

Numéro 29326 du rôle.

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-deux décembre deux mille cinq.

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre, Eliane EICHER, conseiller, Charles NEU, conseiller, Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre:

la société à responsabilité limitée A s.à r.l., établie et ayant son siège social à ..., représentée par son gérant actuellement en fonctions, appelante aux ternies d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 26 juillet 2004, intimée sur appel incident, comparant par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

B, demeurant à ..., intimé aux fins du susdit exploit THILL, appelant par incident, comparant par Maître Luc TECQMENNE, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

- Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 18 octobre 2005.
- Oûi le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête adressée le 13 mars 2003 au tribunal du travail de Luxembourg, B, ayant été au service de la s.à r.l. A du 6 septembre 1996 au 10 septembre 2001 en tant que gérant technique, a critiqué d'abusif le licenciement avec effet immédiat opéré par l'employeur par courrier daté du jeudi 6 septembre 2001, reçu le lundi 10 septembre 2001.

Il réclama une indemnité compensatoire de préavis (4 mois) de 16.000 €, une indemnité de départ (1 mois) de 4.000 €, des dommages et intérêts pour préjudice moral de 10.000 € et des dommages et intérêts pour préjudice matériel de 5.000 €, 4.684,5 € au titre d'heures supplémentaires impayées, 1.272,7 € au titre d'heures non récupérées et impayées, le tout outre les intérêts, ainsi qu'une indemnité de procédure de 750 €.

Par jugement rendu contradictoirement le 12 juillet 2004, le tribunal du travail de Luxembourg a:

reçu la demande en la forme

déclaré la demande ayant trait à l'indemnisation du chef du licenciement du 6 septembre 2001 ainsi qu'en obtention d'une indemnité compensatoire de préavis et d'une indemnité de départ irrecevable pour cause de forclusion, déclaré la demande en obtention de paiement d'arriérés

de salaire relative aux heures supplémentaires et la demande en obtention d'une indemnité pour heures de récupération recevables,  
réservé ces demandes et refixé les débats à ce sujet à une audience ultérieure, réservé la demande de B en paiement d'une indemnité de procédure,  
réservé les frais.

De cette décision, la s.à r.l. A a régulièrement relevé appel par exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 26 juillet 2004.

Par conclusions notifiées le 7 octobre 2005, B a régulièrement interjeté appel incident.

Quant à l'appel principal

La s.à r.l. A critique le jugement de première instance en ce qu'il a déclaré la demande de paiement d'arriérés de salaire relatifs aux heures supplémentaires et la demande en obtention d'une indemnité pour heures de récupération recevables.

Elle reproche au tribunal du travail d'avoir considéré que la requête déposée par B en date du 12 juillet 2002 devant un tribunal territorialement incompétent, valait interruption civile aux termes de l'article 2244 du code civil, de la prescription de l'action en paiement des rémunérations prévue par l'article 44 de la loi sur le contrat de travail.

Il y aurait lieu, par réformation, de déclarer prescrites toutes les demandes tendant à obtenir paiement des rémunérations antérieures au 13 mars 2000.

B demande de confirmer le jugement de première instance sur ce point.

Il y a lieu de constater que dans sa requête introductive d'instance, B a réclamé le paiement d'heures supplémentaires pour l'année 2001 et celui de 65 heures à récupérer suivant un décompte de décembre 2000.

Son action n'est, par application de l'article 44 de la loi sur le contrat de travail, pas prescrite pour les rémunérations échues depuis le 13 mars 2000.

Pour autant que des rémunérations échues avant le 13 mars 2000 soient visées par la demande de B, il y a lieu, par application de l'article 2246 du code civil, de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a retenu qu'il y a eu interruption civile de la prescription par l'introduction par B d'une requête devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette le 12 juillet 2002.

En second lieu, la s.à r.l. A critique la décision entreprise pour avoir retenu que B ne devait pas être qualifié de cadre et pouvait prétendre au paiement d'heures supplémentaires.

B aurait représenté la société tant à l'égard des tiers, qu'à l'égard des administrations ou encore à l'égard du personnel ouvrier et employé de la société A s.à r.l.

Le fait que B ait pointé ses heures d'arrivée et de départ ne serait pas suffisant pour écarter sa qualification de cadre. Aucune heure supplémentaire ne lui aurait jamais été payée par l'employeur sur base de ces fiches de pointage.

L'avenant du 15 février 2000 précisait que B devait travailler un minimum de 200 heures, ce qui ne serait pas légal pour un salarié non cadre, mais s'expliquerait parfaitement par la commune intention des parties lors de la signature de cet avenant de considérer B comme étant le responsable de la société du groupe. Subsidiairement, et pour autant que de besoin, la s.à r.l. A offre de prouver par la voie testimoniale que :

« 1. Sur la fonction de cadre dirigeant

Dans le cadre de ses fonctions, Monsieur B était amené à représenter la société tant à l'égard (1) des tiers qu'à l'égard (2) des administrations ou encore à l'égard (3) du personnel ouvriers et employés de la société A.

