Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du huit décembre deux mille onze.

Numéro 36454 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 L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 13 juillet 2010,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Nicolas BANNASCH, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

appelant par incident,

comparant par Maître Dogan DEMIRCAN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 27 septembre 2011.

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

Par requête du 9 décembre 2009, B a fait convoquer devant le tribunal du travail son ancien employeur A pour lui réclamer suite à son licenciement avec effet immédiat du 28 octobre 2009, qu'il qualifia d'abusif, différents montants indemnitaires.

Embauché par A le 1er juillet 2009 pour réaliser la documentation commerciale du produit GEM destiné à favoriser le « bien-être »sur base d'un contrat à durée indéterminée prévoyant une période d'essai de 12 mois, B prétendit avoir été, suivant certificat de maladie du 26 octobre 2009, incapable de travailler jusqu'au 1er novembre 2009, de sorte qu'au moment du licenciement avec effet immédiat lui notifié le 28 octobre 2008 il aurait dû être protégé contre tout congédiement ; il contesta encore tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs gisant à la base du licenciement.

L'employeur conclut à la régularité du licenciement soutenant que le salarié ne se serait plus présenté à son lieu de travail à Mersch respectivement à Paris depuis le 13 octobre 2009 sans jamais l'avoir averti de son absence ; il formula une demande reconventionnelle portant sur le remboursement des salaires du 24 au 30 septembre 2009 ainsi que du mois d'octobre 2009 (absences injustifiées), sur 8.000 euros payés à titre de commissions avant la signature du contrat de travail et finalement sur la restitution du véhicule de fonction.

Par jugement du 8 juin 2010, le tribunal du travail a déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat de B par A suivant lettre recommandée datée du 28 octobre 2009, condamné A à payer à B la somme de 8.203,04 € sous réserve des retenues fiscales et sociales à opérer par l'employeur, avec les intérêts légaux, condamné A à payer à B la somme de 500 € à titre d'indemnité de procédure, débouté B pour le surplus, déclaré irrecevable la demande reconventionnelle pour autant qu'elle tend au paiement de la somme de 8.000 €, reçu la demande reconventionnelle pour le surplus, l'a déclarée partiellement fondée, partant, condamné B à restituer à A la voiture de fonction Citroën C4 immatriculée ZB 6071 (L), sous peine d'une astreinte de 20 € par jour de retard à compter de la quinzaine qui suit la notification du jugement, débouté A pour le surplus.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail, considérant que B n'avait ni prouvé avoir averti son employeur le premier jour de son incapacité de travailler, ni

la réception par ce dernier du certificat de maladie avant l'envoi de la lettre de licenciement, a décidé que le salarié n'était pas protégé contre le licenciement ; le tribunal a cependant, pour conclure au caractère abusif du licenciement, retenu que la lettre de licenciement ne répondait pas au critère de précision requis par la loi et la jurisprudence et rejeté l'offre de preuve présentée par l'employeur car suppléant à une absence de précision originaire des motifs énoncés.

A a, par acte de l'huissier de justice Pierre BIEL du 13 juillet 2010, régulièrement relevé appel du prédit jugement

Il demande à la Cour de déclarer son appel fondé et, par réformation, de dire que le licenciement avec effet immédiat de B n'est pas abusif ; subsidiairement, lui donner acte qu'il offre de prouver par l'audition de témoins les faits suivants :

« que B ne s'est pas présenté sur son lieu de travail à L-(…), depuis le 24 septembre 2009, sans préjudice quant à la date exacte ;
que B ne s'est en outre pas présenté au bureau de Monsieur A sis à F-(…) depuis le 13 octobre 2009, sans préjudice quant à la date exacte ;
que sur cette même période, B n'est pas joignable sur son téléphone ;
que le sieur A respectivement C ont tenté de joindre par téléphone B en date des 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 26 et 27 octobre 2009 et ce plusieurs fois par jour sans préjudice quant à la date et l'heure exacte ;
que B n'a jamais appelé son employeur sur cette période ;
que B n'a pas développé la documentation pour le produit GEM endéans le délai prévu au contrat à savoir pour le 15 septembre 2009 au plus tard ;
que B n'a pas organisé un premier stage de formation relatif au produit GEM. ».

