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

**Audience publique du vingt-six janvier deux mille douze**

Numéro 37118 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, premier conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier;

**Entre:**

**la société anonyme SOC.1.) S.A.,** établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch du 10 février 2011,

**comparant par Maître Monique WATGEN,** avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**et:**

**D.),** demeurant à L-(…),

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

**comparant par Maître Claude SPEICHER,** avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

---

## LA COUR D'APPEL:

Par arrêt du 8 juillet 2010, la Cour d'appel a, par réformation du jugement du tribunal du travail de Diekirch du 9 novembre 2009, annulé la mise à pied du 29 mai 2009 prononcée par la société anonyme SOC.1.) à l'encontre de la salariée en état de grossesse médicalement constatée D.) et dit non fondée la demande en résiliation du contrat de travail.

Exposant que l'employeur avait procédé à la désaffiliation de la salariée dès le 16 mai 2009, D.) a réclamé par requête du 15 juillet 2010 les arriérés de salaire de mai 2009 à juin 2010 à hauteur de 24.975,22 € et une indemnité compensatoire de congé non pris en 2009 de 2.334,46 € de même qu'à se voir remettre les fiches de salaire de mai 2009 à juin 2010, la fiche non périodique concernant le congé de 2009 et la condamnation de la société à la réaffilier à partir du 16 mai 2009.

Par requête du 31 août 2010, elle a encore conclu à la condamnation de la société à lui payer la somme de 36.006,01 € du chef de différentes indemnités et dommages-intérêts, de même qu'à se voir remettre les fiches de salaire de juillet à août 2010 et la fiche non périodique concernant le congé de 2010.

Par jugement du 10 janvier 2011, le tribunal du travail de Diekirch a constaté que suite à l'arrêt intervenu, l'employeur avait, sur demande de la salariée, refusé au mois d'août 2010 qu'elle reprenne le service et qu'elle avait entre temps signé au mois de mai 2010 un contrat de travail avec la société anonyme SOC.2.).

Il a donné acte à la requérante qu'elle réservait le volet de la demande en arriérés de salaire concernant la période du 14 novembre 2009 au 9 avril 2010 correspondant au congé de maternité et s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande en réaffiliation. Il a pour le surplus condamné la société à payer à D.) du chef d'arriérés de salaire couvrant la période du 29 mai 2009 au 4 août 2010 la somme de 15.833,35 €, du chef d'indemnité compensatoire de préavis non respecté celle de 8.276,32 € et du chef d'indemnité de départ celle de 2.069,08 € de même que les montants de 1.307,30 € et 1.395,33 € à titre d'indemnité compensatoire pour congé non pris en 2009 et 2010. Il a condamné la société à remettre à la requérante les fiches de salaire de mai 2009 à août 2010 sous peine d'une astreinte de 25 € par jour de retard, l'astreinte étant plafonnée à 900 € et à verser à la requérante une indemnité de procédure de 1.000 €.

Il a rejeté la demande reconventionnelle de la société qui avait fait grief à la salariée de ne pas avoir respecté le délai de préavis d'un mois et réclamé de ce chef une indemnité compensatoire de 2.069,08 €.

Il a déclaré le jugement commun à l'Etat du Grand - Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, qui n'avait pas de revendications à formuler et condamné la société aux frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier du dix février 2011, la société anonyme SOC.1.) a régulièrement interjeté appel contre le jugement du 10 janvier 2011. Elle conclut à se voir décharger de toutes les condamnations prononcées à son encontre et se voir allouer une indemnité de procédure de 1.250 €.

D.) conclut à la confirmation du jugement en ce que le tribunal du travail a prononcé des condamnations du chef d'arriérés de salaire, d'indemnités compensatoire de préavis non respecté et de congé non pris en 2009 et 2010, d'indemnité de départ et de remise des fiches de salaire. Elle conclut, par voie d'appel incident, à se voir allouer du chef de la réparation du dommage matériel et moral les sommes respectives de 3.638,64 € et 20.000 € et d'indemnité de procédure la somme de 2.500 €. Elle réitère sa demande en condamnation de la société à la réaffilier auprès du centre commun de la sécurité sociale. Elle demande à voir confirmer le jugement qui a rejeté la demande reconventionnelle de la société et à se voir allouer une indemnité de procédure de 3.500 € pour l'instance d'appel.

Discussion

La Cour rappelle que la période prise en compte par le tribunal du travail comprend celle du 29 mai 2009, début de la mise à pied, au 13 novembre 2009, de même que celle du 10 avril au 4 août 2010, la période intermédiaire du 14 novembre 2009 au 9 avril 2010 correspondant au congé de maternité ayant été réservée par la juridiction du premier degré.

