Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt mai deux mille dix

Numéro 34041 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier;

Entre:

A, archéologue, demeurant à L-,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 20 juin 2008,

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

et:

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

intimée aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Louis BERNS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

I. Les antécédents

Par requête déposée le 2 février 2007, A avait fait convoquer la société anonyme B et l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de les entendre condamner solidairement à lui payer du chef d'arriérés de salaire du mois de janvier 2007 le montant de 4.923,90 € de même que tous les salaires à échoir. Pour le cas où il devait être décidé que la société B était son employeur, il avait conclu à la seule condamnation de cette dernière à lui payer ces montants et à voir déclarer le jugement commun à l'Etat. Pour le cas où il devait être établi que l'un ou l'autre des défendeurs aurait procédé à la résiliation abusive des relations de travail, le requérant concluait à les voir condamner, solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour le tout à lui payer le montant de 25.000 € du chef d'indemnité compensatoire de préavis et « accessoires » et de dommages-intérêts, avec les intérêts tels que de droit. Il avait enfin sollicité une indemnité de procédure de 1.500 €.

Le demandeur, se basant sur les dispositions des articles L.133-1. et L.133-2. du Code du travail (mise à disposition illégale de main-d'œuvre) a soutenu qu'il travaillait depuis 1999 *sous la direction du service archéologique des Ponts et Chaussées de l'administration des Ponts et*

Chaussées, sinon du service du musée national d'histoire et d'art du ministère de la culture et que la société B ne disposerait ni d'une autorisation d'entrepreneur de travail intérimaire, ni d'une autorisation pour faire du prêt temporaire de main-d'œuvre, de sorte que cette mise à disposition qui ne rentrerait pas dans les catégories autorisées par la loi, serait illégale, le requérant en concluant qu'il était lié depuis le 1er novembre 1999 à l'Etat par un contrat de travail à durée indéterminée. Il a fait valoir que ce dernier, par l'intermédiaire de l'archéologue André Schoellen, l'aurait au mois de décembre 2006 licencié oralement, partant abusivement.

L'Etat a contesté que le requérant eût travaillé sous sa subordination. Il a renvoyé aux articles L.132-1. et 132-2. du Code du travail pour soutenir que B était l'employeur de ce dernier. L'Etat a exposé avoir recours à des bureaux d'études externes pour la mise à disposition d'ingénieurs en raison du manque d'effectifs de l'administration des ponts et chaussées, la société B étant liée à l'Etat par un contrat d'entreprise. Il a soutenu que le maître de l'ouvrage est en droit de donner des instructions au personnel mis à sa disposition par la société employant ce dernier, ces instructions ne devant pas être de nature à conclure qu'il exerçait une part de l'autorité administrative et / ou hiérarchique sur le salarié.

B s'est ralliée aux conclusions de l'Etat. Elle a soutenu que son objet social serait conçu de manière large et engloberait la réalisation de prestations de services en matière archéologique, de sorte qu'elle n'aurait pas eu besoin d'une autorisation spéciale pour effectuer de telles prestations de service. Elle aurait mis A à la disposition de l'Etat en application de l'article L.132-1.(4) du Code du travail. Même si l'Etat donnait audit personnel des ordres de service relatifs aux travaux à exécuter sur les différents chantiers, elle aurait continué à exercer l'autorité administrative et hiérarchique sur son salarié.

II. Le jugement

A. Le tribunal du travail a dit qu'il y a lieu, au regard de l'article L.132-1. du Code du travail de distinguer l'hypothèse où un employeur met ses salariés à la disposition d'un utilisateur qui, pour mener sa propre activité, exerce sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique normalement réservée à l'employeur, hypothèse où cet employeur n'effectue aucune prestation de service pour l'utilisateur hormis celle de mettre ses salariés à sa disposition et celle où une entreprise fournit du personnel sur la base d'un contrat de louage d'ouvrage ou d'entreprise conclu dans le cadre de ses activités normales et permanentes, hypothèse non visée par l'article L.132-1. et qu'il appartenait en l'espèce au salarié de prouver que B l'avait mis à la disposition de l'Etat depuis le 1er novembre 1999, que ce dernier l'avait utilisé pour la réalisation de ses travaux en exerçant sur lui une part

de l'autorité administrative et hiérarchique normalement réservée à l'employeur ainsi que d'établir que cette mise à disposition était illégale.

La juridiction du premier degré a retenu sur base des deux conventions conclues par la société B avec l'Etat (la première du 1er avril 2000 portait sur la surveillance par ladite société des travaux de routes, ponts et tunnels pour les chantiers de l'autoroute « liaison avec la Sarre » et « contournement de Mersch/Colmar-Berg » et la deuxième du 9 décembre 2005 portait sur la mise à disposition d'un ingénieur archéologue pour la réalisation de fouilles archéologiques sur la route du Nord) qu'elle a réalisé des prestations de service au profit de l'Etat et, en ce qui concerne la seconde convention, réalisé les fouilles (par l'intermédiaire d'A) sur le chantier de la route du Nord. Il a ensuite retenu, comme non établi et par ailleurs non contesté par le salarié, que c'était bien la société B qui tout au long des relations triangulaires B-Etat-A avait exercé *l'autorité administrative* sur son salarié.

Quant à *l'autorité hiérarchique:* le tribunal du travail a retenu qu'il ressortait de l'analyse des deux conventions liant le prestataire de services (B) à l'Etat qu'elle était, d'après les stipulations conventionnelles, exercée par B sur le salarié, mais que ce dernier était en droit d'établir qu'en fait, il se trouvait sous l'autorité hiérarchique directe de l'Etat, cette dépendance juridique se caractérisant par le fait que l'Etat aurait été responsable de l'application des dispositions légales, réglementaires, administratives et conventionnelles relatives à ses conditions de travail, de sa protection dans l'exercice de sa profession, ainsi que des conditions de sécurité, d'hygiène et de santé au travail, le requérant ayant pour obligation d'établir que l'Etat, par l'intermédiaire du fonctionnaire André Schoellen avait accompli de tels actes d'autorité à son égard.

Le tribunal a analysé les éléments de preuve lui soumis par le salarié.

Il a retenu que le salarié avait travaillé sur les différents sites du 28 octobre 1999 au 31 décembre 2006. Il a tenu pour non établie l'affirmation du salarié qu'il n'avait été engagé par B que pour être mis à la disposition de l'Etat, étant donné qu'il ressortirait des pièces qu'il avait été engagé en 1999 pour succéder à un autre salarié de B sur un chantier déjà en cours, le tribunal ajoutant tout ignorer des relations contractuelles ayant existé entre l'Etat et B de début 2003 à fin 2005, la première convention ayant pris fin 2002 et la deuxième n'ayant été conclue que pour les travaux de la route du Nord qui ont débuté en 2005.

Quant aux « time-sheets » produits par le salarié qu'il a dû remplir après son travail et qui devaient être signés par André Schoellen en sa qualité de « supervisor », il ne les a pas tenus pour pertinents en ce que la facturation des prestations de services réalisées par B pour le compte de l'Etat se

faisait précisément, selon l'article 6 de la convention du 2 décembre 2005, *d'après les relevés établis tous les mois et approuvés par l'administration, la mention de « supervisor »* n'établissant pas que l'Etat par l'intermédiaire d'André Schoellen eût été le supérieur hiérarchique d'A.

Le tribunal a rejeté les attestations testimoniales établies par les témoins Robert Baes, Jean Krier, Jeannot Metzler et Gilles Gazagnol pour défaut de pertinence en ce qu'elles n'établissaient pas que le salarié eût travaillé sous l'autorité administrative et /ou hiérarchique de l'Etat.

Le salarié avait encore présenté une offre de preuve par témoins (pages 18 à 20 du jugement) tendant à établir qu'il avait toujours travaillé sous la direction et le contrôle d'André Schoellen. Cette offre de preuve a été rejetée par le tribunal pour manque de pertinence.

