Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quinze novembre deux mille douze.

Numéro 37202 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Nadine TAPELLA, en remplacement de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette, du 4 mars 2011,

comparant par Maître James JUNKER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à F-(…),

intimée aux fins du susdit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 15 mai 2012.

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

B a été au service de A comme serveuse au « Café au Bon vivant » sis à Bonnevoie depuis le 15 février 2009. Le 7 avril 2010, elle a été licenciée avec effet immédiat pour différents motifs plus amplement décrits dans la lettre de licenciement.

Se prévalant du caractère fautif du licenciement, B a, par requête déposée au greffe de la justice de paix de Luxembourg le 8 juin 2010, fait convoquer A devant le tribunal du travail pour entendre déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat intervenu à son encontre le 7 avril 2010 et pour s'entendre indemniser pour le montant total de 13.989,30 euros, soit :

- 3.366,58 euros à titre d'indemnité de préavis,
- 622,72 euros à titre de congé non pris,
- 2.500 euros à titre de dommage moral et,
- 7.500 euros à titre de dommage matériel.

Elle a encore réclamé la délivrance des fiches de salaire de février, mars et avril 2010, sous peine d'astreinte ainsi que le paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

En cours de procédure, B a réduit sa demande en indemnisation du préjudice matériel au montant de 2.553,48 euros, a augmenté celle en paiement d'une indemnité de congé non pris au montant de 943,25 euros et a renoncé à sa demande en remise de fiches de salaire.

Par jugement contradictoire du 26 janvier 2011, le tribunal du travail a déclaré irrecevable la demande de B en paiement d'arriérés de salaire pour avril 2010. Il a déclaré abusif le licenciement du 7 avril 2010 et fondée la demande en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis pour le montant de 3.365,51 euros. Il a dit fondée la demande du chef de préjudice matériel pour le montant de 1.276,73 euros et celle du chef de dommage moral pour le montant de 1.000 euros. Il a dit non fondée la demande en paiement d'une indemnité compensatoire de congé non pris. Il a condamné A à payer à B le montant total de 5.642,24 euros. Il a alloué à B une indemnité de procédure de 750 euros.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a retenu que parmi les différents motifs de licenciement invoqués, seul celui concernant l'absence injustifiée de B de son lieu

du travail le 3 avril 2010 et la non remise d'un certificat de maladie jusqu'au jour de son licenciement répond aux critères de précision requis par la loi.

En ce qui concerne le caractère réel et sérieux de ce motif, il a retenu que les faits que l'employeur avait reçu notification du certificat de prolongation de la maladie le 8 avril 2010, soit le troisième jour de l'absence de B, et que celle-ci n'avait pas averti son employeur le premier jour de son absence, soit le 6 avril 2010, ne constituaient pas une faute suffisamment grave pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

Par exploit d'huissier du 4 mars 2011, A a régulièrement interjeté appel de ce jugement.

Elle conclut par réformation, à entendre dire justifié le licenciement du 7 avril 2010. En ordre subsidiaire, elle conclut à entendre dire que l'intimée n'a pas droit à indemnisation d'un préjudice matériel, sinon à entendre ramener le montant alloué de ce chef à de plus justes proportions et de réduire encore celui accordé à titre de préjudice moral. Elle demande une indemnité de procédure de 1.500 euros.

L'intimée interjette appel incident quant à sa demande du chef de préjudice moral qu'elle évalue à 3.000 euros. Pour le surplus, elle conclut à la confirmation du jugement entrepris. Elle demande également une indemnité de procédure de 1.500 euros pour chacune des deux instances.

