

**Arrêt N° 119/18 - III – TRAV**

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-huit octobre deux mille dix-huit.

Numéro 45303 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,  
Marie-Laure MEYER, premier conseiller,  
Carole KERSCHEN, conseiller,  
Brigitte COLLING, greffier.

Entre :

**A**, demeurant à D-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 21 avril 2017,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Laurent LIMPACH, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

**la société anonyme S1 S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit TAPELLA,

appelante par incident,

comparant par l'étude ALLEN & OVERY, société en commandite simple, inscrite à la liste V du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège à L-1855 Luxembourg, 33, avenue J-F Kennedy, représentée pour les besoins de la présente par Maître Maurice MACCHI, avocat à la Cour à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 19 juin 2018.

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

### Faits et rétroactes

En date du 12 août 2015, A a signé un contrat de travail à durée déterminée avec la SA S1 (ci-après la SA S1) d'une durée de quatre mois, assorti d'une période d'essai de deux mois, contrat devant prendre effet le 1<sup>er</sup> octobre 2015, pour se terminer le 31 janvier 2016.

A affirma avoir résilié le contrat de travail le liant avec son ancien employeur avec effet au 30 septembre 2015 en prévision de cet engagement. Par courrier du 3 septembre 2015, la SA S1 aurait néanmoins résilié le contrat signé le 12 août 2015 moyennant un préavis de 15 jours, partant dès avant la prise d'effet du contrat de travail.

Par requête du 12 février 2016, A a fait convoquer la SA S1 devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette aux fins de voir déclarer abusif le licenciement intervenu par courrier du 3 septembre 2016 et aux fins de la voir condamner à lui payer le montant de 16.600 euros à titre de salaires et de prime non touchés auprès de son ancien employeur ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 euros.

La SA S1 a reconnu le caractère irrégulier du licenciement, mais a contesté les dommages et intérêts réclamés et a sollicité l'octroi d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire et d'une indemnité de procédure.

Par jugement du 9 mars 2017, le tribunal du travail a déclaré abusif le licenciement intervenu et fondée pour le montant de 991,86 euros la demande de A en indemnisation du préjudice matériel lui accru. Sa demande en allocation d'une indemnité de procédure a été rejetée.

Le tribunal a encore rejeté les demandes reconventionnelles de la SA S1 en paiement de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire et en allocation d'une indemnité de procédure.

Pour ce faire, le tribunal du travail a retenu :

- que le licenciement avec préavis notifié par courrier recommandé du 3 septembre 2015 est intervenu en violation de l'interdiction légale de licencier prévue par

l'article L.121-5 du Code du travail suivant lequel il ne peut être mis fin au contrat à l'essai pendant la période d'essai minimale de deux semaines, sauf pour motif grave,

- qu'un salarié sous contrat à durée déterminée irrégulièrement licencié pendant la période d'essai a le droit d'être indemnisé du préjudice subi même si aucun texte ne prévoit expressément une sanction pour celui qui résilie un contrat à l'essai en violation des dispositions le régissant,
- que compte tenu des dispositions de l'article L.121-5 du Code du travail prévoyant, d'une part, une période d'essai minimale de deux semaines pendant laquelle il ne peut être mis fin unilatéralement au contrat à l'essai ainsi que, d'autre part, une durée de préavis ne pouvant être inférieure à 15 jours, il a fixé la durée indemnisable à un mois,
- que pour fixer le montant des dommages et intérêts pour préjudice matériel, il a uniquement tenu compte du salaire prévu au contrat de travail, soit 2.315 euros, sans treizième mois, seulement payable suivant les termes du contrat après la fin de la période d'essai, montant duquel l'indemnité de chômage touchée par A est à déduire,
- que le fait par A de refuser de transiger et de préférer porter l'affaire en justice ne saurait constituer un acte de mauvaise foi.

De ce jugement, A a relevé appel en date du 21 avril 2017.

Par réformation du jugement entrepris, l'appelant demande à voir condamner la SA S1 à lui payer le montant de 9.630 euros à titre de dommages et intérêts du chef de préjudices matériel et moral subis du fait de la résiliation abusive du contrat à durée déterminée.

Subsidiairement, il demande la confirmation du jugement.