Le tribunal a enfin rejeté le moyen du requérant qui soutenait que la réalisation des travaux archéologiques ne rentrait pas dans l'objet social de la société B, car même à supposer cet état donné, cela ne l'aurait pas empêchée, au besoin en violation de la loi, de fournir de telles prestations à l'Etat qui pour autant n'en serait pas devenu l'employeur d'A.

Il en a conclu que B était l'unique employeur d'A, la demande dirigée contre l'Etat ayant été déclaré irrecevable.

B. Le tribunal du travail a ensuite analysé la nature du contrat de travail (durée déterminée ou indéterminée) ayant lié A à la société B et a retenu, après requalification, que les parties étaient, au moment de la fin des relations de travail, liées par un contrat de travail à durée indéterminée.

Il a retenu, compte tenu de la requalification du dernier contrat de travail, qui, selon la société, était arrivé à échéance le 31 décembre 2006, que l'employeur avait fait parvenir le 8 janvier 2007 un certificat de travail au salarié de même que le 13 février 2007 un courrier dans lequel *à titre purement conservatoire* elle lui signifiait la fin des relations de travail avec un préavis expirant le 14 juin 2007, pour en conclure que ce contrat de travail à durée indéterminée avait été valablement résilié avec préavis par la société avec effet au 14 juin 2007.

C. Ayant eu à toiser les prétentions indemnitaires du requérant, le tribunal du travail a déclaré ce dernier forclos à réclamer la réparation du préjudice subi suite au licenciement du 13 février 2007 prononcé par l'employeur, la requête déjà déposée le 2 février 2007 par le salarié ayant étant considérée comme prématurée, le requérant n'ayant pas réclamé contre les motifs lui communiqués par l'employeur dans son courrier du 16 mars 2007 et n'ayant présenté sa demande en réparation que le 15 janvier 2008.

Quant à la demande en arriérés de salaire portant sur la somme de 7.385,85 € réclamée par le salarié pour la période du 1er janvier au 15 février 2007, le tribunal l'a rejetée motif pris de ce que ce dernier n'avait pas établi avoir été à la disposition de son employeur à partir du 1er janvier 2007, la circonstance qu'il a terminé le 31 mai 2007 un rapport remis à André Schoellen, rapport qu'il aurait cependant déjà dû avoir terminé le 31 décembre 2006 n'établissant pas le bien-fondé de sa demande.

Le tribunal a, par la même motivation, rejeté la demande du salarié en allocation d'une indemnité compensatoire de préavis de quatre mois portant sur la somme de 19.695,60 €.

La demande du salarié en allocation d'une indemnité de départ portant sur 4.923,90 € a encore été rejetée, motif pris que le licenciement n'était pas abusif.

La demande du salarié en allocation d'une indemnité de procédure a été rejetée.

La demande de l'Etat contre la société, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi et portant sur la somme de 39.181,01 € versée au salarié durant la période du 2 janvier 2007 au 1er janvier 2008 a été rejetée, le licenciement n'ayant pas été déclaré abusif.

III. L'appel et les moyens

Par exploit d'huissier du 20 juin 2008, A a régulièrement relevé appel du jugement et il conclut, par réformation, principalement à voir constater qu'il est lié à l'Etat par un contrat de travail à durée indéterminée avec prise d'effet au 1er novembre 1999 toujours en cours, sinon qu'il y a été mis fin avec effet immédiat par l'Etat le 31 décembre 2006, partant voir dire ce licenciement abusif, et subsidiairement en cas de relation de travail à durée indéterminée avec B, à voir dire que cette dernière continue, sinon dire que l'employeur l'a résiliée abusivement avec effet immédiat le 31 décembre 2006, sinon le 8 janvier 2007. Il conclut au renvoi devant le tribunal du travail sinon demande-t-il à la Cour, par évocation, de condamner les intimés selon qu'il y a lieu de considérer l'Etat et/ ou B comme son/ses employeurs et selon qu'il y a eu rupture et / sinon rupture abusive du contrat de travail. Il réclame une indemnité de procédure de 6.000 € pour la première instance et de 5.000 € pour l'instance d'appel.
L'Etat du Grand-Duché de Luxembourg pris en sa qualité de co -contractant de B (ci-après l'Etat) conclut à la confirmation du jugement et à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.500 €.

L'intimée B relève *appel incident* du jugement et conclut à voir dire que le contrat de travail à durée déterminée a pris fin le 31 décembre 2006. Elle

fait valoir, pour le cas où la Cour devait retenir que les parties étaient liées par un contrat de travail à durée indéterminée que ce dernier n'a été résilié ni le 31 décembre 2006, ni le 8 janvier 2007 et dans le cas contraire, elle conteste les montants réclamés. Pour le cas où le jugement devait être confirmé en ce qu'il a retenu que la résiliation a été prononcée le 13 février 2007, elle conclut pour cause de forclusion à l'irrecevabilité de la demande en réparation du préjudice en relation avec le licenciement abusif, sinon et subsidiairement offre-t-elle de prouver par l'audition d'un témoin que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse. Elle conteste, pour le cas où le licenciement devait être déclaré abusif, les montants réclamés, sauf l'indemnité de départ pour laquelle elle se rapporte à prudence de justice. Elle sollicite une indemnité de procédure de 2.500 €.

L'Etat du Grand - Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, conclut principalement à la condamnation de B et subsidiairement à celle de l'appelant à lui rembourser la somme de 42.422,88 €.

IV. Les relations de travail: détermination de l'employeur

A. La position des parties

1. A

Dans ses conclusions d'appel, l'appelant fait valoir que l'objet social de B ne couvre pas le domaine de l'archéologie, renvoie dans ce contexte à l'article L.132-1(4) du Code du travail relatif au prêt temporaire de main- d'oeuvre pour soutenir que ce prêt ne peut se faire sur la base d'un contrat de louage d'ouvrage ou d'entreprise conclu dans le cadre de ses activités normales et permanentes et conteste qu'il y ait eu contrat d'entreprise entre l'Etat et B. Il soutient encore que l'Etat a exercé sur lui l'autorité administrative et hiérarchique et renvoie aux pièces et aux attestations testimoniales mentionnées ci-dessus.

Dans ses conclusions du 29 janvier 2009, il fait valoir que la société n'aurait pas pu le remplacer, sans l'accord de l'administration, pour en conclure qu'il a spécifiquement été engagé pour être mis à la disposition de l'Etat. Il réitère que B n'a aucune expertise en matière archéologique. Il réitère l'offre de preuve par témoins déjà présentée en première instance et offre moyennant une deuxième offre de preuve d'établir qu'il a déjà travaillé pour le compte de l'Etat en novembre et décembre 1999.

2. L'Etat du Grand- Duché de Luxembourg

L'Etat rappelle que les contrats qu'il a conclus avec B sont des contrats d'ingénieur-conseil, c-à-d des contrats d'entreprise conclus avec une

société ayant comme objet social notamment *l'engineering* de sorte que le moyen de l'appelant tiré de la mise à disposition illégale de main-d'œuvre tombe à faux, cette mise à disposition rentrant *dans le cadre des activités normales et permanentes* de B. Il conteste avoir exercé ne serait-ce qu'une partie de l'autorité administrative et hiérarchique sur l'appelant. Il se réfère pour le surplus à la motivation du jugement qu'il dit adopter.

