

Arrêt de la Cour d'Appel.

Numéro 17088 du rôle.

Exempt - appel en matière de travail.

Audience publique du jeudi vingt-huit mars mil neuf cent quatre-vingt-seize.

Composition :

Roland SCHMIT, président de chambre,

Georges SANTER, premier conseiller,

Romain LUDOVICY, conseiller,

Marie-José HOFFMANN, greffière.

Entre:

la société à responsabilité limitée A, établie et ayant son siège social à x, représentée par ses gérants actuellement en fonctions, appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS de Luxembourg en date du 1er août 1994, comparant par Maître Louis BERNS, avocat à Luxembourg,

et:

B, employée privée, demeurant à x, intimée aux fins du prédit exploit NICKTS. comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Saisi par B, reprochant à son ancien employeur la société à responsabilité limitée A de l'avoir licenciée de façon irrégulière, d'une demande en paiement de diverses sommes, à titre d'indemnité de préavis ainsi qu'à titre d'indemnité compensatrice pour congé non pris, d'indemnité sur base de l'article 29(3) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail et salaire d'un 13e mois, le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, par jugement rendu le 28 juin 1994, après avoir reçu la demande, a condamné cette société à payer à B 2.654.-+57.399.-+28.699.-francs à titre d'indemnité de préavis, 5.474.-francs pour compenser 16.50 heures de congé légal non pris et 23.916.-francs à titre de gratification dite "13e mois". Le même jugement a déclaré fondée en principe la demande de B en obtention d'une indemnité pour licenciement irrégulier sur base de l'article 29(3) de la loi de 1989, a refixé l'affaire à une audience ultérieure pour lui permettre de fournir les données nécessaires pour déterminer le préjudice subi du fait de son licenciement irrégulier et a sursis à statuer sur la demande basée sur l'article 131-1 du code de procédure civile.

L'appel relevé par la société A le premier août 1994 dans les forme et délai légaux est recevable. Reprochant aux premiers juges de lui avoir imposé la charge de la preuve de la régularité de la clause d'essai convenue de 6 mois et d'avoir admis le principe de la justification de l'allocation d'une indemnité pour licenciement irrégulier en la forme, la société appelante demande à la Cour de réformer le jugement entrepris et

- de dire que B a la charge de la preuve de l'irrégularité de la clause à l'essai de 6 mois;
- de dire que B reste en défaut de prouver qu'elle n'a pas la formation professionnelle du C.A.T.P.;
- de déclarer valable la clause à l'essai de 6 mois stipulée entre parties;
- de dire que le licenciement intervenu est régulier;
- de débouter l'intimée de la demande en paiement de l'indemnité de préavis, du 13e mois et de l'indemnité pour licenciement irrégulier;
- de débouter l'intimée de sa demande en paiement du congé non pris.

L'intimée B conclut à la confirmation du jugement du 28 juin 1994 et à l'allocation d'une indemnité de 20.000.-francs sur base de l'article 131-1 du code de procédure civile;

#### 1. Validité de la clause d'essai

B avait été engagée avec effet à partir du 1er avril 1993 comme réceptionniste. Le contrat d'engagement stipule une période d'essai de 6 mois. La société A, en licenciant B le 6 août 1993 lui accordait un préavis de 24 jours expirant le 30 août 1993 en se basant sur les dispositions de l'article 34 relatives à la période d'essai de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.

B contesta et continue à contester la validité de cette clause en affirmant que, non détentrice d'un certificat d'aptitude technique et professionnelle, la période d'essai maximum autorisée selon l'article 34 (2), alinéa 2, de la susdite loi ne serait que de 3 mois de sorte que, licenciée après l'expiration de ce délai, elle aurait droit au préavis prévu par l'article 20 de cette loi, c'est-à-dire, d'un délai de 2 mois.

a) La société A fait d'abord valoir que compte tenu de ce que l'article 34 (2), 1er alinéa, pose le principe d'une période d'essai maximum de 6 mois, il appartiendrait à B, invoquant la dérogation énoncée par le 2e alinéa du susdit article, de prouver que les conditions d'application de cette dérogation se trouvent réunies, en l'espèce, qu'elle n'est pas détentrice d'un C.A.T.P. de l'enseignement technique.

