**Exempt – appel en matière de droit du travail**

**Audience publique du dix-sept mars deux mille onze**

Numéro 35617 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, conseiller, président;
Roger LINDEN, conseiller;
Pierre CALMES, conseiller;
Paul WAGNER, greffier

**Entre:**

**A,** ouvrier, demeurant à L-,

**appelant** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 4 janvier 2010,

**défendeur** sur requête en intervention du 21 juin 2010,

**comparant par Maître Réguia AMIALI,** avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**et:**

**1) la société à responsabilité limitée B S.A.R.L.,** établie à L-, représentée par son gérant actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins du susdit exploit NILLES,

**défenderesse** sur requête en intervention du 21 juin 2010,

**comparant par Maître Alain RUKAVINA,** avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

**2) L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG,** représenté par le Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à L-2763 Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi, et pour autant que de besoin par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

**demandeur** sur requête en intervention du 21 juin 2010**,**

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

**----------**

**LA COUR D'APPEL:**

Par jugement du 26 novembre 2009, le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, saisi par le salarié A d'une demande tendant à la condamnation de son ancien employeur, la société à responsabilité limitée B, à lui payer des dommages-intérêts du chef d'un licenciement oral du 31 octobre 2007, a déclaré la demande non fondée faute par le salarié d'avoir établi la matérialité du licenciement allégué. Il a par contre condamné la société à lui payer du chef de solde de jours de congé non pris la somme de 466,79 € et déclaré irrecevable la demande de l'Etat, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Par exploit d'huissier du 4 janvier 2010, A a régulièrement relevé appel contre le jugement en intimant la société B. Il demande à la Cour de lui allouer divers montants eu égard au caractère abusif du licenciement, de même que la somme de 341,91 € du chef de solde de jours de congé non pris. Il réclame pour chaque instance une indemnité de procédure de 2.000 €.

L'intimée relève appel incident en ce qu'elle a été condamnée à payer une indemnité pour jours de congé non pris. Elle réclame une indemnité de procédure de 1.500 €.

I. La fin des relations de travail

Le requérant qui avait basé sa demande sur la violation de l'article L.122-1. du Code du travail qui prévoit que le contrat de travail à durée déterminée doit être conclu pour une tâche précise et non durable, soutenait que le contrat qu'il avait conclu avec son employeur le 1er août 2007 et qui venait à échéance le 31 octobre 2007 ne contenait pas une telle mention. Il concluait

partant à la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée. Arguant qu'il fut licencié avec effet immédiat par lettre de l'employeur du 15 novembre 2007 au motif qu'il était absent de son poste de travail depuis le 30 octobre 2007, alors pourtant que l'employeur lui avait dit dès avant l'échéance du terme qu'il n'avait plus besoin de lui, il avait saisi la juridiction du travail aux fins de voir constater qu'il avait fait l'objet le 31 octobre 2007 d'un licenciement oral avec effet immédiat, sinon que celui écrit du 15 novembre 2007 était abusif pour ne pas avoir reposé sur une cause réelle et sérieuse.

Le tribunal du travail a requalifié le contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée par application de l'article L.122-9. du Code du travail. Il a ensuite retenu, au vu du fait que le salarié s'était inscrit le 30 octobre 2007 auprès de l'administration de l'emploi en tant que demandeur d'emploi, que ce dernier n'entendait pas continuer à travailler pour son employeur qui soutenait lui avoir demandé de continuer à travailler pour son compte, proposition qui aurait cependant été refusée par le salarié, de sorte que le tribunal en a conclu qu'aucune faute n'était établie à charge de la société qui contestait avoir procédé à un licenciement oral.

L'appelant fait valoir que le contrat de travail à durée déterminée a, à juste titre, été requalifié en contrat de travail à durée indéterminée, mais fait grief au tribunal du travail de ne pas avoir considéré que la fin des relations de travail à la suite du terme stipulé dans le contrat de travail à durée déterminée est à considérer comme équivalant à un licenciement avec effet immédiat. Il soutient s'être inscrit au chômage en raison de la survenance du terme et non pas, tel qu'implicitement retenu par le tribunal, en raison de sa démission. Il fait valoir en ordre subsidiaire que l'employeur ne lui a plus fourni de travail à partir du 30 octobre 2007. Il soutient enfin qu'une absence d'une journée ne serait pas un motif grave justifiant un licenciement avec effet immédiat.

La société relève appel incident en ce que le tribunal du travail n'a pas retenu explicitement que le salarié avait démissionné de son poste de travail et qu'elle a été condamnée à lui payer la somme de 466,79 €.

Elle fait valoir que le salarié avait refusé la signature d'un nouveau contrat de travail d'une durée d'une année (échéance au 31 octobre 2008), faits qu'elle offre en preuve par l'audition de témoins qui ont par ailleurs rédigé une attestation testimoniale.