3. La société B

Elle soutient qu'A travaillait déjà pour elle à un moment où le premier contrat la liant avec l'Etat a été conclu de sorte qu'il ne saurait être question pour elle d'avoir engagé uniquement ce dernier pour le mettre à la disposition du co-intimé. Elle fait encore valoir avoir fourni plusieurs agents à l'Etat pour l'exécution du premier contrat et non pas seulement A. Il en irait de même du deuxième contrat qui bien qu'intitulé : *convention pour la mise à disposition d'un ingénieur-archéologue-Mr A* aurait cependant prévu que B pouvait le remplacer en cas de souhait de sa part. Elle soutient en outre avoir mis à disposition de l'Etat A comme le lui permet l'article L.132-1 alinéa 4 du Code du travail.

Elle fait valoir que les contrats conclus par les bureaux d'études ou ingénieurs-conseils tombent sous la qualification de contrats d'entreprise, le premier contrat relatif à l'autoroute de la Sarre et au contournement Mersch/Colmar-Berg prévoyait une activité de surveillance, cette activité rentrant dans l'objet social de la société (statuts article 2), et relevait de ses activités normales et permanentes. En ce qui concerne le deuxième contrat conclu avec l'Etat le 9 décembre 2005 (route du Nord), il avait trait à la prestation d'activités d'ingéniérie, peu importe d'après elle qu'il s'était agi d'activités d'ingéniérie archéologique.

Quant à *l'autorité administrative et hiérarchique :*L'intimée conteste que l'Etat ait exercé une part d'autorité sur le salarié en se référant tant à la convention du 28 janvier 2000 (articles 11.1 et 11.3) qu'à celle du 9 décembre 2005 (art.4.1.), la circonstance que le maître de l'ouvrage puisse donner des directives ponctuelles aux salariés de l'entrepreneur n'entraînant pas pour autant la création d'une relation de travail entre le salarié' de l'entreprise et le maître de l'ouvrage, la concluante précisant au surplus qu'il convient de distinguer entre *directives* et *ordres.*

Elle prend position par rapport aux éléments de preuve versés par l'appelant, pour, par adoption de la motivation du tribunal du travail, les voir rejeter pour ne pas être pertinents, car non susceptibles d'établir que l'archéologue de l'Etat eût exercé une part de l'autorité hiérarchique et/ou administrative sur l'appelant.

Dans ses conclusions du 5 mars 2009, la société prenant position par rapport au moyen de l'appelant qui soutient qu'aucune autre personne au sein de B ne possédait de compétence en matière archéologique de sorte que B ne pouvait à ce titre surveiller son salarié fait valoir que l'appelant opère une confusion entre la direction des travaux de tous les jours sur le chantier et le pouvoir de direction de B sur son salarié en ce que le maître de l'ouvrage était en droit, par l'intermédiaire d'André Schoellen, de lui donner des directives tandis que le salarié restait redevable de l'exécution conforme de son travail devant son employeur, et alors même que ce dernier ne possédait pas d'autre archéologue diplômé.

B. Discussion

L'article L.133-1.(1) du Code du travail faisant partie du chapitre III du Titre III du Code du travail traitant du travail intérimaire, chapitre intitulé « Mise à disposition illégale de main-d'œuvre » dispose qu' *est interdite l'activité exercée en dehors des règles visées aux chapitres Ier et II du présent titre par un employeur qui consiste à mettre des travailleurs engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers qui utilisent ces travailleurs et qui exercent sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur.*

L'article L. 133-2. du Code du travail est de la teneur suivante :

(1) Le contrat par lequel un salarié a été engagé pour être mis à la disposition d'un utilisateur en violation des dispositions de l'article L.133-1. qui précède est nul.

(2) Dans le cas visé au paragraphe qui précède, l'utilisateur et le travailleur sont considérés comme engagés dans les liens d'un contrat de travail à durée indéterminée dès le commencement de la prestation de travail du salarié,

tandis que l'article L.133-3. du même code dispose qu' *« en cas de violation des dispositions de l'article L.133-1., l'utilisateur et la personne qui met le travailleur à la disposition de l'utilisateur sont solidairement responsables du paiement des rémunérations et de leurs accessoires, des indemnités ainsi que des charges sociales et fiscales y afférentes ».*

Le tribunal du travail s'est référé à l'article L.132-1.(4) du Code du travail aux termes duquel « *les dispositions relatives au prêt de main-d'œuvre ne sont pas applicables à la fourniture de personnel effectuée par l'entreprise sur la base d'un contrat de louage d'ouvrage ou d'entreprise conclu dans le cadre de ses activités normales et permanentes »* pour conclure qu'en l'espèce, la société avait mis du personnel à la disposition de l'Etat dans le cadre de ses activités normales et permanentes.

Le contrat de louage d'ouvrage ou d'entreprise se caractérise par la prestation d'un travail ou d'une mission déterminé(e), d'ordre intellectuel ou manuel, à titre onéreux qui implique une exécution sans aliénation de l'indépendance de celui qui est appelé à l'exécuter. Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place moyennant rémunération.

Les chapitres I et II du titre III traitent du travail intérimaire et du prêt de main-d'œuvre. L'interdiction édictée à l'article L.133-1.(1) vise la mise à disposition de personnel d'un employeur à un autre en-dehors des cas spécifiques réglementés dans les chapitres I et II et sous les exceptions prévues à l'article L.133-1.(2) du même code, à condition que le tiers exerce sur les travailleurs ainsi mis à sa disposition une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur.

Aux fins de déterminer s'il y a eu infraction à l'article L.133-1. du Code du travail, en ce que, sous le couvert d'un contrat de louage d'ouvrage ou d'entreprise qu'il convient de prendre en considération, - il ne saurait en effet être fait abstraction dudit contrat qui forme la base des relations de travail entre parties et des rôles respectifs assumés par les prestataires et utilisateurs -, les parties contractantes auraient convenu d'une mise à disposition illégale du salarié, il incombe de rechercher si, en fait, l'exécution des tâches s'est effectuée selon les stipulations conventionnelles telles que ressortant dudit contrat ou si, au contraire, elle s'est faite, du moins en partie, sous l'autorité hiérarchique et administrative de la société cliente.

Dès lors que la prestation de services suppose une obligation de résultat, il appartient à l'entreprise prestataire seule de s'organiser pour parvenir à cette fin. L'entreprise utilisatrice ne doit donc pas s'immiscer a priori dans la réalisation de cette mission. Lorsque c'est à l'entreprise utilisatrice qu'incombe pour partie la définition des tâches et l'organisation du travail des salariés, l'opération est interdite au sens de l'article L.133-1. du Code du travail. Il en est de même si les salariés de l'entreprise prestataire de services se trouvent placés sous l'autorité directe du personnel d'encadrement de l'entreprise utilisatrice et sont soumis à la discipline de cette entreprise. (voir en ce sens Jurisclasseur Travail, fasc. 3-20, numéros 35-47, édition 2005 ; Dalloz, Droit de l'Emploi 1997, numéros 1054 ss)

S'il est vrai que la loi interdit l'exercice d'une part de l'autorité administrative et hiérarchique par la société utilisatrice sous peine de voir qualifier le contrat de mise à disposition illégale de main-d'œuvre, le moyen de l'appelant selon lequel les employés du prestataire de services ne doivent être soumis qu'à l'autorité exclusive de ce dernier à l'exclusion de celle de

la société utilisatrice est cependant à relativiser, étant donné qu'adopter cette position reviendrait à *« empêcher l'activité de toute une série d'entreprises prestataires de services, les travailleurs d'une entreprise de nettoyage étant nécessairement soumis à une autorité quelconque de l'utilisateur, ne seraient-ce que les règles de sécurité ». (voir doc. parlementaires à la loi du 19 mai 1994, numéros 3346-3, pages 18 et 26)*, raison pour laquelle le projet de loi qui prévoyait d'interdire la mise à la disposition illégale de main-d'œuvre à ceux des utilisateurs qui exercent sur les travailleurs « une part quelconque de l'autorité réservée normalement à l'employeur » (voir le texte du projet de loi, article 28, page 25, commentaires afférents) a été, suite aux objections relevées ci-dessus, amendé dans la version finalement adoptée par le législateur.

