Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du trente avril deux mille quinze

Numéro 39882 du rôle.

Composition:

M. Étienne SCHMIT, président de chambre;
Mme Astrid MAAS, premier conseiller;
Mme Monique FELTZ, conseiller;
M. Alain BERNARD, greffier.

Entre:

la société anonyme SOC1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 26 mars 2013,

comparant par Maître Guy CASTEGNARO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) Mme A.), demeurant à L-(…),

intimée aux fins du prédit acte NILLES,

comparant par Maître Marianne KORVING, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) l'ÉTAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, 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, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi, dont les bureaux sont établis à L-2763 Luxembourg, 26, rue Zithe,

intimé aux fins du prédit acte NILLES,

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

LA COUR D'APPEL:

Les avocats ont marqué leur accord à ce que Mme le premier conseiller Astrid MAAS, chargée de faire rapport, tienne seule l'audience pour entendre les plaidoiries. Elle a indiqué la composition de la Cour et a fait son rapport oral.

Le conseiller rapporteur a rendu compte de l'audience à la Cour dans son délibéré.

Antécédents de procédure

Par requête déposée le 30 mars 2012, Mme A.) a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme SOC1.), devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins d'y voir déclarer abusif son licenciement avec préavis du 12 février 2011 et s'entendre condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis de 8.923,06 € ainsi que 5.174,95 € et 26.769,18 € à titre de réparation de ses préjudices matériel et moral subis par le licenciement de même qu'une indemnité de procédure de 3.000 €.

A l'audience du tribunal du travail du 13 décembre 2012, Mme A.) a demandé la nullité de la clause d'essai contenue dans son contrat de travail et requis la requalification de son contrat de travail en contrat de travail à durée indéterminée.

L'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, est intervenu en cours d'instance pour demander le remboursement de 32.175,35 € du chef d'indemnités de chômage payées à Mme A.).

SOC1.) a demandé une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par jugement du 14 février 2013, la clause d'essai a été déclarée nulle et le licenciement a été déclaré abusif. Les volets relatifs à l'indemnisation de Mme A.) et à la demande de l'Etat ont été réservés de même que les frais et dépens.

Par exploit d'huissier de justice du 26 mars 2013, SOC1.) a régulièrement interjeté appel contre le jugement lui notifié le 20 février 2013, demandant, par réformation, à la Cour de dire que la clause d'essai est valable, partant dire qu'elle a valablement procédé, le 12 février 2011, à la résiliation du contrat à l'essai et réformer le jugement en ce que le tribunal du travail a déclaré abusif cette résiliation. Elle a formulé une offre de preuve pour prouver la réalité des différences importantes entre les deux postes de travail occupés par Mme A.). SOC1.) demande encore le rejet des demandes en indemnisation et le renvoi de l'affaire devant le tribunal du travail aux seules fins de juger les demandes en

paiement d'indemnités de procédure et les frais. Elle réclame une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

Mme A.) demande le rejet de l'offre de preuve formulée par SOC1.) et conclut à la confirmation du jugement. Elle réitère ses demandes en indemnisation et demande à la Cour de condamner SOC1.) à lui payer en tout 40.867,19 € ainsi qu'une indemnité de procédure de 3.000 € pour l'instance d'appel.

Pour le cas où l'appel était déclaré non fondé, l'Etat, agissant ès-qualité, demande le renvoi du dossier en première instance, en ordre subsidiaire, il réclame le remboursement de la somme de 32.175,35 € du chef d'indemnités de chômage payées à Mme A.).

Les faits

Suivant contrat de travail à durée indéterminée du 20 juin 2008, Mme A.) est entrée aux services de la société anonyme SOC1bis.) en qualité de « *Senior Administrator, SOC1.) grade 6, Portfolio Administration Unit Department ».* Ce contrat de travail contenait une clause d'essai de six mois.

En février 2010, elle a posé sa candidature pour le poste de « *Investment Advisor SIG and Non-Troika Clients »* suite à un appel de candidature de SOC1.).

Le 3 mai 2010, elle a signé un contrat de travail à durée indéterminée avec SOC1.) en qualité de « *IAG Advisor, SIG and non-Troika Clients* » avec entrée en fonctions le 1er mai 2010.