1.1. A l'égard du personnel

Monsieur B était chargé de gérer le planning des différents chantiers qui devaient être réalisés par la société A s.à r.l. Il gérait également le planning des équipes de travail devant se rendre sur ces différents chantiers ainsi que les horaires des ouvriers.

Il lui appartenait de faire respecter à l'ensemble du personnel qui était sous ses ordres, les différentes consignes de sécurité en vigueur au sein de la société A s.à r.l. et plus amplement décrites à l'avenant " CHECK-IN SECURITE " de chaque ouvrier de la société A s.à r.l.

Ces consignes de sécurité consistaient, de manière non exhaustive, à faire respecter le port du casque de sécurité, des chaussures de sécurité, des lunettes de protection, à imposer des mesures de sécurité collectives sinon individuelles contre les chutes en cas de travail sur les toits ou en cas de travail impliquant l'utilisation d'échafaudages, ou dans toutes autres circonstances appliquant un danger de chute, et d'une manière plus générale de prendre toutes les mesures ou précautions nécessaires afin d'éviter, dans la mesure du possible, les accidents de travail. C'était également Monsieur B qui, en sa qualité de représentant de la société, contrôlait les fiches de pointage des différents ouvriers, signait les lettres de licenciement ainsi que les lettres d'avertissement. C'est lui également qui payait les salaires des ouvriers, respectivement qui donnait au bureau du personnel l'ordre de payer les salaires.

En fait pour tous les ouvriers de la société A s.à r.l. Monsieur B représentait le supérieur hiérarchique direct duquel ils recevaient leurs ordres et vis-à-vis duquel ils étaient tenus par un lien de subordination.

## 1.2. A l'égard des tiers

Monsieur B était également la personne de contact représentant la société A s.à r.l. tant à l'égard des clients, lorsque ceux-ci demandaient une offre à la société A s.à r.l. pour la réalisation de travaux, qu'à l'égard des fournisseurs, lorsqu'il s'agissait de passer des commandes de matériaux au nom et pour le compte de la société A s.à r.l.

Concernant la relation avec la clientèle et la société A s.à r.l., Monsieur B était en fait le responsable de la société que les clients, désireux d'entrer en relation d'affaires avec la société, contactaient afin d'obtenir de sa part une offre écrite. Monsieur B, après avoir pris contact avec le client, remettait le dossier au service des devis, lequel faisait parvenir un devis écrit détaillé au client.

Monsieur B était la seule personne de contact, vis-à-vis de la clientèle, tant en ce qui concerne la conclusion du marché qu'en ce qui concerne la facturation ou les réclamations éventuelles.

Concernant la relation avec les fournisseurs, Monsieur B était la personne qui vis-à-vis des fournisseurs pouvait valablement engager la société par sa seule signature, que ce soit pour l'achat ou pour la commande de matériaux de construction ou d'outillages.

Monsieur B avait également pouvoir de signature pour représenter la société auprès des banques. C'est lui qui notamment payait les fournisseurs.

## 1.3. A l'égard des Administrations

Monsieur B était également le représentant de la société à l'égard des autorités administratives luxembourgeoises, notamment à l'égard de HTM et à l'égard de l'AAA lorsqu'il y avait un accident du travail ou une infraction aux règles de sécurité. »

B y répond qu'il ne pouvait engager par sa seule signature la s.à r.l. A, que seul C avait le pouvoir d'engager la société, qu'au surplus, il devait pointer ses heures de travail comme les autres salariés, qu'il n'était pas indépendant vis-à-vis de l'horaire et qu'il avait droit au paiement des heures supplémentaires effectivement prestées.

Il offre de prouver par la voie testimoniale « que la s.à r.l. A ne pouvait être engagée que par la signature du gérant administratif de celle-ci ou de son mandataire ad-hoc. »

Par un avenant au contrat de travail signé le 15 février 2000, il a été « expressément stipulé entre les parties cocontractantes (...) que le salaire accordé à partir du 01.02.2000 est impérativement lié à une disponibilité du salarié au lieu de travail, à concurrence de 200 heures en moyenne par mois ».

Dans le cadre de l'examen du bien-fondé en principe de la demande en paiement d'heures supplémentaires et d'heures de récupération, il n'y a pas lieu d'analyser l'incidence de l'argument de la s.à r.l. A selon lequel la susdite convention n'aurait pas été légale pour un salarié non cadre.

