**Exempt – appel en matière de droit du travail**

**Audience publique du quatre décembre deux mille huit.**

Numéro 32895 du rôle.

Composition:

Marie-Jeanne HAVE, président de chambre;
Astrid MAAS, conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier

**Entre:**

**A,** ouvrier, demeurant à F-

**appelant** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 23 août 2007,

**comparant par Maître Charles UNSEN,** avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**et:**

**la société anonyme B,** établie et ayant son siège social à B-4053 Chaudfontaine, 73, rue Joseph Dupont, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins du prédit exploit CALVO,

**comparant par Maître François PRUM,** avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

## LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée en date du 8 mars 2007, A a fait convoquer la société anonyme B S.A. devant le tribunal du travail de Luxembourg pour entendre dire irrégulier et abusif son licenciement avec préavis du 6 mars 2006 pour être intervenu en période de maladie. Il réclamait 2.893,04 € à titre de réparation du préjudice matériel, des allocations familiales de 1.200 € ainsi que 2.000 € du chef de préjudice moral et 500 € à titre d'indemnité de procédure.

La société anonyme B S.A. formulait une demande reconventionnelle tendant au remboursement des salaires du 1er avril au 14 mai 2006 ainsi que de l'indemnité compensatoire de congé non pris.

Par jugement du 13 juillet 2007, le tribunal du travail de Luxembourg a déclaré régulier le licenciement de A et l'a débouté de ses demandes en indemnisation.

Pour le surplus, le tribunal du travail a fixé l'affaire à une audience ultérieure pour permettre à la société anonyme B S.A. de préciser la base juridique de sa demande en remboursement des salaires des mois d'avril et mai 2006 ainsi que de l'indemnité compensatoire de congé non pris.

Contre ce jugement, A a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier de justice du 23 août 2007.

Il demande à la Cour, par réformation du jugement entrepris, de déclarer le licenciement avec préavis du 6 mars 2006 abusif et de lui allouer les montants réclamés en première instance.

La société anonyme B S.A. interjette appel incident et demande la réformation du jugement entrepris en ce qu'il a, au lieu de déclarer la demande reconventionnelle fondée pour la somme de 4.964,96 €, fixé l'affaire pour continuation des débats à une audience ultérieure.

Elle réitère en outre son moyen de défense tiré de l'exception de transaction pour tenir en échec la demande de l'appelant, moyen improprement qualifié d'appel incident.

### Les faits

A fut engagé par la société anonyme B S.A. par contrat à durée indéterminée du 1er janvier 2006 avec une période d'essai de 6 mois.

Suivant lettre recommandée du 16 janvier 2006, il lui fut adressé un avertissement pour absence injustifiée depuis le 11 janvier 2006.

Par lettre recommandée du 6 mars 2006, l'employeur a mis fin à son contrat de travail moyennant préavis de 24 jours, prenant cours le 6 mars 2005 et expirant le 30 mars 2006.

- **quant à l'exception de transaction**

Il convient pour des raisons de logique juridique de toiser d'abord le moyen de l'exception de transaction.

A conteste l'existence d'une transaction entre parties.

Aux termes de l'article 2044 du code civil « *la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née…Ce contrat doit être rédigé par écrit »*

Bien qu'il n'existe pas d'écrit en l'espèce, la société anonyme B S.A. est d'avis que la réalité de la transaction résulte à suffisance de l'échange de courrier entre elle-même et l'OGBL agissant au nom et pour compte de A et formule pour autant que de besoin une offre de preuve par témoins.

La transaction n'est pas un contrat solennel, nul en l'absence d'écrit. L'écrit n'est en effet pas exigé pour la validité du contrat de transaction dont l'existence peut être établie selon les modes de preuve prévus en matière de contrats par les articles 1341 et suivants du code civil.

Les courriers dont se prévaut la société anonyme B S.A. sont de la teneur suivante :

Dans une lettre du 24 mars 2006, l'OGBL se disant le conseil de A, conteste le licenciement intervenu, mais propose, afin d'éviter une procédure en justice ce qui suit :

« - *paiement du restant du préavis par une indemnité compensatoire de préavis égale à la durée du préavis restant à courir du 30 mars 2006 au 14 mai 2006, calculé sur la moyenne de la rémunération des six mois qui précèdent ;*

- *paiement d'une indemnité de réparation pour résiliation abusive, correspondant à un mois de salaire, calculé sur la moyenne de la rémunération des six mois qui précèdent ;*

*- les deux paiements sont à faire au NET, vu que vous avez la possibilité dans ce cas de demander l'exemption d'impôts conformément à l'article 115-9 L.I.R. ».*

Dans sa lettre (non datée) adressée directement à A, la société anonyme B S.A. propose ce qui suit :

« *- préavis du 15 mars au 14 mai 2006 ;*

*- paiement d'une indemnité compensatoire égale à la durée du préavis restant soit du 1er avril au 14 mai.* »

Le 3 mai 2005, elle transmet copie de ce courrier à l'OGBL en précisant :

« *Le courrier qui a été adressé à Monsieur A, dont une copie est annexée, a été établi en accord avec ce dernier.*

*L'indemnité de réparation pour résiliation éventuelle abusive a été négociée par une non-prestation du préavis ».*

Par courrier du 21 juin 2006, l'OGBL conteste au nom de A le prédit accord et insiste sur le paiement de l'indemnité de réparation pour résiliation abusive correspondant à un mois de salaire.

