Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-sept novembre deux mille quatorze.

Numéro 40078 du rôle

Composition:

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

E n t r e :

la société à responsabilité limitée A s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch du 24 juin 2013,

comparant par Maître Joao Nuno PEREIRA, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit MERTZIG,

comparant par Maître Pascale HANSEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 24 juin 2014.

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

Par requête du 11 novembre 2009, B a fait convoquer son ancien employeur la société à responsabilité limitée A s.à r.l. devant le tribunal du travail de Diekirch pour s'entendre qualifier le contrat de travail entre parties à durée indéterminée et pour entendre condamner la défenderesse du chef de son licenciement du 14 août 2009 qu'il qualifia d'abusif à lui payer les montants indemnitaires suivants :

- indemnité compensatoire de préavis (2 mois)	3.800 €
- préjudice matériel	11.400 €
- préjudice moral	3.000 €
- indemnité pour congés non pris	p.m.
	18.200 €.

A titre subsidiaire et au cas où le contrat de travail entre parties serait à qualifier comme contrat à durée déterminée, il réclama les montants suivants :

- préjudice matériel (salaire du 1.9.2009 au 14.11.2009)	4.750 €
- préjudice moral	2.000 €
- indemnité pour congés non pris	p.m.
	6.750 €.

Le requérant réclama également le paiement d'arriérés de salaires et d'heures supplémentaires suivants :

- 873,60 euros à titre de préjudice matériel pour avoir travaillé les jours fériés au courant du mois de mai et juin 2009 ;

- 1.900 euros à titre d'arriéré de salaire, respectivement d'indemnité de maladie pour le mois d'août 2009 ; outre les intérêts légaux.

Il sollicita encore la délivrance de sa fiche de salaire du mois d'août 2009 ainsi que la production du registre des heures supplémentaires et le livre de congé, sous peine d'une astreinte de 250 euros par jour de retard.

Il se réserva le droit de réclamer les heures supplémentaires prestées.

A l'appui de sa demande, B fit valoir qu'il a été engagé en qualité de « barman » par la société A et que lors de son entrée au service aucun contrat de travail n'avait été signé, de sorte que la relation de travail aurait été à durée indéterminée. Le 9 mai 2009, le gérant lui aurait fait signer un contrat à durée déterminée et ne maîtrisant que peu la langue française il aurait signé ledit contrat.

Le 14 août 2009 il aurait reçu une lettre de licenciement de la teneur suivante :

« Monsieur,
Par la présente, et après l'expiration de la période minimum d'essai de 2 semaines, nous avons le regret de mettre fin à votre contrat de travail à l'essai conclu en date du 9 mai 2009.
Le préavis légal est de quinze jours, il prendra cours le 15 août et expirera le 29 août 2009.
Veuillez agréer, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués. »

B demanda au tribunal de déclarer le licenciement abusif pour être contraire à l'article L.121-6(3) du code du travail.

A l'audience des plaidoiries, B renonça à sa demande en paiement de la somme de 1.900 euros à titre d'arriérés de salaires du mois d'août 2009, montant entretemps payé par la défenderesse.

Il exposa qu'un ami avait remis le 13 août 2009 le certificat médical au gérant de la société A et que ce dernier l'aurait déchiré au moment de sa réception. Il versa à l'appui de sa demande deux attestations testimoniales et formula une offre de preuve par voie de témoins.

La société A contesta que le salarié ait travaillé pour elle avant le 11 mai 2009 et qu'elle avait reçu le 13 août 2009 communication d'un certificat de maladie. Elle contesta également la prestation d'heures supplémentaires par son salarié.

