Arrêt N° 137/18 - VIII - Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-deux novembre deux mille dix-huit

Numéro 44891 du rôle.

Composition:

Lotty PRUSSEN, président de chambre;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Jeanne GUILLAUME, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

A.) demeurant à L-(…),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 17 mai 2017,

comparant par Maître Pierre GOERENS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

l'association sans but lucratif ASSO1.), établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du prédit acte KURDYBAN,

comparant par Maître Nathalie WEBER-FRISCH, avocat à la Cour, demeurant à Bourglinster.

LA COUR D'APPEL:

Par requête du 1er avril 2016, A.) a fait convoquer son ancien employeur, l'association sans but lucratif ASSO1.), devant le tribunal du travail de Luxembourg pour voir déclarer abusif le licenciement avec préavis intervenu à son égard le 26 mai 2015 et obtenir indemnisation du préjudice matériel et du préjudice moral subis. Elle a encore réclamé une indemnité de procédure.

Par la même requête, elle a fait convoquer l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, sur base de l'article L.521-4 du Code du Travail.

ASSO1.) a formulé une demande reconventionnelle en remboursement d'un trop-payé de salaire et en paiement d'une indemnité de procédure.

Par jugement rendu le 3 mars 2017, le tribunal du travail a déclaré justifié le licenciement avec préavis intervenu le 26 mai 2015 à l'égard de A.) et dit non fondées la demande de A.) en indemnisation des préjudices matériel et moral ainsi que sa demande en paiement d'une indemnité de procédure.

Il a déclaré fondée la demande de ASSO1.) en remboursement d'un trop-payé de salaire à hauteur de 625,73 EUR et condamné A.) à payer à ASSO1.) ce montant ainsi qu'une indemnité de procédure de 350,- EUR.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, qui n'avait pas de revendications à formuler dans le cadre du litige, a été mis hors cause.

Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu que les absences fréquentes de la salariée pour cause de maladie et les circonstances de la rétractation de son accord quant au nouveau plan de travail ont nécessairement fait perdre à l'employeur sa confiance en une collaboration régulière pour les nécessités du bon fonctionnement de la maison relais RR.), de sorte à justifier le licenciement avec préavis du 26 mai 2015.

De ce jugement, notifié le 12 avril 2017, A.) a relevé appel par exploit d'huissier du 17 mai 2017, demandant, par réformation, à la Cour de la décharger des condamnations prononcées contre elle, de déclarer le licenciement abusif et de condamner ASSO1.) au paiement du montant de 1.578,28 EUR à titre de préjudice matériel et du montant de 5.000,- EUR à titre de préjudice moral. Elle sollicite en outre une indemnité de procédure de 2.500,- EUR pour chacune des deux instances.

L'appelante reproche à la juridiction de première instance de ne pas avoir déclaré abusif le licenciement pour défaut de précision des motifs énoncés dans la lettre de motivation. Elle conteste encore le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement.

L'intimée soulève l'irrecevabilité partielle de l'acte d'appel en raison de l'acquiescement partiel de la part de l'appelante quant au trop-perçu de salaire

pendant la période de préavis étant donné qu'elle aurait réglé le montant dont condamnation avant d'introduire son appel. Elle conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a déclaré fondé et justifié le licenciement avec préavis et a débouté A.) de ses demandes en dommages et intérêts et en indemnité de procédure. Elle conteste les préjudices matériel et moral tant en leur principe qu'en leur quantum.

Elle interjette appel incident en ce que le jugement a fixé le montant du trop-perçu de salaire à rembourser par A.) à 625,73 EUR au lieu des 783,16 EUR réclamés et en ce qu'il a fixé le montant de l'indemnité de procédure en sa faveur à 350,- EUR au lieu de 3.500,- EUR. A titre subsidiaire, elle conclut à la confirmation pure et simple du jugement entrepris. Elle sollicite en outre une indemnité de procédure de 2.000,- EUR pour l'instance d'appel. A titre infiniment subsidiaire et pour autant que de besoin, elle offre de prouver par l'audition de témoins les faits invoqués à la base du licenciement.

La recevabilité des appels

L'appel interjeté par A.) est recevable en la forme pour avoir été fait dans les forme et délai de la loi. Si, dans son acte d'appel, elle a demandé la décharge de toutes les condamnations prononcées contre elle, l'acte d'appel ne contient cependant aucune motivation y afférente. Il résulte par ailleurs de ses conclusions subséquentes qu'elle demande la confirmation du jugement en ce qui concerne le trop-perçu de salaire et qu'elle a remboursé en mai 2017 le montant dont condamnation. Il en découle que l'appel est limité et ne porte pas sur la condamnation au remboursement du trop-perçu de salaire pendant la période de préavis.

L'appel incident, régulièrement interjeté, est recevable.