Dans sa lettre de réponse du 4 juillet 2006 la société anonyme B S.A. maintient sa position par rapport au prétendu accord relatif à l'indemnité pour éventuel licenciement abusif. Pour le surplus, elle affirme avoir payé l'indemnité de préavis pour la période restant à courir jusqu'au 14 mai 2006 inclus ainsi que le solde de 72 heures de congé, soit la somme de 1.295,81 € brut.

Contrairement à ce que le soutient la société anonyme B S.A. l'échange de courrier entre parties n'est pas de nature à prouver que les parties avaient trouvé un accord pour mettre un terme au litige, les parties adoptant des vues divergentes par rapport à l'indemnité pour rupture abusive du contrat.

La société anonyme B S.A. réitère alors son offre de preuve tendant à établir par l'audition de Madame C que les parties s'étaient mises d'accord pour arranger le prétendu licenciement abusif extrajudiciairement.

C'est à bon droit que cette offre de preuve a été déclarée irrecevable.

La prétendue transaction portait sur un montant supérieur à 2.500 €. Conformément aux articles 1341 et 1347 du code civil, l'offre de preuve ne serait dès lors admissible que s'il existait un commencement de preuve par écrit en précisant que l'écrit invoqué pour valoir commencement de preuve

par écrit doit être personnel à celui auquel on l'oppose, soit qu'il émane de lui, soit de celui qui le représente ou de celui qui l'a représenté et rendre vraisemblable le fait allégué.

Tel n'est pas le cas en l'espèce, les courriers émanant de l'OGBL témoignant de la volonté du salarié de ne pas accepter l'accord tel que proposé par la société anonyme B S.A.

La preuve de l'existence d'une transaction n'étant dès lors pas rapportée, c'est à bon droit que la demande de A a été déclarée recevable.

- **quant à la protection de l'article L. 121-6 du Code du travail**

A fut licencié par lettre recommandée du 6 mars 2006.

Il conteste la régularité de ce licenciement soutenant qu'il serait intervenu en période de protection en cas d'incapacité de travail du salarié.

L'article L. 121-6 (1) du Code du Travail dispose que « *le salarié, incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident, est obligé, le jour même de l'empêchement d'en avertir personnellement ou par personne interposée, l'employeur ou le représentant de celui-ci.*

*L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail, ou le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable.*

*La résiliation du contrat de travail effectuée en violation de ces dispositions est abusive. »*

A se prévaut d'un certificat de maladie attestant une incapacité de travail du 6 mars au 15 mars 2006.

La lettre de licenciement a été remise à la poste le 6 mars 2006 à 16.00 heures ainsi qu'en témoigne le tampon dans le livret des envois recommandés de la société anonyme B S.A.

A verse une attestation testimoniale émanant de son épouse dans laquelle celle-ci affirme avoir remis le certificat médical en mains propres à la responsable du personnel Madame C le 6 mars 2006 vers 10.00 heures du matin.

Cette affirmation est contredite par l'attestation testimoniale de Madame C qui déclare : « *L'épouse de M. A m'a remis la prolongation de l'incapacité de travail datée du 6 mars 2006 après 16 heures. La lettre de licenciement*

*du 6 mars 2006 a quitté les locaux du bureau par porteur entre 14 et 15 heures*. »

En présence de ces dépositions contradictoires, et en l'absence d'éléments extérieurs devant faire prévaloir une version sur l'autre, ces dépositions se neutralisent mutuellement et l'issue du procès se règle au niveau de la charge de la preuve : celui qui devait rapporter la preuve d'un fait concret sera considéré comme ayant failli dans sa preuve et succombera (Thierry Hoscheit, Chronique de droit judiciaire privé, Les témoins, Pasicrisie 32, page 19)

Le salarié incapable de travailler pour cause de maladie étant obligé, le jour même de l'empêchement d'en avertir personnellement ou par personne interposée, l'employeur ou le représentant de celui-ci, la charge de la preuve pèse sur celui-ci de sorte qu'il faut constater que A a failli dans sa preuve.

Il est vrai qu'il offre à l'heure actuelle de prouver « *qu'en date du 6 mars 2006, vers 9.30 heures, l'épouse du sieur A, la dame A….a téléphoné à la société B pour l'avertir de la maladie de son époux…* »,

Si l'avertissement visé à l'article L.121-6 (1) du Code du travail peut être effectué oralement, il n'en reste pas moins que l'offre de preuve n'est ni pertinente, ni concluante, A restant en défaut de préciser l'identité de la personne qui aurait été avertie par la voie téléphonique.

Or, selon l'article L.-121-6 (1) du Code du travail, c'est l'employeur lui-même ou le représentant de celui-ci qui doit être averti.

L'offre de preuve ne tendant dès lors pas à rapporter la preuve que l'employeur avait dûment été informé de l'empêchement avant d'expédier la lettre de licenciement, il y a lieu de la rejeter.

