

Exempt - appel en matière de travail.

Audience publique du jeudi dix-neuf novembre mil neuf cent quatre-vingt-dix-huit.

Numéro 21810 du rôle.

Composition :

Roland SCHMIT, président de chambre, Georges SANTER, premier conseiller, Romain LUDOVICY, premier conseiller, Pierre SCHMIT, premier avocat général, Marie-José HOFFMANN, greffière assumée.

Entre :

la société anonyme A, anciennement société à responsabilité limitée A, établie et ayant son siège social à x, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 27 janvier 1998,

comparant par Maître Roland ASSA, avocat, demeurant à Luxembourg,

et:

1) B, sans état connu, demeurant à x,

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Isabelle GIRAULT, avocat, demeurant à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par Monsieur le Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi, et pour autant que de besoin par Monsieur le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Pierre BERMES, avocat, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

B, engagé à partir du 26 mars 1996 par la société à responsabilité limitée A en qualité de chauffeur-livreur "de remplacement " avait été licencié le 28 mai 1996 avec effet immédiat au motif qu'il avait été constaté dans ses " caisses du 24 et 25 mai 1996 une différence de 1.970 Flux ". Le tribunal du travail de Luxembourg, saisi par B, a par jugement du 18 décembre 1997, déclaré abusif le licenciement et a condamné la société A à lui payer de ce chef une indemnité de préavis de 87.486 francs ainsi qu'à titre de dommages et intérêts 32.078 et 15.000 francs en réparation de ses préjudices respectivement matériel et moral. Le même jugement a encore condamné l'employeur à payer à son ancien salarié 55.152 francs à titre d'arriérés de salaire pour les mois de mars, avril et mai 1996, une indemnité compensatoire pour congé légal non pris de 10.643 francs et une indemnité de procédure de 25.000 francs et a déclaré le jugement commun à l'ETAT DU GRAND-DUCHE.

L'appel relevé le 27 janvier 1998 par la société A dans les forme et délai légaux est recevable. Elle demande à la Cour de réformer le jugement et, en ce qui concerne le licenciement, de le déclarer régulier et justifié sur base des motifs invoqués. En ce qui concerne les arriérés de salaire elle conteste que B ait été engagé à plein temps, fait au besoin offert en preuve, et demande à être déchargée du paiement d'un solde sur salaire. Elle demande finalement à ce que son ancien salarié soit débouté de sa demande en paiement d'une indemnité compensatoire pour congé non pris et de sa demande basée sur l'article 131-1 du code de procédure civile et réclame elle-même sur cette base une indemnité de 40.000 francs.

L'intimé relève appel incident et demande à la Cour de condamner son ancien employeur à lui payer 80.000 francs à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice moral et 93.319 francs à titre d'arriérés de salaire. Pour le surplus il conclut à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 50.000 francs pour l'instance d'appel.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, également intimé par la société A et pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, demande à être mis hors cause, sinon à ce que l'arrêt à intervenir lui soit déclaré commun, l'intimé domicilié à l'étranger ne remplissant pas les conditions de l'article 13,b de la loi modifiée du 30 juin 1976 pour l'attribution d'une indemnité de chômage.

1. La nature du contrat de travail.

La société A fait valoir et offre de prouver que B n'avait été engagé que " pour pallier aux absences des chauffeurs-livreurs habituels, pour cause de congés ou de maladie, tel que stipulé à l'article 1 dudit contrat"; que B aurait accepté les termes du contrat tant en ce qui concerne le principe de sa mission de remplacement qu'en ce qui concerne sa rémunération et que le salaire de base de 43.743 francs stipulé au contrat n'aurait servi que de référence pour le calcul du salaire horaire des heures de remplacement effectivement prestées.

Le contrat de louage de service se caractérise essentiellement par l'état de dépendance juridique dans lequel celui qui s'engage se trouve placé en face de son employeur. Ainsi si les parties au contrat de travail sont autorisés à déroger aux dispositions impératives de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail dans un sens plus favorable au salarié, toute clause contraire aux dispositions de cette loi visant à restreindre les droits du salarié est nulle et de nul effet.

Si l'article 1 du contrat signé par les parties stipule effectivement que B est engagé comme chauffeur-livreur " de remplacement pour les congés et les maladies ", le contrat pourrait tout au plus s'analyser comme contrat volontaire à temps partiel strictement réglementé par les dispositions de la loi du 26 février 1993 et qui se définit notamment comme convention aux termes de laquelle un salarié convient avec un employeur " dans le cadre d'une activité régulière, un horaire de travail dont la durée hebdomadaire est inférieure à la durée normale applicable dans l'établissement en vertu de la loi ou de la convention collective de travail sur cette même période".