Le licenciement

A.) a été au service de ASSO1.) en qualité d'éducatrice diplômée, en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée prenant effet le 15 septembre 2009. Elle a été licenciée par courrier recommandé du 26 mai 2015, avec le préavis légal de quatre mois. Suite à sa demande de motifs, l'employeur les lui a fournis par courrier du 3 juillet 2015 et elle les a contestés par courrier de son mandataire du 11 août 2015.

La précision des motifs

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu que les motifs développés par l'employeur dans sa lettre de motivation gisant à la base du licenciement ont été énoncés avec suffisamment de précision, malgré le fait qu'en ce qui concerne le 1er point, l'employeur aurait fait état de périodes d'absence se situant après le licenciement avec préavis et de congés de maternité et parentaux et que le décompte des jours travaillés et des absences n'aurait pas été établi avec exactitude. Quant au 2e point, l'employeur n'aurait pas indiqué en quoi les absences pour cause de maladie et congés familiaux de

l'appelante ont entraîné une perturbation qui dépasse les aléas normaux d'une entreprise face à la maladie d'une salariée.

Il ne serait pas démontré en quoi les modifications du contrat de travail, acceptées par l'employeur, constitueraient une motivation du licenciement. Finalement, l'appelante demande la confirmation du jugement en ce qu'il a écarté le dernier motif pour défaut de précision.

L'employeur a indiqué les dates des absences de A.) de mai 2011 à mai 2015, en affirmant que l'ampleur de ces absences par leurs durées et leurs réitérations, sans aucune visibilité de retour pour l'employeur, ne lui permet plus de compter sur la collaboration effective de la salariée. Il a ensuite fait état de la désorganisation du service du fait de ces absences répétées, précisant que le fonctionnement de la maison relais RR.) a été désorganisé et que les absences ont notamment dû être compensées par la prestation d'heures supplémentaires des collègues qui ont même parfois dû renoncer à prendre leurs congés aux périodes planifiées.

L'employeur a encore relevé, sous le point 3, que les horaires et planning de travail ont été modifiés à de nombreuses reprises à la demande de A.), fournissant à l'appui les horaires et temps de travail de la requérante de 2009 à 2015 et les modifications entreprises, et explique les conséquences des demandes incessantes de modifications du temps de travail sur l'organisation et le planning de la maison relais, entraînant une désorganisation de ladite maison relais. Sous le point 4, l'employeur fait état de manière détaillée du refus des modifications du plan de travail par A.) en mars 2015, alors même que cet itératif changement du plan de service serait intervenu suite aux problèmes de santé invoqués par la salariée et de son accord. Les absences de la salariée suite aux modifications du plan de travail sont qualifiées d'absences injustifiées.

La Cour retient, à l'instar des premiers juges, que les motifs invoqués aux points 1 à 4 étaient suffisamment précis pour permettre à A.) et aux juridictions de vérifier non seulement la réalité des motifs invoqués, c'est-à-dire si les motifs existent et s'ils sont exacts pour justifier le licenciement, mais également l'existence d'une cause sérieuse qui rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation de la relation du travail et qui rend nécessaire le licenciement. Les critiques de l'appelante concernant l'exactitude et la gravité des motifs invoqués ne relèvent pas de la précision des motifs, mais de leur caractère réel et sérieux.

Les premiers juges ont encore à juste titre et pour des motifs que la Cour adopte, retenu que le point 5 de la lettre de motivation, reprochant à A.) une démotivation et une dégradation de l'ambiance de travail du fait de son comportement, doit être écarté pour manque de précision.

Le caractère réel et sérieux des motifs

L'appelante critique le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement en faisant valoir que ses absences sont largement insuffisantes pour être qualifiées d'absentéisme habituel pour raisons de santé et que l'employeur a commis de

multiples fautes dans le calcul des heures d'absence. Les absences n'auraient pas provoqué une désorganisation dans le chef de l'intimée qui emploierait un très grand nombre de salariés, ni dans la maison relais RR.) pour laquelle elle était employée alors que le fait pour les autres employés d'être amenés à prester des heures supplémentaires ne saurait s'apparenter à une perturbation de l'organisation du travail. Les modifications de sa durée de travail hebdomadaire résultant des avenants 1 et 2 à son contrat de travail auraient été faites d'un commun accord des parties et l'employeur ne saurait s'en prévaloir pour justifier le licenciement. La modification de la répartition des jours de travail aurait été faite unilatéralement par l'employeur sans respecter la procédure prévue en cas de modification du contrat de travail, de sorte que le refus de la salariée d'accepter cette modification ne saurait constituer un motif de licenciement.

L'intimée estime que le caractère réel et sérieux des motifs invoqués est étayé à suffisance par les pièces versées aux débats; à titre subsidiaire elle offre de prouver la réalité et le sérieux des motifs par l'audition de témoins.

