L'assistance judiciaire a été accordé à P.) par la déléguée du Bâtonnier le 20 mars 2008.

Exempt- appel en matière de droit du travail

Audience publique du dix juillet deux mille huit.

Numéro 32965 du rôle.

Composition:

Marie-Jeanne HAVE, président de chambre;
Romain LUDOVICY, premier conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier.

Entre:

P.), demeurant à L- (…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 30 juillet 2007,

comparant par Maître Filipe VALENTE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) **la société en commandite simple S.) s. à r. l. & Cie s. e. c. s. ,** établie et ayant son siège social à L- (…)
représentée par son gérant actuellement en fonctions.

intimée aux fins du prédit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Andrée BRAUN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, et pour autant que de besoin par le Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'Emploi,

intimé aux fins du prédit exploit TAPELLA,

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

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 2 juin 2006, **P.)**, estimant avoir été abusivement licenciée avec préavis par son employeur, la société en commandite simple **S.)** s. à r. l. & Cie s.e.c.s., a saisi le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de voir condamner ce dernier à lui payer du chef de licenciement abusif la somme de 48.020 € à titre de réparation des préjudices matériel et moral, du chef d'indemnité de départ le montant de 1.085 € , ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.250 €.

Le tribunal du travail de Luxembourg, après avoir admis par jugement du 21 décembre 2006 l'employeur à établir par témoins les faits gisant à la base du licenciement, a, par jugement subséquent du 21 juin 2007, déclaré le licenciement abusif et condamné la défenderesse à verser à la requérante à titre de réparation des préjudices matériel et moral la somme de 2.356,74 € (356,74 € à titre de préjudice matériel et 2.000 € à titre de préjudice moral), avec les intérêts légaux à partir de la demande jusqu'à solde. Il a rejeté sa demande en allocation d'une indemnité compensatoire pour jours de congé non pris présentée en cours d'instance et lui a donné acte qu'elle renonçait à se voir allouer l'indemnité de départ payée entre temps. Il a encore condamné l'employeur à payer à l'ETAT du Grand- Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, sur base de l'article L.521- 4. du Code du travail, la somme de 1.802,94 € avec les intérêts

légaux à partir du jugement jusqu'à solde et à supporter les frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier du 30 juillet 2007, **P.)** a régulièrement interjeté appel contre le jugement et conclut, par réformation partielle de la décision, à se voir allouer à titre de réparation des préjudices matériel et moral les montants de respectivement 1.943,76 et 20.000 € et du chef d'indemnité compensatoire pour des jours de congé non pris en 2005 et 2006 la somme de 427,87 €. Elle réclame encore une indemnité de procédure de 1.500 €.

La société intimée interjette régulièrement appel incident et demande à la Cour, par réformation, de déclarer le licenciement régulier. Elle conclut en ordre subsidiaire à la confirmation du jugement en ce qui concerne les montants alloués à titre de réparation du préjudice subi par l'appelante. Quant à la demande en allocation d'une indemnité compensatoire pour jours de congé non pris en 2005, elle demande à la Cour de la déclarer irrecevable pour être nouvelle en appel, sinon de la déclarer prescrite. Elle conclut à la confirmation du jugement en ce que le tribunal a rejeté la demande relative à l'année 2006.

L'ETAT du Grand - Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, conclut principalement, sur base de l'article L.521-4. du Code du travail, à la condamnation de l'employeur et subsidiairement à celle de la salariée à lui rembourser les indemnités de chômage versées à cette dernière à hauteur de la somme de 16.705,02 € (février 2006 à septembre 2007), avec les intérêts légaux tels que de droit.