Selon l'article 34 (2) de la loi de 1989, "la période d'essai convenue entre parties ne peut être inférieure à deux semaines, ni supérieure à six mois. Par dérogation (à cette disposition) la période maximum d'essai ne peut excéder ... trois mois pour le salarié dont le niveau de formation professionnelle n'atteint pas celui du certificat d'aptitude technique et professionnelle de l'enseignement technique."

Compte tenu de l'exigence de ce texte, l'employeur qui engage un salarié et qui entend imposer à celui-ci une période d'essai, est tenu de s'informer utilement sur la formation de celui-ci pour fixer la durée de la période d'essai. S'il offre un emploi ne correspondant pas au niveau de formation du C.A.T.P. et s'il entend quand-même imposer une période d'essai supérieure à trois mois, il doit s'assurer si la formation du candidat le permet.

En l'espèce l'employeur, en présence d'une candidate à un emploi de réceptionniste, emploi pour lequel, selon l'appelante elle-même, "aucune formation scolaire spécifique n'est dispensée et aucun diplôme ne sanctionne la formation scolaire" et qui ne faisait par ailleurs état dans son acte de candidature que d'un niveau de formation d'une 9e filière II, aurait dû

s'il croyait ne pas pouvoir vérifier la véritable formation de la candidate et s'il croyait que celle-ci lui cachait le véritable niveau de sa formation, limiter la période d'essai à celle convenant à l'emploi proposé.

b) La société appelante soutient encore que sa formation dans la vie professionnelle de B lui conférerait en fait une formation professionnelle du moins équivalente au C.A.T.P.

Compte tenu de ce que, selon la partie appelante, la notion de formation professionnelle ne serait définie nulle part dans la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, elle se prévaut des travaux préparatoires de cette loi et plus particulièrement de l'exposé des motifs du Ministère du travail qui introduirait la notion de salarié qualifié en proposant que le temps d'essai serait en principe d'une durée de 6 mois "sauf pour les salariés non qualifiés ; pour lequel il ne pourrait excéder 3 mois; qu'en l'absence de définition dans la loi de 1989 de ce qu'il faut entendre par salarié qualifié et non-qualifié " il conviendrait de se référer à la loi du 12 mars 1973 portant réforme du salaire social minimum, loi qui à l'article 4 (4) énonce que dans les professions où la formation n'est pas établie par un certificat officiel (comme celle de réceptionniste), le travailleur peut être considéré comme travailleur qualifié lorsqu'il a acquis une formation pratique résultant de l'exercice pendant au moins 6 années de métiers, nécessitant une capacité technique progressivement croissante".

Compte tenu de ce que B s'était prévalu à l'occasion de sa candidature d'une pratique professionnelle d'aide-pharmacienne pendant 2.5 ans, de réceptionniste-téléphoniste et employée administrative pendant 5 ans, d'une formation linguistique de 9 mois et d'une nouvelle pratique en tant que réceptionniste/téléphoniste, elle aurait acquis une formation professionnelle qui lui permet de se considérer, en vertu de l'article 4 (4) de la susdite loi de 1973 comme salariée qualifiée de sorte que, selon l'appelante, "elle doit également être considérée comme salarié qualifiée au sens de la loi de 1989 et ne rentrant pas dans les exceptions de l'article 34", de la loi sur le contrat de travail.

Dès lors que la loi de 1989, au lieu de maintenir simplement à l'article 34 les concepts de "salarié qualifié" et de salarié "non qualifié" tels qu'ils sont définis par la loi de 1973 sur le salaire social minimum, fournit bien une définition de ce qu'elle entend par "formation professionnelle" en se référant à celle dispensée par l'enseignement technique et sanctionnée par un C.A.T.P. ou un diplôme de niveau équivalent, et ne se réfère pas comme la loi de 1973, à une "formation pratique" acquise après une certaine durée par l'exercice d'un métier, l'intimée B ne saurait être considérée comme salariée remplissant les conditions de l'article 34 (2), alinéa 1er, de la loi de 1989 précitée.

c) -L'article 3 alinéa 2 de la loi de 1989 déclarant nulle et de nul effet toute clause contraire à celle-ci pour autant qu'elle vise à restreindre les droits du salarié, les parties ne pouvaient pas non plus, comme l'affirme la société appelante, convenir valablement d'une période d'essai plus longue que celle prévue par la loi, la stipulation d'une période d'essai plus longue étant défavorable au salarié étant donné que celui-ci voit reportée à plus tard l'assurance d'avoir un contrat définitif. Le moyen afférent de la partie appelante est également à écarter.

d) -Il suit de ce qui précède que la clause d'essai est nulle dans la mesure où elle excédait trois mois. L'essai expirant le 30 juin 1993, le licenciement de B du 6 août avec préavis au 30 août 1993 devait intervenir selon les dispositions réglant la régularité des contrats de travail à durée indéterminée.