L'employeur estime qu'il n'y a pas lieu à indemnisation de B du chef du licenciement intervenu en date du 28 octobre 2009, sinon il y aurait lieu de dire que les montants à redevoir au titre d'indemnisation ne peuvent aucunement faire l'objet de retenues fiscales et sociales ;

L'appelant soutient encore, quant aux prétendus arriérés de salaires et indemnités pour congés non pris, qu'il s'est d'ores et déjà acquitté de l'intégralité des montants redus au titre du salaire d'octobre 2009 et des congés non pris, de sorte qu'il y aurait lieu de le décharger de toutes condamnations prononcées à son encontre de ces chefs;

Quant aux demandes reconventionnelles, l'appelant demande de les déclarer fondées et de condamner B à lui payer le montant de 5.712,12 € du chef de l'absence de prestation du salarié à partir du 24 septembre 2009 jusqu'au 28 octobre 2009 inclus, de dire la demande tendant à obtenir paiement du montant de 8.000 € payé au titre d'avance sur commission recevable et fondée, partant de condamner B à lui payer le prédit montant.

L'intimé conclut à la confirmation pure et simple du jugement entrepris.

Il formule encore une offre de preuve par témoins aux fins d'établir sa présence sur le lieu du travail pendant la période litigieuse.

L'appelant conclut à l'incapacité de déposer des témoins cités par le salarié alors qu'ils seraient tous les deux en conflit avec l'appelant dans le cadre de leur relation de travail avec ce dernier.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

I) Protection contre le licenciement

La Cour constate que d'après les certificats médicaux versés le salarié était incapable de travailler à partir du 26.10 2009 jusqu'après le licenciement.

L'intimé prétend, comme en première instance, avoir été en période de maladie dûment portée à la connaissance de son employeur au moment de son congédiement prononcé le 28 octobre 2009 et partant avoir été protégé contre ce dernier.

Or, le salarié reste en instance d'appel toujours en défaut de prouver avoir conformément à l'article L.121-6 du code du travail informé son employeur le premier jour de son incapacité de travailler et lui avoir soumis un certificat médical dans les trois jours.

Au contraire, il résulte des pièces, que l'employeur a réceptionné le certificat médical seulement le 29 octobre 2009, soit en dehors du délai légal de trois jours, de sorte que, par adoption des motifs des premiers juges, le jugement est à confirmer en ce qu'il a retenu qu'au moment du licenciement le salarié n'était pas protégé.

II) Précision des motifs

L'appelant a été engagé en date du 1er juillet 2009 sur base d'un contrat à durée indéterminée prévoyant une période d'essai de 12 mois.

Il a été licencié sans préavis par l'employeur le 28 octobre 2009, dès lors au courant de la période d'essai au motif, entre autres, de son absence au lieu de travail qui, d'après le contrat de travail, se situe à MERSCH, depuis plus d'un mois.

La lettre de licenciement est conçue de la manière suivante :

« (…) nous constatons que :

1) Nous ne vous avons pas vu au Luxembourg depuis plus d'un mois.
2) Vos collègues parisiens ne vous ont non plus pas vu au bureau de l'Avenue Montaigne depuis plus de 10 jours.
3) Vous ne faites aucun rapport professionnel de votre activité que nous considérons jusqu'à ce jour comme inexistante.
4) Le signataire de la présente n'arrive plus à vous joindre, que ce soit par téléphone ou par SMS depuis 10 jours.
5) En conséquence de ce qui précède, et conformément à la loi luxembourgeoise, veuillez considérer cette lettre comme une lettre de licenciement sans préavis ni indemnité, pour faute grave professionnelle.
6) (…). »

Il est de principe qu'un licenciement sans préavis, qui intervient comme en l'espèce dans une période d'essai, doit être motivé de façon précise à l'instar du licenciement avec effet immédiat dans un contrat à durée indéterminée.

Si par adoption des motifs des premiers juges, le jugement est à confirmer en ce qu'il a retenu l'imprécision de certains motifs libellés à la base du licenciement, la Cour retient cependant que le premier motif invoqué répond au degré de précision requis par la loi et la jurisprudence alors que son libellé permet aussi bien au salarié qu'au tribunal de savoir que la faute reprochée au salarié par l'employeur est une absence injustifiée sur une période prolongée de plus d'un mois antérieurement au licenciement prononcé avec effet immédiat le 28 octobre 2009.

Une telle motivation peut encore parfaitement être complétée concernant la date précise du début de l'absence du salarié dans une offre de preuve émanant de l'employeur.

Finalement, à supposer établie l'absence injustifiée invoquée à la base du congédiement de l'intimé, cette absence de plusieurs semaines sans justificatif aucun pour un salarié se trouvant en période d'essai et qui n'est au service de l'employeur que depuis quatre mois, constitue un motif suffisant d'un licenciement avec effet immédiat.

B persiste cependant, en instance d'appel, à contester avoir été absent de son lieu de travail à MERSCH pendant la période litigieuse.