A conclut encore à l'allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance et pour l'instance d'appel, de chaque fois 1.500 euros.

A l'appui de son appel, A fait valoir qu'il n'y aurait pas lieu de procéder par assimilation à une « *résiliation à l'essai* » pour déterminer le quantum indemnisable du fait du préjudice subi, mais de l'indemniser en fonction de la perte d'un contrat hors période d'essai, qui s'analyserait en l'espèce, en une perte de chance indemnisable et déterminable. Il y aurait ainsi lieu de lui payer le salaire correspondant à la durée du préavis qui aurait dû être observé si le contrat avait été conclu sans terme, soit le montant de  $2 \times 2.315 = 4.630$  euros.

Les indemnités de chômage ne devraient pas non plus être déduites du montant lui rendu. En effet, dans la mesure où il pourrait prétendre à un dédommagement suite à la rupture anticipée du contrat de travail, son droit à l'obtention des indemnités de chômage serait suspendu jusqu'à la date à laquelle le contrat aurait en principe pris

fin, en application de l'article 158 « des 3. Buches des Sozialgesetzbuches » (§ 158 SGB III), de sorte qu'il devrait rembourser les indemnités de chômage touchées.

En ordre subsidiaire, il y aurait lieu de lui allouer le montant de 4.530 - 2.646,28 euros = 1.983,72 euros à titre d'indemnisation du préjudice matériel subi.

Compte tenu du fait qu'il a quitté son ancien emploi avec la certitude de commencer un nouvel emploi et que malgré des recherches approfondies il serait toujours sans emploi, A réclame encore une indemnité pour préjudice moral subi de 5.000 euros.

La SA S1 conteste la recevabilité de la demande en indemnisation du préjudice moral pour constituer une demande nouvelle en instance d'appel.

Elle interjette appel incident contre la décision entreprise pour autant que le tribunal a rejeté sa demande reconventionnelle pour procédure abusive et vexatoire et demande de ce chef l'allocation d'un "*montant minimum de 2.500 euros* ».

La SA S1 explique qu'elle a résilié le contrat de travail en raison du comportement du salarié et notamment de ses tentatives de manipulation pour voir reporter la fin du contrat de 15 jours.

Elle fait valoir que si elle n'avait pas résilié le contrat de travail à durée déterminée avant son entrée en vigueur, elle aurait pu le faire sans avoir à fournir un quelconque motif, au plus tôt le 16<sup>e</sup> jour de la période d'essai avec un préavis de 15 jours, de sorte que le salarié, qui ne pourrait pas se prévaloir d'une garantie contre une résiliation de son contrat avant la fin de la période d'essai, aurait eu droit à un mois de salaire d'environ 2.500 euros, montant qu'elle lui aurait offert dans le cadre d'un arrangement transactionnel. Refuser de transiger pour ce montant qui indubitablement correspondrait au maximum auquel il pourrait prétendre et réclamer un montant totalement en inadéquation avec les montants alloués par la jurisprudence en la matière, constituerait un excès manifeste d'irréflexion ayant entraîné des conséquences financières non-négligeables dans son chef.

La SA S1 conclut cependant à la confirmation du jugement en ce qu'il a dit que le préjudice matériel se limite à la période de préavis non-respectée. L'article L.122-13 du Code du travail ne serait pas applicable en l'espèce, alors qu'il viserait expressément le cas de la résiliation d'un contrat de travail à durée déterminée sans période d'essai, respectivement après l'écoulement de la période d'essai.

Même dans l'hypothèse où l'article L.122-13 du Code du travail était applicable, il ne prévoirait pas ipso facto le droit à un préavis de deux mois, alors que la durée du préavis qui aurait dû être observée si le contrat de travail avait été conclu sans terme, s'élèverait également à un mois vu qu'une période d'essai était prévue au

contrat. En effet, il disposait du droit de procéder à la résiliation du contrat de travail pendant la période d'essai au plus tôt le 16<sup>e</sup> jour suivant la prise d'effet du contrat avec une période de préavis de 15 jours, de sorte que le salarié aurait seulement pu prétendre à l'octroi de dommages et intérêts d'un montant équivalent à un mois de salaire.