La combinaison des articles L.132-1.(4) et L.133-1.(1) du Code du travail en ce qu'il est fait référence d'une part à la seule possibilité de ne recourir qu'au travail intérimaire et au prêt temporaire de main-d'œuvre, les conditions régissant ce dernier prêt *ne s'appliquant cependant pas à la fourniture de personnel effectuée par l'entreprise sur la base d'un contrat de louage d'ouvrage ou d'entreprise conclu dans le cadre de ses activités normales et permanentes* et d'autre part à l'interdiction faite à l'employeur de mettre des travailleurs engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers qui utilisent ces travailleurs et qui exercent sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur a comme conséquence que doit être déclarée illégale non seulement toute mise à disposition d'un travailleur à un autre employeur réalisée en-dehors des conditions prévues aux chapitres I et II, ledit employeur devant cependant exercer une part de l'autorité administrative et/ ou hiérarchique normalement réservée à l'employeur, mais encore toute mise à disposition au moyen d'un contrat de louage d'ouvrage ou d'entreprise si tant est que cette mise à disposition ne rentre pas dans le cadre des activités normales et permanentes de l'entreprise.

Il convient partant d'analyser les relations ayant existé entre l'Etat et la société B au regard des conventions signées entre parties, aux fins de rechercher, pour autant qu'elles sont à qualifier de contrat de louage d'ouvrage ou d'entreprise, si elles rentrent dans les activités normales et permanentes de l'entreprise et, à supposer lesdites conditions légales remplies, s'il n'y a pas cependant eu mise à disposition illégale de main-d'œuvre résultant de l'exercice par l'Etat d'une part de l'autorité administrative et hiérarchique normalement réservée à l'employeur.

1. les relations contractuelles ayant lié l'Etat à la société B.

Les parties étaient liées par un contrat d'entreprise respectivement par un contrat d'ingéniérie qui se caractérisent, par la prestation d'un travail ou d'une mission déterminé(e), d'ordre intellectuel ou manuel, à titre onéreux

qui implique une exécution sans aliénation de l'indépendance de celui qui est appelé à l'exécuter. La Cour renvoie dans ce contexte à l'analyse des dispositions pertinentes des deux conventions, l'une ayant pris effet le 1er janvier 2000 [*note de la Cour* : elle a été signée le 25 octobre 1999 et pris effet le 1er janvier 2000 pour se terminer le 31 mars 2000, une deuxième convention de la même teneur, mais non datée et approuvée par un arrêté ministériel du 29 juillet 2000 est entrée en vigueur le 1er avril 2000, sans date d'échéance y stipulée] et l'autre le 1er décembre 2005, faite par la juridiction de première instance pour retenir en ce qui concerne la première de ces conventions portant sur la construction de l'autoroute de la Sarre et du contournement de Mersch/Colmar-Berg que la société B a été chargée de la surveillance des travaux de routes, ponts, tunnels tandis que dans le cadre de la deuxième convention, il était de convention expresse qu'elle devait, en la personne d'A, effectuer les fouilles archéologiques sur le chantier de l'autoroute du Nord. Il est relevé à cet endroit qu'une toute première convention avait déjà été signée entre l'Etat et B couvrant les années 1997 -1999, convention sur laquelle la Cour reviendra dans la suite. (farde de pièces III de Maître Louis Berns)

Conformément aux modalités caractérisant le contrat d'entreprise, les agents de l'ingénieur *(i.e B) resteront placés sous l'autorité hiérarchique et administrative de l'ingénieur* (article 11.3 de la convention du 28 juillet 2000), *lesdits agents gardent une indépendance d'action absolue vis-à-vis des entreprises dont la surveillance leur incombe* (article 11.1 de la même convention), que l'article 4.1. de la convention approuvée le 9 décembre 2005 disposait que *l'ingénieur restera continuellement en contact avec l'Administration et veillera à ce que les ordres de services notifiés par l'Administration soient exécutés en tous points conformément aux idées de l'Administration,* la société devant de plus s'assurer que les prestations confiées par l'Etat étaient effectuées par ses agents, veiller au respect des modalités d'exécution des marchés qu'elle avait passés et sanctionner le cas échéant ses agents en cas de faute.

Cette qualification des relations contractuelles des parties en contrat d'entreprise est contestée par A qui soutient, en se référant aux articles 4.2. et 4.3. de la convention de 2000, qu'en l'absence d'indépendance de la part de l'entrepreneur, il ne saurait y avoir eu contrat d'entreprise. Il est vrai que ces dispositions, sur le contenu desquelles les parties intimées ne prennent pas position, sont en contradiction avec la nature même du contrat d'entreprise en ce qu'elles prévoient une immixtion du maître de l'ouvrage dans les attributions réservées à l'entrepreneur. Cependant eu égard à cette immixtion très limitée et au fait même que la deuxième convention a été signée *ut singuli* pour s'attacher les services de l'appelant, elles ne sauraient à elles seules faire perdre auxdites conventions - sous réserve de ce que sera dit ci-après - leur nature de contrat d'entreprise, ce d'autant

plus que l'appelant n'établit pas que l'Etat ait effectivement fait usage de cette faculté qu'il s'y était réservée.

Le moyen de l'appelant que la mise à disposition par la société à l'Etat d'un archéologue ne rentrait pas dans les activités normales et permanentes de l'entreprise est à rejeter. Outre en effet le fait que même s'il ne ressort pas de l'énumération contenue dans l'objet social, voire du site internet de la société qu'elle serait spécialisée dans le domaine de l'archéologie, cette énumération exemplative n'est pas de nature à interdire à une société d'élargir le panel des spécialistes qu'elle entend occuper à l'avenir, le moyen de l'appelant étant plus spécifiquement à analyser non pas au regard de l'article L. 132-1.(4), mais de l'article L.133-1.(1) du Code du travail.

2. les prestations effectuées par A dans le cadre de ces deux conventions.

Il est rappelé que l'article L.133-1.(1) du Code du travail faisant partie du chapitre III du Titre III du Code du travail traitant du travail intérimaire, chapitre intitulé « Mise à disposition illégale de main-d'œuvre » dispose qu' *« est interdite l'activité exercée en dehors des règles visées aux chapitres Ier et II du présent titre par un employeur qui consiste à mettre des travailleurs engagés dans le cadre d'un contrat de travail à la disposition de tiers qui utilisent ces travailleurs et qui exercent sur ceux-ci une part de l'autorité administrative et hiérarchique réservée normalement à l'employeur » .*

La loi du 19 mai 1994 entendait d'une part permettre au marché du travail de conserver une certaine flexibilité, l'employeur ne pouvant pas toujours conclure des contrats de travail à durée indéterminée, voire à durée déterminée, mais d'autre part encadrer strictement le recours par les employeurs aux contrats tels que réglementés aux chapitres I et II.

C'est dans ce contexte à bon droit que le tribunal de première instance a retenu qu'il appartenait, au-delà de la situation juridique telle que relevée ci-dessus, au salarié d'établir qu'en fait, il se fut trouvé sous l'autorité administrative et /ou hiérarchique de la société utilisatrice, ce dernier ayant à établir que l'utilisateur a exercé à son encontre les pouvoirs de l'utilisateur conférés sur le salarié dans le cadre des contrats relevant des chapitres I et II du titre III ci-dessus mentionnés.

Le juge appelé à statuer sur le caractère licite ou illicite est ainsi amené à rechercher si l'opération constitue une fourniture de main-d'œuvre déguisée ou si, au contraire, le prêt de personnel se justifie par la nature du contrat qui lie l'entreprise prestataire à l'entreprise utilisatrice. Pour se déterminer, il retient un certain nombre d'indices dont le faisceau lui permettra de donner

sa véritable qualification juridique à l'opération en cause, étant entendu que cet examen relève de son pouvoir souverain d'appréciation.