Par jugement contradictoire du 20 juin 2011, le tribunal du travail a

- donné acte à B de sa renonciation à la demande en paiement de la somme de 1.900 € à titre d'arriérés de salaire et a, quant au licenciement, admis B à prouver par l'audition d'un témoin les faits suivants :
« en date du 13 août 2009, C demeurant à P-(...), s'est présenté auprès de l'A s.à r.l. à L-(...), pour remettre personnellement à M. D, gérant de ladite société, le certificat médical du Dr. E de M. B ;
M. D a lors de la réception dudit certificat médical simplement et purement déchiré ledit certificat médical en présence de M. B et Mme F, demeurant à L-(...) » et a quant aux heures supplémentaires et jours fériés,
admis B à prouver par l'audition de témoins les faits suivants :

« B a travaillé auprès de la société A s.à r.l. à partir du 15 avril 2009 ;
A partir de cette date il a travaillé chaque jour auprès de la société A s.à r.l. de 9.00 heures, respectivement 9.30 heures jusqu'à 22.30 heures et même 23.30 heures sans pause et sans jour de repos et ce jusqu'au 24 juin 2009, premier jour de maladie. »

Le tribunal a dit non fondée la demande de B en délivrance de la fiche de salaire du mois d'août 2009 et a constaté, qu'au vu des déclarations de l'employeur, suivant lesquelles un tel registre n'avait pas été tenu, l'exécution forcée de la délivrance du registre spécial n'est pas possible.

Il a donné acte à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi qu'il n'a pas de revendications à formuler.

Par jugement contradictoire du 13 mai 2013, le tribunal du travail a, au vu du résultat des enquêtes, dit la demande partiellement fondée; a constaté que les parties étaient liées par un contrat de travail à durée indéterminée ; a déclaré abusif le licenciement du 14 août 2009 ; a condamné la société A à payer à B les montants de 2.934,86 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis, de 100 € à titre de préjudice moral, de 1.357,20 € à titre d'heures supplémentaires prestées et non rémunérées ainsi que de 567,84 € à titre de jours fériés légaux, ces montants avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde ; a ordonné l'exécution provisoire quant à la condamnation au paiement de la somme de 1.357,20 € à titre d'heures supplémentaires prestées, intérêts légaux en sus, nonobstant appel et sans caution ; a dit la demande non fondée pour le surplus ; a déclaré le jugement commun à l'ETAT ; a dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du jugement pour le surplus et a condamné la société A à payer à B la somme de 200 € à titre d'indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a d'abord constaté qu'il résulte des dépositions des témoins entendus et de l'attestation testimoniale versée que B a commencé à travailler auprès de la société A au cours du mois d'avril 2009, de sorte que les parties étaient liées par un contrat de travail oral à durée indéterminée avant la signature du contrat de travail à durée déterminée.

En ce qui concerne le licenciement, le tribunal a constaté qu'en présence des dépositions contradictoires des témoins, B n'a pas rapporté la preuve qu'C ait remis le 13 août 2009 le certificat de maladie à l'employeur, de sorte que B ne peut bénéficier de la protection spéciale de l'article L.121.-6(3) du code du travail.

Pour le surplus, le tribunal a considéré, qu'eu égard au fait que les parties étaient liées par un contrat de travail à durée indéterminée, la résiliation du contrat de

travail intervenue le 14 août 2009 avec un préavis de deux semaines est à qualifier d'abusive.

Le tribunal a par conséquent fait droit à la demande de B du chef d'indemnité compensatoire de préavis et de préjudice moral, mais l'a débouté de sa demande du chef de préjudice matériel au motif que le requérant avait retrouvé un travail à partir du 8 septembre 2009.

Pour le surplus, le tribunal a retenu que B avait rapporté la preuve de la prestation des heures supplémentaires invoquée, à savoir deux heures par jour pendant la période du 15 au 24 juin 2009, soit en tout 70 jours dont à déduire 10 jours de repos.

Le tribunal a également fait droit à sa demande en paiement à concurrence de trois jours fériés, en l'occurrence les 21 mai, 31 mai et 23 juin 2009, soit 6 jours de congé à 10 heures, dont à déduire 8 heures payées par l'employeur.

