Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-huit février deux mille treize.

Numéro 37188 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée A s.à r.l. en faillite, ayant été établie et ayant eu son siège social à L-(…), représentée par Maître Marguerite RIES en sa qualité de curateur,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLÉ de Luxembourg du 14 février 2011,

intimée sur appels incidents,

comparant par Maître Marguerite RIES, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit GALLÉ,

appelant par incident,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Sébastien COÏ, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit FABER,

appelant sur appel incident,

comparant par Maître Elisabeth ALEX, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 6 novembre 2012.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête déposée le 7 avril 2010, B a fait convoquer la société à responsabilité limitée A s.à r.l. (ci-après : A) devant le tribunal du travail de Luxembourg pour entendre déclarer nulle la clause d'essai stipulée dans son contrat de travail du 3 février 2010, partant déclarer que le contrat de travail était à durée indéterminée depuis le commencement des relations de travail et imputer la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail par B le 30 mars 2010 à l'employeur du chef des fautes commises dans l'exécution de ses obligations contractuelles.

A titre d'indemnisation, il réclama les montants actualisés suivants :

- Préjudice matériel : 3.483,65 €
- Préjudice moral : 2.200,00 €
- Arriérés de salaire du 29 au 31 janvier 2010 (305,04 €), pour le mois de février 2010 (2.200 €), et pour le mois de mars 2010 (2.200 €), soit 4.705,04 €
- Indemnité compensatoire de congé non pris : 422,98 €
- Heures supplémentaires prestées : 2.000,00 €,

  ces sommes avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Il a en outre demandé la délivrance sous peine d'astreinte de certains documents de travail et l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Par la même requête, B a fait convoquer L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi devant le tribunal du travail pour l'entendre déclarer le jugement à intervenir commun.

A l'audience des plaidoiries, B a renoncé à ses demandes en paiement d'arriérés de salaire à l'exception de ceux réclamés pour la période du 29 au 31 janvier 2010, de l'indemnité pour congés non pris et à sa demande en délivrance des documents et à sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

A l'appui de sa demande B fit exposer qu'il a été engagé comme cuisinier par la défenderesse suivant contrat de travail du 3 février 2010, mais qu'il a d'ores et déjà commencé à travailler le 29 janvier 2010. Il aurait résilié son contrat avec effet immédiat le 30 mars 2010, alors que son employeur aurait contrevenu à ses obligations en omettant de lui payer ses salaires à partir du 29 janvier 2010 jusqu'au 30 mars 2010, ainsi que les heures supplémentaires prestées.

A a formulé une demande reconventionnelle en paiement d'un montant de 1.434 euros du chef d'indemnité compensatoire de préavis et un montant de 1.500 euros du chef de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par elle à la suite de la démission avec effet immédiat par B.

Par jugement contradictoire du 7 janvier 2011, le tribunal du travail a dit que la démission avec effet immédiat intervenue le 30 mars 2010 a été régulière et justifiée, a dit que les parties étaient liées par un contrat de travail à durée indéterminée et a condamné A à payer à B la somme de 3.483,65 euros du chef de dommage matériel et 100 euros du chef de dommage moral. Il a débouté B de sa demande en paiement d'arriérés de salaire pour la période du 29 au 31 janvier 2010.

Il a condamné A à payer à l'ETAT ès qualités la somme de 5.316,35 euros du chef des indemnités de chômage complet versées à B et a dit non fondée la demande reconventionnelle de A.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a retenu qu'en l'espèce, et à défaut d'un écrit signé le 1er février 2010 prévoyant une période d'essai de trois mois, il s'est formé entre parties un contrat de travail à durée indéterminée et que le retard par l'employeur dans le paiement du salaire de février 2010 et le non paiement de celui de mars 2010 au moment de la démission de son salarié le 30 mars 2010 constituaient une inexécution dans son chef de l'une de ses obligations essentielles découlant du contrat de travail entre parties. Il en a déduit que la demande reconventionnelle basée sur une démission abusive n'était pas fondée.

Par exploit d'huissier du 14 février 2011, A a régulièrement interjeté appel de ce jugement. Elle conclut, par réformation, à entendre dire que la démission de B n'était pas justifiée par une cause réelle et sérieuse ni surtout par une faute grave de

l'employeur. Il y aurait dès lors lieu de la décharger des condamnations intervenues à son égard et de déclarer fondée sa demande reconventionnelle pour les montants réclamés. Elle demande encore une indemnité de procédure de 1.500 euros pour la première instance et de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

B interjette appel incident en ce que le tribunal du travail l'a débouté de sa demande en paiement de la somme de 305,40 euros du chef d'arriérés de salaire pour la période allant du 29 janvier 2010 au 31 janvier 2010. Il conclut pour le surplus à la confirmation du jugement entrepris.