Elle soutient que l'appelant a démissionné le 30 octobre 2007 de son poste de travail et qu'il n'est venu travailler ni les deux derniers jours d'octobre, ni la première quinzaine du mois de novembre de sorte que le licenciement avec effet immédiat du 15 novembre 2007 était justifié. Elle admet que la juridiction du premier degré a procédé à bon droit à la requalification du

contrat de travail, mais s'oppose à voir dire que la sanction de cette requalification consisterait, en l'absence d'une manifestation claire et précise de sa part à voir mettre un terme aux relations de travail, à dire que la simple échéance du terme équivaudrait à un licenciement oral avec effet immédiat.

L'appelant conteste s'être vu proposer un nouveau contrat de travail, l'employeur n'ayant réagi à la lettre du syndicat lui envoyée le 8 novembre 2007 (dans laquelle le syndicat faisait valoir que le contrat de travail était à requalifier en contrat à durée indéterminée) que le 15 novembre 2007. Il n'aurait dans ce courrier pas fait état de sa proposition refusée par le salarié de continuer à travailler en vertu d'un nouveau contrat de travail.

Il conclut à l'irrecevabilité de l'offre de preuve par témoins et au rejet des attestations testimoniales étant donné que l'employeur devrait établir par écrit la modification du contrat de travail, ce qu'il resterait en défaut de faire.

Discussion

Les parties sont d'accord pour dire que le contrat de travail à durée déterminée qui venait à échéance le 31 octobre 2007 a, à bon droit, été requalifié par le tribunal du travail en contrat de travail à durée indéterminée au motif que certaines des mentions exigées par l'article L.122-1. du Code du travail n'y figuraient pas.

La requalification du contrat en contrat de travail à durée indéterminée est la seule sanction légale, expressément prévue par l'article L.122-9. du Code du travail.

L'appelant soutient dans ses conclusions du 29 avril 2010, 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.

La Cour ne saurait cependant faire sienne cette conclusion. 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. (Cour numéro du rôle 34041 du 20 mai 2010, huitième chambre)

L'offre de preuve de l'intimée qui soutient que l'appelant aurait refusé le 30 octobre 2007 de signer un nouveau contrat de travail n'est pas pertinente en ce que du fait de la continuation des relations de travail au-delà de l'échéance initialement convenue, les relations de travail perduraient de par l'unique effet de la loi. Les attestations testimoniales de l'assistant social Michael Reichling, Josette Peters, épouse B et Tim B - les attestations sont régulières en la forme et aucun des témoins n'est incapable de témoigner de sorte qu'elles sont à prendre en considération - ne sont partant pas pertinentes quant à ce point spécifique. (pièces 12-14 et 19 farde I de l'intimée)

L'appelant soutient que l'employeur lui aurait indiqué le 30 octobre 2007 qu'il n'avait plus de travail à lui proposer, raison pour laquelle, et au vu du fait qu'il croyait que le contrat prendrait fin le 31 octobre 2007, il s'est inscrit au chômage auprès de l'administration de l'emploi.

Il verse une attestation testimoniale de son frère Amer Latic du 5 mars 2009, (farde de l'appelant, pièce 28) qui, régulière en la forme, est, quant à ses passages pertinents, de la teneur suivante:

*« Le 2 novembre 2007 vers 10.30 heures j'étais en compagnie de Monsieur Latic Edis dans notre salon lorsqu'il a téléphoné à son employeur Monsieur B et lui a dit : est-ce que je peux revenir travailler maintenant, est-ce que vous avez du travail pour moi ? Monsieur B lui a répondu : Non tu sais bien que je n'ai plus de travail pour toi depuis le 30 octobre, tu n'as plus besoin de revenir au travail. Si j'ai du travail, je te rappelles ».*

Le contenu de cette attestation est à confronter à celui des attestations dont question ci-dessous.

Il se dégage de celle rédigée le 15 janvier 2010 par Josette Peters, épouse B (pièce 19) que l'employeur a proposé le 30 octobre 2007 à l'intimé la conclusion d'un nouveau contrat de travail, proposition refusée par ce dernier. Cette attitude du salarié ressort encore de l'attestation du témoin Michael Reichling qui déclare que le salarié lui a déclaré que son employeur lui avait proposé la conclusion d'un nouveau contrat de travail, proposition qu'il aurait refusée en raison du salaire qui, selon lui, n'était pas assez élevé. Il ressort encore des attestations versées par l'employeur que lors de la discussion téléphonique du 2 novembre 2007 (voir l'attestation de Josette Peters du 30 mars 2009 et du fils commun Tim B) que les deux témoins ont pu suivre en direct que la discussion n'a pas porté sur le fait que la société aurait fait part au salarié de son impossibilité de continuer à lui procurer du travail, mais que l'intimé s'est enquis du salaire et des jours de congé non

pris encore à payer. Il n'a, selon ces témoins, pas non plus été question d'une demande de reprise du travail faite par A.