Par exploit d'huissier du 24 juin 2013, la société A a régulièrement interjeté appel de ce jugement.

Elle conclut, par réformation, à voir retenir que les parties étaient liées par un contrat de travail à durée déterminée ; à voir donner acte à l'appelante qu'elle conteste les demandes de l'intimé en paiement des montants de 2.934,86 €, 100 €, 1.357,20 €, 567,84 € (jours fériés légaux) et 200 € (indemnité de procédure) tant dans leur principe que dans leur quantum ; à les voir dire ni fondées ni justifiées et en débouter; subsidiairement et pour le cas où la Cour devrait retenir que les parties étaient liées par un contrat de travail à durée indéterminée, voir dire que le licenciement intervenu en cause est régulier ; à voir fixer l'indemnité compensatoire de préavis de l'intimé en tenant compte de la période de préavis restant à courir et du salaire de l'intimé à partir du 8 septembre 2009 ; en tout état de cause, voir allouer à l'appelante une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance et de 1.500 € pour l'instance d'appel.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 750 euros.

- **<u>quant à la qualification du contrat de travail entre parties :</u>**

La société A fait grief au tribunal d'avoir retenu que B avait commencé à travailler à la demande et pour le compte de l'appelante avant la date d'entrée en fonctions fixée au contrat de travail du 9 mai 2009, soit avant le 11 mai 2009.

Selon l'appelante, les dépositions des témoins ne permettent nullement de conclure que la relation de travail entre parties a débuté avant cette date, de sorte qu'il ne saurait être fait application de l'article L.122-2(2) du code du travail.

A l'appui de son appel, la société A fait valoir que l'intimé ne saurait, sous peine de violer les droits de la défense de l'appelante, invoquer l'attestation testimoniale d'C, puisqu'il n'avait pas demandé l'audition de ce témoin par les premiers juges, de sorte qu'elle aurait légitimement pu croire qu'il renonçait à ce témoignage et qu'elle se serait de ce fait vue dans l'impossibilité d'interroger ledit témoin. Cette attestation serait encore à écarter pour ne pas avoir été rédigée dans les formes de l'article 402 du NCPC. Enfin, le témoin n'aurait pas pu constater personnellement à partir de quant l'intimé aurait commencé à travailler pour l'appelante, alors qu'il ne serait lui-même entré aux services de l'appelante qu'après le 24 juin 2009.

L'intimé explique n'avoir pas demandé l'audition de son cousin C, étant donné que celui-ci était retourné au Portugal. Le témoin aurait cependant bien été au courant des faits, étant donné qu'à ce moment, il avait habité chez lui.

Conformément à l'article 399 du NCPC, lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance. Ces déclarations sont faites par attestations ou recueillies par voie d'enquête selon qu'elles sont écrites ou orales.

En l'espèce, il résulte de l'attestation testimoniale d'C qu'au moment de sa rédaction, le témoin résidait au Portugal. Il est par ailleurs constant en cause que son attestation a été régulièrement versée en première instance, de sorte qu'elle a pu être débattue contradictoirement. Il ne résulte pas du jugement entrepris que l'audition, par voie d'enquête, de l'auteur de cette attestation ait été sollicitée en première instance par la défenderesse.

Le moyen tiré d'une violation des droits de la défense n'est dès lors pas fondé.

En ce qui concerne la valeur probante de l'attestation litigieuse, s'il est exact que celle-ci n'a pas respecté toutes les formes prévues par l'article 402 du NCPC, il n'en demeure pas moins que la loi ne prévoit pas de sanction, de sorte qu'il appartient aux juges d'apprécier si une attestation qui n'est pas établie selon les règles de l'article 402 du NCPC présente des garanties suffisantes pour emporter leur conviction.

Il résulte des conclusions de l'intimé, non contestées sur ce point par l'appelante, que l'auteur de l'attestation a habité au moment des faits chez l'intimé, de sorte qu'il pouvait avoir une connaissance personnelle des faits.