Le caractère abusif du licenciement

Au soutien de son appel, A fait valoir qu'à partir du 18 février 2010, B s'est retrouvée en arrêts de travail successifs. Même si, à chaque fois B avait omis de l'avertir de son empêchement, elle aurait toujours reçu les certificats d'incapacité de travail dans le délai légal et elle aurait su que le congé de maladie de sa salariée devait s'achever le samedi 3 avril 2010. Bien que son établissement soit toujours ouvert les samedis et dimanches ainsi que les jours fériés, elle n'aurait reçu aucune information de B quant à une éventuelle prolongation de maladie le 4 avril 2010 ou dans les jours suivants, de sorte qu'elle aurait décidé le 7 avril 2010 de mettre fin au contrat de travail de l'intimée avec effet immédiat. Ce ne serait que le 8 avril 2010 qu'elle aurait reçu un nouvel certificat d'arrêt de travail daté du 30 mars 2010 couvrant la période de maladie allant du 30 mars 2010 au 15 avril 2010.

A argumente que les premiers juges, après avoir constaté que B n'était pas protégée contre le licenciement par le fait de ne pas avoir averti le 6 avril 2010 son employeur de la prolongation de sa maladie, auraient dû de facto déclarer le licenciement justifié. B, par le fait de ne pas avoir averti à temps son employeur, aurait en effet nécessairement désorganisé le bon fonctionnement du café. Ayant été

dans l'ignorance totale de l'état de santé de sa salariée, elle aurait compté sur son retour dès le mardi 6 avril 2010. Elle aurait agi en toute bonne foi, ne sachant pas que sa salariée était à nouveau malade.

Elle formule encore une offre preuve tendant à établir que le café « Au Bon vivant » est en principe ouvert tous les jours de l'année et l'a été les samedi 3 avril 2010, dimanche 4 avril 2010 et lundi 5 avril 2010.

L'appelante A fait encore grief aux premiers juges d'avoir retenu que le certificat médical serait à remettre à l'employeur par le salarié le troisième jour ouvrable au plus tard de l'absence au travail et non pas le troisième jour de maladie du salarié. En l'espèce, le certificat aurait été soumis plus de trois jours après la date de la prolongation de l'incapacité. Dès lors et selon la jurisprudence, le licenciement intervenu le quatrième jour après la fin de l'effet d'un premier certificat serait légitime.

B, de son côté, fait valoir que A a procédé à son licenciement en connaissance de sa maladie et qui ne saurait lui être reproché une absence injustifiée le jour où elle n'avait pas d'obligation de venir travailler. Les attestations versées en cause par l'appelante, outre leur caractère imprécis, seraient encore contredites par ses propres déclarations.

Il résulterait au contraire de l'attestation testimoniale de C que A avait cherché à se débarasser de sa salariée. En ordre subsidiaire, B formule une offre de preuve par témoins tendant à établir la réalité de ses affirmations.

En vertu de l'article L.121-6 du code du travail, le salarié incapable de travailler pour cause de maladie, doit le jour même de son empêchement en avertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci. Le troisième jour de son absence au plus tard, il est obligé de soumettre à l'employeur un certificat attestant de son incapacité de travail et de sa durée prévisible. L'employeur ainsi averti ou en possession du certificat médical prémentionné n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier la résiliation de son contrat de travail.

Il résulte de la lecture de cette disposition légale que le délai de trois jours pour remettre le certificat médical court à partir du premier jour d'absence au travail et non pas, comme le soutient A, à partir du premier jour de la maladie ou du premier jour de la prolongation de la maladie.

En l'espèce, il est constant en cause que B a été en congé de maladie jusqu'au 3 avril 2010 inclus. Il se dégage par ailleurs des attestations testimoniales versées en cause par l'appelante que le « Café Bon vivant » est en principe ouvert tous les

jours de l'année, y compris les jours fériés et qu'il était également ouvert durant le week-end de Pâques du 3 au 5 avril 2010.

Il n'en demeure pas moins qu'il résulte des propres déclarations de A en première instance qu'il n'était pas prévu que B travaille le week-end de Pâques, c'est-à-dire le dimanche 4 avril 2010 et le lundi 5 avril 2010. En instance d'appel A maintient qu'elle comptait sur le retour de sa salariée dès le mardi 6 avril 2010.

Il en suit ainsi que l'a retenu à juste titre le tribunal de travail que le premier jour de la reprise de son travail par B aurait dû être le mardi 6 avril 2010.

