Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-huit février deux mille treize

Numéro 38045 du rôle.

Composition:

Romain LUDOVICY, président de chambre;
Astrid MAAS, premier conseiller;
Roger LINDEN, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

A., demeurant à D-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 18 novembre 2011,

comparant par Maître Alexandre CHATEAUX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société à responsabilité limitée SOC1.) SARL, établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit GLODEN,

comparant par Maître Aurélia FELTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

----

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 6 octobre 2009, A. a fait convoquer son ancien employeur, la société à responsabilité limitée SOC1.), devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette aux fins d'y voir déclarer abusifs ses licenciements avec préavis et avec effet immédiat et s'entendre condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis de 4.087,50 € ainsi que 10.000 € à titre de réparation de son préjudice matériel (augmenté par la suite à 16.721,65 €) et 3.000 € à titre de réparation de son préjudice moral, 42,25 € du chef d'arriérés de salaire, 313,76 € sinon 117,19 € du chef d'indemnité compensatoire pour congés non pris, 1.317,77 € du chef de frais de déplacement, 45,80 € du chef de frais de parking et de métro et 22,20 € du chef de frais de bureau ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 €. Elle a encore demandé la remise, sous peine d'astreinte, d'une fiche de salaire rectifiée du mois de janvier 2009.

Par jugement du 30 septembre 2011, le tribunal du travail a dit réguliers les deux licenciements et a rejeté les demandes indemnitaires, mais a dit partiellement fondées les demandes accessoires et a condamné la société SOC1.) à payer au total de ce chef 927,25 € à A.. La société SOC1.) a encore été condamnée à remettre à A. une fiche de salaire rectifiée pour le mois de janvier 2009. La demande en paiement d'une indemnité de procédure a été rejetée.

Par exploit du 18 novembre 2011, A. a régulièrement interjeté appel contre ce jugement, demandant, par réformation, à la Cour de déclarer les deux licenciements abusifs et de faire droit à ses demandes indemnitaires et acessoires, réclamant une indemnité de procédure de 1.000 € tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

La société SOC1.) demande le rejet de l'appel principal et interjette régulièrement appel incident, demandant à être déchargée de la condamnation prononcée à son encontre.

Les faits

Entrée aux services de la société SOC1.) suivant contrat de travail à durée indéterminée du 3 novembre 2008 en qualité de secrétaire administrative, A. a été licenciée par lettre recommandée du 16 janvier 2009 moyennant un préavis de 24 jours, commençant à courir le 19 janvier 2009 et expirant le 11 février 2009.

Ce licenciement a été suivi le 21 janvier 2009 par un licenciement avec effet immédiat, l'employeur reprochant à A. l'absence injustifiée de son poste de travail durant plusieurs jours.

Suivant lettre recommandée du 17 février 2009, A. a demandé les motifs du licenciement avec préavis tout en le contestant d'ores-et-déjà. L'employeur a répondu par courrier du 13 mars 2009 et, renvoyant à la clause d'essai de 6 mois insérée dans le contrat de travail, a déclaré ne pas devoir fournir de motifs, le licenciement étant intervenu en période d'essai.

Par lettre du 17 février 2009, A. a également contesté le licenciement avec effet immédiat.

Discussion

A. a contesté s'être encore trouvée en période d'essai au moment de son licenciement en faisant valoir qu'avant la signature du contrat de travail, elle aurait déjà été aux services de la société SOC1.) sur base d'un « *Praktikum* » oral du 22 septembre 2008. Elle a demandé à ce que ce « *Praktikum* » soit requalifié en contrat de travail, de sorte que la clause d'essai insérée dans le contrat de travail du 3 novembre 2008 serait nulle. Le licenciement avec préavis du 16 janvier 2009 serait partant intervenu dans le cadre d'un véritable contrat de travail à durée indéterminée, de sorte que l'employeur aurait eu l'obligation de fournir les motifs du licenciement. Ne l'ayant pas fait, le licenciement avec préavis du 16 novembre 2009 serait à déclarer abusif sur base de l'article L.124- 5. (2) du code du travail.

Face à cette argumentation, les premiers juges ont, avant d'examiner le caractère régulier ou abusif des licenciements successifs, analysé les moyens développés de part et d'autre par rapport à la qualification des contrats conclus entre parties.

Dans la mesure où la qualification des relations entre parties n'a d'incidence que sur le plan du dédommagement, alors notamment que la durée du préavis et donc le montant de l'indemnité compensatoire de préavis en dépendent, la Cour examinera en premier lieu la régularité de la rupture des relations de travail.

Le licenciement

Eu égard au fait qu'A., après s'être vu licencier avec préavis le 16 janvier 2009, a fait l'objet d'un licenciement avec effet immédiat le 21 janvier 2009, c'est ce dernier licenciement qui a mis fin à la relation de travail, de sorte que seule la régularité du dernier licenciement devra être examinée.