Pareille convention doit cependant mentionner, sans préjudice des dispositions de l'article 4 de la loi de 1989, entre autres, la durée hebdomadaire du travail convenu et les modalités de la répartition du travail (article 5). En l'absence de telles stipulations le contrat signé le 26 mars 1996 doit être considéré comme contrat de travail conclu pour une durée indéterminée et, en l'absence de convention collective concernant la durée du travail, celle-ci s'élève à la durée légale de 40 heures par semaine (article 4 de la loi du 9 décembre 1970).

L'employeur ne saurait pas non plus se prévaloir d'une prétendue acceptation sans réserves par B de sa rémunération pendant le temps où il était au service de la société, pour en déduire un aveu de l'accord intervenu. Ainsi qu'il vient d'être exposé, le salarié soumis à l'autorité de son employeur, se trouve, en raison de son état de subordination dans une position de faiblesse par rapport à son employeur de sorte que pour pallier aux inconvénients résultant de cette inégalité entre parties, le législateur a restreint la liberté contractuelle en matière de droit du travail et pris les dispositions pour protéger les intérêts des salariés.

Dans la même mesure où une renonciation anticipée par le salarié de ses droits ne saurait être admise, il ne suffit pas non plus à l'employeur, auquel incombe la charge de la preuve de ce qu'il avance, de l'établir par la seule acceptation, fût-elle sans réserves et prolongée, de la part du salarié.

Il convient encore de retenir que B était obligé selon le contrat d'accepter "chaque fois que les nécessités de l'entreprise l'exigeront une activité compatible avec ses capacités professionnelles", en d'autres termes d'être à la disposition de son employeur pour d'autres tâches que celles de chauffeur-livreur et qu'il lui était interdit sauf autorisation écrite "d'avoir une deuxième occupation professionnelle", stipulations ayant en fait pour conséquence une disponibilité permanente du salarié qui comme telle est à comprendre dans la durée normale du travail au sens des dispositions de l'article 5 de la susdite loi de 1970.

Finalement et pour être complet il échet de renvoyer à l'article 4 de la loi de 1989 sur le contrat de travail qui oblige les parties, entre autres à faire figurer au contrat la durée normale du travail. Si, en l'absence de cette mention, le salarié peut en rapporter la preuve par tous les moyens (article 4(5)), l'employeur est cependant soumis dans l'administration de la preuve aux règles strictes inscrites à l'article 1341 du code civil relatif à la preuve littérale des actes juridiques, le contrat de travail restant de nature civile dans le chef du salarié contre lequel il s'agit de prouver. L'offre de preuve par témoins de la société A est par conséquent irrecevable.

2. Les arriérés de salaire.

Selon le contrat de travail le salaire mensuel brut s'élève à 43.743 francs, y non compris une provision sur le chiffre d'affaires, les frais de route et une prime de 500 francs pour chaque nouveau client. B avait perçu pour les mois de mars, avril et mai à titre d' "heures prestées" les montants bruts de respectivement 2.023, 8.092 et 12.137 francs.

Compte tenu des jours travaillés en mars et mai, mois de l'entrée en service et du licenciement (6 et 28 jours) le salaire brut total redû à B s'élève à $8.749 + 43.743 + 40.827 = 93.319$ francs de sorte que le solde encore redû à titre d'arriérés de salaire s'élève à $93.319 - 22.252 = 71.067$ francs, montant brut sur lequel portera la condamnation, étant donné que les juridictions du

travail ne sauraient tenir compte d'éléments qui dépendent notamment de la situation familiale du créancier ainsi que d'autres éléments de fortune inconnus en l'état actuel.

3. L'indemnité compensatoire pour congé non pris.

La société A ayant contesté le principe et le quantum de l'indemnité réclamée sans pour autant prouver ses allégations par la production d'un livre sur les congés que la loi l'oblige de tenir, il convient de retenir que B a droit, compte tenu du délai de préavis expirant le 28 juillet 1996 et conformément aux dispositions de l'article 12 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel à un douzième de son congé annuel par mois de travail entier, soit $(25 \times (4/12)) = 8,33$ jours, l'indemnité compensatoire correspondant dès lors au salaire de 8 jours (article 7 de la loi de 1966) soit $(43.743 : 173 \times 8 \times 8) = 16.182$ francs.