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont pris en considération cette attestation testimoniale ensemble les déclarations des autres témoins.

Contrairement encore aux conclusions de l'appelante, les déclarations d'G sont également à prendre en considération, étant donné qu'elle est, suivant ses propres déclarations, l'épouse de B, et qu'elle a dès lors pu savoir à partir de quand celui-ci avait commencé à travailler auprès de l'appelante.

S'il est exact que le témoin H a été moins certaine quant à la date exacte du début du travail de B auprès de l'appelante, elle a cependant cru se rappeler que c'était en avril 2009.

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont déduit de l'ensemble des déclarations des témoins et de l'attestation testimoniale que la relation de travail entre parties avait déjà commencé avant la signature du contrat de travail à durée indéterminée et qu'en vertu de l'article L.122-2(2) du code du travail, les parties étaient dès lors liées par un contrat de travail à durée indéterminée.

- **<u>Quant au licenciement:</u>**

B conclut principalement à la confirmation du jugement entrepris en ce que les premiers juges ont décidé que son licenciement était abusif pour être intervenu en méconnaissance des délais de préavis.

A titre subsidiaire, l'intimé fait valoir que le licenciement est abusif parce qu'il est intervenu en pleine période de maladie, alors que contrairement à la motivation des premiers juges, il a prouvé à suffisance de droit qu'il a fait amener son certificat de maladie pour la période du 17 août 2009 au 24 août 2009 à son employeur par le biais de son cousin, C.

La société A au contraire fait valoir que le licenciement ne saurait être qualifié d'abusif du seul fait que délai de préavis donné par l'employeur n'était que de 15 jours au lieu de deux mois. En outre, il ne résulterait pas des déclarations du témoin C que le certificat médical de prolongation de maladie du 13 août 2009 avait été remis à l'employeur et qu'il lui avait été remis avant l'envoi de la lettre de licenciement.

Ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, en présence des dépositions contradictoires des témoins C et G, d'une part, et de F, d'autre part, B n'a pas rapporté la preuve qu'C eût remis le 13 août 2009 le certificat de maladie à l'employeur, de sorte qu'il ne pouvait pas bénéficier de la protection de l'article L.121-6 (3) du code du travail.

En ce qui concerne pour le surplus le bien-fondé du licenciement, il résulte des développements qui précèdent que les parties étaient liées par un contrat de travail à durée indéterminée dont il n'est pas établi qu'il ait débuté avec une période d'essai.

C'est dès lors encore à bon escient que les premiers juges ont retenu que le licenciement du 14 août 2009 qui n'était intervenu ni en vertu des articles L.124-1, L.124-3, L.124-5 du code du travail (licenciement avec préavis), ni en vertu de L.124-10 du code du travail (licenciement avec effet immédiat) était abusif. Contrairement aux conclusions de l'appelante, il ne s'agissait en effet pas d'une simple erreur de calcul quant à la durée du préavis.

- **quant à l'indemnisation :**

La société A fait encore grief aux premiers juges d'avoir fixé l'indemnité compensatoire de préavis à 2.934,86 euros sans tenir compte du salaire perçu par l'intimé de son nouvel employeur depuis le 8 septembre 2009.

C'est par une exacte application de l'article L. 124-6 alinéa 2 du code du travail que les premiers juges ont retenu que l'indemnité compensatoire de préavis constitue un forfait et n'est pas tributaire du fait que l'intimé avait retrouvé un travail depuis le 8 septembre 2009.

L'appelante soutient encore que B n'a pas rapporté la preuve d'un préjudice moral subi.

Même si B a retrouvé un travail à partir du 8 septembre 2009, il a dû se faire des soucis quant à son avenir, de sorte que c'est pas une juste appréciation des circonstances de la cause que le tribunal a évalué le dommage moral subi par le salarié à 100 euros.