L'article 5 du contrat de travail stipule une période d'essai dans les termes suivants :

« Les trois mois après le commencement du travail sont considérés comme période d'essai. Pendant une période minimale d'essai de 2 semaines, il ne peut être mis fin unilatéralement à la période d'essai, sauf pour motif grave. Si une dénonciation de ce contrat, par lettre recommandée, n'a pas eu lieu 15 jours avant l'expiration de la période d'essai, c'est-à-dire trois mois à partir du 1er mai 2010, le contrat sera considéré comme contrat définitif à durée indéterminée. »

Le 18 mai 2010, SOC1.bis) a procédé à sa désaffiliation, avec effet au 30 avril 2010, auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale et le 14 mai 2010, SOC1.) a fait une déclaration d'entrée avec effet au 1er mai 2010.

Le 6 juillet 2010 (selon SOC1.)) sinon le 27 juillet 2010 (selon Mme A.)) elle a remis un certificat médical constatant son état de grossesse. Elle a accouché le 3 novembre 2010 et son congé postnatal qui aurait normalement expiré le 26 janvier 2011 a été prolongé jusqu'au 11 février 2011 parce qu'elle a accouché avant terme.

Par lettre recommandée du 12 février 2011, SOC1.) a procédé à la résiliation de son contrat à l'essai moyennant un préavis de 15 jours se terminant le 27 février 2011.

Par courrier recommandé du 25 février 2011, Mme A.) a demandé les motifs de son licenciement.

SOC1.) a répondu par lettre recommandée du 2 mars 2011 en précisant qu'il ne s'agirait pas d'un licenciement avec préavis dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée mais d'une résiliation de son contrat à l'essai, de sorte que l'employeur ne serait pas tenu de fournir les motifs du licenciement.

Le 31 mars 2011, Mme A.) a fait contester la résiliation de son contrat de travail par son mandataire.

Le 30 mars 2012, elle a saisi le tribunal du travail pour voir déclarer abusif son licenciement et se voir indemniser.

La validité de la clause d'essai

S'emparant de l'article L.121-5 (3) du code du travail aux termes duquel la clause d'essai ne peut être renouvelée, Mme A.) conclut à l'annulation de la clause d'essai au motif qu'avant d'entrer aux services de SOC1.), elle aurait été aux services de SOC1.bis) et ceci depuis le 17 juin 2008 sur base d'un contrat de travail à durée indéterminée qui aurait déjà contenu une clause d'essai de 6 mois.

SOC1.) et SOC1.bis) feraient partie du même groupe de sociétés et son contrat de travail actuel avec SOC1.) ne serait que la continuation de son premier contrat de travail avec SOC1.bis) qui n'aurait à aucun moment été résilié.

L'article 4 de son contrat de travail stipulerait expressément qu'en raison des années de service au sein du Groupe SOC1.), la Banque lui reconnaissait une ancienneté depuis le 24 juin 2008. Ses jours de congé non pris et ses heures supplémentaires prestées auprès de SOC1.bis) ainsi que ses cotisations personnelles à la SOC2.) auraient également été repris par SOC1.).

Tant la fonction exercée auprès de SOC1.bis) que celle exercée auprès de SOC1.) correspondrait au grade 6. Son nouveau salaire mensuel brut de 4.461,53 € ne serait pas sensiblement différent de celui qu'elle touchait auparavant, soit 4.076,92 €.

Finalement la publicité du poste vacant qu'elle a obtenu aurait été faite en interne par le groupe.

Elle est dès lors d'avis que SOC1.) n'était pas autorisée à insérer une clause d'essai dans le nouveau contrat de travail. Cette clause serait nulle et le contrat de travail serait à considérer comme contrat de travail à durée indéterminée *ab initio* de sorte que le licenciement serait abusif faute par l'employeur de lui avoir fourni, sur sa demande, les motifs du licenciement.

SOC1.) résiste à la demande et conclut à la validité de la clause d'essai.

Tout en ne contestant pas les affirmations de Mme A.) par rapport au fait que les deux sociétés appartiennent au même groupe et que certains droits de Mme A.) acquis auprès de SOC1.bis) ont été reconnus, elle insiste sur le fait que celle-ci aurait débuté une toute nouvelle carrière professionnelle auprès d'un nouvel employeur. Il ne s'agirait nullement d'une continuation des relations de travail entre parties et la clause d'essai se justifierait au vu de la différence fondamentale entre les fonctions anciennement exercées par Mme A.) auprès de SOC1.bis) et celles qu'elle devait exercer auprès de SOC1.).