Par lettre recommandée du 21 janvier 2009, la société SOC1.) a licencié A. dans les termes suivants :

« (…) *Nachweislich sind Sie Freitag Mittag 16.1.2009 zuletzt auf Ihrer Arbeitsstelle gewesen, an den 19.-20.-21. Januar 2009 sind Sie ganz von der Arbeit ferngeblieben, ohne Entschuldigung und ohne Ihren Arbeitgeber in Kenntnis zu setzen. (…)* »

A. soutient que ce licenciement serait abusif parce qu'intervenu en période d'incapacité de travail médicalement constatée. Selon ses affirmations elle aurait été victime d'un accident de travail le vendredi, 16 janvier 2009 vers 17.00 heures, en glissant dans les escaliers non éclairés de l'immeuble où est établie la société SOC1.), au moment de se rendre à la poste pour déposer le courrier. Ayant senti de fortes douleurs, elle serait retournée par après au bureau pour avertir par téléphone sa directrice en laissant un message sur le

répondeur de celle-ci. Elle aurait par la suite rédigé le même jour encore un courrier recommandé pour informer l'employeur de ce qu'elle ne viendrait pas au bureau le lundi, 19 janvier 2009, pour se rendre chez le médecin, admettant toutefois qu'elle n'en a pas précisé les raisons parce que déjà explicitées dans son message laissé sur le répondeur. Le lundi, 19 janvier 2009, elle se serait rendue chez son médecin qui lui aurait établi un certificat d'incapacité de travail du 19 janvier au 30 janvier 2009. Son époux se serait rendu le lundi, 19 janvier 2009 au siège de la société, mais n'y trouvant personne, il aurait glissé le certificat de maladie dans la boîte aux lettres. Le même jour, elle aurait faxé le certificat de maladie à son employeur et le 20 janvier 2009 elle l'aurait encore une fois envoyé par la poste avec une lettre explicative. N'ayant été absente qu'à partir du lundi, 19 janvier 2009, l'employeur aurait dû attendre le matin du quatrième jour d'absence, soit le 22 janvier 2009, avant de pouvoir la licencier. Le licenciement intervenu le 21 janvier 2009 serait partant à déclarer abusif.

En dépit de la formulation un peu maladroite de la lettre de licenciement : « (…) *Nachweislich sind Sie Freitag Mittag 16.1.2009 zuletzt auf Ihrer Arbeitsstelle gewesen, an den 19.-20.-21. Januar 2009 sind Sie ganz von der Arbeit ferngeblieben, ohne Entschuldigung und ohne Ihren Arbeitgeber in Kenntnis zu setzen. (…) »* qui pourrait porter à croire qu'A. a été vue pour la dernière fois au bureau le vendredi, 16 janvier 2009 à midi, il découle des conclusions écrites que l'employeur ne reproche pas à celle-ci une absence injustifiée depuis l'après-midi du vendredi, 16 janvier 2009, mais seulement à partir du lundi, 19 janvier 2009.

Il découle par ailleurs de la quittance établie par l'entreprise des Postes & Télécommunications en date du 16 janvier 2009 que le courrier de la société SOC1.) y a été déposé le 16 janvier 2009 à 18 :06 :16 heures, ce qui prouve bien qu'A. a été à son lieu de travail le vendredi après-midi. Une autre pièce du dossier prouve que celle-ci a encore envoyé un fax à partir du bureau le vendredi après-midi à 17.35 heures.

Son premier jour d'absence était donc le lundi, 19 janvier 2009.

La double obligation que le salarié doit remplir aux termes des paragraphes (1) et (2) de l'article L.121-6 du Code du travail pour pouvoir bénéficier pleinement de la protection contre le licenciement édictée par le paragraphe (3) s'entend en ce sens qu'à défaut de présentation du certificat médical d'incapacité de travail le troisième jour d'absence au plus tard, la protection lui conférée par l'avertissement de l'employeur le premier jour devient caduque, l'employeur étant de nouveau autorisé à le licencier, et qu'inversement il peut présenter directement un certificat médical, sans avertissement préalable de l'employeur (cf. doc. parl. no. 3222, p.29 et no. 3222-9, p. 31), avec comme conséquence qu'il ne bénéficie alors de la protection légale qu'à partir de la réception dudit certificat par l'employeur, ce qui explique les termes du paragraphe (3) de l'article L.121-6 suivant lequel l'employeur dûment averti ou en possession du certificat médical n'est pas autorisé à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail.(Cour d'Appel 19 mai 2005, numéro de rôle 29014).

A. soutient avoir averti son employeur dès le vendredi, 16 janvier 2009 qu'elle ne pourrait pas se présenter à son poste de travail le lundi, 19 janvier 2009, alors qu'elle entendait consulter un médecin en raison de la chute faite dans les escaliers.