Cette dernière a retenu à bon droit que suite à l'annulation de la mise à pied et du rejet de la demande de l'employeur en résiliation du contrat de travail, cette annulation opère ab initio, à savoir à partir de la mise à pied et que l'employeur ne saurait s'opposer au paiement des arriérés de salaire entre temps échus du fait pour la salariée de ne pas avoir effectué de prestations de travail, étant donné que l'empêchement de fournir la contre-prestation au salaire était étranger à la personne de la salariée et reposait sur la volonté de l'employeur de voir résilié le contrat de travail, demande qui a en fin de compte été rejetée par la Cour d'appel. La salariée qui n'avait pas demandé devant le magistrat compétent le maintien de son salaire en attendant le sort à réserver à la demande en résolution est partant en droit de le réclamer à partir de la mise à pied.

La date du 4 août 2010 correspond à celle où l'employeur a, selon le tribunal du travail, procédé au licenciement oral de la salariée.

La société soutient que la fin des relations de travail est à situer au 17 mai 2010, date d'entrée en fonctions de l'intimée auprès de la société SOC.2.). Elle fait valoir que la salariée a démissionné de son poste de travail par le fait d'avoir accepté un nouvel emploi auprès d'une autre société et réclame en outre dans la motivation de ses conclusions du chef du non-respect du préavis légal l'équivalent de deux mois de salaire.

L'intimée déclare avoir accepté un emploi auprès de la société SOC.2.) à partir du 17 mai 2010 à raison de 32 heures par semaine. Elle fait valoir ne pas avoir de ce fait implicitement démissionné de son poste de travail et souligne s'être présentée à deux reprises auprès de SOC.1.) pour reprendre du service, une première fois le 13 juillet 2010, partant cinq jours après le prononcé de l'arrêt, puis le 4 août 2010, accompagnée d'un huissier de justice. Elle aurait à deux reprises essuyé un refus de la part du responsable P.) de reprendre son poste de travail.

C'est à bon droit et par une motivation que la Cour adopte que le tribunal du travail a retenu que la salariée n'avait pas démissionné de son poste de travail en signant un nouveau contrat de travail avec un autre employeur, cette dernière ayant dû, dans l'attente de l'arrêt de la Cour du 8 juillet 2010, subvenir à ses besoins. Même si le salarié dispose de la faculté de requérir le maintien du salaire en attendant le sort réservé à la demande de l'employeur en résiliation du contrat de travail, il n'est pas tenu de le faire.

La salariée n'ayant pas démissionné, la demande reconventionnelle de la société en allocation d'une indemnité compensatoire de préavis de deux mois de salaire non respecté est à rejeter.

La salariée a été licenciée oralement par le responsable P.) le 4 août 2010 en les termes suivants : « Vous n'avez plus le droit d'entrer chez moi. Vous ne travaillez plus chez moi » Ces déclarations ont été actées par l'huissier de justice Georges Weber dans le procès-verbal de constat du 4 août 2010. (farde de 11 pièces de l'intimée, numéro 1) Ces constatations de l'huissier de justice, d'ailleurs non contestées quant à leur véracité par l'appelante, dénotent dans son chef sa volonté claire et précise de rompre toute relation de travail entre parties au plus tard à partir de ce 4 août 2010, même si l'appelante est d'avis que cette rupture des relations avait déjà eu lieu antérieurement sur initiative de la salariée.

Ce licenciement avec effet immédiat a été prononcé en-dehors des conditions de forme et de fond prévues par l'article L. 124-10.(3) du Code du travail et doit partant être déclaré abusif.

L'indemnisation

Les arriérés de salaire se chiffrent à la somme de 15.833,35 €, montant alloué par le tribunal du travail qu'il y a lieu de confirmer. L'assertion de l'appelante que le solde du mois de mai 2009 devrait se ramener à 758,77 € au lieu des 898,77 € alloués n'est pas fondée étant donné que la salariée réclame à juste titre la différence entre le nombre d'heures prestées (96) par rapport à celles qu'elle aurait dû prester (173) sur base du taux horaire normal et non pas, tel que le fait l'appelante, sur base d'un taux horaire majoré.

La Cour relève que dans son décompte, la salariée déduit de sa demande en paiement des arriérés de salaire à partir du mois de mai 2010 ceux touchés auprès de la société SOC.2.), alors pourtant qu'elle ne réclame pas l'indemnisation d'un dommage subi, mais l'exécution du contrat de travail. (Cour d'appel 29 janvier 2009, numéro 29693)

Le tribunal du travail a rejeté la demande de l'intimée en dommages-intérêts pour préjudice matériel au motif que la période couverte par l'indemnité compensatoire de préavis non respecté aurait dû lui suffire à se procurer un emploi équivalent. Cette motivation est adoptée par la Cour de sorte que l'appel incident de la salariée n'est pas fondé de ce chef.

