Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du quinze juillet deux mille dix

Numéro 33214 du rôle.

Composition:

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

Entre:

Le A, établi et ayant son siège social à L-, représenté par le président de son comité actuellement en fonctions,

appelant aux termes des exploits des huissiers de justice Jean-Lou THILL et Alex MERTZIG de Diekirch du 4 décembre 2007,

comparant par Maître Paul TRIERWEILER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) B, demeurant à L-,

intimée aux fins des prédits exploits THILL et MERTZIG,

comparant par Maître Jean-Marie ERPELDING avocat à la Cour, demeurant à Diekirch,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant 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, et pour autant que de besoin par le Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi,

intimé aux fins des prédits exploits THILL et MERTZIG,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'arrêt du 5 mars 2009 et le résultat de la mesure d'instruction ordonnée en son exécution.

La capacité de témoigner de Jean-Paul SCHAAF, Marc JACOBY et Isabelle LENTZ

A l'occasion de la mesure d'instruction, B s'est formellement opposée à l'audition des trois témoins proposés par le A, ci-après le A, et demande à la Cour d'en écarter le témoignage au motif qu'ils seraient parties en cause.

Aux termes de l'article 405 du nouveau code de procédure civile, chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité de témoigner en justice.

Ledit article est à mettre en relation avec l'article 399 du même code qui dispose que 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.

La règle que nul ne peut être entendu comme témoin dans sa propre cause est un principe fondamental, bien que non reproduit formellement dans la législation sur la procédure civile.

Pour que cette règle, qui est d'interprétation stricte, trouve son application, il faut que le témoin taxé d'incapable soit véritablement partie au procès, soit en demandant soit en défendant à un co-litigant avec lequel s'est noué le contrat judiciaire que constitue une instance. (Cour, 10 juillet 1991, 28, 231).

- ***le témoin Jean-Paul SCHAAF***

Confronté au reproche de B, Jean-Paul SCHAAF a déclaré avoir été Président du A au moment de la rédaction des deux lettres de licenciement et en être le Vice-président à l'heure actuelle.

Il découle de l'arrêté grand-ducal du 5 juillet 2002 autorisant la création du A des villes de Diekirch et d'Ettelbruck pour l'organisation et la gestion d'un établissement d'enseignement musical et plus particulièrement de l'article 2.2. des statuts dudit syndicat qui y sont annexés et en font partie intégrante que le syndicat est régi par la loi du 23 février 2001 concernant les syndicats des communes.

Aux termes de l'article 4 de ladite loi, les syndicats de communes sont des établissements publics investis de la personnalité juridique dont les organes sont le comité, le président et le bureau, l'article 6 précisant que les attributions du comité sont celles qui incombent à un conseil communal dans une commune tandis que les attributions respectivement du président et du bureau sont celles qui sont exercées respectivement par le bourgmestre et le collège des bourgmestres et échevins dans une commune, à l'exception des fonctions que la Constitution ou la loi confient à ces derniers dans leur qualité d'organes de l'Etat.

Aux termes de l'article 83 de la loi communale du 13 décembre 1988 à laquelle la loi du 23 février 2001 concernant les syndicats des communes renvoie à de multiples reprises notamment pour tout ce qui relève de l'élection des membres du comité, du Président et du bureau ainsi que de leurs attributions, le collège des bourgmestre et échevins répond en justice à toute action intentée à la commune.

L'article 6 de la loi du 23 février 2001 concernant les syndicats des communes disposant que « … *les attributions respectivement du président et du bureau sont celles qui sont exercées respectivement par le bourgmestre et le collège des bourgmestres et échevins dans une commune … »* il s'ensuit que ce sont le président et le bureau du A qui répondent en justice de toute action intentée au syndicat et le représentent.

A l'instar de la Commune, entité morale disposant de la personnalité juridique, physiquement représentée en justice par ses bourgmestre et échevins réunis en collège, ce sont donc le président et le bureau qui représentent le A en justice.

Or, le bourgmestre, en tant que membre de ce collège, n'est pas une partie tierce au procès. (Cour de cassation, no 26/08 du 22 mai 2008, numéro 2503 du registre, Christiane Pauly/ Administration communale de la Ville de Dudelange).

Les attributions du président du A étant, au vu des dispositions législatives précitées, identiques à celles du bourgmestre, il s'ensuit que le témoignage de Jean-Paul SCHAAF, président du A au moment du licenciement de B doit être écarté.