Le contenu de l'attestation testimoniale d'Amer Latic n'est, dans ces conditions, pas établi en ce qu'il y soutient d'une part qu'il aurait résulté de la discussion téléphonique que la société aurait informé le salarié le 30 octobre 2007 qu'elle n'était plus en mesure de lui fournir du travail et en ce que le salarié aurait demandé à pouvoir continuer à travailler pour la société.

Le fait pour le salarié de s'être inscrit au chômage avant même la fin des relations de travail contractuellement fixée au 31 octobre 2007 ne vaut pas, ainsi que soutenu par la société, démission dans son chef. La démission implique en effet une volonté claire et univoque de mettre fin aux relations de travail, présuppose partant la connaissance de la situation juridique exacte dans laquelle se trouvent les parties. Cependant, tant l'employeur que le salarié ne savaient pas fin octobre 2007 qu'ils étaient au-delà de l'arrivée du terme liés par un contrat de travail à durée indéterminée de sorte que la volonté du salarié de mettre fin audit contrat à durée indéterminée n'est pas rapportée en l'espèce. Le moyen de l'intimée repris en instance d'appel et qualifié erronément d'appel incident est à écarter.

Par lettre du 8 novembre 2007, le syndicat OGBL s'adresse à l'employeur et le rend attentif au fait que le contrat de travail à durée déterminée venu à échéance le 31 octobre 2007 ne remplit pas les exigences légales pour valoir contrat de travail à durée déterminée. Il conteste partant ce qu'il considère comme une rupture unilatérale du contrat de travail faite à l'initiative de l'employeur. (pièce 4 de la farde I de l'intimée)

Par courrier du 15 novembre 2007 destiné au syndicat, la société fait valoir que la seule sanction du défaut de certaines mentions devant figurer dans le contrat de travail à durée déterminée consiste en la requalification en contrat de travail à durée indéterminée. Elle conteste qu'il y ait eu rupture abusive du contrat de travail, surtout en l'absence d'une manifestation de volonté de sa part, admet cependant *« le droit du salarié au maintien des relations de travail »*. Elle fait valoir que ce dernier a cessé d'exécuter ledit contrat en ce qu'il a quitté le 30 octobre 2007 vers 09.00 heures le lieu de travail et ne l'a plus rejoint depuis lors de sorte qu'une absence injustifiée de plus de deux semaines est un motif grave de résiliation immédiate du contrat de travail. Elle dit annexer la copie de la lettre de licenciement adressée le même jour au salarié. (pièce 5 de la farde I de l'intimée).

Par courrier du 15 novembre 2007, la société résilie avec effet immédiat le contrat de travail pour faute grave dans le chef du salarié. (pièce 6 de la farde I de l'intimée). Le licenciement est motivé par le fait que *« le 30 octobre 2007 vous avez quitté votre lieu de travail à 9.00 heures sans*

*excuse valable et depuis ce jour jusqu'en date d'aujourd'hui vous êtes absent sur votre poste de travail sans excuse ni motifs légitimes »*.

Du fait de la requalification du contrat de travail opérée a posteriori, les parties se trouvaient toujours liées contractuellement durant la période litigieuse du 1er au 15 novembre 2007, cette dernière date étant celle à laquelle l'employeur a procédé à la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail pour faute grave dans le chef du salarié.

L'analyse juridique faite par le syndicat dans le courrier adressé le 8 novembre 2007 à l'employeur dans lequel il reproche à ce dernier d'avoir procédé à la « rupture unilatérale » du contrat de travail n'est pas correcte eu égard aux développements faits ci-dessus. Le syndicat ne fait pas valoir dans ledit courrier que les relations de travail sont encore toujours en cours, ni n'informe-t-il l'employeur de ce que le salarié est à sa disposition pour continuer à exécuter la relation de travail.

Le salarié ne s'est plus présenté à son lieu de travail durant la première quinzaine du mois de novembre 2007. Etant donné qu'il reste en défaut d'établir avoir informé l'employeur qu'il se tenait à sa disposition manifestant par là même son intention d'exécuter le contrat de travail et par voie de conséquence à le voir également exécuter par l'employeur, ce dernier pouvait, certes tardivement et tirant les conséquences juridiques exactes des éléments d'information lui communiqués par le syndicat OGBL et en vue de clarifier respectivement terminer définitivement la situation juridique ambiguë dans laquelle les parties se trouvaient, prendre prétexte de l'absence du salarié pour mettre fin avec effet immédiat au contrat de travail à durée indéterminée.