En effet, le fait que la société A s.à r.l. ait imposé à B de pointer ses heures de travail démontre à lui seul qu'une prestation d'un certain nombre d'heures était exigée de sa part et qu'elle était uniquement requise de sa part dans le cadre de ses obligations issues du contrat de travail.

Ceci implique que les heures de travail prestées en plus de celles convenues sinon de celles légalement admissibles sont à qualifier d'heures supplémentaires.

La question de savoir si B était cadre n'est donc pas déterminante, de sorte que les offres de preuve présentées par les deux parties sont à déclarer irrecevables pour défaut de pertinence.

L'appel principal est donc à rejeter comme non fondé.

Quant à l'appel incident

Quant à la forclusion

B interjette appel incident sur la décision d'irrecevabilité pour cause de forclusion prise par les juges de première instance en ce qui concerne ses demandes portant sur l'indemnisation du licenciement intervenu, sur l'obtention d'une indemnité compensatoire de préavis, d'une indemnité de départ et d'une indemnité pour irrégularité du licenciement intervenu.

Selon B, s'il y a bien eu licenciement par courrier recommandé, celui-ci n'a pas été notifié dans les formes de l'article 27 alinéas 3, 4 et 5, qu'en effet, le licenciement écrit est daté du 6 septembre 2001, soit la veille du jour d'une mise à pied conservatoire (7 septembre 2001) ; que ce licenciement est donc irrégulier et, par voie de conséquence, n'a pas pu faire courir le délai de forclusion ; qu'une procédure au fond a été introduite devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette le 3 juillet 2002 qui s'est déclaré territorialement incompétent par un jugement daté du 24 janvier 2003 ; qu'à partir de cette date - suite à l'interruption civile prévue par lesdits articles 2244 et 2246 - un nouveau délai d'un an a commencé à courir ; que la présente demande, déposée en date du 12 mars 2003, a donc été introduite dans les délais et est recevable.

B offre de prouver par la voie testimoniale les faits suivants :

«qu'en date du 7/09/2001, Monsieur C a notifié à Monsieur B sa mise à pied conservatoire dans les termes suivants : "tu prends seulement tes choses privées - 3 ou 4 pas plus autrement je deviendrai trop fâché - et je te donne exactement 5 minutes - pas plus - et tu es devant la porte";

que cette mise à pied a été faite en présence de Monsieur D, Monsieur E, Madame F et Monsieur G à la suite d'une réunion au cours de laquelle Monsieur C a fait une dernière proposition amiable

à Monsieur B ; que cette dernière consistait en la signature d'une résiliation de commun accord moyennant le paiement de 300.000,- francs moins les frais d'avocat exposés par la partie A ;

qu'au préalable, cette proposition de résiliation amiable avait déjà été faite à de multiples reprises à Monsieur B et ce, par l'intermédiaire de Monsieur D ;

que le vendredi 7/9/2001, suite au refus de Monsieur B, la partie A a notifié cette mise à pied ;

que par la suite, Monsieur B a été "accompagné" à son bureau pour y prendre ses affaires personnelles ; qu'il lui a également été demandé d'ouvrir son attaché case dans lequel se trouvaient ses affaires personnelles et des documents de travail ;

que devant le refus de Monsieur B, Monsieur D l'a menacé de faire venir un huissier et la Police;

qu'en raison de la pression insupportable exercée sur lui, Monsieur B a alors tendu son téléphone à Monsieur D et lui a proposé de téléphoner à la Police ;

que par la suite, Monsieur B qui avait été sommé de s'installer à la table située près de la réception, a expliqué la tournure des événements à un collègue qui est passé devant lui ;

qu'à ce moment, Monsieur E a interpellé Monsieur B comme suit : "C a dit que si tu aboyais, je devais te foutre dehors" ;

que quelques instants plus tard, la Police s'est présentée et Monsieur B leur a remis le contenu de son attaché case excepté ses effets personnels. »

Selon B, si le tribunal du travail a correctement constaté que - dans le cadre d'un licenciement pour motif grave - l'indemnité compensatoire de préavis, l'indemnité de départ et l'indemnité pour irrégularité formelle du licenciement ne sont rédues que si le licenciement avec effet immédiat est déclaré abusif, c'est par contre à tort que les juges de première instance ont estimé que le salarié était forclos pour faire constater le caractère abusif du licenciement ; que la forclusion prévue à l'article 28.(2) ne porte que sur l'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive, que cette forclusion strictement limitée à cette action n'empêche pas le salarié qui présente des demandes sur base des articles 23, 24 et 29.(3) de faire constater le caractère abusif du licenciement, étape indispensable pour prospérer dans sa demande.