- ***<u>le témoin Jean JACOBY</u>***

Jean JACOBY qui déclare avoir été au moment du licenciement et être toujours à l'heure actuelle le Directeur du Conservatoire de Musique du Nord, mais qui n'est pas membre du bureau du A, n'est pas à considérer comme partie au litige

qui se déroule entre le A et B de sorte qu'il peut être tenu compte de son témoignage.

- ***le témoin Isabelle LENTZ***

B reproche le témoin Isabelle LENTZ au motif que celle-ci aurait co-signé en sa qualité de secrétaire du A la lettre de motivation du licenciement.

Il se dégage des pièces versées en cause qu'Isabelle LENTZ est la secrétaire, non pas du A mais du Conservatoire du Nord qui n'est pas partie au litige.

D'autre part, et au vu de l'interprétation très restrictive de la notion de partie au litige, le seul fait qu'elle a co-signé en sa qualité de secrétaire la lettre de motivation du licenciement n'est pas de nature à écarter son témoignage.

La Cour se limitera ainsi à analyser les dépositions des témoins Jean JACOBY et Isabelle LENTZ.

Analyse des dépositions des témoins Jean JACOBY et Isabelle LENTZ

Il est rappelé au préalable que selon l'article 4.1. des statuts du A créé par arrêté grand-ducal du 5 juillet 2002, le syndicat a pour objet l'organisation et la gestion de l'enseignement musical communal dispensé suivant les modalités de la loi du 28 avril 1998 portant sur l'harmonisation de l'enseignement musical dans le secteur communal.

Ledit article ajoute : « *Le syndicat opère dans l'optique d'obtenir l'agrément de conservatoire de musique et introduit auprès du Ministre de la Culture une demande à cet effet.* »

Cet agrément lui fut effectivement conféré par arrêté ministériel du 20 décembre 2002.

Isabelle LENTZ a déclaré qu'afin d'obtenir cet agrément de conservatoire de musique, il fallait engager des personnes ayant la qualification de « *professeur de conservatoire* ». Comme aucun de trois chargés de cours de clarinette, en l'occurrence Madame STEFFEN-DONDLINGER , institutrice de formation, Alain HECKER, musicien militaire, ni Monsieur SPOGEN ne remplissait les conditions de qualification requises, il fut décidé de faire un appel de candidatures et ce fut Sébastien DUGUET qui a obtenu le poste nouvellement crée.

Jean JACOBY ajoute que B n'a pas postulé pour le poste en question.

Il se dégage des dépositions concordantes des témoins que le cadre plein d'un professeur de conservatoire est fixé à 22 heures par semaine tandis que le Conservatoire de Musique du Nord dispensait à l'époque en tout 30 heures de clarinette de sorte qu'il restait 8 heures à partager entre les trois chargés de cours. Monsieur SPOGEN étant décédé à un moment donné, il fut alors décidé que B et Alain HECKER pourraient chacun garder leurs anciens élèves. Du fait

d'une diminution des inscriptions, il ne restait à la rentrée scolaire 2003-2004 à B plus que 2,75 heures par rapport à 7 heures durant l'année scolaire 2002-2003.

Jean JACOBY a précisé qu'avant 1998, l'enseignement musical était dispensé par des personnes nommées par le conseil communal et que ce n'était qu'à partir de 1998 que le tout a fonctionné sur base de contrats de travail à durée soit déterminée soit indéterminée, le choix entre les deux types de contrats se faisant selon que le chargé de cours exerçait cette tâche à titre principal ou à titre accessoire. B étant à titre principal institutrice, celle-ci dispensait les cours de clarinette sur base de contrats de travail à durée déterminée qui lui étaient soumis à chaque rentrée scolaire, Jean JACOBY ajoutant que cette façon de procéder aurait été logique, le nombre d'heures qu'elle se voyait attribuer variant en fonction du nombre d'élèves inscrits.

A la rentrée scolaire 2003-2004, B s'est ainsi vu soumettre un contrat de travail à durée déterminée qui fixait son nombre d'heures à 2,75, contrat qu'elle a refusé de signer.

Pour Jean JACOBY, il n'y avait à partir de ce moment-là, dans l'esprit tant du A que du Conservatoire du Nord, plus aucun lien contractuel entre parties.

Or, il se dégage des éléments du dossier que B a saisi par la suite les juridictions du travail pour voir requalifier la succession des contrats de travail à durée déterminée en contrats de travail à durée indéterminée *ab initio* et elle a obtenu gain de cause par un jugement du tribunal du travail de Diekirch du 9 juillet 2004 confirmé par arrêt du 20 octobre 2005 de sorte que le Conservatoire de Musique respectivement le A se retrouvait *a posteriori* toujours lié avec elle sur base d'un contrat de travail à durée indéterminée.