La SA S1 demande encore la confirmation de la décision du tribunal du travail en ce qu'il a déduit du montant retenu les indemnités de chômage perçues par l'appelant.

Elle soutient qu'à défaut d'élément d'extranéité, il n'y aurait pas lieu de prendre en compte des dispositions de droit étranger relatives aux indemnités de chômage. La relation contractuelle entre l'employeur et le salarié serait purement de droit luxembourgeois alors que le lieu du travail aurait dû être au Luxembourg.

Prendre en compte les dispositions étrangères reviendrait, par ailleurs, à favoriser un salarié résidant en dehors du Luxembourg par rapport à un salarié y résidant, alors que celui-ci pourrait se prévaloir de l'une ou l'autre législation en fonction de celle qui lui est la plus favorable.

Le salarié resterait de plus en défaut de prouver qu'il existe une obligation de remboursement des indemnités de chômage.

Les dispositions légales allemandes invoquées par l'appelant ne seraient pas non plus pertinentes, étant donné qu'aux termes de l'article cité, deux conditions cumulatives devraient être remplies pour que le droit aux indemnités de chômage soit suspendu, dont le fait que la relation de travail a été résiliée sans respect du préavis légal. Or, en l'espèce, la résiliation se serait faite avec le préavis légal de 15 jours.

La SA S1 demande finalement l'octroi d'une indemnité de procédure de 1.500 euros sur base de l'article 240 du NCPC tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

A réplique que sa demande formulée au titre de dédommagement du préjudice moral à hauteur de 5.000 euros ne constituerait pas une demande nouvelle, mais soit une ventilation de sa demande, soit une simple augmentation de sa demande en indemnisation par rapport au préjudice évalué dans la requête du 11 février 2016 à 16.600 euros. On ne saurait retenir que l'indemnisation des volets matériel et moral d'un seul préjudice global constitue deux demandes indépendantes alors qu'elles auraient le même objectif, à savoir l'indemnisation des conséquences dommageables de la fin de la relation de travail.

A donne encore à considérer qu'il existe bien un élément d'extranéité alors qu'il habite en Allemagne et qu'il serait incontestable que les dispositions légales allemandes s'appliqueraient au paiement des indemnités de chômage par la « Bundesagentur für Arbeit ».

Il n'y aurait pas non plus de rupture manifeste d'égalité entre résidents et non-résidents, étant donné qu'il y aurait lieu d'apprécier le préjudice du salarié au cas par cas s'il est résident luxembourgeois ou non. Il ne serait pas contesté que la résiliation du contrat est abusive et la société S1 n'aurait pas respecté le préavis légal applicable.

### **Validité du licenciement**

A et la SA S1 ont signé un contrat de travail à durée déterminée, en date du 12 août 2015. L'article premier dudit contrat précise „*Der Arbeitnehmer tritt in Eigenschaft als **Manufacturing Support Technician** in der Abteilung **Finishing-Neckring** in den Dienst der Gesellschaft ein für den Zeitraum vom 01.10.2015 bis 31.01.2016 einschliesslich*“. En apposant leurs signatures sous ce document, il y a eu acceptation inconditionnelle de l'offre d'embauche de l'employeur destinée au candidat salarié: cela emporte instantanément la conclusion définitive du contrat de travail entre lesdites parties.

C'est à compter de cette date que les parties au contrat se trouvent théoriquement tenues d'exécuter les obligations qu'elles ont contractées l'une envers l'autre : l'employeur devant notamment fournir au candidat embauché le travail convenu avec lui et lui verser la rémunération correspondante ; le nouveau salarié devant, quant à lui, notamment se présenter sur son lieu de travail, à la date et heure prévues, et y exécuter les tâches qui lui sont confiées par cet employeur.

En l'espèce, les parties au susdit contrat de travail du 12 août 2015 ont convenu d'un commencement d'exécution de ce contrat à une date postérieure, à savoir le 1<sup>er</sup> octobre 2015. Le contrat de travail demeure néanmoins valablement conclu à la date de l'acceptation et ce n'est que son commencement d'exécution qui se trouve différé à cette date ultérieure (Cass.soc. 12 janvier 1989, Bull.civ.V, n° 18).