S'il est vrai qu'A. n'a pas réussi à prouver qu'elle avait laissé dès le vendredi soir, 16 janvier 2009, un message sur le répondeur de son employeur pour l'informer qu'elle ne serait pas à son poste de travail le lundi, 19 avril 2009 parce qu'elle entendait consulter un médecin en raison des blessures subies du fait de sa chute, il n'en reste pas moins que l'employeur lui-même a communiqué le *post-it* qu'elle avait rédigé dans un premier temps pour l'avertir de son absence le lundi, 19 avril 2009, *post-it* qui dit ce qui suit :

« *16/01/09*
Ich bin gestern morgen auf der Treppe hier ausgerutscht, muss am Montag morgen zum Arzt. »

Nonobstant le fait que l'employeur a trouvé ce *post-it* dans la poubelle en-dessous du bureau d'A. et nonobstant le fait qu'il mentionne comme date de l'accident la veille du 16 janvier 2009, la Cour tient pour établi que l'employeur avait connaissance le lundi, 19 janvier 2009, du fait qu'A. ne se présenterait pas au bureau ce jour-là en raison d'une visite médicale en relation avec une chute dans les escaliers de l'entreprise.

Si l'article L.121-6. (1) du code du travail oblige le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident d'en avertir l'employeur le jour même de l'empêchement, aucun texte légal n'interdit que cette information se fasse déjà la veille de l'empêchement ou durant le week-end, du moment que le salarié a la certitude qu'il ne pourra pas se présenter à son poste de travail le premier jour ouvrable suivant.

Le *post-it* laissé par A. le 16 janvier 2009 à l'attention de son employeur vaut avertissement au sens de l'article L.121-6. (1) du code du travail, la réalité de son incapacité de travail résultant par ailleurs à suffisance des certificats de maladie émis par la suite, attestant un arrêt de travail ininterrompu jusqu'au 19 novembre 2009.

Dans la mesure où l'employeur a été averti conformément au paragraphe (1) de l'article L.121-6. du code de travail de l'incapacité de travail de sa salariée, il n'était pas autorisé à procéder au licenciement avant l'expiration du troisième jour de l'absence, étant entendu que le troisième jour n'expire qu'à minuit dans la mesure où à l'ère des moyens modernes de communication, un certificat médical peut encore être communiqué par mail ou fax après la fermeture des bureaux de l'entreprise.

Le licenciement intervenu au courant de la troisième journée de l'absence, 21 janvier 2009, partant avant l'expiration du délai prévu au paragraphe (2) de l'article L.121-6. du code du travail, doit dès lors, par réformation, être déclaré abusif.

L'indemnisation

Le préjudice subi étant évalué de façon différente selon qu'A. se trouvait encore en période d'essai au moment du licenciement ou selon que les parties étaient déjà liées par un contrat de travail à durée indéterminée, il convient d'analyser la validité de la clause d'essai insérée dans le contrat de travail du 4 novembre 2008.

Si les parties conviennent qu'A. a déjà œuvré pour la société SOC1.) avant la conclusion du contrat de travail, soit depuis le 22 septembre 2008, elles sont cependant en désaccord par rapport à la qualification juridique de ce qu'elles appellent *« Praktikum »* et pour lequel il n'existe pas de convention écrite.

Selon A., il s'agissait d'un véritable contrat de travail tandis que la société SOC1.) soutient qu'il ne s'agissait que d'un stage en vue de la fonction d'assistante à la direction. Cette fonction n'ayant cependant pas convenu, A. aurait été engagée le 3 novembre 2008 en qualité de secrétaire.

C'est par une analyse correcte des pièces du dossier que les premiers juges ont retenu qu'A. restait en défaut de prouver l'existence d'une véritable relation de travail pour la période comprise entre le 22 septembre 2008 et le 21 octobre 2008. S'il est bien vrai qu'elle a touché une indemnité de 1.800 €, aucun élément du dossier ne permet toutefois de retenir qu'elle ait presté un travail effectif et les premiers juges ont notamment retenu à bon droit que le courrier électronique qu'elle a adressé le 20 septembre 2008 à B., directrice de la société SOC1.), pour l'informer qu'elle en pourrait participer à un événement faute d'avoir trouvé une tenue vestimentaire adéquate, contredit tout lien de subordination, un salarié n'ayant pas osé agir de la sorte.

Il découle de même des pièces du dossier que la société SOC1.) l'a finalement jugée inapte à exercer la fonction d'assistante à la direction en raison de ses faibles connaissances de la langue française.

Par confirmation des premiers juges, la période comprise entre le 22 septembre et le 21 octobre 2008 est dès lors à qualifier de stage de formation et ne se confond ni avec une période d'essai ni avec un travail effectif.