L'ETAT interjette appel incident et conclut à la condamnation à titre principal de A et à titre subsidiaire de B à lui payer la somme de 14.504,75 euros avancée à titre d'indemnité de chômage pour la période d'avril 2010 à janvier 2011, outre les intérêts légaux tels que de droit.

Par jugement du 30 avril 2012, A a été déclarée en faillite.

La validité de la clause à l'essai et la qualification des relations de travail entre parties

A fait d'abord grief aux juges de première instance d'avoir déclaré nulle la clause d'essai pour n'avoir pas été stipulée par écrit le premier jour de l'entrée en service, soit le 1er février 2010 et d'en avoir tiré la conséquence que les parties étaient liées par un contrat de travail à durée indéterminée.

Au soutien de son appel, elle fait valoir que la clause d'essai a été insérée dans le contrat de travail signé entre parties le 3 février 2010 et que celui-ci a pris effet dans son entièreté le 1er février 2010, y compris la clause d'essai. Elle explique qu'après avoir testé l'aptitude de B les lundi 1er et mardi 2 février 2010, les parties auraient rédigé et signé un contrat écrit le 3 février 2010.

Elle soutient que conformément à l'article L.121-4(6), du code du travail, la signature d'un contrat écrit ne s'impose qu'au plus tôt le 3ième jour qui suit la demande d'une telle signature, ce qui n'aurait même pas été le cas en l'espèce et que conformément encore à l'article L.121-3 du code du travail, les parties seraient autorisées à déroger aux dispositions du titre II dans un sens plus favorable.

Il en aurait été ainsi pour les stipulations du contrat de travail faisant remonter les relations de travail au lundi 1er février 2010, alors qu'elle n'avait pas été obligée d'inclure la phase de test dans la période de travail.

Un tel aménagement favorable au salarié des modalités contractuelles ne saurait dès lors se retourner contre elle pour voir déclarer nulle la clause d'essai insérée par les parties dans le contrat.

Il devrait dès lors être admis qu'au jour de sa démission, B n'était pas lié à elle par un contrat à durée indéterminée et qu'il n'avait subi aucun préjudice matériel ou moral.

B conteste que A ait voulu tester son aptitude au travail les 1er et 2 février 2010. L'interprétation de l'article L.121-4(6) du code du travail donnée par l'appelante serait erronée puisqu'en l'espèce, aucune des parties n'aurait refusé la signature du contrat de travail. Eu égard à la nullité de la clause d'essai, les parties seraient liées par un contrat à durée indéterminée.

Aux termes de l'article L.121-5 (1) alinéa 2 du code du travail, *la clause d'essai doit, sous peine de nullité, être constatée dans l'écrit visé au paragraphe (1) de l'article L.121-4, pour chaque salarié individuellement, au plus tard au moment de l'entrée en service de celui-ci.*

L'alinéa 3 du même article prévoit *qu'à défaut d'écrit constatant que le contrat a été conclu à l'essai, il est réputé conclus pour une durée indéterminée ; la preuve contraire n'est pas possible.*

En l'espèce, le contrat de travail signé entre parties prévoit une clause d'essai de trois mois et comme date de prise d'effet du contrat de travail le 1er février 2010.

En ce qui concerne l'argumentation de A selon laquelle les 1er et 2 février 2010 elle avait soumis son futur salarié à un simple test d'aptitude et que dans un esprit favorable à celui-ci, elle avait fait remonter la date de sa mise en service au 1er février 2010, force est de constater, au vu des contestations de B, que cette assertion laisse d'être établie, la différence entre la date de signature du contrat et celle stipulée pour la mise en service pouvant également s'expliquer pour d'autres raisons. L'argumentation de l'appelante en relation avec les articles L.121-4(6) et L.121-3 du code du travail n'est dès lors pas pertinente.

B de son côté soutient qu'il a commencé à travailler en qualité de cuisinier *« confirmé »* dès le 29 janvier 2010 comme l'indiquerait le témoin C dans son attestation testimoniale.

En ordre subsidiaire, il offre de prouver par l'audition du témoin C les faits suivants :

« que Monsieur B a commencé à travailler pour la société A à la demande de son employeur en date du 29 janvier 2010 en qualité de cuisinier ».

A conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a rejeté la preuve par témoin pour établir une entrée en service de B antérieure au 1er février 2010. Elle fait valoir que l'article L.121-4 du code du travail autorise le salarié à établir l'existence et le contenu du contrat de travail *« par tous moyens »* uniquement *« à défaut d'écrit »* et que, conformément à l'article 1341 du code civil, il ne saurait être reçu aucune preuve par témoins et donc aucune attestation testimoniale contre et outre le contrat de travail écrit. L'offre de preuve par le témoignage de C serait encore imprécise pour ne pas indiquer quelles auraient été les prestations de B le 29 janvier 2010 au sein du restaurant.

B résiste en faisant valoir que les premiers juges ont dénaturé l'esprit de la loi et plus particulièrement celui de l'article L.121-4(5) du code de travail. A défaut d'écrit, comme en présence d'un écrit, le salarié serait toujours en droit de rapporter la preuve d'un fait par tout moyen de droit contrairement à l'employeur pour lequel on exige une preuve par écrit.

Aux termes de l'article L.121-4 (5), *à défaut d'écrit, le salarié peut établir l'existence et le contenu du contrat de travail par tous moyens de preuve quelle que soit la valeur du litige.*

Par cette disposition légale, le législateur n'a pas entendu modifier le régime général de preuve qui autorise le salarié, par application de l'article 109 du code de commerce, à prouver par témoins contre et outre le contenu d'un acte à l'encontre d'un employeur commerçant (cf. Cour 19 décembre 2001, Musel-Dental s.a. c/ Lehmann).

Il y a dès lors lieu de prendre en considération l'attestation testimoniale de C suivant laquelle B *« a commencé à travailler le 29 janvier en tant que cuisinier et a signé son contrat d'après les dates officielles que le 03(…) 2010 »*

Conformément aux conclusions de A, cette attestation testimoniale manque de précision quant à la nature des prestations fournies par B et quant aux éléments de fait permettant de conclure à l'existence d'un lien de subordination à partir du 29 janvier 2010.

L'offre de preuve par l'audition du témoin n'étant pas davantage précise sur ces points est dès lors aussi irrecevable.

Il résulte des développements qui précèdent qu'il convient de confirmer, bien que partiellement pour d'autres motifs, le jugement entrepris en ce qu'il a retenu que B était entré au service de A le 1er février 2010 et que la clause d'essai était nulle pour n'avoir pas été rédigée par écrit le jour-même de son entrée en service.

C'est dès lors encore à bon droit que le tribunal du travail a, en application de l'article L.121-5, tiré la conséquence et que les parties étaient liées par un contrat de travail à durée indéterminée.

Le caractère justifié de la démission

A critique encore le jugement entrepris pour avoir retenu que le retard dans le paiement du salaire de février 2010 et le non-paiement du salaire de mars au moment de la démission constituaient une inexécution par la défenderesse de nature à justifier la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail par B.

Au soutien de son appel, elle fait valoir qu'en date du 30 mars 2010 seul le salaire du mois de février 2010 était échu et payable au plus tôt le 28 février 2010. Le salaire de février 2010 aurait été payé le 26 mars 2010, de même qu'une avance sur le salaire du mois de mars 2010, ce qui aurait largement compensé le retard de paiement du salaire de février 2010.

Elle en déduit qu'au jour de sa démission le 30 mars 2010, B n'aurait pu se fonder sur un *« paiement systématique de salaire en retard ».*

B de son côté conclut au caractère justifié de sa démission avec effet immédiat du fait de la commission de fautes graves par l'employeur. Il soutient que la non-délivrance de fiches de salaire dans le délai légal et le paiement tardif systématique du salaire en violation des dispositions de l'article 6 du contrat de travail constituent à eux seuls des fautes graves imputables à l'employeur.
Il fait encore valoir que sa non affiliation auprès du CCSS ne viendrait que compléter la liste des fautes graves commises par l'employeur dans l'exécution des relations contractuelles. L'ordonnance des référés du 16 juin 2010 portant condamnation aux arriérés de salaire à hauteur de 2.600 euros établirait à elle seule une faute grave justifiant la démission du salarié avec effet immédiat.

A l'appui de ses dires, il invoque une ordonnance du juge des référés du 16 juin 2010 ayant condamné A à lui payer à titre des arriérés de salaires réclamés pour les mois de février et mars 2010 une provision de (2.200 + 2.200 -1.800 =) 2.600 euros.

Ainsi que l'ont retenu à juste titre les premiers juges, le paiement du salaire constitue l'une des obligations principales de l'employeur.

