Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du quatorze octobre deux mille dix

Numéro 35002 du rôle.

Composition:

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

Entre:

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 8 juin 2009,

comparant par Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) B, demeurant à L-,

intimé aux fins du prédit exploit BIEL,

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

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 L-2910 Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi,

intimé aux fins du prédit exploit BIEL,

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

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 23 janvier 2009, B a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme A, ci-après A, devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre déclarer nulle la clause d'essai insérée dans le contrat de travail du 13 juin 2008, et déclarer abusif son licenciement avec préavis du 25 juin 2008 et condamner à lui payer principalement, en prenant en considération son niveau de qualification, une indemnité compensatoire de préavis de 2.678,40 €, un préjudice matériel de 23.177,28 €, un préjudice moral de 6.000 € ainsi qu'un montant de 7.827,73 € du chef de différence entre le salaire social minimum et le salaire effectivement perçu d'août 2005 à juin 2008, subsidiairement, au cas où son niveau de qualification ne serait pas pris en considération, une indemnité compensatoire de préavis de 3.007,20 €, un préjudice matériel de 26.018,52 € et un préjudice moral de 6.000 €. Il a de même demandé l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 € et a par même requête mis en intervention l'Etat du Grand-duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

A a demandé reconventionnellement le remboursement de 16.105,80 € du chef de loyers.

Par jugement du 24 avril 2009, le tribunal du travail s'est déclaré compétent pour connaître de la demande reconventionnelle, a déclaré nulle la clause d'essai insérée dans le contrat du 13 juin 2008 et abusif le licenciement du 25 juin 2008 et A a été condamnée à payer à B 3.007,20 € du chef de solde d'indemnité compensatoire de préavis, 5.685,38 € du chef de dommage matériel et 1.500 € du chef de dommage moral ainsi qu'une indemnité de procédure de 500 €. B a été déboutée de sa demande en paiement d'arriérés de salaires et A déboutée de sa demande reconventionnelle.

A a encore été condamnée à rembourser à l'Etat 8.653,18 € à titre d'indemnités de chômage complet avancées à B.

Contre ce jugement, A a interjeté appel par exploit du 8 juin 2009, demandant par réformation, à la Cour, de déclarer bonne et valable la clause d'essai et partant régulier le licenciement intervenu en période d'essai, subsidiairement et pour le cas où l'employeur n'était pas autorisé à procéder au licenciement selon les règles applicables pendant la période d'essai, rejeter la demande en paiement de dommages et intérêts et la décharger de toutes les condamnations prononcées en première instance tout en demandant la confirmation du

jugement en ce que la demande en paiement d'arriérés de salaire de B a été rejetée. Pour le cas où le rejet de cette demande devait être remis en cause par B elle relève également appel du jugement en ce que sa demande reconventionnelle a été rejetée et demande dans ce cas la compensation des condamnations prononcées de part et d'autre.

Par conclusions notifiées le 22 octobre 2009, B a interjeté appel incident. Il demande, par réformation du premier jugement, la condamnation de A à lui payer 7.827,73 € du chef d'arriérés de salaire, concluant pour le surplus à la confirmation du jugement, demandant encore une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

L'Etat du Grand-duché de Luxembourg, agissant ès qualités, requiert la condamnation de A sinon de B au remboursement de 20.406,27 € du chef d'indemnités de chômage complet avancées pendant la période de juillet 2008 à août 2009.

Le licenciement.

La validité de la clause d'essai insérée dans le contrat de travail du 13 juin 2008.

B fut engagé par A en qualité de *« Vertriebsleiter* » par un premier contrat de travail à durée indéterminée du 29 juillet 2005 prenant effet au 1ier août 2005 muni d'une clause d'essai de 6 mois.

Le 13 juin 2008 un second contrat de travail à durée indéterminée fut signé entre les mêmes parties stipulant également une période d'essai de 6 mois, la tâche occupée par le salarié y étant toujours celle de « *Vertriebsleiter ».*

Aux termes de l'article L.121-5. (3) la clause d'essai ne peut être renouvelée.

Cette disposition légale étant impérative et d'ordre public, il ne saurait être permis de la contourner par la signature de contrats successifs.

Pour justifier l'insertion de la clause d'essai dans le second contrat de travail, A soutient que s'il était bien exact que B avait déjà, antérieurement à la signature du contrat de travail du 13 juin 2008, été en ses services, il l'aurait cependant été à un autre titre.

Elle expose que celui-ci aurait initialement été engagé pour faire des travaux de bureau. Lors de l'Assemblée Générale Extraordinaire du 12 avril 2007, il aurait été nommé administrateur délégué de la société, son contrat de travail continuant de subsister. Après un contrôle du Centre Commun de la Sécurité Sociale, B aurait été affilié comme travailleur indépendant et non plus comme employé privé. Celui-ci aurait démissionné de sa fonction d'administrateur délégué le 5 mai 2008 et entre le 5 mai 2008 et le 13 juin 2008 il n'aurait pas travaillé pour A Un nouveau contrat de travail aurait été signé le 13 juin 2008 mais son activité n'aurait plus été la même que celle qu'il avait eue pendant la

période d'activité antérieure. B devant maintenant faire ses preuves comme vendeur, la clause d'essai serait donc entièrement justifiée.