1. La régularité du licenciement.

Il ressort tant des auditions effectuées dans le cadre de l'enquête du 12 février 2007 que des pièces versées que l'employeur avait, par lettre du 19 août 2005 informé la salariée qu'elle devrait, en sa qualité de femme de charges, à partir du 15 septembre 2005 prester des heures de travail après 19 heures et devant le refus de cette dernière, reporté la date d'entrée en vigueur du nouvel horaire. L'employeur avait par la suite soumis le 1er octobre 2005 à la salariée un plan de travail manuscrit portant sur les semaines des 3 au 7 et 10 au 15 octobre 2005. Il était ainsi prévu que **P.)** travaillerait de 16 - 20 heures les journées des 3 au 6 octobre 2005 et de 20 à 24 heures les vendredi 7 et lundi 10 octobre 2005. (pièce 3 de la farde II de Maître Andrée Braun). Il est établi que la salariée s'est conformée à ce nouvel horaire du travail en ce qu'elle est notamment venue travailler le 7 octobre 2005 à l'heure lui imposée par l'employeur, de même qu'elle a également travaillé de 20 à 24 heures la journée du lundi 10 octobre suivant.

C'est partant à bon droit que le tribunal du travail a conclu au caractère abusif du licenciement avec préavis prononcé par lettre du 7 octobre

2005, licenciement basé sur les refus antérieurs de la salariée d'accepter la modification de son nouvel horaire de travail, alors qu'il aurait

appartenu à l'employeur, qui avait le 1er octobre 2005 dressé un plan de travail prévoyant notamment l'obligation pour la salariée de travailler le 7 octobre 2005 après 20 heures, et avant de prendre une décision quelconque quant à la continuation des relations de travail entre parties, de vérifier si la salariée allait respecter le planning lui imposé et, le cas échéant, de sanctionner son refus, mais non pas de la licencier intempestivement le 7 octobre 2005, partant à un moment où elle avait jusque - là respecté l'horaire de travail tel qu'il ressortait du planning du 1er octobre 2005, la salariée ayant de surcroît presté son travail les 7 et 10 octobre de 20 à 24 heures.

La Cour souligne à titre superfétatoire que l'employeur a relevé lui-même dans la lettre de motivation du licenciement du 14 novembre 2005 que la salariée avait respecté le nouvel horaire de travail, raison pour laquelle il lui a proposé de considérer le licenciement comme nul et non avenu et de la réintégrer.

L'appel incident de la société est à rejeter, le licenciement avec préavis n'ayant pas reposé sur une cause réelle et sérieuse, de sorte qu'il a, à juste titre, été déclaré abusif par le tribunal.

2. L'indemnisation.

Le tribunal du travail a fixé à deux mois à courir à partir de la fin des relations de travail la période durant laquelle le préjudice matériel subi par la salariée s'est trouvé en relation causale avec le licenciement.

Tandis que l'appelante demande à voir fixer la période de référence à douze mois, la société intimée conclut à la confirmation de ce volet du jugement et soutient que la salariée n'a pas entrepris d'efforts sérieux dans la recherche d'un nouvel emploi. Elle fait encore valoir qu'elle lui avait proposé de la réintégrer.

Le tribunal du travail a fixé à 2.000 € le dommage moral de la salariée. Cette dernière entend voir fixer ce dernier à 5.000 € et réclame en outre à titre de préjudice d'agrément la somme de 15.000 € en faisant valoir qu'elle a subi une dépression en raison du licenciement intervenu, de sorte qu'elle n'aurait pas non plus été en mesure de rechercher activement un nouvel emploi. La société intimée conteste toute relation causale entre les problèmes de santé de l'appelante et le licenciement.

S'il est certes vrai que la salariée verse plusieurs certificats médicaux établis par un médecin - généraliste qui atteste que cette dernière est soignée depuis le 12 octobre 2005 pour une dépression nerveuse due au licenciement qu'elle considère comme abusif et arbitraire, la Cour se doit cependant de relever que **P.)** ne peut faire valoir aucun motif légitime qui l'aurait empêchée d'accepter la

proposition que l'employeur lui a faite dans la lettre de motivation du 14 novembre 2005 de la réintégrer, proposition qu'il lui a faite à un moment