Même si la SA S1 admet dès l'instance devant le tribunal du travail que le licenciement serait irrégulier, il appartient à la Cour de déterminer la qualification et le régime juridique de la rupture intervenue, sur initiative de l'employeur, entre la date de conclusion de ce contrat et celle de son commencement d'exécution.

A demande à être indemnisé « *en fonction de la perte d'un contrat hors période d'essai, qui s'analyserait en l'espèce, en une perte de chance indemnisable et déterminable* », conformément à l'article L.122-13 du Code du travail, voulant par-

là être indemnisé à hauteur de 2 mois de salaire, correspondant à la durée de préavis qui aurait dû être observée si le contrat avait été conclu sans terme. La SA S1 estime quant à elle, qu'il faudrait tenir compte de la période d'essai reprise à l'article 7 du contrat de travail, qui se lit comme suit « *Die Probezeit beträgt zwei (2) Monate* ».

Il est incontestable que la période d'essai est incluse dans le contrat de travail et qu'elle a donc comme point de départ le commencement d'exécution du contrat; les parties au contrat ne peuvent convenir de modifier ce seul point de départ. Il s'ensuit que la rupture prononcée avant le commencement d'exécution du contrat ne peut pas être qualifiée de rupture d'une période d'essai, mais doit s'analyser en une rupture fautive à l'initiative de l'employeur, intervenue pendant l'exécution du contrat de travail, hors période d'essai, sans indication de motifs.

Le jugement entrepris est à réformer, en ce qu'il a assimilé la rupture de contrat survenue à un licenciement intervenu pendant la période d'essai.

Un tel licenciement est manifestement abusif et ouvre droit, pour A, à des dommages-intérêts.

### **Indemnisation de A**

Une question de recevabilité ayant été soulevée par la SA S1 en rapport avec cette demande, la Cour se doit de l'analyser en premier.

La SA S1 estime que A a formulé une demande nouvelle en instance d'appel, consistant à réclamer l'indemnisation de son préjudice moral, estimé à hauteur de 5.000 euros.

Conformément à l'article 592 du nouveau Code de procédure civile, « *Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune demande nouvelle, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale. Pourront aussi les parties demander des intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance, et des dommages et intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement* ».

La demande actuellement présentée par A ne rentre ni dans les cas de figure énumérés à l'alinéa premier dudit article 592, ni ne peut être considérée comme un accessoire de la demande initiale. En effet, il s'y est limité à réclamer des dommages-intérêts « *in folgender Höhe (...)* :

<i>Entgangener Bruttolohn für vier Monate à 3.500 €</i>	<i>14.000 €</i>
<i>Entgangene Weihnachtsgratifikation in Höhe von brutto</i>	<i>2.600 €</i>
	<hr/>

*Total*

16.600 €“

La demande initiale se limitant à la réparation de son préjudice matériel, le préjudice moral n'en constitue pas son accessoire, mais bien une demande à part. Par ailleurs, le préjudice moral allégué n'est pas non plus échu depuis le jugement entrepris. La demande formulée pour la première fois dans l'acte d'appel est partant, conformément aux conclusions de la SA S1, à considérer comme demande nouvelle, et à déclarer irrecevable.

Quant à l'indemnisation du préjudice matériel de A, et bien que le Code du travail ne prévoie pas spécifiquement l'hypothèse de la rupture du contrat entre la date de sa signature et la date de son commencement d'exécution, les solutions laissent place à aucun doute. Pour chaque affaire, la Cour de cassation française, chambre sociale, retient que dès lors qu'un contrat de travail à durée déterminée a été conclu, sa rupture à l'initiative de l'employeur, ouvre droit pour le salarié à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, peu important que l'exécution du contrat ait ou non commencé (Cass.soc. 26 septembre 2002 ; Cass. Soc. 30 novembre 2011).

La demande formulée à titre principal par A est, par réformation, recevable en son principe, sauf à dire qu'il n'y a pas lieu de retenir son salaire auprès de son ancien employeur, mais bien celui repris au contrat de travail du 12 août 2015, s'élevant à la somme de 2.315 euros bruts par mois.

En instance d'appel, A ne demande plus que la somme de 4.630 euros, équivalent à deux mois de salaires, à titre d'indemnisation de son préjudice matériel.