L'intimée ne s'est pas vu allouer de dommages- intérêts du chef de la réparation du préjudice moral au motif qu'elle disposait au moment du licenciement oral d'un contrat de travail auprès d'une autre société.

S'il est vrai que le dommage moral est censé réparer les soucis que se fait le salarié quant à son avenir professionnel, il a encore pour objet de l'indemniser de l'atteinte portée à son honneur et de tenir compte des circonstances du licenciement.

D.) a dû patienter plus d'une année avant le rejet définitif de la demande de l'employeur en résolution judiciaire du contrat de travail. Elle s'est après l'arrêt du 8 juillet 2010 vu à deux fois opposer un refus à sa demande tendant à occuper son ancien poste de travail. La Cour lui accorde de ce chef une indemnisation de 2.000 €. L'appel incident est partiellement fondé.

Les indemnités compensatoire de préavis non respecté et de départ ont été allouées à bon droit par le tribunal du travail de sorte que l'appel n'est pas fondé de ce chef.

Les indemnités compensatoires pour jours de congé non pris en 2009 et 2010 ont été allouées à concurrence des montants de 1.307,30 € et 1.395,33 €.

La société fait valoir que la salariée aurait dû prendre le solde de congé 2009 pour le 31 mars 2010 au plus tard et que ne l'ayant pas fait, sa demande serait prescrite au vœu de l'article L.233-9 alinéa 1er du Code du travail.

Ce moyen est à écarter dès lors que l'impossibilité pour la salariée de prendre le congé ne lui est pas imputable au vu de la mise à pied toujours en vigueur au 31 mars 2010.

Il a été retenu que l'article 7 paragraphe 1er de la directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aménagements du temps de travail doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que le droit au congé annuel payé s'éteint à l'expiration de la période de référence et / ou d'une période de report fixé par le droit national même lorsque le travailleur a été en congé de maladie durant toute la période de référence et que son incapacité de travail a perduré jusqu'à la fin de sa relation de travail, raison pour laquelle il n'a pu exercer son droit au congé annuel payé. (CJUE 20 janvier 2009 C 350/06 et C 520/06, Cour d'appel 31.03.2011 numéro 35911).

La Cour applique cette décision au cas d'espèce dès lors que la salariée était dans l'impossibilité de prendre le solde du congé annuel à laquelle elle pouvait prétendre pour l'année 2009 ni durant cette année, ni durant les trois premiers mois de l'année 2010 en raison de la mise à pied prononcée par l'employeur, annulée par la suite.

L'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris pour l'année 2009 a été, en l'absence d'autres contestations de l'appelante relatives à son quantum, correctement fixée à la somme de 1.307,30 €.

Il convient de confirmer le montant retenu pour l'année 2010, l'appelante n'ayant contesté ni le principe ni le quantum.

L'appel incident de l'intimée qui conclut par réformation à voir condamner la société à l'affilier en sa qualité de salariée auprès du centre commun de la sécurité sociale pour la période couverte par la mise à pied annulée est à rejeter, le tribunal du travail s'étant à juste raison déclaré incompétent ratione materiae.

Les indemnités de procédure

L'appel incident de D.) tendant à se voir allouer une indemnité de procédure plus conséquente que celle obtenue en première instance est encore à rejeter, le montant de 1.000 € étant adéquat.

L'appelante n'a pas droit à une indemnité de procédure au vu du sort réservé à l'appel principal et aux dépens.

Il serait par contre inéquitable de laisser à charge de l'intimée l'intégralité des frais non compris dans les dépens, qu'elle a dû exposer en instance d'appel pour y défendre ses droits de sorte que la Cour lui alloue une indemnité de procédure de 1.500 €.

**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 principal de la société anonyme SOC.1.) non fondé,

dit l'appel incident de D.) partiellement fondé,

**réformant:**

condamne la société anonyme SOC.1.) à payer à D.) du chef de la résiliation abusive du contrat de travail des dommages - intérêts de l'ordre de 2.000 € avec les intérêts légaux du jour de la demande en justice jusqu'à solde,

**confirme** le jugement pour le surplus,

rejette la demande de la société anonyme SOC.1.) en allocation d'une indemnité de procédure,

la condamne à payer à D.) une indemnité de procédure de 1.500 € et à supporter les frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Claude Speicher, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.