Il y a lieu de relever d'emblée que l'affirmation de l'appelante selon laquelle elle a en réalité été licenciée parce qu'elle faisait valoir ses droits au sein de l'entreprise, n'est étayée par aucun élément du dossier.

L'absentéisme habituel pour raisons de santé peut être une cause de rupture du contrat de travail lorsque, d'une part, il y a absences longues ou nombreuses et répétées et lorsque, d'autre part, il y a une gêne considérable dans le bon fonctionnement de l'entreprise, sans certitude ou même probabilité d'amélioration dans un avenir proche et que l'employeur a de justes raisons d'admettre qu'il ne peut plus compter désormais sur la collaboration régulière et efficace de son salarié.

C'est à juste titre que le tribunal du travail n'a pas tenu compte des congés de maternité et parentaux et des dispenses de travail respectives dans l'appréciation d'un éventuel absentéisme habituel pour cause de maladie de A.) et n'a dès lors pris en considération que la période d'avril 2014 à mai 2015.

Pendant cette période, la salariée, qui travaillait à raison de 16 heures par semaine, était affectée au groupe d'enfants de 18 mois à 3 ans et son temps de travail était d'abord réparti sur trois jours de la semaine (mercredi, jeudi et vendredi). A partir d'octobre 2014, son temps de travail de 16 heures se concentrait sur les jeudis et vendredis.

L'employeur reproche à A.) 240,5 heures d'absences pour cause de maladie et de congé familial sur 667,7 heures qui auraient dû être prestées tandis que la salariée estime qu'il y a lieu de retenir 151 heures d'absence pour maladie sur 1.009 heures à prester.

L'appelante fait valoir que l'employeur n'a pas pris en compte les mois de travail sans absence pour calculer la durée théorique de présence sur le lieu de travail pendant la période prise en compte, que la cure de Mondorf a été acceptée par

l'employeur et que les absences mentionnées du mois de mai 2015 se situent après le licenciement.

La juridiction de première instance a correctement calculé, sur base d'un relevé de ASSO1.), que le total des heures à prester d'avril 2014 à mai 2015 était de 941,8 heures et non pas de 667,7 heures tel qu'indiqué dans la lettre de motivation, ce dernier chiffre ne représentant que les heures à prester pendant les mois pendant lesquels il y avait des absences. L'appelante ne justifie ni n'explique même pas en quoi ce calcul serait erroné.

La juridiction de première instance a encore à juste titre retenu pour cette période 230 heures d'absences pour cause de maladie et de congé familial en considérant d'une part qu'il ne résulte pas des pièces dans quelle mesure l'employeur se serait déclaré d'accord avec un traitement de A.) à Mondorf, et en faisant abstraction d'autre part des 16 heures d'absence au mois de mai 2015 qui se rapportent au 28 et 29 mai 2015 et sont partant postérieures au licenciement. Contrairement aux conclusions de l'appelante, les congés pour raisons familiales, certes indépendants de la volonté de l'appelante, sont à prendre en considération dans l'appréciation de l'absentéisme.

La Cour retient à l'instar des juges de première instance que la fréquence et l'envergure des absences de A.) du 1er avril 2014 au 26 mai 2015, avoisinant les 25 % du temps de travail, permettent de retenir un absentéisme habituel pour raison de santé.

C'est encore à juste titre et pour des motifs que la Cour adopte que les juges de première instance ont considéré qu'en raison de leur caractère irrégulier et imprévisible, les absences de A.) présentaient manifestement une gêne pour le fonctionnement de la maison relais RR.), dans laquelle elle était affectée au groupe des enfants de 18 mois à 3 ans, et qu'au vu de ses absences, ses collègues de travail ont dû adapter leur plan de service et effectuer des heures supplémentaires, cette perturbation étant par ailleurs décrite dans les attestations testimoniales dont le contenu a été examiné dans le jugement entrepris.

Ces attestations testimoniales sont conformes aux exigences de la loi et l'appelante ne fournit aucun élément concret de nature à mettre en doute la crédibilité de leurs auteurs qui soulignent que les absences étaient souvent annoncées peu avant le début du service de A.) et rendaient ainsi l'organisation du remplacement difficile, de sorte que ses collègues de travail devaient faire des heures supplémentaires, respectivement effectuer des remplacements pendant leur jour libre lorsqu'aucun autre remplaçant n'était disponible.

Contrairement à ce qu'affirme l'appelante, la gêne que les absences de la salariée ont apportée au bon fonctionnement du service doit être appréciée, non pas par rapport à l'ensemble des structures d'accueil de ASSO1.), mais par rapport à la maison relais dans laquelle A.) travaillait et où il était impératif d'avoir un certain nombre d'éducateurs pour assurer l'accueil des enfants en bas âge. L'appelante est encore malvenue à reprocher à son employeur d'avoir

un nombre insuffisants de remplaçants pour pouvoir pallier en toutes circonstances à ses absences.