Dès le 4 novembre 2005, le mandataire de B a informé le A que celle-ci était à la disposition de son employeur pour reprendre son travail et, n'ayant pas reçu de réponse, a réitéré cette demande par courrier du 10 février 2006 et mis en demeure le A à lui régler les salaires échus depuis le mois d'octobre 2003 jusqu'au mois de février 2006 inclus.

Les deux témoins précisent que la décision définitive qui a requalifié la relation de travail en contrat de travail à durée indéterminée *ab initio* est intervenue postérieurement à la rentrée scolaire 2005/2006 qui, à l'instar des écoles se fait le 15 septembre de chaque année, soit à un moment où toutes les heures étaient réparties entre le professeur de conservatoire Sébastien DUGUET et l'ancien chargé de cours Alain HECKER et qu'il ne restait ainsi plus de travail à lui attribuer, le Conservatoire de Musique ne pouvant légitimement enlever des heures ni à Sébastien DUGUET ni à Alain HECKER, ce qui aurait d'ailleurs été tout à fait contre-indiqué d'un point de vue pédagogique, de sorte que le 12 mai 2006, la décision fut prise de lui notifier son licenciement avec préavis.

Les deux témoins ont ainsi confirmé la version des faits du A selon lequel le licenciement avec préavis du 12 mai 2006 constituait un licenciement pour motif économique, l'employeur ne disposant plus de travail à affecter à sa salariée.

Il se dégage des développements qui précèdent que le licenciement avec préavis du 12 mai 2006 est régulier.

Le syndical intercommunal n'entendait néanmoins pas dispenser Jeanne DONDLINGER-STEFFEN de prester du travail durant la période de préavis, mais comme il ne restait plus, pour les raisons expliquées ci-dessus, d'heures de clarinette à lui attribuer, l'employeur la priait dans la lettre de licenciement du 12 mai 2006 de remplir des charges administratives de 7,25 x 1,89 = 13,05 heures, précisant néanmoins que ces charges ne comporteraient ni préparations ni corrections et son plan de travail horaire lui fut envoyé par courrier du 15 mai 2006 lui enjoignant de se présenter à son poste de travail le jeudi, 18 mai 2006 à 13.00 heures.

Par courrier du 18 mai 2006, B a fait savoir au A qu'elle jugeait les prédites tâches incompatibles avec son contrat de travail de sorte qu'elle refuserait de les exécuter et elle ne s'est pas présentée à son poste de travail le 18 mai 2006 ni les jours subséquents.

Suite à ce refus, elle s'est vu notifier le 1ier juin 2006 son licenciement avec effet immédiat pour faute grave consistant dans le fait de ne pas s'être présentée à son poste de travail depuis le 18 mai 2006 et donc d'avoir refusé tout travail.

Tant Jean JACOBY qu'Isabelle LENTZ insistent sur le fait que les tâches administratives en question ne constituaient nullement une chicane mais rentraient parfaitement dans la mission d'un chargé de cours consistant par exemple dans l'élaboration de plans d'études pour l'enseignement musical au niveau national, de cursus pédagogique ou encore dans l'organisation de la bibliothèque musicale et étant en tant que telles intimement liées à une formation musicale et d'ailleurs assumées à titre accessoire par la plupart des chargés de cours de musique.

Ces affirmations se confirment à la lecture de l'article 2 du règlement grand-ducal du 14 décembre 2000 fixant les conditions de travail et les indemnités des chargés de cours dans lequel il est dit qu'il est tenu compte pour le calcul des tâches hebdomadaires des chargés des cours, des heures pour travaux pédagogiques et administratifs ce qui prouve que ces tâches font partie intégrante des travaux de tout chargé de cours.

Il se dégage ainsi tant des pièces du dossier que de l'audition des témoins que le licenciement avec préavis du 12 mai 2006 était justifié par des motifs économiques, aucune heure de cours de musique ne restant plus à distribuer en plein milieu de l'année scolaire.

Il s'en dégage encore que les tâches que le A demandait à B d'accomplir durant la période de préavis étaient des tâches qui rentraient parfaitement dans les occupations usuelles d'un chargé de cours et ne constituaient nullement une modification substantielle de son contrat de travail durant la période de préavis de sorte que le refus de B de les accomplir et de ne pas se présenter à son poste de travail à partir du 18 mai 2006 est constitutif d'une faute grave rendant

immédiatement et irrémédiablement impossible la continuation des relations de travail.