Il résulte du contrat de travail que le salaire mensuel était dû à la fin du mois en cours.

S'il est exact ainsi que le soutient A qu'au jour de la démission de B le 30 mars 2010 le salaire de mars n'était pas encore échu - le mois de mars comptant en effet 31 jours - et qu'au moment du paiement du montant de 1.800 euros - le 26 mars 2010 -, une partie de ce montant constituait une avance sur le salaire de mars 2010, il n'en demeure pas moins que A avait accusé un retard de 26 jours dans le paiement du salaire du mois de février redû à son salarié et que ce retard de paiement constituait une violation grave d'une obligation contractuelle essentielle dans son chef.

En ce qui concerne les autres fautes et manquements de son employeur dont B avait fait état dans sa lettre de licenciement, à savoir *« le non-paiement des heures supplémentaires, les nombreuses violations des dispositions légales régissant le secteur Horesca et autres anomalies figurant dans les fiches de salaire »*, force est de constater que ces faits non autrement précisés ni établis laissent d'être établis.

A s'oppose enfin à la prise en considération d'une *« prétendue »* non affiliation de son salarié au Centre commun de la sécurité sociale au motif que celui-ci ne l'avait pas invoqué à l'appui de sa démission du 30 mars 2010, de sorte que ce motif ne saurait plus à l'heure actuelle servir à sa cause *« désespérée ».*

Il y a lieu d'abord de relever que l'article L.124-10 du code du travail n'impose pas au salarié l'obligation d'indiquer avec précision dans sa lettre de résiliation avec effet immédiat le ou les motifs graves justifiant celle-ci.

Il incombe à l'employeur de justifier du respect de cette obligation légale. A défaut de tout élément de preuve en ce sens, il y a lieu d'en déduire encore un manquement dans le chef de l'employeur à l'égard de son ancien salarié.

Il suit des éléments qui précèdent que c'est à juste titre bien que pour des motifs partiellement différents que le tribunal du travail a retenu que la démission avec effet immédiat de B était justifiée par le comportement fautif de A.

<u>Les dommages et intérêts</u>

B conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce que celui-ci lui a fait droit à sa demande en dommages et intérêts du chef de préjudice matériel pour le montant de 3.483,65 euros et du chef de dommage moral pour le montant de 100 euros.

A conteste tout dommage matériel dans le chef de B au motif notamment de la courte durée des relations de travail entre parties et du fait que B ne prouve pas avoir lui-même contribué à la réduction de son préjudice en faisant des efforts en vue de trouver un nouvel emploi. Elle conclut en ordre subsidiaire à la réduction de

la période de référence à un mois. Elle conteste encore l'existence de tout dommage moral dans le chef de B.

Il appartient à B d'établir qu'il a subi un dommage matériel et un dommage moral en relation causale avec le caractère justifié de sa démission.

En ce qui concerne le dommage matériel allégué, il doit prouver qu'il a entrepris les démarches nécessaires pour retrouver un nouvel emploi, afin de pouvoir invoquer la relation causale entre le préjudice matériel invoqué et la démission.

Il résulte des pièces versées en cause que B a été inscrit à l'ADEM et que pendant les mois d'avril à juillet 2010, il a reçu des cartes d'assignation pour se présenter auprès de différents employeurs en vue d'un embauchage éventuel en qualité de cuisinier.

Indépendamment de la question de savoir pourquoi les offres d'embauche reçues n'ont pas abouti, il y a lieu de constater que B n'est pas resté inactif pendant les quatre premiers mois ayant suivi sa démission.

C'est dès lors à juste titre que le tribunal du travail a fixé la période de référence à quatre mois et qu'il a fait droit au montant réclamé de 3.483,65 euros correspondant au vue des renseignements fournis et des pièces versées à la différence entre le montant des salaires que B aurait normalement dû percevoir pendant cette période et le montant des indemnités de chômage perçues.

Eu égard à la courte durée de la relation de travail entre parties et aux soucis pour son futur avenir professionnel, c'est encore à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a fixé le dommage moral subi par B à 100 euros.

<u>Les arriérés de salaires</u>

B interjette appel incident en ce que le tribunal du travail l'a débouté de sa demande en paiement du montant de 305,40 euros à titre d'arriérés de salaires du 29 janvier 2011 au 31 janvier 2011. Pour établir le bien-fondé de cette demande, il invoque l'attestation testimoniale de C et formule en ordre subsidiaire l'offre de preuve tendant à établir qu'il a commencé à travailleur pour A à la demande de son employeur le 29 janvier 2010 en qualité de cuisinier.