Compte tenu d'un paiement unique libellé " congé " sur la dernière fiche de salaire portant sur 2.480 francs et compte tenu surtout de ce que B ne réclame à ce titre qu'une indemnité compensatoire de 6.002 francs, il convient de lui allouer le montant réclamé.

4. Le licenciement.

a) La recevabilité de la demande.

La société A, réitérant son moyen présenté en première instance, oppose "l'irrecevabilité de la demande tendant à voir déclarer abusif le licenciement au motif que celle-ci n'était pas contenue au dispositif de la requête introductive d'instance".

Ce moyen ne saurait être accueilli à double titre : Il procède d'abord d'une lecture incomplète de la requête aux termes de laquelle il est demandé "pour les motifs susindiqués" c'est-à-dire, "en ce que le licenciement intervenu est irrégulier et abusif", la condamnation au paiement d'une somme globale, plus amplement détaillée dans la motivation. Ensuite étant donné que le requérant conclut à la condamnation de la défenderesse au paiement d'un ensemble d'indemnités, la constatation du caractère abusif du licenciement sert comme motivation de la demande, sa répétition au dispositif devenant superflue.

b) Le fond.

Si l'indication des motifs (différence de caisse pendant deux jours de suite pour un total de 1.970 francs) paraît précise, les premiers juges ont cependant retenu à juste titre que ce fait, à le supposer établi, n'est pas suffisamment grave pour justifier un renvoi sans préavis.

Etant donné que l'employeur ne juge pas nécessaire d'indiquer l'importance des encaissements effectués par son salarié pendant les deux jours en question pour permettre de la comparer avec le découvert allégué et pouvoir conclure à une faute ou négligence grave au sens de l'article 47 de la loi de 1989, la simple constatation d'une différence de caisse de cette importance ne saurait justifier le renvoi sans préavis pour faute grave mais tout au plus, en cas de répétition, un licenciement avec préavis pour inaptitude professionnelle.

Une indemnité de préavis de 87.486 francs correspondant à deux mois de salaire a été allouée à juste titre par les premiers juges.

B ayant manifestement fait des efforts suffisants en retrouvant dès le 19 août 1996 un nouvel

emploi, les premiers juges ont alloué à bon droit une indemnité correspondant à la perte de salaire des 22 jours chômés non rémunérés après l'expiration du préavis, cette perte matérielle étant en relation causale avec le licenciement.

Compte tenu des circonstances du licenciement et plus particulièrement de l'atteinte portée à la dignité du salarié, compte tenu encore des incertitudes quant aux chances de retrouver un emploi équivalent, la Cour évalue à 25.000 francs le préjudice moral subi par B.

5. Les indemnités de procédure.

Compte tenu de la décision à intervenir sur les frais de l'instance d'appel la demande de la société A basée sur l'article 131-1 du code de procédure civile est à rejeter.

Il en est de même de la demande de la partie B qui omet pour le moins en instance d'appel de préciser pour quelle somme non comprise dans les dépens elle demande la condamnation de son ancien employeur et pour quelle raison il lui paraît inéquitable de la laisser à sa seule charge, une simple référence au susdit texte légal ne suffisant pas à cet égard.

6. L'intimation de l'ETAT.

Le Fonds pour l'emploi n'étant pas intervenu pour indemniser le salarié qui ne remplit pas la condition de l'article 13 de la loi modifiée du 30 juin 1976 portant création d'un fonds pour l'emploi, il convient de mettre l'ETAT DU GRANDDUCHE DE LUXEMBOURG hors cause.

Par ces motifs:

la Cour, huitième chambre, siégeant comme juridiction d'appel en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, le Ministère Public entendu,

reçoit les appels principal et incident en la forme; les déclare partiellement justifiés;

réformant,

dit que B a droit à titre d'arriérés de salaire à 71.067 francs , à titre d'indemnité compensatoire pour congé non pris à 6.002 francs et à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral subi à la suite de son licenciement abusif à 25.000 francs;

confirme pour le surplus les montants alloués par les premiers juges;

en conséquence, condamne la société anonyme A S.A. à payer à B en tout et y compris l'indemnité de procédure allouée en première instance, deux cent quarante-six mille six cent trente-trois (246.633) francs avec les intérêts légaux à partir du 27 juin 1996 jusqu'à solde;

rejette les demandes des deux parties basées sur l'article 131-1 du code de procédure civile présentées en instance d'appel;

met hors cause l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG;

condamne la société anonyme A aux dépens des deux instances et ordonne la distraction de ceux de l'instance d'appel au profit de Maître Isabelle GIRAULT, avocat constitué, qui la demande, affirmant avoir avancé ces frais.