La démarche du juge consiste à s'assurer que l'opération mise en œuvre ne vise pas seulement à répondre à un besoin de main-d'œuvre, auquel cas la mise à disposition est illégale, le savoir spécifique ne résidant plus dans la société, mais relevant du seul salarié.

Lorsque le savoir - faire spécifique est attachée à une personne, il est possible que le contrat de prestation de services subordonne la réalisation de la prestation à la participation effective de cette personne nommément désignée. *L'intuiti personae* peut effectivement être un élément déterminant d'une prestation de services, notamment dans les activités de conseil, la compétence de celle-ci illustrant le savoir-faire spécifique auquel il est fait appel dans le cadre de la prestation de services, l'intuiti personae ne caractérisant pas nécessairement l'illicéité, sous réserve pour le juge de rechercher si le recours à un contrat de prestation de services ne correspond qu'à une relation de travail déguisée.(Jurisclasseur, opus cité, numéros 23 et suivants).

La Cour entend à cet égard faire les observations suivantes:

a)L'appelant fait valoir avoir été *spécifiquement engagé* par B aux fins de permettre à cette dernière de le mettre exclusivement à la disposition de l'Etat. Cette affirmation est contestée par les intimés.

Outre en effet les conventions dont question ci-dessus, une première convention pour la surveillance des travaux entre l'Etat et B a été conclue le 1er janvier 1997 avec échéance au 31 décembre 1999, cette convention ayant la même teneur que celle entrée en vigueur au 1er janvier 2000, sauf qu'elle ne précisait pas sur quel objet devait se réaliser la surveillance à exercer par la société B. L'offre de preuve additionnelle que l'appelant a formulée dans ses conclusions du 22 avril 2009 tendant à établir qu'il a déjà travaillé en novembre et décembre 1999 sur des sites archéologiques est dans ces conditions superflue, partant à rejeter.

A a été engagé par B par un premier contrat de travail à durée déterminée *en qualité d'aide-surveillant* ayant porté sur la période du 1er novembre au 31 décembre 1999, puis en qualité *d'ingénieur* moyennant un contrat à durée déterminée du 1er janvier 2000 au 31 décembre 2000, puis par un contrat à durée indéterminée avec prise d'effet au 1er janvier 2001. Ce contrat a été résilié par B le 30 septembre 2005 avec effet au 30 novembre 2005. Un nouveau contrat de travail avec prise d'effet au 1er décembre 2005 a été signé le 30 novembre 2005 par les parties, A étant engagé en qualité *d'archéologue*, ce contrat d'une durée de sept mois, ayant été *prorogé* par avenant du 30 juin 2006 avec date d'échéance au 31 décembre 2006.

Il convient de relever la concomitance desdits contrats avec les conventions conclues par la société avec l'Etat dès lors que la convention portant sur les travaux de surveillance de l'autoroute de la Sarre et du contournement de Mersch/Colmar-Berg a été conclue avec effet au 1er janvier 2000 et l'autre au 9 décembre 2005. A relever que cette dernière convention a été conclue intuitu personae en ce qu'en raison de l'état de santé de l'archéologue des Ponts et Chaussées qui ne lui permettait plus de continuer à s'occuper des travaux de fouille de la route du Nord, l'Etat a décidé de *« proroger l'engagement de Monsieur A, assistant de Monsieur André Schoellen »* de sorte qu'il y avait lieu de conclure un nouveau contrat avec le bureau d'études B relatif à la mise à disposition d'un archéologue pour la continuation des fouilles archéologiques.(farde de pièces de Maître Romain Adam, pièce numéro 2).

Cependant, et ainsi que déjà relevé par le tribunal du travail, la convention ayant lié la société à l'Etat avec date de prise d'effet au 1er avril 2000 ne porte aucune date d'échéance, celle liant A à la société et conclue le 1er janvier 2000 avec échéance au 31 décembre 2000 et celle subséquente avec effet au 1er janvier 2001 à durée indéterminée a été résiliée par l'employeur avec effet au 30 novembre 2005. Il n'est pas établi que durant l'intégralité de ces deux dernières conventions et notamment de celle ayant été résiliée par l'employeur, A ait de façon permanente travaillé sur le chantier de l'autoroute Sarre respectivement du contournement de Mersch/Colmar-Berg, le tribunal ayant fait état de ce que ces travaux auraient été terminés vers la fin de l'année 2002. Il ressort par ailleurs des propres écritures d'A que ce dernier a travaillé sur d'autres chantiers notamment dans le cadre de fouilles effectuées sur le territoire de la Ville de Luxembourg (acte d'appel page 3, premier alinéa). L'offre de preuve présentée dans un autre contexte par A relative aux travaux, exécutés selon lui, sous les ordres directs d'André Schoellen, situe d'ailleurs ces derniers de la fin 1999 à mi-2000, 2001 et 2002, puis à nouveau à partir de mai 2005. Selon certains « time-sheets » versés, l'appelant en sa qualité de salarié de B a travaillé pour le compte de l'Etat sporadiquement en 2003 et 2004 (pièces 16 et 17 de la farde de Maître Roland Assa).

b) La convention de 2000 conclue entre l'Etat et B portait sur la surveillance des chantiers « autoroute de Sarre » et « contournement Mersch/Colmar-Berg ». La mission de l'ingénieur (i.e. société B) consistait à coordonner et à surveiller les travaux dont l'administration (i.e. l'Etat) avait chargé les différents entrepreneurs. Cette mission a été exécutée par la société moyennant plusieurs agents délégués à cette fin sur les chantiers. Il n'est pas contesté que la société prestataire bénéficiait d'un savoir spécifique en la matière de coordination et de surveillance de chantier.

A faisait partie des agents délégués sur place. Cependant, contrairement aux stipulations conventionnelles existant entre parties (Etat-B et B-A), l'appelant soutient ne pas avoir été employé en qualité d'aide-surveillant et avoir ainsi contribué à la réalisation de la mission à exécuter par son employeur, mais avoir travaillé en sa qualité d*'archéologue* sous la direction et l'autorité d'André Schoellen qui, selon l'arrêté ministériel du 9 décembre 2005 exerçait les fonctions d'archéologue auprès des Ponts et Chaussées.

B reconnaît qu'elle ne disposait d'aucune connaissance en matière archéologique et ne comptait pas parmi son personnel, à l'exception d'A, d'un archéologue auquel ce dernier aurait pu s'adresser, respectivement capable de contrôler ses travaux. Elle soutient cependant qu'elle était en charge de coordonner et de planifier les travaux, ces derniers, spécifiques au domaine de l'archéologie, relevant exclusivement du savoir-faire d'A.

La Cour n'entend pas s'attarder sur les distinctions sémantiques des parties qui entendent voir admettre que le maître de l'ouvrage est en droit, en vertu du principe de la nécessaire collaboration tel que rappelé ci-dessus, de donner des *directives* aux agents du prestataire de services, mais non pas des *ordres*, prérogative relevant du seul pouvoir de l'employeur. Elle est encore d'accord pour dire ensemble avec les parties intimées que le pouvoir de direction n'a pas besoin d'être exercé continuellement, surtout eu égard aux hautes qualifications professionnelles du salarié.

Elle ne saurait cependant en déduire le principe, tel que le fait l'appelant, que l'intervention de la société prestataire de services consistait partant uniquement à le mettre à la disposition de l'utilisateur et à établir des factures relatives aux prestations fournies, étant donné que si l'exécution matérielle des travaux exigés par le maître de l'ouvrage est en définitive réalisée par du personnel spécialisé, cette circonstance ne doit pas occulter l'organisation respectivement la planification de ces travaux faits en amont et en aval, dont il n'est ni soutenu ni à plus forte raison établi qu'elles n'eussent pas relevé de la mission de la société B.

c) Les pièces versées par l'appelant -*time-sheets*- (pièces 14-20 de Maître Roland Assa) ont à bon droit été écartées pour défaut de pertinence par le tribunal du travail par une motivation que la Cour adopte, lesdites prestations servant de base à la facturation ultérieure à opérer par le prestataire de services à l'utilisateur.