C'est encore à tort que A s'empare des termes « *le jour même de l'empêchement »* de l'article L.-121-6 (1) du Code du travail pour soutenir qu'il avait jusqu'au 6 mars 2006, 18.00 heures, pour avertir son employeur de la prolongation de sa maladie.

La présence au lieu de travail constitue pour le salarié une obligation de résultat. Le sens de l'article L. 121-6 du Code du travail est que le salarié, empêché de se rendre au lieu de travail pour cause de maladie, a l'obligation d'en avertir le plus tôt possible son employeur afin de permettre à celui-ci de prendre les dispositions nécessaires pour pourvoir à son remplacement et organiser la répartition des tâches. Ce principe ne souffre pas d'atténuation en cas de prolongation de maladie (tel fut le cas en l'espèce, A ayant remis un premier certificat de travail pour la période du 1er

au 5 mars 2006) le droit de l'employeur de savoir si oui ou non le salarié reprend le travail à l'expiration du certificat de maladie, étant légitime.

Comme A est resté en défaut d'établir avoir averti son employeur de son incapacité de travail au courant de la matinée du 6 mars 2006, avant l'expédition de la lettre de licenciement à 16.00 heures, l'employeur, sans nouvelles de son salarié, était en droit de poster la lettre de licenciement à 16.00 heures sans contrevenir aux dispositions de l'article L. 121-6 du Code du travail.

- **quant au licenciement**

A fut engagé suivant contrat de travail à durée indéterminée du 1er janvier 2006, le contrat stipulant toutefois que « *les 6 mois suivant la date du début de l'exécution du présent contrat de travail sont à considérer comme période d'essai, régie par les dispositions légales afférentes »*

Aux termes de l'article L-121-5 (4) alinéa 2 du Code du travail « … *il peut être mis fin au contrat à l'essai dans les formes prévues aux articles L.124-3 et L. 124-4 ; dans ce cas, le contrat prend fin à l'expiration d'un délai de préavis qui ne peut être inférieur…à quatre jours par mois d'essai convenu au contrat sans pouvoir être inférieur à quinze jours et sans devoir excéder un mois ».*

En mettant fin au contrat de travail par lettre recommandée du 6 mars 2006 avec un préavis de 24 jours prenant cours le 6 mars et expirant le 30 mars 2006, B S.A. a suffi aux exigences légales.

S'agissant d'un licenciement avec préavis, le moyen de A que consistant à soutenir que « *le défaut d'information de la prolongation de l'incapacité de travail pour cause de maladie en tant que fait unique et en l'absence d'autres circonstances ne constituerait pas un motif grave justifiant le congédiement avec effet immédiat »* manque de pertinence et doit être rejeté.

- **quant aux allocations familiales**

A demande, par réformation, de condamner B S.A. à lui payer la somme de 1.200 € du chef d'allocations familiales du mois de juin 2006 qui lui auraient été refusées par la Caisse nationale des prestations familiales.

Les allocations familiales étant payées par la Caisse nationale des prestations familiales, la Cour ordonne la réouverture des débats pour permettre aux parties d'examiner la compétence d'attribution des juridictions du travail au regard des dispositions de l'article 25 du Nouveau code de procédure civile pour connaître de ce chef de la demande.

- **quant à l'appel incident**

B S.A. a interjeté appel incident en ce que le jugement entrepris n'a pas purement et simplement déclaré la demande reconventionnelle recevable et fondée pour le montant total de 4.964,96 €.

Dans le dispositif de son jugement du 13 juillet 2007, le tribunal du travail a retenu :

« *avant tout autre progrès en cause :*

*Renvoie le dossier aux parties pour permettre à B S.A. de préciser la base juridique sur laquelle elle demande le remboursement du salaire du mois d'avril, du mois de mai 2006, ainsi que de l'indemnité compensatoire de congé non pris et pour permettre à A de prendre position quant à cette demande ».*

La Cour ordonne de même la réouverture des débats pour permettre aux parties de prendre position par rapport à la recevabilité de l'appel incident au vu des dispositions des articles 579, 580 et 355 du nouveau code de procédure civile.

En attendant, il y a lieu de réserver les demandes en allocation d'une indemnité de procédure formulées de part et d'autre ainsi que les frais.

**PAR CES MOTIFS:**

La Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat commis à ces fins,

reçoit l'appel principal et le dit d'ores et déjà partiellement fondé ;

**confirme** le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré régulier le licenciement du 6 mars 2006 et rejeté les demandes en indemnisation ;

ordonne la réouverture des débats pour permettre aux parties d'examiner, au vu de l'article 25 du Nouveau code de procédure civile, la compétence d'attribution des juridictions du travail pour connaître de la demande en paiement des allocations familiales ainsi que de prendre position par rapport à la recevabilité de l'appel incident au vu des dispositions des articles 579, 580 et 355 du nouveau code de procédure civile ;

renvoie l’affaire devant le magistrat de la mise en état ;

réserve les demandes respectives des parties en allocation d’une indemnité de procédure ainsi que les frais.