D'abord, les deux sociétés auraient des activités complètement différentes.

Ainsi SOC1.bis) serait une société d'administration de fonds d'investissements et ses clients seraient des gestionnaires de fonds qui la chargeraient de la gestion quotidienne et de l'administration de leurs fonds et plus particulièrement de calculer la valeur des parts de leurs fonds, de traiter les demandes de souscription et d'achats/ventes de leurs fonds ainsi que de procéder aux achats/ventes nécessaires sur le marché lorsque le gestionnaire de fonds choisit de changer la composition de son fonds.

SOC1.) au contraire s'occuperait de clients dits *« privés* » c'est-à-dire de personnes fortunées disposant d'un minimum d'un million USD d'avoirs sous gestion et qui feraient appel à des institutions bancaires spécialisées dans la gestion de fortunes importantes, telle SOC1.).

Parmi les services offerts à ses clients, le département « *INVESTMENT ADVISORY GROUP »,* auquel était affectée Mme A.), serait chargé d'analyser les différents fonds présents sur le marché et de faire des propositions de placement en relation avec le profil de risque de chaque client.

L'objet de la période d'essai serait de permettre à l'employeur d'évaluer les compétences professionnelles du salarié et de tester les capacités et les aptitudes du salarié avant de conclure le contrat définitif.

Mme A.) aurait d'abord été engagée par SOC1bis.) en qualité de « *Senior Administrator* » au sein du département « *Portfolio Administration Unit »(PAU).*
En cette qualité, elle aurait notamment eu pour responsabilités de gérer l'activité des comptes des clients de SOC1.bis), de placer des ordres dans les fonds conformément aux instructions données par ces clients et de résoudre les demandes de ces clients.

Il se serait agi d'une fonction d'administration pure et dès lors liée au « *Back Office* » n'entraînant aucun investissement alors qu'il s'agirait simplement de surveiller les comptes clients et d'exécuter leurs ordres d'achats et de ventes.

Par la suite Mme A.) a été engagée par SOC1.) en qualité de « *IAG Advisor, SIG and Non-Troika Clients* » au sein du département « *Investment Advisory Group »,* à savoir le département de conseil en investissement.

Dans le cadre de cette fonction, elle aurait notamment eu pour responsabilités de revoir et gérer les portefeuilles de clients non-Troika (département rassemblant les clients dont le compte est inférieur au montant de 5.000.000 $) et SIG (département rassemblant les clients dont le compte est inférieur à 1.000.000 $) et d'augmenter les revenus en commercialisant activement des produits et services aux clients en question.

Cette fonction serait dès lors liée au « *Front-Office* » et dans ce cadre elle aurait été en contact direct avec les clients et chargée d'investir, de vendre des produits et des services à ces derniers afin d'augmenter leurs revenus.

La fonction de « *IAG Advisor, SIG and Non-Troika Clients* » comporterait ainsi une composante commerciale importante entraînant dans le chef du salarié concerné une démarche active de recommandation et de conseil d'investissements auprès des clients. Cette démarche active sur des propositions d'investissements impliquerait pour le salarié de s'assurer de l'adéquation de ses recommandations, d'une part, avec la stratégie d'investissement de la banque employeur et, d'autre part, avec les connaissances et l'expérience des clients. Au vu de la démarche commerciale de ses « *IAG Advisor, SIG and Non- Troika Clients* » dans le cadre de leurs prestations de conseils en investissements, SOC1.) mettrait dès lors en jeu sa responsabilité à l'égard de ses clients.

Il s'agirait par conséquent de deux fonctions complètement différentes, entraînant des tâches et des responsabilités distinctes.

Or, pour se prononcer sur la validité de la clause d'essai, il faudrait analyser et comparer les tâches réalisées dans le passé par le salarié et celles qu'il aura à accomplir dans le cadre de sa nouvelle fonction.

SOC1.) aurait donc parfaitement été en droit d'évaluer dans une période d'essai les compétences de Mme A.) au sein du département *« Investment Advisory Group* » alors que celle-ci n'avait encore jamais exercé un tel poste que ce soit au sein de SOC1.) ou d'une autre société appartenant au même groupe.

SOC1.) verse à l'appui des affirmations par rapport aux différences fondamentales entre les deux fonctions des attestations de témoignage émanant de B.), directeur des investissements chez SOC1.), C.), occupant le poste de « *Head of Fund Administration* » au sein du département Fund Administration auprès de SOC1.bis) et D.), responsable du recrutement auprès de SOC1.).