Il entend prouver sa présence au travail par deux attestations testimoniales qui cependant ne sont pas régulières alors que non conformes aux exigences de l'article 402 du nouveau code de procédure civile; ces déclarations écrites n'ont partant aucune valeur probante et doivent être rejetées.

En présence des contestations du salarié quant à son absence, il incombe à l'employeur de prouver la réalité et le sérieux du motif invoqué.

L'employeur ayant formulé une offre de preuve précise et pertinente à cet égard, il échet de l'admettre et de procéder, avant tout autre progrès en cause, à la mesure d'instruction sollicitée et de réserver la question du caractère abusif du licenciement ainsi que du bien-fondé des demandes en dommages et intérêts pour les préjudices matériel et moral allégués par le salarié en attendant le résultat de l'enquête.

III) Montants réclamés par les parties

L'intimé réclame le solde de son salaire du mois d'octobre 2009 ainsi qu'une indemnité pour congé non pris à calculer sur la période d'engagement, tandis que l'appelant réclame reconventionnellement la restitution des salaires versés au salarié pendant sa période d'absence injustifiée.

Etant donné que le bien-fondé de ces demandes est lié au résultat de l'enquête ordonnée ci-avant, il y a lieu de les réserver en attendant le résultat de cette dernière.

En effet, la Cour estime, contrairement au tribunal du travail, que le contrat de travail, qui est un contrat synallagmatique, engendre des obligations réciproques à charge des parties, l'obligation principale du salarié étant celle d'effectuer le travail pour lequel il a été engagé, le corollaire de cette obligation salariale étant pour l'employeur de le rémunérer pour le travail effectué selon l'adage que « tout travail mérite salaire ».

Cependant seul un travail effectif engendre pour le salarié le droit au paiement d'un salaire, de sorte qu'aucune rémunération n'est due à un salarié absent de son lieu de travail sans justificatif depuis plus d'un mois et qui n'a partant effectué aucune prestation génératrice d'un salaire.

Le jugement entrepris doit partant être réformé sur ce point.

L'appelant réclame encore le remboursement d'un montant de 8.000 euros versé au salarié avant la signature et la prise d'effet du contrat de travail, montant

correspondant, d'après l'employeur, au paiement au salarié d'avances sur commissions lui dues sur base du contrat de travail.

Il résulte des pièces versées que ce montant a été transféré au salarié le 5 juin 2009 soit avant l'entrée en service du salarié ; ni l'ordre de transfert du 5 juin 2009 ni l'avis de débit du 2 juillet 2009 ne font référence à un contrat de travail ; il y a lieu de relever ensuite que le contrat de travail du 1er juillet 2009 ne prévoit pas le paiement de commissions ni au titre de salaire ni aux fins de permettre au salarié d'effectuer ses missions contractuelles.

Il suit des considérations qui précèdent que c'est à bon droit que le tribunal du travail a fait application de l'article 25 du code du travail et s'est déclaré incompétent pour connaître de cette demande dès lors que la somme litigieuse de 8.000 euros est étrangère au contrat de travail liant les parties.

Le jugement est à confirmer sur ce point.

Les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile sont à réserver en attendant la fin de l'instruction de l'affaire.

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 les appels principal et incident recevables,

avant tout autre progrès en cause admet Jacques SORDES à prouver par les témoins

1) C, demeurant à F-(…),
2) D, demeurant à L-(…),
3) E, demeurant à L-(…),

le fait suivant :

« B ne s'est pas présenté sur son lieu de travail à MERSCH, (…), entre le 24 septembre 2009 et le 28 octobre 2009. »,

contre-preuve réservée,

commet à ces devoirs d'instruction Madame le conseiller Ria LUTZ,

fixe jour et heure pour **l'enquête au mercredi, 18 janvier 2012 à 9.00 heures,**

fixe jour et heure pour la **contre-enquête au mercredi, 29 février 2012 à 9.00 heures,**

chaque fois en la chambre du conseil dans la salle des enquêtes n° CR.4.28, 4e étage, en les locaux de la Cour Supérieure de Justice à Luxembourg, Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit,

dit que B devra déposer **au plus tard le 1er février 2012** au greffe de la Cour les noms, prénoms et demeures des témoins qu'elle entend faire entendre lors de la contre-enquête,

partant, surseoit à statuer sur le caractère abusif du licenciement ainsi que sur le bien-fondé des demandes respectives des parties,

confirme le jugement entrepris en ce que le tribunal du travail s'est déclaré incompétent par application de l'article 25 du code du travail pour connaître de la demande de l'employeur en remboursement de la somme de 8.000 euros,

réserve les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ainsi que les frais et dépens de l'instance d'appel.