Or, il résulte des développements qui précèdent que tant l'offre de preuve que l'attestation testimoniale versée en cause manquent de précision par rapport aux

éléments de fait permettant de déduire un lien de subordination entre A et B pour les jours en question.

Il s'ensuit qu'il convient encore de confirmer, bien que pour d'autres motifs, le jugement entrepris sur ce point.

La demande reconventionnelle

Il résulte des développements qui précèdent et notamment du caractère justifié de la démission avec effet immédiat que c'est encore à bon droit que le tribunal du travail a dit non fondée la demande reconventionnelle de A du chef de démission abusive.

Le recours de l'ETAT du GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi

L'ETAT ès qualités requiert en ordre principal la condamnation de A à lui rembourser le montant de 14.504,75 euros avancé à titre d'indemnités de chômage à B pendant la période d'avril 2010 à janvier 2011. Il invoque l'article L.521-4 (1) du code du travail au motif que B a perdu son emploi pour une raison indépendante de sa volonté et qu'il était à considérer comme chômeur involontaire. Plus subsidiairement il invoque l'article L.521-4(5) du code du travail prévoyant la possibilité du recouvrement par l'Etat des indemnités de chômage versées en cas de condamnation de l'employeur au versement de salaires, traitement ou indemnités, en cas d'inobservation de la période de préavis, situation aisément assimilable à celle d'une démission du salarié pour faute de l'employeur. En ordre subsidiaire, il demande le remboursement du même montant à B.

A conteste la demande de l'ETAT au motif que les conditions d'application de l'article L.521-4 alinéa 5 du code du travail ne sont pas remplies au motif qu'en l'occurrence il n'y a eu ni licenciement abusif, ni démission motivée par un acte de harcèlement sexuel. En ordre subsidiaire, elle conteste le montant de 14.504,75 euros dans son principe et dans son quantum, surtout en ce qu'il porte sur une période de référence de 10 mois sans relation causale aucune avec la démission de B.

B conteste à son tour le recours de l'ETAT en tant que dirigé contre lui.

L'article L.521-4(1) 1. du code du travail dispose que « a*ucune indemnité de chômage n'est due :1) En cas d'abandon non justifié du dernier poste de travail, sauf si l'abandon est dû à des motifs exceptionnels, valables et convaincants.»*

Si conformément aux conclusions de l'ETAT, une démission pour faute grave de l'employeur peut constituer un motif exceptionnel, valable et convaincant de nature à justifier l'octroi d'indemnités de chômage, les textes légaux en vigueur ne prévoient cependant aucun recours de l'ETAT contre l'employeur pour récupérer les indemnités de chômage avancées en cas de démission du salarié pour faute grave dans le chef de l'employeur.

En effet, le paragraphe (5) de l'article L.521-4 du code du travail ne prévoit le recours de l'ETAT contre l'employeur que dans les hypothèses bien définies, à savoir en cas de licenciement abusif ou en cas de démission justifiée du salarié motivée par un acte de harcèlement moral ou encore en cas de non-respect par l'employeur de la période de préavis ou en cas de rupture anticipée du contrat conclu à durée déterminée.

Aucune de ces quatre hypothèses n'étant donnée en l'espèce, la demande de l'ETAT pour autant que basée sur l'article L.521-4 du code du travail ne saurait être admise.

Il y a partant lieu de réformer le jugement entrepris en ce qu'il a fait droit à la demande en remboursement des indemnités de chômage pour le montant réclamé en première instance de 5.316 euros.

Il résulte des développements qui précèdent que le recours de l'ETAT en tant que dirigé contre B n'est pas davantage fondé.

Au vu de l'issue du litige, A ne justifie pas l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, de sorte que c'est à juste titre que le tribunal du travail a dit non fondée sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

A ne justifiant pas davantage en instance d'appel l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas non plus fondée.

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 les appels incidents ;

dit les appels incidents non fondés ;

dit l'appel principal partiellement fondé ;

par réformation :

dit non fondée la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi en tant que dirigée contre la société A s.à r.l.en faillite ;

partant décharge la société A s.à r.l. en faillite de la condamnation intervenue à son égard ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus;

dit non fondée la demande de la société A s.à r.l. en faillite en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à la société A s.à r.l. en faillite, pour moitié à charge de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG avec distraction des dépens de l'appel au profit de Maître Elisabeth ALEX et de Maître Sébastien COÏ qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.