Il n'y a pas lieu non plus d'analyser plus en détail quant à leur pertinence juridique *les courriers électroniques* envoyés les 10 février et 1er juin 2007 par A à André Schoellen étant donné qu'ils émanent du salarié qui ne saurait en prendre prétexte pour en tirer des conclusions juridiques, ni celui du 5 février 2007 lui envoyé par André Schoellen, ce courrier l'ayant été après la fin des relations commerciales entre B et l'Etat et durant la période

intermédiaire entre la cessation du contrat à durée déterminée et la résiliation avec préavis prononcée le 13 février 2007 par l'employeur, le contenu dudit courrier électronique établissant uniquement qu'André Schoellen s'est enquis, à tort ou à raison vu la fin des relations commerciales susvisée, de l'état d'avancement d'un rapport.

A a encore versé à l'appui de sa demande quatre attestations testimoniales dressées le 17 mai 2007 par Jeannot Metzler, les 12 et 18 octobre 2007 par Jean Krier et Robert Baes et enfin le 11 novembre 2007 par Gilles Gazagnol (pièces 26, 27 et 35, celle de Robert Baes n'étant pas numérotée, contenues dans la farde de Maître Roland Assa).

La Cour les analyse une à une, sauf à écarter d'ores et déjà celle de Jeannot Metzler pour défaut de pertinence, ce dernier se bornant à déclarer sans précision aucune que l'appelant travaillait sur les chantiers de Prettingen sous le contrôle d'André Schoellen.

Le témoin Robert Baes déclare avoir été assisté, dans le cadre du tracé de l'autoroute de la Sarre, pour la recherche, l'excavation et l'étude des sites archéologiques et des artefacts ainsi que la rédaction de rapports d'abord par Gilles Gazagnol auquel a succédé à partir de novembre 1999 A.Il soutient avoir sur instruction d'André Schoellen, surveillé ensemble avec l'appelant l'excavation des tranchées de prospectus à Altwies et découvert la présence d'un important site néolithique. Les fouilles proprement dites n'ont pas été effectuées par A, ce dernier ayant été retiré dudit site par André Schoellen pour être affecté à un autre site à Prettingen, le déclarant soulignant que ce retrait aurait été organisé de concert avec le MNHA. Il fait valoir qu'ils disposaient du matériel informatique et de bureaux qui leur avaient été mis à disposition d'abord par le MNHA, puis par les Ponts et Chaussées. Il déclare en outre que *« durant cette période, A a toujours été dans une position de subordination à M.Schoellen, qui prenait les décisions concernant les sites archéologiques à fouiller et décidait du calendrier des travaux à faire ».*

Cette attestation n'établit pas qu'André Schoellen eût exercé une part de l'autorité administrative et/ou hiérarchique sur A en ce qu'il rentrait dans la mission de ce dernier de surveiller les travaux d'excavation, lui-même n'ayant pas dû procéder aux travaux de fouilles qui, au regard de la convention ayant lié B à l'Etat, ne rentrait pas dans la mission du prestataire de services. Le déclarant ne spécifie pas non plus en quoi A se trouvait en position de subordination à l'égard de l'archéologue de l'Etat. Le fait que l'archéologue de l'Etat a décidé de l'endroit des sites à fouiller relevait des pouvoirs du maitre de l'ouvrage**,** le fait qu'il aurait décidé du calendrier des travaux à faire n'excluant pas une concertation préalable avec la société prestataire de services, cette concertation étant nécessaire pour mener à

bien la mission et s'inscrivant dans le cadre de la nécessaire collaboration entre le maître de l'ouvrage et la société prestataire.

Le tribunal du travail a encore écarté pour manque de pertinence ses déclarations quant à la mise à disposition du matériel en citant l'article 3 de la convention de 2000 en ce qu'il y est stipulé que l'administration met gratuitement à la disposition de l'ingénieur un bureau équipé avec mobilier et prend en charge les frais d'entretien et de bureau. Cette conclusion n'est pas partagée par la Cour étant donné que même en présence d'une telle stipulation conventionnelle, il convient de s'interroger sur sa compatibilité avec les règles régissant le contrat d'entreprise dans lequel le prestataire de services utilise normalement son propre équipement pour mener à bien sa mission.

En effet, si le matériel et l'outillage sont fournis par l'entreprise utilisatrice, les tribunaux peuvent y voir le signe d'un prêt prohibé. Cependant, il peut arriver qu'un certain matériel soit fourni par l'entreprise bénéficiaire de la main-d'œuvre, sans que cette circonstance remette en cause la qualification de contrat d'entreprise, si celle-ci a été établie par d'autres indices. (Jurisclasseur, opus cité, numéros 42 et 43)

Cette mise à disposition du matériel par l'Etat a surtout été faite dans un intérêt pratique pour le compte des agents de l'ingénieur qui pouvaient ainsi profiter de conditions de travail décentes et acceptables sur place, cette mise à disposition n'établissant pas que par ce biais il n'y eût pas eu existence d'un contrat d'entreprise.

Le témoin Gilles Gazagnol, également salarié de B, a été remplacé, à son départ, par A et ne peut partant témoigner que de sa propre expérience, ce dernier n'ayant jamais travaillé de concert avec l'appelant. Ses déclarations selon lesquelles il lui a semblé au cours de ses passages ultérieurs au Luxembourg que la situation telle qu'il l'avait laissée était toujours la même ne peuvent emporter la conviction de la Cour quant aux éléments y décrits concernant notamment l'organisation du travail et le rôle respectif de B et de l'archéologue de l'Etat quant à l'exécution desdits travaux.

Le témoin Jean Krier reprend certaines des déclarations des autres témoins quant à l'utilisation des locaux et du matériel mis à la disposition de la société par l'administration. La Cour renvoie pour le surplus à la motivation du jugement du tribunal qui a déclaré non pertinentes ses suppositions quant à l'omission de mentionner l'appelant dans la réalisation de différents travaux, laissant par là entendre que l'administration aurait ainsi voulu « voiler » sa situation de subordination à son encontre ainsi qu'aux développements consacrés à la répartition des tâches au sein du service archéologique des Ponts et Chaussées (page 5 alinéa du milieu de l'attestation), la juridiction du premier degré ayant à juste titre relevé que

ces tâches relevaient du pouvoir du maître de l'ouvrage. Le dernier exemple cité par le témoin a trait à la confection par l'appelant d'un plan d'un site sur demande de l'archéologue de l'Etat, cette demande et cette confection relevant des pouvoirs et devoirs respectifs ressortant de la convention ayant lié B à l'Etat.

L'appelant a enfin formulé deux offres de preuve par témoins, la première contenue dans ses conclusions du 29 janvier 2009, la seconde additionnelle formulée par conclusions du 22 avril 2009. Cette deuxième offre de preuve a déjà été rejetée ci-dessus pour être superfétatoire. .

La première a déjà été présentée en première instance pour autant que sont visés les points 1, 5, et 5 (l'appelant ayant deux fois utilisé le numéro 5), les points 2, 3, 4 et 7 (6 selon l'appelant) ayant été rajoutés. .