Mme A.) émet des réserves par rapport à l'impartialité de ces témoins qui se trouveraient tous dans un lien de dépendance économique avec SOC1.).

Suite à l'abolition de la procédure de reproche, seules les parties au litige sont frappées d'une incapacité de témoigner. La notion de partie au litige étant d'interprétation stricte et aucun des témoins n'ayant cette qualité, la Cour tiendra compte de leurs déclarations.

Mme A.) donne ensuite à considérer qu'elle n'aurait jamais personnellement travaillé avec les témoins B.), C.) et D.) qui n'attesteraient donc pas de faits directement liés à son travail quotidien, mais ne feraient que décrire de façon purement théorique les deux postes occupés par elle.

Ces objections ne sont pas fondées dans la présente espèce alors qu'il s'agit précisément de déterminer le contenu exact des deux fonctions et de rechercher s'il existe des différences fondamentales entre les fonctions de « *Senior Administrator* » au sein du département « *Portfolio Administration Unit »* et celles de *« IAG Advisor, SIG and Non-Troika Clients* » au sein du département « *Investment Advisory Group »* afin de permettre à la Cour d'apprécier si l'insertion de la clause d'essai dans le contrat de travail conclu avec SOC1.) était justifiée ou non.

Or, les témoins B.) et C.), en leur qualité de directeur des investissements chez SOC1.) et de « *Head of Fund Administration* » auprès de SOC1.bis), sont particulièrement bien qualifiés pour décrire les fonctions des salariés relevant des deux départements et pour se prononcer sur les différences essentielles entre leurs fonctions.

La Cour retient par ailleurs qu'afin de faire face à ces reproches, SOC1.) a encore versé une attestation testimoniale supplémentaire émanant de E.), « *First Vice-President* » chez SOC1.) qui, elle, a bien travaillé directement avec Mme A.) et qui a confirmé les déclarations du témoin B.) par rapport aux fonctions et missions de l' « *Advisor* ».

C.), chef de département *« Fund Administration* » auprès de SOC1.bis), a décrit la tâche de Mme A.) en tant que « *Senior Administrator* » au sein du département « *Portfolio Administration Unit* » auprès de SOC1.bis) comme suit :

« *Madame A.) a été engagée en tant que « Senior Administrator » au sein du département « Portfolio Administration Unit ». Dans le cadre des activités du département, Madame A.) était allouée à une équipe qui s'occupait du suivi administratif et transactionnel des investissements « fund of funds », c'est-à-dire des investissements que les clients institutionnels de SOC1.bis) ont réalisés dans des fonds d'investissements tiers.*

Dans ce contexte, le rôle de Madame A.) consistait à :

- *gérer et superviser les activités sur les comptes des clients institutionnels,*
- *placer les ordres avec les agents de transfert des fonds tiers suivant les instructions reçues par les clients institutionnels,*
- *s'assurer que les ordres étaient placés correctement avec les agents de transfert et dans les délais à respecter,*
- *gérer et superviser les transactions en cours de confirmation,*
- *gérer et répondre aux demandes de nos clients institutionnels comme celles des agents de transfert des fonds tiers, relatives aux transactions en cours,*
- *identifier et reporter des risques potentiels aux supérieurs hiérarchiques. »*

Le témoin précise :

« Le contexte du département et du rôle était donc purement administratif et transactionnel avec le contact client limité surtout au niveau de la gestion des ordres reçus et des demandes relatives aux transactions en cours. En aucun cas, il incombait aux employés du département « Portfolio Administration Unit » à donner des conseils commerciaux, ni à gérer un portefeuille en guise d'améliorer sa performance.