Or, B était absente à son lieu de travail le mardi 6 avril 2010 et elle n'établit pas qu'elle en ait averti son employeur le jour même de son absence, voire la veille, de son empêchement.

En effet, il ne ressort pas de l'attestation testimoniale de C que A eût été informée de l'état de maladie de B le 1er jour de l'absence de celle-ci. L'offre de preuve formulée par B à cet égard est à rejeter pour défaut de pertinence, étant donné qu'elle ne tend pas à prouver que A avait été informée par B le premier jour de son absence au travail de son nouveau congé de maladie.

Il se dégage toutefois de l'attestation testimoniale de C ensemble les déclarations de A que celle-ci avait reçu le certificat médical de B le 8 avril 2010, soit le troisième jour d'absence.

S'il se dégage des éléments qui précèdent que B ne bénéficiait en date du 7 avril 2010 pas de la protection spéciale contre le licenciement du fait qu'elle avait omis d'avertir son employeur le premier jour de son absence, il n'en demeure pas moins que A, de son côté, savait que B avait déjà été malade de façon continue depuis le 18 février 2010 et qu'un nouvel arrêt de travail était probable, du moins pas à exclure. Dès lors, le fait que A n'avait pas été informée le premier jour de l'absence du travail de l'incapacité de travailler pour cause de maladie n'avait pas pour effet de désorganiser le bon fonctionnement de son café, même s'il s'agit en l'espèce comme elle soutient d'une petite structure.

S'agissant de surcroît d'un fait unique établi à l'encontre de B, il y a lieu d'en conclure que le licenciement opéré le 7 avril 2010 par A est intervenu de façon intempestive.

Il y a partant lieu et, sans qu'il n'y ait lieu de recourir à une mesure d'instruction complémentaire, de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu le caractère abusif du licenciement.

L'indemnité compensatoire de préavis

B conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a fait droit à sa demande en allocation d'une indemnité compensatoire de préavis pour le montant de 3.365,51 euros, correspondant à deux mois de préavis.

A, en revanche, en se prévalant des dispositions de l'article L.521-4.(5) du code du travail, demande à ce que les indemnités de chômage AER versées par l'Etat français soient déduites du montant alloué à B à titre d'indemnité compensatoire de préavis.

En vertu de l'article L.521-4.(5) du code du travail, le montant des indemnités de chômage que l'employeur est condamné à rembourser au Fonds pour l'emploi est porté en déduction des salaires, traitements ou indemnités que l'employeur est condamné à verser au salarié en application du jugement ou de l'arrêt.

Or, cet article ne trouve pas application à des prestations servies par un organisme étranger.

Il convient dès lors de confirmer encore le jugement entrepris quant à cette demande.

L'indemnisation des préjudices matériel et moral

B conclut encore à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il lui a alloué 1.276,73 euros du chef de préjudice matériel subi. Elle conclut, par réformation à entendre fixer son préjudice moral subi à 3.000 euros.

A conteste les préjudices invoqués tant en leur principe qu'en leurs montants.

Elle fait valoir que lorsqu'un licenciement pour faute grave est déclaré abusif mais que le motif pouvait être invoqué utilement dans le cadre d'un licenciement avec préavis, le salarié ne pourrait se voir allouer ni préjudice matériel ni préjudice moral.

La Cour ne saurait suivre ce raisonnement. En l'espèce, le défaut d'avertir l'employeur le premier jour d'absence, à supposer même qu'il ait pu être utilement invoqué dans le cadre d'un licenciement avec préavis, est sans incidence sur l'indemnisation à laquelle le salarié a droit si le licenciement est, comme en l'espèce, déclaré abusif.

A conteste encore le préjudice matériel allégué par l'intimée au motif que celle-ci ne rapporte pas la preuve d'avoir fait une recherche active, sérieuse et appliquée

d'un nouvel emploi afin de minimiser son dommage. Au contraire, il résulterait des courriers de refus d'embauche versés par B que ceux-ci ont été adressés à l'intimée plus de trois mois respectivement quatre mois après son licenciement. En outre, l'affirmation de B d'avoir adressé son curriculum vitae à des employeurs potentiels, resterait à l'état de pure allégation. En ordre subsidiaire, A demande à réduire la période de référence de 4 à 2 mois.