Le tribunal du travail a exhaustivement analysé tous les points offerts en preuve et les a rejetés pour être soit non pertinents, soit non précis. La Cour relève que l'appelant sauf à critiquer de façon générale la juridiction de première instance de ne pas avoir fait droit à ladite offre de preuve ne prend pas position quant aux arguments avancés par cette dernière pour ne pas l'admettre de sorte que la Cour, qui n'est mise en possession d'aucun argument tendant à voir réformer sur ce point la décision entreprise dont elle adopte la motivation la rejette à son tour, les points 2 à 4 devant également l'être, étant donné qu'ils sont formulés de façon juridique et générale et n'auraient pu être précisément établis que par des exemples concrets dont le libellé vient d'être rejeté par la Cour par adoption de la motivation de la juridiction de première instance.

Le point 7 (point 6 de l'offre de preuve) tend à établir que l'appelant a toujours adressé ses demandes de congé directement au sieur André Schoellen et l'a toujours informé directement de ses incapacités de travail.

Ce point qui entend établir que l'archéologue de l'Etat aurait exercé une part de l'autorité hiérarchique sur l'appelant, « court-circuitant » ainsi la société-employeur B dans une de ses prérogatives, à savoir celle d'organiser son entreprise et d'accorder les congés au vu des nécessités du service et de la disponibilité du personnel au regard notamment des absences dues à la maladie, est encore à rejeter, étant donné qu'il n'est pas offert en preuve qu'André Schoellen eût exigé qu'A agissât de la sorte et que l'archéologue de l'Etat eût eu le pouvoir d'accéder ou non à ses demandes de congé, le fait même, s'il devait être avéré, pour A de l'avoir informé directement de ses incapacités de travail pouvant aisément s'expliquer aussi bien par le fait pour ce dernier de considérer André Schoellen, partant l'Etat, comme étant son employeur que par la nécessité d'avertir la personne avec laquelle il travaillait quotidiennement, abstraction faite de ce qu'il n'est pas soutenu qu'il n'en eût pas non plus averti la société B. Cette dernière insiste

d'ailleurs sur le fait qu'elle a exercé ses prérogatives à l'égard de son salarié et renvoie aux décomptes des jours de congé de 2002 et 2003, ces décomptes ayant été signés par le salarié (farde de pièces II de Maître Louis Berns, pièces 2 et 3) de même qu'à un fax du 15 juillet 2002 rappelant à l'ensemble du personnel les règles du report du congé, les développements des parties quant à la question de savoir si A s'est vu adresser ce document étant inopérantes dès lors que ces règles se trouvaient également mentionnées sur les deux décomptes visés ci-dessus qu'il a signés.

Il ressort des développements qui précédent que le tribunal du travail est à confirmer en ce qu'il a dit que l'appelant n'avait pas réussi à établir que l'Etat était, par application de l'article L.133-2.(2) du Code du travail, à considérer comme avoir été l'employeur d'A.

V. La nature du contrat de travail.

Eu égard à la solution retenue sub IV, il n'y a pas lieu d'examiner la demande principale d'A qui conclut à voir dire à titre principal qu'il était lié à l'Etat par un contrat de travail à durée indéterminée depuis l'année 1999.

L'appelant fait valoir à titre subsidiaire avoir été lié à la société B par un contrat de travail à durée indéterminée par application des articles L.122-5.(1) et 122-9. du Code du travail et demande à ce titre la confirmation du jugement.

L'appel incident de la société B porte sur la décision du tribunal du travail d'avoir requalifié à tort, selon elle, le dernier contrat de travail à durée déterminée avec échéance au 31 décembre 2006 en contrat de travail à durée indéterminée.

La juridiction du premier degré a retenu, au vu des contrats de travail à durée déterminée conclus entre parties, que le salarié était, après requalification du premier contrat à durée déterminée conclu le 28 octobre 1999 en contrat à durée indéterminée, contrat remplacé par celui du 2 janvier 2001 dénoncé avec effet au 30 novembre 2005, lié à la société depuis le 28 octobre 1999 par un contrat de travail à durée indéterminée. Cette relation de travail a été *remplacée* par un contrat de travail à durée déterminée avec prise d'effet au 1er décembre 2005, renouvelé le 30 juin 2006 pour une nouvelle période de six mois et ces deux contrats ne contenant cependant ni définition de leur objet, ni de clause relative à leur renouvellement, le tribunal en a conclu qu'ils devaient être requalifiés en contrat de travail à durée indéterminée avec effet à partir du 1er décembre 2005, le salarié étant lié à la société par un contrat de travail à durée indéterminée depuis le 28 octobre 1999.

B fait valoir qu'elle a légitimement pu le 30 novembre 2005, à la fin du contrat de travail du 2 janvier 2001 à durée indéterminée résilié par l'employeur pour cette date, conclure un nouveau contrat de travail à durée déterminée, le contrat mentionnant expressément son objet (tâche précise et non durable : travaux archéologiques). Elle se réfère pour le surplus à l'article L.122-5. du Code du travail qui prévoit que le principe du renouvellement et/ou des conditions de renouvellement doivent faire l'objet d'une clause du contrat de travail initial ou d'un avenant ultérieur, ce qui a été fait par avenant du 30 juin 2006, soit avant l'expiration du contrat à durée déterminée du 30 novembre 2005.

La régularité de la fin des relations de travail s'appréciant au moment où elle a eu lieu, il conviendrait en principe, dans un premier temps, d'analyser la situation juridique des parties au regard du dernier contrat de travail à durée déterminée ayant porté sur la période du 1er juillet au 31 décembre 2006. (pièce 8, première farde de pièces de Maître Roland Assa).

Ce document, signé le 30 juin 2006, dénommé « avenant au contrat de travail à durée déterminée » entendait régler la situation entre parties au regard de l'expiration imminente du contrat de travail à durée déterminée signé le 30 novembre 2005, ayant pris effet le 1er décembre 2005, d'une durée portant sur sept mois de sorte qu'il est venu à échéance le 30 juin 2006. (pièce 9, première farde de Maître Roland Assa).

Les parties y conviennent de *renouveler* le contrat de travail en vigueur pour une nouvelle durée déterminée de six mois avec pour date de commencement le 1er juillet 2006 et pour date d'expiration celle du 31 décembre 2006.

Il est à relever, tel que le fait valoir la société B que cet avenant a été conclu avant l'expiration du contrat de travail du 30 novembre 2005.
Il s'ensuit qu'il y a lieu non seulement d'analyser la situation juridique des parties au regard du dernier contrat de travail à durée déterminée ayant porté sur la période du 1er juillet au 31 décembre 2006, mais, ce dernier étant à qualifier d'avenant à celui du 30 novembre 2005, également au regard de celui du 30 novembre 2005 avec lequel il fait corps.

L'argumentation d'A porte d'une part sur la régularité formelle du dernier contrat de travail et d'autre part sur la succession de contrats de travail à durée déterminée.

La Cour renvoie aux dispositions légales contenues dans la motivation du jugement dont appel.

A fait ainsi valoir, *« à titre d'illustration »*, en ce qui concerne le contrat de travail du 30 novembre 2005, que ce dernier ne contient pas l'indication qu'il

pourra être renouvelé, mention pourtant obligatoire selon l'article L. 122-2. (1) 5 du Code du travail dont l'omission est sanctionnée, au vœu de l'article L.122-9. dudit code, par la requalification du contrat en contrat de travail à durée indéterminée.

L'article L.122-2.(1) 5 susvisé dispose que *le contrat de travail pour une durée déterminée doit comporter, outre la définition de son objet, le cas échéant, la clause de renouvellement visée à l'article L.122-5., paragraphe (1)* qui dispose que *le contrat conclu pour une durée déterminée peut être renouvelé deux fois pour une durée déterminée, le principe du renouvellement et/ou les conditions du renouvellement doivent faire l'objet d'une clause du contrat de travail initial ou d'un avenant ultérieur à ce contrat.*

Dès lors que les parties ont, avant l'échéance du contrat du 30 novembre 2005, établi un avenant audit contrat dans lequel elles conviennent du principe de son renouvellement avec effet à partir du 1er juillet 2006, le contrat de travail est régulier au regard de la disposition légale visée ci-dessus.