- **quant aux heures supplémentaires et jours fériés** :

La société A conteste que B ait pendant la période allant du 15 avril au 24 juin 2009, jour de son accident de travail, presté 120 heures supplémentaires à la demande et pour le compte de l'employeur. Elle soutient que c'est à tort que les premiers juges se sont basés sur la seule déclaration du témoin F pour retenir la réalité des heures supplémentaires alléguées par l'intimé après avoir retenu concernant l'épisode de la remise des certificats médicaux, que ce témoin n'aurait manifestement pas dit la vérité.

Si en l'espèce le témoignage de F a divergé de celui des deux autres témoins quant à la question des circonstances de la remise des différents certificats médicaux, cet

élément ne saurait suffire pour mettre en doute ses déclarations quant aux horaires de travail de B avec lequel elle travaillait et qu'elle voyait donc tous les jours. Il résulte de ses déclarations que B travaillait normalement de 9.00 heures du matin jusqu'à 22.00 heures ou 22.30 heures et qu'il avait un jour de repos par semaine. Vu le caractère de régularité de cet horaire de travail, il y a lieu d'admettre que les heures de travail ainsi prestées par le salarié l'ont été de l'accord de l'employeur.

Il y a partant encore lieu de confirmer sur ce point le jugement entrepris.

La société A critique enfin le jugement entrepris au motif que les premiers juges ont statué ultra petita en ce qui concerne la rémunération des jours fériés légaux, une telle demande n'ayant pas été formulée par l'intimé.

Il se dégage cependant de la requête introductive d'instance que B avait réclamé dès le début de l'instance le paiement d'un montant de 873,60 euros à titre d'indemnité pour avoir travaillé pendant 4 jours fériés, soit les 1er mai 2009, 21 mai 2009, 31 mai 2009 et 23 juin 2009.

L'appelante fait encore valoir que c'est à tort que les premiers juges se sont basés sur le règlement grand-ducal du 8 octobre 1976 concernant la rémunération du travail des jours fériés légaux dans l'entreprise à caractère saisonnier, alors que la loi de base du 10 avril 1976 portant réforme de la réglementation des jours fériés légaux a été abrogée par la loi du 31 juillet 2006 portant introduction du code du travail.

L'article 5 de la loi du 31 juillet 2006 portant introduction d'un code du travail prévoit qu' *« un règlement grand-ducal, à prendre sur avis du Conseil d'Etat peut procéder à l'insertion dans le code institué par la présente loi des dispositions légales en matière de droit du travail adoptées avant l'entrée en vigueur du présent Code et qui n'y ont pas été reprises ».*

Or, il résulte de l'article 232-1 (2) qu' *« un règlement grand-ducal règle la situation des salariés occupés dans les entreprises à caractère saisonnier »* dont fait partie l'appelante en vertu de l'article 2 du règlement grand-ducal du 8 octobre 1976.

Il en découle que c'est à bon droit que les premiers juges ont appliqué le règlement grand-ducal précité auquel se réfère l'article L.232-1 du code du travail.

Le moyen laisse partant d'être fondé.

Au vue de l'issue du litige, c'est encore à bon droit que les premiers juges ont débouté la société A de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure et qu'ils ont par contre alloué à B une indemnité de procédure de 200 euros.

Pour les mêmes motifs, il y a lieu d'allouer à B une indemnité de procédure de 750 euros pour l'instance d'appel, étant donné que l'intimé a dû exposer des frais pour se défendre en instance d'appel.

La société A succombant dans son appel est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

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 ;

le dit non fondé ;

partant **confirme** le jugement entrepris ;

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

dit fondée la demande de B en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

partant condamne la société à responsabilité limitée A s. à r.l.à payer à B une indemnité de procédure de 750 euros pour l'instance d'appel.

condamne la société à responsabilité limitée A s. à r.l. à tous les frais et dépens de l'instance.