Les compétences principales requises pour le poste étaient une bonne connaissance des investissements et transactions « fund of funds » et des risques y relatifs et une stricte rigueur dans l'application des procédures et contrôles même dans des situations de pression accrue. »

B.), responsable du département « *Investment Advisory Group* » auprès de SOC1.), décrit ensuite la fonction du « *IAG Advisor, SIG and Non Troika Clients »* comme suit :

« La fonction d'IAG Advisor est une fonction spécifique au sein de l'activité commerciale et de conseil à la clientèle d'une banque privée. Cette fonction au sein des équipes commerciales consiste pour cette personne spécialisée à réaliser principalement deux types de missions :

1) *des propositions d'investissement aussi bien pour des produits que pour une allocation d'actifs auprès du chargé de clientèle (le RM) (*Relationship Manager, gestionnaire de compte) *pour des comptes de la clientèle privée, de s'assurer que ces propositions sont bien en phase avec le profil de connaissance et d'expérience du client, et de s'assurer que ces propositions sont en cohérence avec un niveau de risque accepté par le client,*
2) *des revues périodiques d'investissement de ces portefeuilles de clients, avec le RM, afin de s'assurer que la structure du portefeuille du client est toujours bien en ligne avec les objectifs du client et bien ajusté avec la stratégie du comité d'investissement de la banque. »*

Selon le témoin, la fonction d'IAG Advisor requiert :

1) *des connaissances sur les produits de placement avec leurs avantages et leurs risques associés. L'Advisor devra être capable d'expliquer aux RM, et en conséquence, au client pour qui l'analyse macro-économique et l'analyse du contexte présent de marché est faite, l'intérêt de la recommandation du produit ou de l'allocation d'actifs. Cette fonction dévolue à A.), comme aux autres Advisors de l'équipe, est spécifique à la fonction d'Advisor ou d'un gérant ayant un mandat en matière d'investissement et d'allocation de portefeuilles, la fonction « Back-Office » ne comportant aucune prestation de conseil en matière d'investissement, par définition même de la fonction.*
2) *Une capacité d'analyse d'un profil de client : Le produit est-il adapté au client ? Le client a-t-il bien saisi les risques associés à la recommandation sur le produit ou sur l'allocation ? (…) A.) dans sa fonction d'Advisor engage la responsabilité et la réputation de la banque dans le conseil produit et son adéquation avec le profil du client. L'Advisor doit s'assurer de la connaissance, de l'expérience et de la compréhension du produit conseillé au client, même via le RM. Cette*

responsabilité est une des caractéristiques de la fonction d'Advisor. Cette fonction de conseil et de sélection des produits pour un client n'existe pas dans les métiers du « Back-Office ». La fonction de « Back-Office » intervient en aval, dans la gestion administrative de l'ordre, écritures comptables, rapprochements - réconciliations avec les contreparties.

3) *Une compétence pour s'assurer de la meilleure négociation possible des ordres éventuels liés à l'acceptation par le client de la recommandation faite par l'Advisor. La responsabilité de recommander ou de saisir un ordre sur le marché, y compris la souscription ou le rachat de parts de fonds est une responsabilité par définition d'un « Front-Office ». La banque est exposée au risque de marché si l'ordre est mal saisi, ou réputationnel si l'ordre n'est pas en cohérence avec la stratégie d'investissement sur laquelle elle communique auprès des clients.*
4) *Une implication sur le suivi et la transcription auprès des RM et des clients de l'actualité financière et des fluctuations de l'ensemble des marchés actions, obligations ou des changes.*
5) *Un dynamisme et une pro-activité vers le RM en matière de solution d'investissement. L'Advisor ne doit pas être en aval dans le traitement d'un ordre lié à une recommandation. Il doit au contraire être en amont, celui qui s'assure que le client soit contacté par le RM pour une idée de produit ou une recommandation d'allocation. Ce suivi est une fonction essentielle de l'Advisor, le suivi dans le temps, en fonction des conditions du marché et en fonction de l'évolution de la stratégie d'investissement de la banque. »*

Ces deux attestations illustrent bien la différence entre les deux fonctions.

Tandis que la fonction de « *Senior Administrator* » est une simple mission d'exécution des ordres reçus par le client, la fonction de l' *« Advisor* » se caractérise par la mission de conseil, l' « *Advisor* » devant conseiller au mieux le client en tenant compte à la fois de l'évolution du marché et du profil du client. Si le « *Senior Administrator* » doit respecter les ordres donnés sans avoir son mot à dire, c'est l' « *Advisor* » qui est à l'origine directe de cet ordre et qui engage la responsabilité de la banque par les propositions d'investissements faites au client.

