Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du trente septembre deux mille neuf.

Numéro 33212 du rôle.

Composition:

Marie-Jeanne HAVE, 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 suppléant Georges WEBER, en remplacement de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch du 6 août 2007,

comparant par Maître Patrick GOERGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) B, ouvrier, demeurant à L-,
2)
intimé aux fins du prédit exploit WEBER,

comparant par Maître François GENGLER, 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 Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi,

demandeur sur requête en intervention,

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

LA COUR D'APPEL:

Saisi le 12 juillet 2006 par B, s'estimant abusivement licencié avec effet immédiat par son employeur, la société anonyme A S.A. , d'une demande en paiement de l'indemnité compensatoire de préavis ainsi que de dommages-intérêts pour les préjudices matériel et moral subis, d'arriérés de salaire des mois de décembre 2005 à mai 2006 et d'une indemnité de procédure, ainsi que d'une demande reconventionnelle de la société anonyme A S.A. réclamant 2.727,37 € du chef d'encaissements faits par B auprès de clients au courant du mois d'avril 2006, le tribunal du travail de Diekirch a, par un premier jugement du 5 février 2007, instauré une comparution personnelle des parties et par jugement subséquent du 2 juillet 2007, déclaré régulier le licenciement avec effet immédiat du 10 mai 2006 et débouté B de ses demandes tendant au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis ainsi qu'à la réparation de ses dommages matériel et moral.

La demande en paiement d'arriérés de salaire fut déclarée fondée jusqu'à concurrence de 7.299,85 € et la demande reconventionnelle de l'employeur jusqu'à concurrence de 1.364,83 €.

Le recours de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, fut déclaré fondé et B condamné à lui rembourser la somme de 7.407,56 €.

Contre ce jugement, la société anonyme A S.A. a interjeté appel par exploit d'huissier de justice du 6 août 2007.

Elle demande, par réformation, à la Cour, de déclarer non fondée la demande en paiement d'arriérés de salaire et offre en ordre subsidiaire de prouver par témoins le mode de rémunération convenu entre parties.

Elle demande d'autre part de faire droit à la demande reconventionnelle dans son intégralité et offre en ordre subsidiaire de prouver le préjudice subi par témoins.

Elle conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500 € pour la première instance et de 1.500 € pour l'instance d'appel.

Par conclusions notifiées le 9 avril 2008, B a conclu l'irrecevabilité de l'appel principal sinon à son rejet et a interjeté appel incident, demandant à la Cour de déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat du 10 mai 2005 et de condamner la société anonyme au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis de 2.119,51 € et d'un montant de chaque fois 2.500 € à titre de réparation du dommage matériel et moral subi.

Il demande une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

<u>La recevabilité de l'appel</u>

B soulève l'irrecevabilité de l'appel motif pris que la société anonyme A S.A. n'aurait pas mis en intervention l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, et partie en cause en première instance.

Dans la mesure où l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg agissant ès qualités a, par conclusions notifiées le 18 juin 2008, fait une intervention volontaire, la procédure a été régularisée et le moyen d'irrecevabilité n'est pas fondé.

<u>L'appel incident : Le licenciement</u>

Engagé le 3 octobre 2005 par la société anonyme A S.A. comme chauffeur de taxi, B fut licencié avec effet immédiat par lettre recommandée du 10 mai 2006, l'employeur lui reprochant d'avoir refusé, malgré plusieurs mises en demeure, la remise du décompte du mois d'avril 2006, de retenir des encaissements de clients d'au moins 2.611 €, d'avoir refusé de lui remettre les certificats de transport des clients HILGER et LANDOLINA dont l'employeur avait besoin aux fins de transmission à la Caisse de maladie, de ne pas lui avoir transmis la liste des courses du 2 au 7 mai 2006, de ne pas avoir respecté les consignes de l'employeur de conduire certains clients uniquement contre paiement en espèces mais d'avoir par contre exigé un paiement en espèces de la part de clients importants qui bénéficiaient d'un système de paiement sur présentation de facture, d'avoir