L'absence du poste de travail durant les deux premières semaines du mois de novembre 2007 constitue en effet dans le chef du salarié un motif grave qui permettait à l'employeur de mettre un terme avec effet immédiat au contrat de travail à durée indéterminée entre les parties.

Le jugement du tribunal du travail est partant, quoique partiellement pour d'autres motifs, à confirmer en ce qu'il a déclaré régulier le licenciement avec effet immédiat du 15 novembre 2007.

II. L'indemnisation

Les demandes de l'appelant qui conclut à se voir allouer une indemnité compensatoire pour préavis non respecté et des dommages- intérêts ne sont pas fondées de sorte que ce volet du jugement est encore à confirmer.

Le tribunal du travail a dit fondée la demande en allocation d'une indemnité compensatoire pour jours de congé non pris à hauteur de la somme de (808,7-341,91) 466,79 €.

L'appelant réclame un solde de 341,91 € se décomposant comme suit : 808,70 € (qui correspondent à cinq mois de travail effectif) diminué de la somme de 466,79 € payée le 19 novembre 2007.

La société fait valoir à bon droit que la condamnation portant sur la somme de 466,79 € n'est pas justifiée en ce qu'il ressort tant des pièces versées (pièce 10 de la farde de l'intimée et pièce 20 de celle de l'appelant) que de l'aveu de la partie appelante que ce montant a été réglé le 19 novembre 2007. L'appel incident de la société est partant fondé et le jugement est à réformer de ce chef.

L'appelant fait valoir avoir droit au solde de 341,91 € qui correspondrait aux jours de congé non pris auxquels il aurait cependant pu prétendre si l'employeur avait respecté le délai de préavis de deux mois.

Etant donné cependant que l'employeur n'avait pas à respecter ledit délai de préavis, il n'y a pas lieu d'examiner le mérite de l'appel.

L'appel d'A n'est pas fondé de ce chef.

III. L'intervention du Fonds pour l'emploi

L'acte d'appel ne portait intimation que de la société B.

L'Etat du Grand- Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, ayant comparu en première instance, est intervenu volontairement en instance d'appel par requête du 21 juin 2010.

Cette intervention est, contrairement à ce que soutient la société B, recevable, par application de l'article L.521-4. (7) du Code du travail. Elle était par ailleurs indispensable aux fins de régulariser la procédure et ce en raison de l'indivisibilité du litige.

L'Etat conclut à la condamnation de l'employeur, sinon à celle du salarié, à lui rembourser la somme de 13.828,85 € qu'il a versée à ce dernier du chef d'indemnités de chômage durant la période du 6 novembre 2007 au 30 septembre 2008.

Il interjette appel incident contre le jugement en ce que le tribunal du travail a déclaré sa demande irrecevable étant donné que les indemnités de chômage n'avaient pas été avancées au salarié à titre provisoire en vertu

d'une ordonnance présidentielle prise sur base de l'article L.521-4.(2) du Code du travail.

La demande n'est pas fondée à l'encontre de l'employeur étant donné que le licenciement avec effet immédiat n'a pas été déclaré abusif.

Elle n'est pas fondée à l'égard du salarié étant donné que les indemnités de chômage lui ont été versées non pas sur base de l'article L.521-4. du Code du travail, seul cas de figure dans lequel l'Etat peut exercer un recours contre le salarié licencié avec effet immédiat de manière régulière, mais, ainsi qu'il le fait valoir à bon droit, sur base de l'article L.521-3. du même code.

L'appel incident de l'Etat n'est partant pas fondé.

IV. Les indemnités de procédure

A a, à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte, été débouté de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance.

Il n'a pas droit non plus à une telle indemnité pour l'instance d'appel au vu du sort réservé à l'appel et aux dépens.

Il n'est d'autre part pas inéquitable de laisser à charge de la société les frais irrécupérables qu'elle a dû exposer en instance d'appel de sorte que sa demande basée sur l'article 240 du NCPC est à rejeter.

Sa demande tendant à voir réformer le jugement qui a mis à sa charge les frais et dépens de la première instance est fondée, étant donné que le salarié succombe dans toutes ses demandes.

**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 incidents,

dit non fondés l'appel principal d'A et l'appel incident de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg,

dit fondé l'appel incident de la société à responsabilité limitée B,

**réformant:**

décharge la société à responsabilité limitée B de la condamnation relative à l'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris,

**confirme** le jugement pour le surplus,

rejette les demandes en indemnité de procédure,

impose les frais et dépens des deux instances à A.

Lecture du présent arrêt a été faite à la susdite audience par Madame le conseiller Astrid MAAS, en présence de Monsieur le greffier Paul WAGNER.