Si Mme A.) avait acquis, du fait de son activité au sein de SOC1.bis), une certaine connaissance sur la nature juridique et comptable d'un fonds et si cette expérience a été un atout en faveur de sa candidature pour la fonction d' « *Advisor »* il n'en reste pas moins que, selon B.): « *ce n'était qu'un élément marginal des qualités et des compétences requises pour se développer et réussir dans le métier d' « Advisor » : il faut démontrer une capacité de compréhension de l'intérêt et de la pertinence du produit pour pouvoir le conseiller, et donc engager la responsabilité de conseil de la banque, il faut une capacité d'analyse et de suivi de la structure d'un portefeuille pour avoir l'initiative de conseiller un ajustement de ce portefeuille. Cette initiative, caractéristique et spécifique pour la fonction de « Front-Office » est de la responsabilité de l'Advisor dans sa mission, et donc de la banque. »*

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que les deux fonctions sont fondamentalement différentes de sorte que la Cour retient, par réformation,

que l'insertion d'une clause d'essai dans le contrat de travail signé entre SOC1.) et Mme A.) était justifiée.

La clause d'essai est partant valable.

<u>La résiliation du contrat de travail</u>

A titre subsidiaire, Mme A.) fait valoir que le délai de préavis de 15 jours n'aurait pas été respecté.

La période d'essai aurait débuté le 1er mai 2010, mais aurait été suspendue à partir de la remise du certificat médical de grossesse, le 27 juillet 2010, jusqu'au début du congé de maternité le 25 septembre 2010. Le 27 juillet 2010, seulement 4 jours restaient à courir avant la fin de la période d'essai. Ces 4 jours auraient repris leur cours après l'expiration du congé de maternité, le 11 février 2011.

Le courrier de résiliation du 12 février 2011 serait dès lors tardif.

Faute d'avoir été résilié dans les délais, le contrat de travail devrait être considéré comme conclu à durée indéterminée *ab initio.* En ne fournissant pas les motifs du licenciement, le licenciement devrait être déclaré abusif.

Aux termes de l'article L.337-3 du code du travail :

« *Lorsqu'une femme salariée est liée par un contrat à durée indéterminée comportant une clause d'essai, cette dernière est suspendue à partir du jour de la remise à l'employeur du certificat médical attestant la grossesse jusqu'au début du congé de maternité. La fraction de la période d'essai restant à courir reprend son cours à la fin de la période d'interdiction de licenciement.* »

Il faut donc d'abord déterminer la date à laquelle Mme A.) a remis le certificat médical constatant son état de grossesse, les parties faisant des déclarations contraires à ce sujet.

Mme A.) soutient avoir remis le certificat médical le 27 juillet 2010. Elle verse à titre de preuve un courriel émanant de F.), Human Resources Supervisor.

SOC1.) fait remarquer à juste titre que ce courriel ne constitue pas un accusé de réception du certificat médical constatant l'état de grossesse mais ne contient que quelques renseignements par rapport au congé de maternité.

SOC1.) par contre verse copie du certificat médical de grossesse émis le 5 juillet 2010 par le docteur G.). Sur ce certificat est apposé un tampon de *« F.), employees Relations & Operations Advisor* » et contient, écrite de la main de Mme F.), la mention : « *Reçu en mains propres le 06.07.2010 ».*

SOC1.) verse en outre une attestation testimoniale de F.) qui confirme avoir immédiatement apposé le tampon sur le certificat médical dès sa réception des mains de Mme A.). Elle déclare également n'avoir rédigé le courriel du 27 juillet

2010 que quelques semaines plus tard *« alors qu'il ne nous est pas toujours possible d'envoyer immédiatement ces informations aux salariés qui nous notifient leur grossesse. »*

Ses déclarations sont confirmées par l'attestation testimoniale de H.) qui se souvient que F.) lui a montré le certificat médical le 6 juillet 2010 immédiatement après le passage de Mme A.) et qui se souvient que le tampon y était déjà apposé.

C'est à tort que Mme A.) met en doute la véracité de ces deux attestations en s'interrogeant comment deux salariées pourraient si bien se rappeler d'une date qui remonterait à plus de 3 ans alors qu'il se serait agi d'un simple acte administratif.

Les deux témoins n'ont en effet fait rien d'autre que confirmer que si le certificat renseigne comme date de remise le 6 juillet 2010 c'est qu'il s'agissait bien de ce jour alors que F.) a déclaré avoir apposé le tampon sur le certificat immédiatement après sa remise et le témoin H.) a vu le certificat muni du tampon le jour même où il a été remis.

La Cour retient dès lors que le certificat médical de grossesse a été remis le 6 juillet 2010.