Le tribunal du travail a encore retenu que le contrat du 1er décembre 2005 ne contenait pas de définition de son objet, raison pour laquelle il l'a requalifié en contrat de travail à durée indéterminée.

C'est à tort que la société B soutient que le contrat, en mentionnant sous objet « travaux d'archéologue » aurait par ce biais satisfait aux conditions de l'article L.122-1. du Code du travail dès lors que cette mention n'indique pas la tâche précise et non durable qui aurait justifié le recours à la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée.

Le jugement est partant à confirmer en ce que le tribunal du travail a, abstraction faite de toute autre considération tenant aux contrats antérieurs signés entre parties, retenu, après requalification du contrat de travail à durée déterminée sur la base de l'article L.122-9. du Code du travail, que les parties étaient liées par un contrat de travail à durée indéterminée.

L'appel incident de la société n'est pas fondé.

VI. La fin des relations de travail.

L'appelant soutient dans ses conclusions du 22 avril 2009, en prenant appui sur un arrêt de la Cour d'appel du 11 décembre 2008 (numéro de rôle 32836, troisième chambre) qui a retenu que *le fait qu'un contrat de travail à durée déterminée est requalifié a posteriori en contrat de travail à durée indéterminée a comme conséquence de droit que la fin des relations de travail à la suite de l'arrivée du terme stipulé dans le contrat de travail à*

durée déterminée est à considérer comme licenciement avec effet immédiat abusif que le tribunal du travail aurait dû retenir que la société B l'avait licencié avec effet immédiat à la date d'expiration du contrat du 1er décembre 2005 tel que renouvelé.

La Cour ne saurait cependant faire sienne cette conclusion. Abstraction faite de ce que la seule sanction légale liée au non- respect des dispositions relatives au contrat de travail à durée déterminée consiste en la requalification du contrat, l'échéance du terme ne saurait être analysée a posteriori en un licenciement avec effet immédiat abusif, ledit licenciement devant procéder de la volonté claire et manifeste de l'employeur, non établie en l'espèce. Il s'y ajoute qu'une requalification postérieure opérée par les juridictions du travail ne saurait rétroactivement constituer de plein droit en faute un employeur qui pouvait, éventuellement de bonne foi, estimer éteintes les relations de travail par l'arrivée du terme.

La Cour renvoie aux développements contenus aux pages 26 à 28 du jugement sous le point IV. qu'elle fait siens ainsi qu'aux conclusions juridiques en tirées en ce que le tribunal du travail a retenu que la société, face aux contestations et revendications du salarié contenues tant dans la lettre qu'il lui avait fait parvenir le 14 janvier 2007 (farde de pièces de Maître Roland Assa, numéro 4) que dans la requête introduite le 2 février 2007, a procédé à la résiliation avec préavis du contrat de travail. Le fait même qu'elle l'a fait *à titre conservatoire* s'explique par les revendications formulées entre temps par le salarié, la société ayant jugé prudent, pour autant qu'il devait s'avérer qu'elle était liée à ce dernier par un contrat de travail à durée indéterminée, de procéder à sa résiliation.

Il s'ensuit que toutes les demandes d'A basées sur la continuation des relations de travail au-delà de la date d'échéance du contrat au 14 juin 2007 (le préavis ayant été de quatre mois) ne sont pas fondées.

VI. L'indemnisation.

La Cour renvoie en ce qui concerne tant la demande en dommages - intérêts que celle en allocation d'une indemnité compensatoire de préavis non respecté qu'en arriérés de salaire au jugement dont appel qui, à juste titre, a retenu :

-*quant à la demande en arriérés de salaire* portant sur la période du 1er janvier au 13 février 2007, que le salarié n'était pas à la disposition de son employeur et n'avait partant pas droit au salaire, la Cour ajoutant que dans les courriers envoyés les 14 et 21 janvier 2007 par son avocat à la société et à l'Etat, A n'a pas déclaré vouloir continuer à travailler pour la société respectivement pour l'Etat, le simple fait de réclamer le versement du salaire lui redû pour le mois de janvier 2007 n'impliquant pas sa volonté de

se mettre à leur disposition. Le fait même que l'appelant a continué, selon ses propres dires, à travailler sur un rapport que l'archéologue des Ponts et Chaussées lui aurait demandé de remettre après que tant la convention liant B à l'Etat que le dernier contrat à durée déterminée avaient pris fin n'est pas opposable à B, à défaut pour l'appelant d'établir avoir été chargé par cette dernière de terminer ledit rapport ;

- *quant à l'indemnité compensatoire pour préavis non respecté* que le salarié non dispensé de travailler par l'employeur n'avait presté aucun travail pour ce dernier durant cette période, la Cour précisant cependant que le salarié ne réclame pas une *indemnité compensatoire pour préavis non respecté,* mais des arriérés de salaire couvrant les quatre derniers mois formant la période de préavis, ces derniers étant en principe dus indépendamment de la question du caractère justifié ou non du licenciement ;

- *quant aux dommages - intérêts réclamés du chef de licenciement abusif,* que le salarié n'avait pas réclamé par écrit contre les motifs du licenciement avec préavis, motivation lui communiquée suivant courrier de l'employeur du 16 mars 2007, cette absence de protestation n'interrompant pas le délai de forclusion de trois mois inscrit à l'article L. 124-11.(2) du Code du travail pour introduire une action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail, la réclamation présentée le 15 janvier 2008 devant la juridiction du travail ayant été déclarée tardive et la requête du 2 février 2007 prématurée, cette dernière ne visant pas à voir déclarer abusif le licenciement avec préavis prononcé après le dépôt de ladite requête.

C'est cependant à tort que le tribunal du travail, en se référant à l'article L.124-7. du Code du travail, n'a pas fait droit à la demande du salarié en allocation d'une indemnité de départ portant sur la somme de 4.923,90 € équivalant à un mois de salaire pour des services continus de cinq années au moins, étant donné que cette indemnité est toujours due en cas de résiliation avec préavis, le point (1) de la disposition légale ci-dessus l'excluant en cas de licenciement justifié pour motif grave.

VII. Le recours de l'Etat.

La demande en remboursement de l'Etat, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, portant sur la somme de 42.422,88 € représentant les indemnités de chômage versées au salarié est dirigée principalement contre l'employeur et subsidiairement contre le salarié.

Il est rappelé à l'Etat qu'il ne dispose d'un recours contre l'employeur que pour autant que le licenciement avec ou sans préavis a été déclaré abusif et contre le salarié que pour autant qu'il a fait l'objet d'un licenciement pour

motif grave déclaré régulier. Aucun de ces cas de figure n'étant donné en l'espèce, sa demande est à rejeter.

VIII. Les indemnités de procédure.

Au vu de l'issue du litige, le jugement est à confirmer en ce que la demande d'A en allocation d'une indemnité de procédure a été rejetée.

Sa demande basée sur l'article 240 du NCPC pour autant qu'elle vise l'instance d'appel est à rejeter pour les mêmes motifs.

Celles de la société B et de l'Etat, ce dernier assigné en sa qualité de société utilisatrice, sont également à rejeter étant donné qu'il n'est pas inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens qu'ils ne pourront pas récupérer.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat chargé de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel incident de la société anonyme B S.A. non fondé,

dit l'appel principal d'A partiellement fondé,

réformant :

condamne la société anonyme B S.A. à payer à A la somme de 4.923,90 € avec les intérêts légaux à courir à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

confirme le jugement pour le surplus,

rejette les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à la société anonyme B S.A. et à A, avec distraction de ceux exposés en instance d'appel au profit de Maîtres Roland Assa, Louis Berns, Romain Adam et Georges Pierret, avocats constitués, sur leurs affirmations de droit.