L'intimée ayant droit, selon l'article 20 (2) à un préavis de deux mois commençant à courir à partir du 15 août et expirant le 15 octobre 1993, c'est à bon droit que les premiers juges lui ont alloué sur base de l'article 23 une indemnité compensatrice correspondant à la partie du délai de préavis restant à courir.

## 2. Indemnité pour irrégularité formelle

Les premiers juges ont cumulé l'indemnité due en vertu de l'article 23 avec celle prévue par l'article 29 (3) de la loi de 1989 qui énonce que "la juridiction du travail qui conclut à l'irrégularité formelle du licenciement en raison de la violation d'une formalité qu'elle juge substantielle doit examiner le fond du litige et condamner l'employeur, si elle juge que le licenciement n'est pas abusif quant au fond, à verser au salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ou de traitement ..."

B n'ayant pas critiqué le fond du litige en soutenant que son licenciement serait abusif, c'est en raison de la seule inobservation du délai de préavis qu'il est irrégulier pour avoir violé une formalité substantielle.

Dès lors que la méconnaissance du préavis légal est déjà sanctionnée selon l'article 23 de la loi de 1989 par l'allocation de l'indemnité compensatoire de préavis destinée à réparer à suffisance l'irrégularité commise, celle-ci ne saurait subir une double sanction, celle prévue par l'article 29 (3) s'appliquant aux irrégularités pour lesquelles le législateur n'a pas prévu chaque fois une sanction spécifique.

## 3. Indemnité compensatoire pour congé non-pris

B ayant été au service de A du 1er avril au 30 août 1993, soit pendant 5 mois avait droit selon les articles 4 et 7 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé à  $5/12 \times 25 = 10$  jours soit 80 heures de congé.

Il résulte du livre de salaire de l'année 1993 que l'intimée avait pris 6 heures de congé au mois de mai. 14,5 heures en juillet et 71,5 heures en août, soit en tout 92 heures de sorte que sa demande en allocation d'une indemnité n'est pas fondée.

## 4. Gratification dite 13e mois

Le contrat de travail stipule le paiement à titre de gratification d'un 13e mois (article 3: "... für das Jahr 1993 wird das 13te Gehalt entsprechend des Eintrittsdatums anteilig nach bestandener Probezeit gezahlt.").

Compte tenu de ce qu'il n'a pas été mis fin à l'essai dans les conditions légales, le contrat de travail est à considérer comme étant conclu pour une durée indéterminée à partir du jour de l'entrée en service.

C'est donc à juste titre que les premiers juges ont alloué à B à titre de gratification 23.916.- francs correspondant aux 5 mois de travail à l'entreprise.

#### 5. Indemnité de procédure

L'intimée dans ses dernières conclusions demande à la Cour de condamner la société appelante à lui payer "une indemnité de procédure de 10.000.-francs pour l'instance d'appel et 10.000.-francs pour la première instance."

Compte tenu de ce qu'elle a précisé dans la requête introductive d'instance qu'elle entendait réclamer cette indemnité principalement à titre de frais et honoraires d'avocat, la Cour estime que compte tenu de l'issue du litige et de la situation financière des parties, il paraît équitable d'allouer à B 10.000.-francs pour les deux instances pour la couvrir en partie des frais non répétables qu'elle est amenée à exposer pour faire valoir ses droits.

Par ces motifs:

la Cour, huitième chambre, siégeant comme juridiction d'appel en matière de droit du travail, statuant contradictoirement.

reçoit l'appel en la forme;

le dit partiellement fondé:

réformant:

déclare non justifiée la demande en allocation d'une indemnité compensatoire pour congé non pris et sur base de l'article 29 (3) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail et en déboute B; confirme pour le surplus le jugement du 28 juin 1994:

condamne la société à responsabilité limitée A à payer à B dix mille (10.000.-) francs sur base de l'article 131-1 du code de procédure civile;

condamne l'appelante aux frais des deux instances et en ordonne la distraction au profit de Maître Jean-Marie BAULER, avocat constitué, qui affirme les avoir avancés.