La période d'essai a donc été suspendue à partir du 6 juillet 2010 soit 26 jours avant la fin théorique de la période d'essai, le 31 juillet 2010.

Selon l'article L. 337-3 du code du travail précité, la fraction de la période d'essai restant à courir reprend son cours à la fin de la période d'interdiction de licenciement.

Conformément à l'article L.337-1 (1) du code du travail :

« Il est interdit à l'employeur de notifier la rupture de la relation de travail ou, le cas échéant la convocation à l'entretien préalable, d'une femme salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constatée et pendant une période de douze semaines suivant l'accouchement. »

Il découle des déclarations des deux parties que le congé de maternité n'a pris fin que le 11 février 2011, SOC1.) expliquant a cet égard que le congé post-natal de Mme A.) a été prorogé jusqu'au vendredi, 11 février 2011 au soir, en raison du fait que celle-ci a accouché avant terme, soit le 3 novembre 2010, tandis que la date présumée de l'accouchement était le 20 novembre 2010.

Mme A.) a donc bénéficié d'un congé postnatal de 12 semaines tel que prévu par l'article L.332-2 alinéa 2 du code du travail augmenté, en application de l'article L. 332-1 alinéa 2 du même code, de 16 jours, soit de la partie du congé prénatal non pris en raison de l'accouchement, le 3 novembre 2010, avant le terme présumé, le 20 novembre 2010.

Selon l'article L.332-2 du code du travail, la femme ayant accouché ne peut être occupée durant le congé postnatal.

Or, la période d'essai a pour but de permettre au salarié de faire preuve de ses aptitudes professionnelles et à l'employeur de les évaluer et requiert donc l'exercice de son activité par le salarié.

Au regard de la finalité de la période d'essai et de l'interdiction de travailler durant tout le congé de maternité postnatal, même au-delà des douze semaines après l'accouchement en raison de la fraction du congé prénatal qui, en cas d'accouchement avant terme et en application de l'article L. 332-1 du code du travail, prolonge le congé postnatal prévu à l'article L. 332-2 du code du travail, l'article L.337-3 du code du travail est à lire en ce sens que la fraction de la période d'essai restant à courir reprend son cours à la fin du congé postnatal.

Il en suit que la période d'essai n'a en l'espèce repris son cours que le 12 février 2011. En y ajoutant les 26 jours restant à courir, elle devait normalement venir à expiration le 9 mars 2011.

En procédant par lettre recommandée du 12 février 2011 à la résiliation du contrat de travail avec un délai de préavis de 15 jours expirant le 27 février 2011, SOC1.) a partant mis fin au contrat dans les conditions visées au paragraphe (4) de l'article L. 121-5 du code du travail, sans qu'il n'y ait lieu d'examiner en outre si les jours pendant lesquels Mme A.) était absente pour cause de maladie et de congé ont eu pour effet de suspendre la période d'essai encore pour autant de jours et repousser encore plus loin la fin de la période d'essai.

En mettant fin, par courrier recommandé du 12 février 2011, aux relations contractuelles, SOC1.) n'a dès lors pas procédé à un licenciement avec préavis mais à la résiliation du contrat à l'essai de sorte qu'elle n'était pas tenue d'en fournir les motifs.

Il y a dès lors lieu, par réformation du jugement entrepris, de déclarer la résiliation du contrat de travail régulière.

<u>Le recours de l'Etat</u>

L'Etat, agissant ès-qualité, réclame le remboursement de 32.175,35 € du chef d'indemnités de chômage payées à Mme A.).

Ni les conditions du paragraphe (5) ni celles du paragraphe (6) de l'article L.521-4 du code du travail n'étant remplies, la demande de l'Etat est à déclarer non fondée.

<u>Les indemnités de procédure</u>

Aucune des parties ne justifiant de l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile, leurs demandes tendant au paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport de Madame Astrid MAAS, premier conseiller,

reçoit l'appel ;

le dit fondé ;

réformant :

déclare valable la clause d'essai insérée dans le contrat de travail à durée indéterminée du 3 mai 2010 ;

déclare régulière la résiliation intervenue le 12 février 2011 ;

dit non fondé le recours de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi ;

dit non fondées les demandes de la société anonyme SOC1.) S.A. et de Mme A.) tendant au paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne Mme A.) aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Me Guy CASTEGNARO, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par M. Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence de M. Alain BERNARD, greffier.