties étant un contrat à durée déterminée dont le terme était fixé au 14 mars 2010, la demande de la salariée en maintien dans l'entreprise est sans objet, partant non fondée.

Si la salariée a droit en principe à son salaire jusqu'au 14 février 2010, fin de son contrat à durée déterminée, soit à un mois de salaire, elle reste en défaut de chiffrer sa demande respectivement de verser des pièces permettant à la Cour d'évaluer cette demande, de sorte que cette demande est à rejeter.

A réclame une indemnité de procédure de 2 000 €.

Etant donné qu'il est inéquitable de laisser à charge de la partie appelante l'entièreté des frais non compris dans les dépens, il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 1 000 € sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

B sàrl. demande une indemnité de procédure de 1 000 €.

La demande de la partie intimée en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée, étant donné que la partie déboutée de son action et devant assumer tous les dépens ne peut bénéficier des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Eu égard à l'issue du litige pour la salariée, cette dernière doit être déchargée de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure prononcée à son encontre en première instance.

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 partiellement fondé,

réformant :

dit la demande en résiliation du contrat de travail entre B sàrl. et A non fondée et en déboute,

dit que la demande reconventionnelle de A en maintien dans l'emploi est sans objet, partant non fondée,

dit la demande reconventionnelle de A en paiement d'un mois de salaire non fondée,

Confirme le jugement déféré en ce qu'il a rejeté la demande en requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée,

décharge A de la condamnation en première instance au paiement du montant de 1 000 € à titre d'indemnité de procédure,

condamne B sàrl. à payer à A une indemnité de procédure de 1 000 € sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

rejette la demande de B sàrl. basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne B sàrl. aux frais et dépens des deux instances.