B résiste au motif que son préjudice est bien réel et que le simple fait qu'elle bénéficie en France d'une allocation d'aide au retour à l'emploi (AER) prouverait à suffisance qu'elle n'a jamais cessé de chercher un travail depuis son licenciement. Elle ajoute que ses recherches d'emploi se sont matérialisées le plus souvent par des candidatures sur le terrain se justifiant par la nature de sa fonction de serveuse.

Le préjudice matériel subi n'est en relation causale directe et nécessaire avec le licenciement abusif que pour autant qu'il se rapporte à une période qui aurait raisonnablement dû suffire pour permettre au salarié licencié de trouver un nouvel emploi.

En l'espèce, il se dégage des pièces versées par B que les courriers de refus d'embauche sont postérieurs de 3 à 4 mois à son licenciement. Il n'en demeure pas moins que les explications fournies quant à la réalité des démarches antérieures sont crédibles au vu notamment du curriculum vitae et de la lettre de motivation versés en cause ainsi que du fait que dès le mois d'avril 2010, C a bénéficié d'allocations d'aide au retour à l'emploi de la part de l'organisme français Pôle emploi.

Eu égard encore à la situation du marché de l'emploi, c'est à juste titre que les premiers juges ont fixé la période de référence à 4 mois et qu'ils ont tenu compte pour le calcul du préjudice matériel de l'indemnité compensatoire de préavis couvrant la perte de revenus survenue au cours des deux premiers mois.

Il y a partant lieu encore de confirmer le jugement sur ce point.

En ce qui concerne l'indemnisation du préjudice moral subi, B demande à l'entendre fixer à 3.000 euros au motif que la rupture du contrat de travail a été des plus brutale, alors que son ancien employeur aurait cherché à se débarrasser d'elle. Elle insiste sur l'atteinte portée à la dignité de sa personne et sur l'incertitude quant à son avenir professionnel.

A en revanche conclut à sa réduction au motif que la crainte quant à son avenir professionnel n'existait pas dans le chef de B en raison de son jeune âge et du secteur d'activité dans lequel elle exerce.

Indépendamment de la question de savoir si au moment du licenciement A était ou non de bonne foi, le licenciement avec effet immédiat a nécessairement causé des craintes dans le chef de B quant à son avenir professionnel.

Eu égard à son jeune âge, mais également à la période d'embauchage relativement courte, il y a lieu de fixer le préjudice moral à 500 euros.

Il y a partant lieu de réformer sur ce point le jugement entrepris.

Il résulte des développements qui précèdent que la demande de B est à déclarer fondée pour le montant total de (3.365,51 + 1.276,73 + 500 =) 5.142,24 euros.

Il y a dès lors lieu de réformer en ce sens le jugement entrepris.

En ce qui concerne les demandes sur base de l'article 240 du NCPC, c'est à juste titre et pour els motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a alloué à B une indemnité de procédure de 750 euros.

Il serait encore injuste de laisser à charge de B l'ensemble des frais par elle exposés en instance d'appel et non compris dans les dépens.

Eu égard à la complexité de l'affaire et des devoirs d'instruction requis, il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 1.000 euros.

A succombant dans la majeure partie de ses moyens d'appel, sa demande en allocation 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 les appels principal et incident ;

dit l'appel incident non fondé ;

dit l'appel principal partiellement fondé ;

dit la demande du chef de préjudice moral fondée pour le montant de 500 euros ;

condamne A à payer à B le montant total de 5.142,24 euros avec les intérêts légaux à partir du 8 juin 2010 jusqu'à solde ;

dit fondée la demande de B en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne A à payer à B une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'appel ;

dit non fondée la demande de A sur base de l'article 240 du NCPC ;

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour ¼ à B et pour ¾ à a avec distraction des frais de l'instance d'appel à Maître James JUNKER et à Maître Alain GROSS qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.