été absent sans autorisation préalable de son poste de travail les 8 et 9 mai 2006 et finalement d'avoir exercé de la pression sur l'employeur afin que celui-ci le fasse bénéficier de 50% des l'ensemble des rentrées.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a déclaré régulier le licenciement constatant que le fait pour un chauffeur de taxi de refuser de verser entre les mains de son employeur les montants encaissés pendant un mois entier auprès des clients pour les courses, fait reconnu par B lors de la comparution personnelle des parties en première instance, constituait à lui seul un motif grave rendant immédiatement impossible la continuation des relations de travail.

Les explications invoquées par B, à savoir la mauvaise communication entre parties, ne justifient en rien cette rétention, celui-ci ayant dû, au cas où il prétendait au paiement d'arriérés de salaire, s'adresser par voie de référé aux juridictions du travail.

Il en va de même de son explication qu'il aurait été dans l'impossibilité matérielle de remettre cet argent à son patron en raison du fait qu'il aurait été en congé de maladie pour la période allant du 2 au 6 mai 2006 alors qu'il résulte des pièces produites en cause que les remises d'argent et le dressement des décomptes se sont faits de semaine en semaine de sorte que rien ne justifiait au 2 mai 2006 la rétention des recettes de l'entier mois d'avril 2006.

Les attestations testimoniales versées par B devant prouver qu'il se serait « *présenté chez son employeur pour remettre le produit de ses courses à ce dernier et pour faire le décompte pour la répartition de cette somme entre parties suivant les modalités ayant régi leur relation de travail depuis fin novembre 2005* » ne sont pas concluantes, les deux attestateurs se limitant à rapporter qu'ils ont, au début du mois de mai 2006, vu quelques fois / plusieurs fois passer B « *afin de se présenter chez son employeur* » et que « *le patron a ouvert la porte et l'a fermée tout de suite* » ne contenant aucun élément pertinent pour la solution du litige.

Il y a partant lieu à confirmation du jugement entrepris en ce que le licenciement a été déclaré régulier et B débouté de ses demandes en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et de réparation de ses dommages matériel et moral.

<u>Le recours de l'Etat</u>

Au vu des développements qui précèdent, le jugement est à confirmer en ce qu'il a condamné B au remboursement de la somme de 7.407,56 € entre les mains de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, le remboursement de la somme en

question qui correspond aux indemnités de chômage complet touchées par provision du 10 mai 2006 au 30 novembre 2006 inclus se justifiant au vu des dispositions de l'article L. 521-4 (6) du code du travail.

L'appel principal : Les arriérés de salaire

Le contrat de travail signé entre parties le 30 septembre 2005 renseigne un salaire horaire brut de 8,6903 €, indice 652.16 et une durée de travail de 40 heures par semaine, soit un brut mensuel de 1.503,42 €.

Lors de la comparution personnelle des parties ordonnée en première instance, X, administrateur déléguée de la société anonyme A S.A., a déclaré que les parties auraient oralement convenu d'un mode de paiement du salaire aux termes duquel B aurait pu prélever à titre de rémunération 40% des recettes encaissées des clients.

Dans l'hypothèse où les décomptes mensuels feraient apparaître que le salaire brut convenu dans le contrat de travail ne serait pas atteint, la société A S.A. verserait la différence entre les mains d'B.

Ces déclarations sont confirmées par les pièces du dossier, l'employeur versant les décomptes hebdomadaires des salaires dressés entre parties entre le 2 septembre et le 2 janvier 2006 qui font apparaître un calcul de la rémunération d'B sur base d'un pourcentage de 40 % sur les recettes, celui-ci ayant touché de ce chef 1.458,20 € en septembre 2005, 893,80 € en octobre 2005, 1.509 € en novembre 2005 et 1.190,60 € en décembre 2005.