où il la savait en congé de maladie, de sorte qu'en cas d'acceptation de cette offre, la salariée n'aurait subi aucun préjudice matériel. Il ressort encore des éléments du dossier que l'employeur, confronté au refus de la salariée de voir changer son horaire de travail, s'est montré patient envers cette dernière en ce qu'il a, à plusieurs reprises, reporté la date d'entrée en vigueur du nouvel horaire et exprimé dans la lettre de motivation du licenciement sa satisfaction quant à la qualité du travail effectué jusque - là par la salariée, de sorte que cette dernière aurait par le biais de l'annulation du licenciement et de sa réintégration subséquente dans l'entreprise contribué à limiter son préjudice.

La Cour estime dans ces conditions que les montants alloués par la juridiction de première instance à la salariée à titre de réparation des préjudices matériel et moral, non critiqués par l'intimée, réparent adéquatement tous les volets du préjudice dont **P.)** fait état, de sorte que l'appel principal n'est pas fondé de ce chef.

3. L'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris.

L'appelante demande de se voir allouer une indemnité compensatoire équivalant à 37 heures de congé non pris en 2005 et 5 heures en 2006.

C'est tout d'abord à tort que la société conclut à l'irrecevabilité de la demande relative à l'année 2005 pour être nouvelle en instance d'appel, étant donné que cette demande a été rejetée par le tribunal qui a partant eu à en connaître.

La décision de rejet du tribunal est motivée par le fait que la salariée est restée en défaut de rapporter la preuve du report du congé qui serait partant prescrit.

La fiche de salaire du mois de janvier 2006 fait cependant état d'un report de 37 heures de travail reconnues par l'employeur qui a partant accepté de reporter à l'année 2006 le solde des congés de l'année 2005, renonçant ainsi à faire valoir la prescription tirée de l'article L.233-10. du Code du travail.

La demande de **P.)** qui travaillait 24 heures par semaine est partant fondée pour la somme réclamée de (37 x 10,187 € =) 376,93 €.

Quant à l'année 2006, l'appelante soutient avoir droit au paiement d'un solde de 5 heures de congé non pris pour la période du 1er au 15 février 2006 et réclame de ce chef la somme de 50,94 €.

Aux termes de l'article L.233-12. du Code du travail, lorsque le contrat de travail prend fin dans le courant de l'année, le salarié a droit à un

douzième de son congé annuel par mois de travail entier. Les fractions de mois de travail dépassant quinze jours de calendrier sont comptées comme mois de travail entier.

Il s'ensuit que l'appelante n'a pas droit à une indemnité compensatoire pour le mois de février 2006, les relations de travail ayant cessé le 15 février 2006.

4. Le recours de l'ETAT.

Le jugement est à confirmer en ce qu'il a dit fondée sur base de l'article L.521-4. du Code du travail la demande de l'ETAT du Grand- Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, dirigée contre l'employeur pour la somme de 1.802,94 €.

5. L'indemnité de procédure.

P.) conclut à la condamnation de la société à lui payer une indemnité de procédure de 1.500 €.

Sa demande n'est pas fondée, étant donné qu'elle bénéficie de l'assistance judiciaire et n'aura pas à supporter de frais non compris dans les dépens et qu'elle ne pourra pas récupérer.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat chargé de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel incident de la société en commandite simple **S.)** s. à r. l. & Cie s.e.c.s. non fondé,

dit l'appel principal de **P.)** partiellement fondé,

réformant:

condamne la société en commandite simple **S.)** s. à r. l. & Cie s.e.c.s. à payer à **P.)** une indemnité compensatoire de 376,93 €, pour les jours de congé non pris en 2005, en sus les intérêts légaux à courir à partir du 24 mai 2007 jusqu'à solde,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

rejette la demande de **P.)** basée sur l'article 240 du NCPC,

condamne chaque partie pour moitié aux frais et dépens de l’instance d’appel et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Filipe Valente, Georges Pierret et Andrée Braun, avocats constitués, sur leurs affirmations de droit.