A demande l'allocation de l'intégralité de cette somme, sans déduction des indemnités de chômage touchées en Allemagne, parce qu'il allègue devoir rembourser ces indemnités.

La SA S1 s'y oppose, arguant principalement de l'inapplicabilité des dispositions allemandes et subsidiairement de leur absence de pertinence pour le présent cas.

Comme les indemnités de chômage ne sont payées, au niveau de l'union européenne, uniquement par et dans le pays où la personne qui a involontairement perdu son travail, a établi sa résidence, A n'a pu percevoir ses indemnités de chômage qu'en Allemagne, pays dans lequel il réside.

Ces indemnités lui ont par conséquent été payées par application des dispositions légales allemandes en la matière.

Il ressort de l'article 158 du « 3. Buches des Sozialgesetzbuches », invoqué par A à la base de son raisonnement suivant lequel il sera obligé de rembourser les

indemnités de chômage d'ores et déjà perçues « § 158 SGB III Ruhen des Anspruchs bei Entlassungsschädigung

- (1) Hat die oder der Arbeitslose wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung, Entschädigung oder ähnliche Leistung (Entlassungsschädigung) erhalten oder zu beanspruchen und ist das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist beendet worden, so ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld von dem Ende des Arbeitsverhältnisses an bis zu dem Tag, an dem das Arbeitsverhältnis bei Einhaltung dieser Frist geendet hätte ».

Selon cet énoncé, A n'aurait eu droit à l'obtention d'une quelconque indemnité de chômage, respectivement ce droit se trouvait suspendu, jusqu'à la fin du préavis légal, s'il avait été respecté.

Il ressort toutefois des pièces versées en cause, que A a perçu des indemnités de chômage, dès le 6 octobre 2015. Comme A ne rapporte toutefois pas la preuve que le montant correspondant au paiement des deux premiers mois d'indemnités de chômage devra réellement être restitué, il y a lieu de déduire la somme de 2.646,28 euros (2 X 1.323,14) du montant lui revenant à titre de préjudice matériel.

La demande de A en réparation de son préjudice matériel est ainsi à dire fondée, à concurrence de  $4.630 - 2.646,28 = 1.983,72$  euros.

### **Appel incident de la SA S1**

La SA S1 a interjeté appel incident limité à la demande reconventionnelle qu'elle avait formulée en première instance, en obtention d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire.

La Cour constate que le juge de première instance a rejeté cette demande pour de justes et valables motifs, qu'elle fait siens. Il y a lieu de confirmer purement et simplement le jugement entrepris sur ce point.

### **Les indemnités de procédure**

A réclame une indemnité de procédure pour les deux instances, à chaque fois de 1.500 euros.

La SA S1 réclame également une indemnité de procédure pour les deux instances, à chaque fois de 1.500 euros.

Le jugement entrepris est à confirmer, par adoption de ses motifs, en ce qu'il a rejeté les demandes des parties basées sur l'article 240 du nouveau Code de procédure civile.

Au vu du sort à réserver à l'affaire, la demande de la SA S1 laisse d'être fondée et elle est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

N'établissant pas l'iniquité prévue à l'article 240 du nouveau Code de procédure civile, la demande afférente de A pour l'instance d'appel est à rejeter.

### **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,

dit irrecevable la demande de A en obtention de la somme de 5.000 euros à titre de réparation de son préjudice moral, pour constituer une demande nouvelle en instance d'appel,

dit les appels principal et incident recevables,

dit l'appel incident non fondé et le rejette,

dit l'appel principal partiellement fondé,

#### **réformant :**

dit que le licenciement intervenu le 3 septembre 2015 est abusif,

dit la demande de A en paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel subi fondée pour le montant de 1.983,72 euros,

partant, condamne la société anonyme S1 SA à payer à A la somme de 1.983,72 euros avec les intérêts au taux légal du jour de la demande jusqu'à solde,

confirme le jugement pour le surplus,

rejette les demandes de A et de la société anonyme S1 SA sur base de l'article 240 du nouveau Code de procédure civile,

condamne la société anonyme S1 SA aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Laurent LIMPACH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Brigitte COLLING.