C'est par une appréciation correcte des pièces du dossier que le tribunal du travail a retenu que le deuxième contrat de travail n'était que la continuation des relations de travail entre parties ayant pris effet le 1ier août 2005, la tâche décrite de B de « *Vertriebsleiter* » étant invariablement la même dans les deux contrats de travail dont les dispositions sont identiques sauf que la rémunération brute a légèrement changé en passant de 1.549,13 € en 2005 à 1.668,21 € en 2008, l'affirmation de A, contestée par B, selon laquelle celui-ci aurait changé d'affectation, n'étant par ailleurs ni prouvée ni même offerte en preuve.

Ensuite, et bien qu'il se dégage du certificat d'affiliation du Centre Commun de la Sécurité Sociale qu'entre le 1ier janvier 2008 et le 12 juin 2008 B n'était pas affilié en tant qu'employé privé auprès de A mais, en raison de sa qualité d'administrateur délégué, en tant que travailleur indépendant, il n'en reste pas moins qu'il fut de façon continue aux services de A depuis le 1ier août 2005 ainsi qu'en témoignent les fiches de salaire qui lui reconnaissent d'ailleurs une ancienneté au 1ier août 2005.

Les fiches de salaire versées à la Cour couvrant toute la période du 1ier août 2005 au 30 juin 2008 contredisent d'ailleurs encore l'affirmation de A selon laquelle B n'aurait pas été en ses services du 5 mai au 13 juin 2008.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce que la clause d'essai insérée dans le contrat de travail du 13 juin 2008 est nulle au regard des dispositions de l'article L.121-5. (3) du code du travail de sorte que B bénéficiait au moment de son licenciement le 25 juin 2008 d'un contrat à durée indéterminée.

La régularité du licenciement.

Par lettre recommandée du 25 juin 2008, B fut licencié avec effet au 19 juillet 2008, soit avec un délai de préavis de 24 jours, l'employeur se référant aux textes applicables durant la période d'essai. B fut dispensé de prester du travail durant la période de préavis.

Suite à la demande des motifs du licenciement formulée le 9 juillet 2008 par B, l'employeur le justifia par des motifs économiques, la lettre du 18 juillet 2008 étant conçue comme suit :

« *Ihre Kündigung vom 25.06.2008 erfolgte aus wirtschaftlichen Gründen.* »

Ainsi qu'il a été constaté ci-dessus, B bénéficiait au moment de son licenciement d'un contrat à durée indéterminée de sorte que l'employeur était tenu de respecter l'article L. 124-5. (2) du code du travail selon lequel l'employeur doit énoncer avec précision le ou les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié ou fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service qui doivent être réels et sérieux.

C'est pour de justes motifs auxquels la Cour se rallie que le tribunal du travail a constaté que la lettre de motivation ne remplissait pas les conditions de l'article précité.

Le jugement est donc à confirmer en ce que le licenciement a été déclaré abusif pour défaut de précision des motifs.

Avant de se prononcer sur le dédommagement, il faudra examiner le mérite de l'appel incident interjeté par B contre le jugement en ce que sa demande en paiement d'arriérés de salaire a été rejetée, la décision à intervenir sur ce point déterminant le salaire mensuel qui servira d'assiette pour le calcul du dommage matériel.

Les arriérés de salaire.

B a interjeté ***appel incident*** en ce qu'il a été débouté de sa demande en paiement d'arriérés de salaires.

Se prévalant de son expérience professionnelle de plus de 30 ans dans le domaine de l'achat et de la vente en gros, voire dans le domaine de la gestion d'entreprise ainsi que de diverses formations professionnelles, il estime pouvoir être considéré comme travailleur qualifié au regard de l'article L.222-4. du code du travail et devoir en tant que tel bénéficier d'une majoration de salaire de 20%.

La Cour considère qu'avant d'examiner si B remplit les conditions pour pouvoir bénéficier de la majoration de salaire en question, il faut en premier lieu rechercher si le salaire mensuel qu'il percevait était effectivement inférieur au salaire social minimum pour un travailleur qualifié, ceci au vu du fait que les parties sont d'accord pour admettre, et les pièces du dossier en témoignent, qu'en sus du salaire mensuel brut convenu dans le contrat de travail, l'employeur prenait en outre en charge le paiement du loyer mensuel et des charges pour le logement occupé par B.