En raison des nombreuses absences, se produisant notamment au cours de chacun des sept mois précédant le licenciement, l'employeur ne pouvait plus compter sur une collaboration régulière et efficace de A.) pour assurer la bonne marche du groupe d'enfants en bas âge et faire face aux nécessités du fonctionnement du service.

Il en découle que, indépendamment des autres griefs allégués, le licenciement avec préavis est justifié.

Il y a partant lieu à confirmation du jugement en ce que le licenciement avec préavis a été déclaré régulier et que les demandes en indemnisation ont été rejetées.

Le complément différentiel sur base de l'article L.124-9 du Code du travail

Interjetant appel incident, ASSO1.) réitère sa demande en condamnation de A.) à lui rembourser un trop-payé de salaire, A.) ayant trouvé un nouvel emploi en cours de préavis, à partir du 14 septembre 2015. Tout en admettant que A.) lui a finalement remboursé le montant de 625,73 EUR pour la période du 14 au 30 septembre 2015, elle fait valoir que pour cette période, A.) a perçu de l'Etat, son nouvel employeur, la somme de 783,16 EUR et de ASSO1.) le montant de 1.016,15 EUR, de sorte qu'elle devrait rembourser le montant de 783,16 EUR.

A.) demande la confirmation du jugement quant au remboursement du montant de 625,73 EUR, en faisant valoir qu'il y aurait lieu de tenir compte du fait que son nouvel emploi est de 20 heures par semaine et que, pour calculer le complément différentiel, il faudrait se baser sur le nombre d'heures de travail prestées auprès de ASSO1.), soit 16 heures par semaine. A titre subsidiaire, elle soutient que, comme elle a déjà remboursé le montant de 625,73 EUR à ASSO1.), toute condamnation serait à limiter au montant de (783,16 - 625,73) 157,43 EUR.

Aux termes de l'article L.124-9 (1) alinéa 3 du Code du travail, *le salarié bénéficiaire de la dispense de travailler est autorisé à reprendre un emploi salarié auprès d'un nouvel employeur; en cas de reprise d'un nouvel emploi, l'employeur est obligé, s'il y a lieu, de verser au salarié, chaque mois pour la durée de préavis restant à courir, le complément différentiel entre le salaire par lui versé au salarié avant son reclassement et celle qu'il touche après son reclassement.*

La juridiction de première instance a dès lors retenu à juste titre que le salarié ne peut, en cas de reprise d'un travail au cours du préavis de l'exécution duquel il est dispensé, cumuler son ancien salaire avec le salaire qu'il touche auprès de son nouvel employeur et que l'ancien employeur peut récupérer, sur base des articles 1235 alinéa 1er et 1376 du Code civil, le trop-payé du salaire.

ASSO1.) ne saurait tirer avantage du fait que A.), qui travaillait auparavant 16 heures par semaine, a trouvé un nouvel emploi à raison de 20 heures par semaine.

C'est dès lors à bon droit que la juridiction de première instance a retenu que la demande de ASSO1.) en remboursement d'un trop-payé de salaire était fondée pour le montant de 625,73 EUR brut.

Ce montant a été remboursé par A.) à ASSO1.) suite au jugement dont appel.

Les indemnités de procédure

ASSO1.) demande une indemnité de procédure de 3.500,- EUR pour la première instance et une indemnité de procédure de 2.000,- EUR pour l'instance d'appel. Elle fait valoir qu'elle s'est acquittée du montant de 3.510,- EUR à titre d'honoraires d'avocat.

A.) conteste ces demandes et sollicite pour sa part une indemnité de procédure de 2.500,- EUR pour chacune des deux instances.

L'application de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge. (Cass. n° 60/15, 2 juillet 2015, n° 3508 du registre; Cass. n° 26/17, 16 mars 2017, n° 3763 du registre).

C'est à juste titre que les juges de première instance ont, eu égard à l'issue du litige, débouté A.) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure. Eu égard à l'issue de l'appel, elle est encore à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la présente instance.

Par contre, il paraît inéquitable de laisser à charge de ASSO1.) toutes les sommes exposées, non comprises dans les dépens. Le jugement est à confirmer en ce qu'il lui a alloué une indemnité de procédure de 350,- EUR pour la première instance et il y a encore lieu de lui allouer une telle indemnité d'un montant de 1.000,- EUR pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels, principal et incident, en la forme,

les dit non fondés,

confirme le jugement du 3 mars 2017,

déclare non fondée la demande de A.) en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne A.) à payer à l'association sans but lucratif ASSO1.) une indemnité de procédure de 1.000,- EUR pour l'instance d'appel,

condamne A.) aux frais et dépens de l'instance.

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