Toutes ces quittances sont signées par B, la signature étant à chaque fois précédée de la mention :
« *Betrag erhalten am… ».*

Comme B ne réclame pas d'arriérés de salaire des mois de septembre à novembre 2005, il faut légitimement présumer que pour la période en question, il a touché la différence entre les 40% des recettes encaissées auprès des clients et le salaire convenu dans le contrat de travail, ceci corroborant les affirmations de l'employeur par rapport au mode de paiement du salaire.

Comme il a refusé de signer les décomptes à partir du mois de janvier 2006, il y a lieu d'admettre la société anonyme A S.A. à prouver par témoins qu' B a continué de toucher, en application du mode de paiement convenu entre parties, les salaires des mois de décembre 2005 à mars 2006 inclus, l' offre de preuve s'avérant pertinente et concluante et les affirmations d'B que les « quelques » 800 € par mois qu'il reconnaît avoir touchés pendant la période postérieure au 1er décembre 2006 ne seraient

que la contrepartie d'heures supplémentaires, contestées par l'employeur, étant restées à l'état de simples allégations..

Les points de l'offre de preuve visant le mode de paiement du salaire sont à rejeter, les pièces du dossier confirmant d'ores et déjà la version des faits de l'employeur.

L'opposition d'B de procéder à l'audition du témoin Y au motif qu'il ne s'agirait pas d'un témoin impartial mais d'un dirigeant de la société ayant longtemps siégé au conseil d'administration de celle-ci, est non fondée, la notion de partie en cause devant être interprétée restrictivement comme ne visant que les personnes directement engagées dans l'instance.

A supposer que les affirmations d' d'B par rapport à la fonction du témoin dans la société anonyme A S.A. soient exactes, aucune pièce n'étant versée, elles ne seraient pas pertinentes, les différents membres du conseil d'administration pris *ut singuli*, même s'il s'agit de l'administrateur-délégué, n'étant pas partie en cause et peuvent dès lors déposer comme témoin.

La demande reconventionnelle

L'employeur demande reconventionnellement la condamnation d'B au paiement de la somme de 2.727,37 € au titre du chiffre d'affaires réalisé au courant du mois d'avril 2006.

Le tribunal du travail n'a fait droit à cette demande que jusqu'à concurrence de 1.364,83 €, somme qu'B reconnaissait détenir.

La société anonyme A S.A. demande la réformation du jugement et l'allocation du montant réclamé de 2.727,37 €.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a déclaré la demande non fondée pour autant qu'elle dépassait le montant de 1.364,83 €, les pièces du dossier ne permettant pas d'établir les montants encaissés par B et l'offre de preuve réitérée en appel manquant de précision.

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 non fondé l'appel incident ;

confirme le jugement du 2 juillet 2007 en ce que le licenciement a été déclaré régulier et B débouté de ses demandes en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et de réparation de ses préjudices matériel et moral ;

quant à l'appel principal ;

avant tout autre progrès en cause :

admet la société anonyme A S.A. à prouver par l'audition du témoin ;

Y, demeurant à L- ;

« *Monsieur B toucha en application du mode de paiement convenu entre parties, pour le mois de décembre 2005 la somme de 1.190,60 €, pour le mois de janvier 2006 la somme de 1.052,70 €, pour le mois de février 2006 la somme de 1.768,90 € et pour le mois de mars 2006 la somme de 1.186,80 € » ;*

contre-preuve réservée;

commet de ce devoir d'instruction Madame le conseiller Astrid MAAS;

fixe **l'enquête** au **mardi, 27 octobre 2009 à 09.00 heures**, pour entendre le témoin;

fixe **la contre-enquête** au **mardi, 1er décembre 2009 à 9,00 heures** ;
chaque fois dans la **salle des enquêtes numéro CR.0.12**, dans les locaux de la Cour supérieure de justice à Luxembourg, Cité judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du Saint Esprit à L-2080 Luxembourg ;

dit qu'B doit déposer au greffe de la Cour **au plus tard le 13 novembre 2009 la liste des témoins** qu'il désire faire entendre lors de la contre-enquête ;

réserve les frais et dépens,

déclare l'arrêt commun à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.