Or, aux termes de l'article L.221-1. du code du travail on entend par salaire et appointements la rétribution globale du salarié, comprenant en dehors du taux en numéraire, les autres avantages et rétributions accessoires éventuels, tels que notamment les gratifications, tantièmes, remises, primes, logements gratuits et autres valeurs quelconques de même nature.

B ne s'est d'ailleurs pas trompé de la qualification d'élément de salaire de cette prise en charge de son loyer par son employeur étant donné que dans sa requête introductive d'instance il a demandé à ce qu'il soit tenu compte de cet avantage en nature de 500 € par mois pour la fixation du montant de l'indemnité compensatoire de préavis et du dommage matériel, affirmant lui-même que son salaire mensuel brut était de 2.168,21 €.

En se référant au tableau de comparaison figurant dans la requête introductive d'instance, non autrement contesté par A par rapport aux chiffres, la Cour constate que le salaire mensuel auquel B prétend sur base de sa qualification

professionnelle varie entre 1.760,12 € en août 2005 et 1.931,44 € et est donc inférieur au salaire global de 2.168,21 € qu'il reconnaît avoir touché.

Il s'ensuit que sa demande en paiement d'arriérés de salaire n'est pas fondé sans même qu'il ne soit besoin de rechercher s'il possédait la qualification de travailleur qualifié et s'il en avait informé l'employeur au moment de son embauche.

Le dédommagement.

A demande la réformation du jugement en ce que le tribunal du travail a fixé à 8 mois la période de référence pendant laquelle le préjudice subi suite à la cessation des relations de travail peut être mis en relation causale directe avec son licenciement en contestant que celui-ci ait fait tous les efforts nécessaires pour trouver un nouvel emploi.

Il se dégage des pièces produites ne cause que dès le 1ier juillet 2008 soit 4 jours seulement après son licenciement et avant même l'expiration du délai de préavis, B a fait sa première demande d'emploi et qu'il n'a cessé durant des mois de poser sa candidature pour des postes pour lesquels il possédait les qualifications requises.

Au vu de sa qualification, de ses efforts réels et sérieux de reclassement et de son âge (58 au moment du licenciement), c'est à juste titre que le tribunal du travail a fixé une période de référence de 8 mois à partir de l'expiration du préavis.

Le jugement est ainsi encore à confirmer en ce que le tribunal du travail a condamné A au paiement d'un dommage matériel de 5.685,38 € montant qui tient compte de l'indemnité compensatoire de préavis (3.007,20 € soit le solde pour 30 jours restant) et des allocations de chômage (8.653,18 €) dont a bénéficié B durant la même période.

La Cour constate par ailleurs que pour le calcul du dommage matériel, les juges de première instance sont également partis d'un salaire mensuel de 2.168,21 €, disposition non autrement critiquée ni par B ni par A ce qui témoigne encore de la volonté des parties de considérer la prise en charge du loyer par l'employeur comme élément de salaire.

C'est encore à juste titre et au vu des circonstances du licenciement, de la durée de la relation de travail et des soucis que se faisait B pour son avenir que le tribunal du travail a fixé le dommage moral à 1.500 €.

Le recours de l'Etat agissant ès-qualités.

Au vu de l'issue de l'affaire, le jugement est encore à confirmer en ce que A a été condamnée à payer à l'Etat agissant ès-qualités la somme de 8.653,18 € du chef d'indemnités de chômage complet versées à B pendant la période de référence.

La demande reconventionnelle.

C'est à tort que B conclut à l'irrecevabilité de l'appel pour autant qu'il tend à la réformation du jugement en ce que la demande reconventionnelle de A tendant au remboursement des loyers qu'elle a payés pour compte de B a été rejetée, qualifiant cet appel à tort d' « *appel incident suite à l'appel incident du sieur B »,* la société A ayant précisé dans son acte d'appel que « *pour le cas où le rejet de cette demande (arriérés de salaire) devait être remis en cause par Monsieur B, voir donner acte à A qu'elle relève alors également appel du jugement en ce qu'il a rejeté sa demande reconventionnelle pour un montant de 16.105,80 € ainsi que la compensation avec la demande du sieur B »*

Ce volet de l'appel est donc recevable.

Il n'est cependant pas fondé, la prise en charge par A du loyer du logement occupé par B ayant été un élément de salaire, ce qui ne fut remis en cause ni par B ni par A et qu'il ne saurait ainsi être question de répétition d'un quelconque indu.

Il s'ensuit qu'il y a lieu à rejet de l'offre de preuve formulée par A celle-ci s'avérant superfétatoire.

Les indemnités de procédure.

Au vu de la confirmation pure et simple du jugement entrepris, il n'est pas inéquitable que chaque partie supporte ses propres frais non compris dans les dépens de sorte que les parties sont à débouter de leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

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 ;

les dit non fondés ;

confirme le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 24 avril 2009 ;

rejette les demandes en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel formulées de part et d'autre ;

condamne B et la société anonyme A chacun à la moitié des frais de l'instance d'appel.