Le licenciement avec effet immédiat du 1ier juin 2006 qui a définitivement mis fin à la relation de travail est dès lors, par réformation du jugement entrepris, à déclarer régulier et B à débouter de l'ensemble de ses demandes en indemnisation en relation avec le licenciement.

Les arriérés de salaire

S'emparant de la décision de la Cour d'appel du 20 octobre 2005 confirmant le jugement du tribunal du travail de Diekirch du 9 juillet 2004 qui a opéré la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée depuis le 19 septembre 1997, B prétend au paiement d'un montant de 46.909,82 € à titre d'arriérés de salaire pour la période du mois d'octobre 2003 au mois d'avril 2006.

Le premier juge ayant déclaré cette demande fondée en principe, le A demande la réformation de cette décision arguant du fait que B n'aurait presté aucun travail durant cette période.

Le contrat de travail étant un contrat synallagmatique, il faut en principe, pour que le salaire soit dû, que la prestation de travail qui en est la cause juridique et la mesure, ait été accomplie. Ladite nature synallagmatique du contrat de travail exige de l'employeur de mettre effectivement le salarié en mesure de travailler.

Le salarié qui est resté à la disposition de l'employeur est fondé à lui réclamer son salaire même si le travail n'a pas été effectivement accompli, ce dernier ayant, comme il a été dit ci-dessus, l'obligation de lui procurer le travail convenu, l'employeur ne pouvant être dispensé de son obligation de payer le salaire qu'à la condition d'établir que l'absence de travail résulte du fait du préposé ou de la force majeure .(Cour, 2 décembre 2004, n° du rôle 27497 Lux Tuyauteries / André).

Il se dégage des dépositions des témoins qu' à la rentrée scolaire 2003/2004 B a refusé de signer le nouveau contrat à durée déterminée pour l'année scolaire 2003/2004 au motif qu'elle ne se voyait confier plus que 2, 75 heures par rapport à 7 heures au courant de l'année précédente.

C'est par la suite qu'elle a saisi les juridictions du travail de sa demande en requalification du contrat de travail.

S'il est bien vrai qu'il se dégage du jugement entrepris - ces pièces n'étant pas en possession de la Cour - que B s'est fait donner acte tant dans le jugement rendu en date du 9 juillet 2004 par le tribunal du travail que dans l'arrêt de la Cour d'appel du 20 octobre 2005 qu'elle était à la disposition de son employeur, il n'en reste pas moins qu'elle a formellement refusé à la rentrée scolaire 2003/2004 de signer le nouveau contrat de travail à durée déterminée et refusé de dispenser de l'enseignement musical durant les 2,75 heures que le Conservatoire de Musique du Nord avait entendu lui confier.

Il y avait donc au courant de toute la période concernée et tant que durait l'instance judiciaire en requalification du contrat de travail, absence de prestation travail du fait de la salariée B elle-même, le fait de déclarer à deux reprises être à disposition de son employeur n'y changeant rien à cet égard.

S'y ajoute que postérieurement à ce refus, ces 2,75 heures ont nécessairement dû être attribuées aux autres chargés de cours de sorte que l'employeur n'était plus, pour des raisons indépendantes de sa volonté, en mesure de lui donner du travail.

Il y a partant lieu, par réformation, de déclarer non fondée la demande en paiement d'arriérés de salaire.

Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, il serait inéquitable de laisser à la charge exclusive du A les frais non compris dans les dépens qu'il était tenu d'exposer pour se défendre contre la demande de B et il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 1.000 €.

La demande de B tendant aux mêmes fins doit être rejetée, seule la partie obtenant gain de cause pouvant bénéficier d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS:

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

vu l'arrêt du 5 mars 2009 et le résultat de la mesure d'instruction ordonnée en son exécution ;

dit fondé l'appel ;

réformant :

déclare régulier le licenciement avec effet immédiat du 1ier juin 2006 et déboute B de l'ensemble de ses demandes en indemnisation ;

dit non fondée la demande en paiement d'arriérés de salaire pour la période du mois d'octobre 2003 au mois d'avril 2006 ;

condamne B à payer au A pour l'organisation et la gestion d'un établissement d'enseignement musical une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel;

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

condamne B aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de Maître Paul TRIERWEILER, avocat constitué, sur ses affirmations de droit