Selon la s.à r.l. A, le licenciement ayant été contesté le 12 septembre 2001, l'action contre le licenciement aurait dû être introduite devant la juridiction compétente le 12 septembre 2002 au plus tard ; le délai de forclusion est un délai prefix non susceptible d'être interrompu ou suspendu.

Le licenciement avec effet immédiat intervenu le 6 septembre 2001 ne pourrait dès lors plus être attaqué et B serait forclos à revendiquer le paiement de dommages matériels et moraux en relation avec le licenciement.

Les faits qualifiés par la partie adverse de « mise à pied conservatoire » sont contestés.

L'offre de preuve y relative serait d'ailleurs sans pertinence dans la mesure où cette prétendue « mise à pied conservatoire » est intervenue postérieurement au licenciement du 6 septembre 2001, soit à une époque où les relations entre parties étaient déjà terminées.

Le raisonnement tiré de l'article 27(5) de la loi sur le contrat de travail ne paraîtrait pas fondé et ne concernerait pas la présente hypothèse. Cet article interdirait en effet la notification du licenciement le même jour que la mise à pied conservatoire.

Rien n'interdirait cependant à un employeur de notifier à son salarié une lettre de licenciement avec effet immédiat et de lui réitérer le lendemain le contenu de cette lettre sans que cela ne puisse être considéré ni qualifié comme une « mise à pied conservatoire ».

La régularité du licenciement, daté du 6 septembre 2001, n'est pas entachée si une mise à pied est intervenue le 7 septembre 2001.

Pareille mesure pour avoir été postérieure au licenciement aurait, en effet, seulement été dénuée de sens comme étant superfétatoire.

Le premier moyen de l'appelant est donc à rejeter comme non fondé.

Aux termes de l'article 28(2) de la loi sur le contrat de travail, l'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail doit être introduite auprès de la juridiction du travail, sous peine de forclusion, dans un délai de trois mois à partir de la notification du licenciement ou de sa motivation.

Le seul constat d'une résiliation abusive du contrat de travail est dépourvu d'intérêt ; c'est l'indemnisation recherchée pour résiliation abusive qui constitue l'objet de la demande du salarié.

Les dommages et intérêts réclamés par B constituent une conséquence d'un licenciement abusif, prévue par l'article 27 de la loi sur le contrat de travail.

L'indemnité de préavis sollicitée par B et prévue par l'article 23 de la loi sur le contrat de travail constitue également une réparation d'un licenciement abusif.

De même l'indemnité de départ, prévue à l'article 24 et requise par B, est due par l'employeur ayant licencié le salarié sans y avoir été autorisé par l'article 27.

Le jugement de première instance est à confirmer en ce qu'il a décidé que l'obtention de ces indemnités dépend du caractère abusif du licenciement et en ce qu'il a retenu l'applicabilité de l'article 28(2) de la loi sur le contrat de travail.

Par arrêt du 6 juin 2002 (n° 1885 du registre), la Cour de Cassation a décidé qu'« en retenant que le délai de forclusion prévu à l'article 28(2) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail n'a pas pu être valablement interrompu par la saisine d'un juge incompetent, la Cour d'appel a correctement appliqué la loi ».

L'obtention d'une indemnité pour irrégularité formelle du licenciement, prévue à l'article 29(3) de la loi sur le contrat de travail présuppose l'examen du fond du litige, cette indemnité n'étant due que si le licenciement n'est pas abusif quant au fond.

Dès lors, la forclusion de l'action en réparation pour résiliation abusive du contrat de travail implique celle de la demande en obtention pour irrégularité formelle du licenciement.

Selon les explications fournies en cause, B a protesté contre le licenciement par lettre envoyée le 12 septembre 2001 ; celle-ci a fait courir un nouveau délai d'une année pour introduire l'action prévue à l'article 28(2) alinéa 1<sup>er</sup> de la loi sur le contrat de travail.

L'action du 13 mars 2003 introduite par B était donc tardive.

Il suit de ce qui précède que l'appel incident est à son tour à rejeter.

Quant aux demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile

La s.à r.l. A et B sollicitent une indemnité de procédure de respectivement 1.500 € et 1.000 €.

Chacune des parties succombe partiellement dans ses prétentions et moyens ; aucune d'elles ne justifie en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge des sommes par elle exposées, non comprises dans les dépens.

Les deux demandes formulées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile sont donc à rejeter comme non fondées.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état, reçoit l'appel principal et l'appel incident, déclare les offres de preuve présentées par les deux parties irrecevables, dit les appels non fondés, confirme le jugement de première instance, renvoie l'affaire en continuation devant le tribunal du travail, déboute les parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure, condamne chacune des parties à la moitié des frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Marc KLEYR et de Maître Luc TECQMENNE, avocats constitués qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.