La société SOC1.) était donc autorisée à insérer dans le contrat de travail qui a été conclu postérieurement entre parties et qui visait d'ailleurs un poste tout à fait différent, en l'occurrence celui de secrétaire administrative, une clause d'essai.

Il n'en reste pas moins que la clause d'essai est, contrairement à l'opinion des premiers juges, à déclarer nulle et de nul effet.

Aux termes de l'article L.121-5. (1) du code du travail, la clause d'essai doit, sous peine de nullité, être constatée dans le contrat de travail au plus tard au moment de l'entrée en service.

Il découle des pièces du dossier et notamment d'un échange de courriers électroniques entre A. et B. des 31 décembre 2008 et 1er janvier 2009 que le contrat de travail, bien que daté au 3 novembre 2008, n'a été remis à A. qu'au plus tôt le 23 décembre 2008, tandis qu'il n'est pas contesté que celle-ci a commencé à travailler dès le 3 novembre 2008 pour la société SOC1.).

Dans la mesure où le contrat de travail a été signé postérieurement à l'entrée en service effective, la demande d'A. à voir déclarer nulle la clause d'essai contenue dans le prédit contrat est dès lors fondée et le contrat de travail est à considérer comme contrat de travail à durée indéterminée *ab initio*.

La Cour ayant constaté le caractère abusif du licenciement avec effet immédiat, il y a partant lieu de condamner la société SOC1.) au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis correspondant à deux mois de salaire brut, soit 4.087,40 € (2 x 2.043,70). Il n'y a pas lieu d'inclure dans le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis le forfait mensuel de 350 € pour frais de déplacements professionnels prévu par l'article 4 du contrat de travail, ce forfait étant la contrepartie d'un déplacement réel, de sorte qu'il n'y a plus lieu d'en tenir compte après la rupture des relations de travail.

Suivant ses dernières conclusions, A. réclame 19.507,05 € à titre d'indemnisation de son préjudice matériel et 3.000 € pour son préjudice moral.

Ce volet de l'affaire n'étant pas suffisamment instruit, il y a lieu à réouverture des débats aux fins plus amplement désignées dans le dispositif du présent arrêt.

Dans l'attente des renseignements y demandés, il y a lieu de surseoir à statuer sur les demandes en réparation des préjudices tant matériel que moral.

Les demandes accessoires

Les arriérés de salaire

Le jugement est à confirmer en ce que la société SOC1.) a été condamnée au paiement de 47,25 € du chef d'arriérés de salaire, alors que sa présence au bureau dans l'après-midi du vendredi, 16 janvier 2008, est établie tant par un fax qu'elle a envoyé à partir du bureau à 17.35 heures que par le relevé de la poste attestant qu'elle y a déposé les courriers recommandés de la société le même jour à 18.05 heures .

Les frais de déplacement

Dans la mesure où l'avenant 4 au contrat de travail stipule un forfait mensuel de 350 € à titre de dédommagement pour les kilomètres parcourus entre le domicile d'A. et le siège de la société SOC1.), le jugement est à confirmer en que la demande a été déclarée fondée jusqu'à concurrence de 857,32 €, le montant en tant que tel n'ayant pas fait l'objet de contestations.

C'est à bon droit que la demande a été rejetée pour le surplus, A., face aux contestations de la société SOC1.), restant toujours en défaut de produire des pièces par rapport à ses frais de déplacement professionnels proprement dits, un simple relevé (pièces 25 et 26 de Me CHATEAUX) étant insuffisant à cet égard.

L'indemnité de procédure

Au vu de la décision de réouverture des débats par rapport à l'indemnisation des préjudices matériel et moral, il y a lieu de surseoir à statuer sur le mérite de cette demande.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit les appels principal et incident :

dit non fondé l'appel incident ;

dit d'ores-et-déjà partiellement fondé l'appel principal :

réformant :

condamne la société à responsabilité limitée SOC1.) à payer à A., à titre d'indemnité compensatoire de préavis, la somme de 4.087,40 € avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande, 6 octobre 2009, jusqu'à solde ;

pour le surplus :

ordonne la réouverture des débats pour permettre aux parties de prendre des conclusions écrites sur la question de savoir si A. a touché des indemnités de chômage ou des indemnités pécuniaires de maladie durant la période du 21 janvier 2009 au 19 novembre 2009, ainsi que de verser l'arrêt du Conseil Supérieur de la Sécurité Sociale ;

sursoit dans cette attente à statuer sur les demandes en réparation des préjudices matériel et moral subis ainsi que sur la demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et les frais et dépens ;

fixe l'affaire pour continuation des débats à l'audience du jeudi, 18 avril 2013, à 15.00 heures, en la salle CR.0.19 de la Cour d'appel.